Año del Bicentenario

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Secretaría de Jurisprudencia

"LIBERTAD DE EXPRESION"

Diciembre

2010

SUMARIO

Pág.

1) LIBERTAD DE PRENSA - ART. 32 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL - DELITOS COMETIDOS POR LA PRENSA.

"CALVETE": MINISTERIO PÚBLICO (19/09/1864 – Fallos: 1:340)
Funcionarios públicos - Inmunidad Parlamentaria - Delitos cometidos por medio de la prensa – Injurias – Jurisdicción. 1

"BATALLA": RAMOS, RAÚL ALBERTO (21/10/1970 - Fallos: 278:62)
Delitos cometidos por medio de la prensa – Injurias – Punición - Jurisdicción. 6

KIMEL, EDUARDO G. Y SINGERMAN, JACOBO (22/12/1998 – Fallos: 321:3596)
Delitos contra el honor cometidos por medio de la prensa – Calumnias – Elementos típicos. 17

2) LIBERTAD DE PRENSA - DERECHO A LA INTIMIDAD – DERECHO A LA INFORMACIÓN

2. a) HOMBRE PÚBLICO

PONZETTI DE BALBÍN, INDALIA (11/12/84 – Fallos: 306:1892)
Libertad de Prensa – Intimidad – Privacidad - Límites del derecho de información. 26

2. b) MENORES

S., V. (03/04/2001 – Fallos: 324:975)
Libertad de prensa – Censura previa - Intimidad - Menores. 58

3) LIBERTAD DE PRENSA - DERECHO DE RÉPLICA

EKMEKDJIÁN, MIGUEL ANGEL (07/07/1992 – Fallos: 315:1492)
Derecho de Réplica – Supremacía Tratados Internacionales – Medios de Comunicación. 106

PETRIC, DOMAGOJ ANTONIO (16/04/1998 – Fallos: 321: 885)
Derecho a réplica – Convención Americana sobre Derechos Humanos – Prensa. 137

4) LIBERTAD DE PRENSA – RESPONSABILIDAD - PUBLICACIONES - LÍMITES

a) REQUISITOS PARA HACER PÚBLICA LA INFORMACIÓN – FUENTE – VERBO POTENCIAL – SEUDÓNIMO

CAMPILLAY, JULIO CÉSAR (15/05/1986 – Fallos: 308:789)
Libertad de expresión – Prensa – Fuentes – Responsabilidad – Real malicia. 180

Pág.

ACUÑA, CARLOS MANUEL RAMÓN (10/12/96 - Fallos: 319:2965)
Libertad de prensa - Atribución de fuente - Fuente anónima. 192

b) Información - Funcionario público – Honor – Intimidad Teoría de la real malicia

COSTA, HÉCTOR RUBÉN (12/03/1987 – Fallos: 310:508)
Límites a la libertad de prensa - Honor – Responsabilidad – Real malicia - Réplica . 196

MORALES SOLÁ, JOAQUÍN MIGUEL (12/11/96 - Fallos: 319:2741)
Límites a la libertad de prensa - Honor – Responsabilidad – Real malicia. 216

PATITÓ, JOSÉ ANGEL Y OTRO (24/06/2008 – Fallos: 331:1530).
Libertad de prensa – Funcionarios públicos - Real malicia. 238

DAHLGREN, JORGE ERIC (09/11/10)
Libertad de prensa – Funcionarios públicos - Real malicia – Carta de lectores. 270

5) LIBERTAD DE PRENSA – ALCANCE DEL CONCEPTO DE CENSURA PREVIA – MEDIOS DE DIFUSIÓN - EMISIÓN TELEVISIVA – PUBLICIDAD OFICIAL

SERVINI DE CUBRÍA, MARÍA ROMILDA (08/09/1992 – Fallos: 315:1943)
Libertad de prensa – Censura previa – Medios de difusión. 300

EMISIONES PLATENSES S.A. (12/06/97 - Fallos: 320:1191)
Publicidad oficial – Condiciones equitativas. 354

EDITORIAL RÍO NEGRO S.A. (05/09/2007 – Fallos: 330:3908)
Libertad de prensa – Publicidad oficial. 369

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO. OLMEDO BUSTOS Y OTROS C/ CHILE 05/02/2001.
Libertad de pensamiento y expresión - Libertad de conciencia y religión - Censura. 411

KIMEL C/ ARGENTINA
Libertad de Expresión - Delitos contra el honor – Calumnias – Elementos típicos - Principio de legalidad – Opiniones – Funcionario público. 462

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

NEW YORK TIMES VS. SULLIVAN 09/03/1964 –376 U.S. 245
Libertad de Expresión - Funcionario público – Daños y perjuicios – real malicia. 509

SITIO WEB DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

http://www.csjn.gov.ar/ • http://www.cij.csjn.gov.ar/

- **NOVEDADES**
- **JURISPRUDENCIA**

  —Consulta temática en sumarios-fallo y dictamen

  —Consulta de textos fallos completos
  Sin sumarios

  —Lista de sentencias recientes

1) LIBERTAD DE PRENSA - ART. 32 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL - DELITOS COMETIDOS POR LA PRENSA

Funcionarios públicos - Inmunidad Parlamentaria - Delitos cometidos por medio de la prensa - Injurias - Jurisdicción.

"Calvete" - Ministerio Público c/ Benjamin Calvete. 19/09/1884 - Fallos: 1:340.

✎ ***Antecedentes:***

El Procurador Fiscal, en cumplimiento de una resolución del Senado, acusó ante un juez seccional de la Nación al Sargento Mayor Benjamín Calvete, por haber publicado en un diario un comunicado donde —a su juicio— se injuriaba y amenazaba al senador Martín Piñero por un discurso pronunciado en una sesión del Congreso.

El juez de primera instancia se declaró incompetente. La Corte revocó el auto apelado y lo devolvió al juzgado para que, en ejercicio de su jurisdicción, procediera y resolviera lo que correspondiera por derecho.

🔎 ***Algunas cuestiones planteadas:***

a) Funcionario público - Inmunidad - Libertad de prensa - Injurias. (Mayoría: Considerando 2º)

b) Jurisdicción - Delitos cometidos por la prensa - Constitución Nacional - Leyes comunes. (Mayoría: Considerandos 4º y 5º).

🕮 ***Estándar aplicado por la Corte:***

- La Constitución Nacional se vería frustrada si los libelos impresos contra los legisladores por sus opiniones emitidas en el Congreso no pudieran ser acusados ante los tribunales de la Nación, toda vez que la inmunidad de que gozan aquellos es un derecho creado por la Constitución Nacional y debe ser regido por ella y por las leyes del Congreso (1).

---

(1) **Nota de Secretaría:** Respecto a la inmunidad parlamentaria y libertad de expresión, en la causa **"Gorostiaga, Manuel c/ García Aguilera, Vicente" (Fallos: 33:228)** sostuvo el Tribunal que contra la limitación impuesta por el art. 32 de la CN a la jurisdicción federal no pueden alegarse los privilegios de que gozan los miembros del Congreso, pues ella en nada afecta lo acordado por el art. 60 de la misma. Concluyó en que éstos no gozan del fuero federal —al igual que los ministros del Gobierno Nacional, los jueces y demás autoridades en el ejercicio de sus funciones, en los delitos cometidos contra ellos por medio de la prensa, y resolvió que la justicia federal es incompetente para conocer en los delitos cometidos por medio de la prensa.

- La abstención que el art. 32 de la Constitución Nacional impone a la jurisdicción federal está circunscripta a las infracciones de las leyes comunes que pueden ser castigadas por la justicia provincial, pero esto no se extiende a los delitos que, aun cometidos por la prensa, violan a la Constitución, pues el juicio de las que se cometen en su contra y las leyes del Congreso no pertenece al fuero provincial (2).

Ver, asimismo, **"Cossio, Ricardo Juan c/ Viqueira, Horacio" (Fallos: 327:138)**. En **"Viaña, Roberto s/ Habeas corpus a favor del ciudadano Pablo Calvetti" (Fallos 318:2348)**, la Corte resolvió que no se justifica el ejercicio de las facultades disciplinarias discrecionales de la legislatura si el sancionado había ejercido su derecho a la libre expresión en un debate sobre comportamientos políticos, posterior al desempeño de la función propiamente legislativa. En **"Cavallo, Domingo Felipe" (Fallos: 327:4376),** se consideró que existían fundamentos constitucionales de orden normativo y de conveniencia institucional que extendían la garantía de indemnidad de opinión parlamentaria lo necesario como para proteger a los ministros del Poder Ejecutivo.

(2) **Nota de Secretaría:** La Corte Suprema en la causa **"Fiscal General c/ Manuel Argerich", (Fallos: 1:130)** sostuvo que el art. 32 de la C.N impedía a la justicia federal ejercer competencia sobe los delitos de imprenta, doctrina que abandona parcialmente en el fallo en análisis. Posteriormente, en la causa **"Criminal c/ Jofre, Salvador y González, Ricardo" (Fallos 17:110)** la Corte estableció que el juzgamiento de los abusos de la palabra por la prensa es exclusivo de la jurisdicción provincial.

Respecto al tema ver **"Fiscal c/ D. W. Laforest" (Fallos: 3:371)**; **"Fiscal c/ Baltasar Moreno" (Fallos: 10:363); "Acevedo por delito de desacato y amenazas al Presidente de la República" (Fallos: 30:112); "Ataliva Roca c/ Editor de "El Nacional" (Fallos: 30:540); "Enrique Luzuriaga c/ Jacinto F. Espinosa" (Fallos: 54:108) "Procurador Fiscal c/ Corres, Ignacio N." (Fallos: 85: 246); "Domingo Podestá c/ Manuel Matesanz" (Fallos: 94:378); "Joaquín Robles c/ el director del diario "La Epoca" (Fallos: 100:337)**; **"José María Calaza c/ Enrique Azuzzi (Fallos: 113:231); "Criminal c/ Salva, L. y otros" (Fallos: 114: 60); "Loveira, Vicente c/ Mulhall, Eduardo T." (Fallos: 115: 92);** "**David Carreras c/ diario "La Libertad" (Fallos: 106:416); "Criminal c/ Florencio González y Cortés" (Fallos: 118: 183); "Criminal c/ Teodoro Antilli y Apolinario Barrera (Fallos: 119:231); "Carlos M. Quiroga c/ Elías Busleiman" (Fallos: 120: 239):** "**Saborido, Diego c/ Kaish, Juan G. (Fallos: 124:161); "Angel M. Méndez c/ Damaso Valdez por injurias graves" (Fallos: 127:429); "Criminal c/ Venancio Mendiburo, por injurias s/ competencia" (Fallos 126:289); "José Rolla c/ Juan G. Kaiser" (Fallos: 127:273); "Angel M. Méndez c/ Damaso Valdez" (Fallos: 127: 429); "Juan Sciutti y otros (Fallos: 131:74); "Rosas, Liberato c/ Barón, Manuel" (Fallos: 131:395); "Ezequiel Paz director del diario "La Prensa" c/ la Municipalidad de la Capital" (Fallos: 133: 31); "Said J. Murad y Saifuddin Rahhal c/ Joaquín de Iturralde" (Fallos: 137:5); "Agente Fiscal c/ Diario El Telégrafo" (Fallos: 150: 310); "Ministerio Fiscal de la Nación" (Fallos: 167:121); "Procurador c/ Fiscal c/ periódico Renovación (art. 244 C.Penal**) (**Fallos: 208:519); "Diario La Gaceta c/ Provincia de Tucumán" (Fallos: 217:145); "Horacio Reyes s. desacato"** (**Fallos: 218:482) y "Procurador Fiscal c/Fidel Angel Bruera" (Fallos: 224:438).**

En sentido similar a **"Calvete",** en algunos pronunciamientos la Corte tuvo en cuenta la naturaleza del cargo del funcionario cuyo honor se había afectado, a fin de declarar la competencia federal: **"Humberto Sosa Molina" (Fallos: 203:310)** —desacato contra un interventor federal en una provincia, por considerarlo funcionario nacional—; **"Noticias Gráficas" (Fallos: 205:545)** — jefe de la Policía de la Capital, por considerarlo funcionario del gobierno federal cuya jerarquía trasciende aún en los casos de actuación local, a diferencia de los integrantes del personal subalterno que presta servicios en la Capital—, entre otros. También tuvo en cuenta el delito imputado: **"Antonio Zamora" (Fallos: 183:49) —**causa contra un director de un diario por los delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación, art. 219 del C.P.-. y **"Procurador Fiscal contra el director del diario "La Provincia"" (Fallos: 167:121)** —actos que importen una incitación a cometer en el territorio de las provincias, algunos de los crímenes que ofenden la soberanía y seguridad de la Nación-.

En los autos **"Don Domingo Podestá c/ Manuel Matezanz" (Fallos 94:378)** la Corte, por mayoría dispuso que el juez competente para conocer de la querella por calumnia que se dice cometida por la publicación de una solicitada es el del lugar donde dicha publicación se ha realizado, aunque el autor de ella la haya escrito y remitido desde otro lugar.

En la causa "**Burie Vasilije (Basilio) c/ Kavcic" (Fallos: 163:194)**, la Corte entendió que no procede su competencia originaria en un juicio por calumnias e injurias; en sentido contrario, ver el caso "**Teodoro Baizos" (Fallos: 280:164).**

La potestad provincial de reglamentación en materia de libertad de expresión —art. 32 CN—, es referida por la Corte en las causas "**Santiago Dardo Herrera en autos con Ramón Cardoso" (Fallos 129:66)** y "**Sotullo, Francisco c/ Scotti, Gregorio" (Fallos: 130:121)**, entre otras**.** En "**Meyer Octavio Ramón" (Fallos: 242:269),** consideró que corresponde privativamente a las legislaturas provinciales reglamentar el ejercicio de la libertad de imprenta, determinando las sanciones que reprimirán sus abusos, por tratarse de una potestad no delegada al Gobierno Federal, no aplicándose el C.P. a los delitos cometidos por medio de la prensa en el territorio de las provincias, sin perjuicio de lo que al respecto dispusieran los poderes locales.

Texto del Fallo:

Sobre Jurisdiccion del Juzgado Seccional de Buenos Aires para conocer de la acusacion entablada por el Procurador Fiscal, Contra Don Benjamin Calvete por publicaciones en la prensa.

El Procurador Fiscal se presenta diciendo: Acompaño la resolucion del Honorable Senado por el cual se ordena la acusacion del Señor Calvete, y tambien el número 148 del diario *El Pueblo,* que se publica en esta capital, en el cual se registra el artículo que ha dado orijen á aquella determinacion, para que V. S. prévio el reconocimiento correspondiente, imponga al señor Calvete la pena establecida por el artículo 32 de la Ley del Congreso de 14 de Setiembre de 1863, pues segun el artículo 30, inciso 2º de la misma Ley, el delito cometido contra el Senador D. Martin Piñero, injuriándole y amenazándole con torpeza, por opiniones vertidas en el recinto de la Cámara, en ejercicio de sus funciones, es un verdadero desacato contra las autoridades nacionales.

Salustiano J. Zavalia.

El remitido publicado en *El Pueblo* es el siguiente:

"He leido en la *Nacion* del 20 del pasado el artículo *Seccion Parlamentaria*.

"Seria hacer mucho honor al tuerto Piñero, refutar sus soeces insultos, ó protestar contra ellos; sabido es, que solo los produce garantido por el sagrado del recinto en que lo hace, y por otra parte, para desfogar un poco la hiel que siempre está dispuesto á vomitar.

"No será difícil, que éste señalado por la mano de Dios, llegue á serlo por partida doble; es decir, puede hacer de repente la adquisición de algunos latigazos administrados por alguno de los muchos que se ha permitido ofender.

Sírvase publicar la presente en su acreditado periódico, y contar con el aprecio con que siempre lo ha distinguido.

Su afectísimo,

"Benjamín Calvete.

Nueve de Julio, 13 de 1864.

En la causa **"Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (Fallos: 328:1825),** se resolvió que la ley nacional de radiodifusión en modo alguno prohibía a la Ciudad de Buenos Aires legislar sobre lo relativo a sus elecciones locales —materia que es de su exclusiva competencia—, por lo que la prohibición de la difusión, publicación, comentarios o referencias de los resultados de encuestas electorales desde las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio era constitucional, pues sólo limitaba su difusión por un brevísimo período de tiempo —tres horas—, con la sola finalidad de evitar que se altere el proceso electoral previo su finalización y rodear de las necesarias garantías el derecho a voto de sus habitantes. En torno a la competencia, en la causa **"Dellagnolo, Evangelisto y otros c/Alvarez, Omar" (Fallos: 329:6044),** se resolvió que el hecho de que los servicios de radiodifusión estén sujetos a la jurisdicción nacional, por imperio del art. 2º de la ley 22.285, no habilitaba por sí el fuero de excepción en materia criminal, y se declaró la competencia provincial en la causa por los delitos de injurias y calumnias —atribuido al representante legal de una empresa de televisión por cable, licenciataria del Estado Nacional— si la publicación de las expresiones agraviantes se efectuó a través de un medio distinto al que él representa —prensa—, versa sobre cuestiones acaecidas en el ámbito local, vulneraría el honor de magistrados de la justicia provincial y no afectó la prestación del servicio de radiodifusión.

Auto del Juez Seccional

Buenos Aires, Agosto 25 de 1864.

Vista la presente acusacion de la que resulta: que el Procurador Fiscal en cumplimiento de una resolucion del Honorable Senado de la Nacion, deduce acusacion en forma contra Don Benjamin Calvete, por haber publicado en el diario *El Pueblo*, un escrito en el cual se infiere una torpe amenaza y se injuria al señor Senador Don Martin Piñero, con motivo de opiniones vertidas por él en el ejercicio de sus funciones. Y fundándose en que ese escrito ha sido considerado por el Honorable Senado como una ofensa hecha á su propia dignidad; como un quebrantamiento del privilegio parlamentario y como un delito cuyo conocimiento compete á los Tribunales Nacionales; y clasificando el delito como un desacato contra las autoridades nacionales, previsto por el artículo treinta de la ley de catorce de Setiembre de mil ochocientos sesenta y tres, pide la aplicacion de la pena que ese artículo establece. Y considerando: —Primero. Que en este caso no se trata solamente de un desacato contra la autoridad, sino mas bien, de un abuso de la libertad de imprenta, porque los abusos de la prensa los constituyen los delitos cometidos por medio de ella, y estar tan estrechamente ligados el uno con el otro, que el juicio tiene forzosamente que comprender á ambos. —Segundo. Que el artículo treinta de la ley nacional penal invocada por el Procurador Fiscal, al tratar de las injurias y desacatos contra las autoridades nacionales, no se ha referido á los delitos de la prensa. Primero. Porque de su tenor no se deduce tal cosa. Segundo. Porque no podia hacerlo en vista del artículo *treinta y dos* de la Constitución Nacional, que establece, que el Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta ó establezcan sobre ella la jurisdiccion federal. Tercero. Porque la soberanía provincial se ha reservado la facultad de reprimir tales delitos, como espresamente se reconoció al tratarse en la Convención del artículo citado; (diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos-Aires, página 97) y porque asi ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia en el caso promovido por el señor Fiscal General de la Nacion contra el Doctor Don Manuel G. Argerich. Que no existiendo, pues, ley alguna nacional que rija el delito que se acusa; y prohibiendo la Constitucion toda jurisdiccion en materias de imprenta, carece el Juzgado de la facultad necesaria para entender en esta acusacion. Declara: Que no debe hacer lugar á la acusacion deducida por el señor Procurador Fiscal contra D. Benjamin Calvete.

Alejandro Heredia.

El Procurador Fiscal apeló de esta resolución, en cuyo recurso recayó el siguiente:

Fallo de la Suprema Corte

Buenos Aires, 19 de setiembre de 1864.

Vista la acusacion del Procurador Fiscal contra el Sargento Mayor Don Benjamin Calvete, por un comunicado que publicó bajo su firma, el diario titulado *El Pueblo*, y en el cual, á juicio de aquel funcionario, se injuria gravemente y se amenaza al señor Senador de la Nacion, D. Martin Piñero, con motivo de un discurso que pronunció en una Sesion del Congreso; visto tambien el auto del Juez de Seccion de esta Provincia, declarándose incompetente para conocer de la causa, y espresando como razon principal de este pronunciamiento la de que, habiéndose prohibido por el artículo treinta y dos de la Constitucion Nacional que se establezca sobre la libertad de la prensa de jurisdiccion federal, las dichas injurias y amenazas no pueden ser castigadas por los tribunales que ejercen esa jurisdiccion. Y considerando: Primero. Que atendidos los fines que se propone la misma Constitucion, disponiendo, en su artículo sesen-

ta, que los miembros del Congreso no puedan ser acusados, interrogados, ni molestados por las opiniones ó discursos que emitan desempeñando su mandato de legisladores, esta inmunidad debe interpretarse en el sentido mas amplio y absoluto; porque si hubiera un medio de violarla impunemente, se emplearia él con frecuencia por los que intentasen coartar la libertad de los legisladores, dejando burlado su privilegio, y frustrada la Constitucion en una de sus mas subtanciales disposiciones. Segundo. Que este seria efectivamente el resultado, si los libelos impresos contra los Representantes por las opiniones que emitan en el Congreso, no pudieran ser acusados ante los Tribunales de la Nacion; pues la inmunidad de que gozan es un derecho creado por la Constitucion Nacional, que no puede ser regido sino por ella y por las leyes del Congreso, segun el inciso veinte y ocho del artículo sesenta y siete de la misma Constitucion, y por el artículo cien se atribuye esclusivamente á la jurisdiccion federal el conocimiento y decision de las causas que versan sobre puntos comprendidos en esa clasificacion; deduciéndose de estos principios que si los Tribunales Nacionales fueran incompetentes para proceder en el presente caso, lo serian tambien los de Provincia, y que la Constitucion habría dado á los Legisladores de la República un privilegio ilusorio, contra la manifiesta intencion de sus autores. Tercero. Que la inconsecuencia ó la falta de prevision jamas se supone en el Legislador, y por esto se reconoce como un principio inconcuso, que la interpretacion de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando, como verdadero, el que las concilie, y deje á todas con valor y efecto. Cuarto. Que aplicando esta regla de interpretacion al artículo treinta y dos citado, resulta: que la abstencion que por él se impone á la jurisdiccion federal, está circunscripta á aquellas infracciones de las leyes comunes que pueden ser castigadas por los Tribunales de Provincia quienes compete hacer cumplir sus preceptos; como son: las ofensas á la moral, y demas que se cometan abusando del derecho garantido á la prensa de poder discutir libremente todas las materias religiosas, filosóficas y políticas; las injurias y calumnias inferidas á personas privadas, ó á empleados cuyas faltas es permitido denunciar ó inculpar, porque la Constitucion no les ha concedido inmunidad …; pero que de ningún modo se estiende á aquellos delitos que, aunque cometidos por medio de la prensa, son violaciones de la Constitucion Nacional, ó atentados contra el órden establecido por ella, y puesto bajo el àmparo de las autoridades que ha creado para su defensa. Quinto. Que esta fue la inteligencia que se dió al artículo treinta y dos por la comision examinadora de la anterior Constitucion que lo propuso á la Convencion de Buenos-Aires (donde como en la que se reunió en Santa Fé fue sancionado sin discusion). Segun claramente se deduce del informe con que acompañó sus proyectos de reformas y del discurso del miembro encargado de sostenerlas; diciéndose en el primero: "Aun considerando los abusos de la palabra escrita como verdaderos delitos (que en realidad no son sino actos dañosos á la sociedad), ellos no podrian caer bajo la jurisdicción nacional, como no caen los delitos comunes, y seria un contrasentido que fuese tribunal nacional un jurado de imprenta, y no lo fuese un juzgado civil ó criminal;» y en el discurso del segundo: "El Congreso dando leyes de imprenta, sugetaria el juicio à los tribunales federales, sacando el delito de su fuero natural;» lo que solamente puede ser verdad entendiéndose por abuso de la libertad de imprenta, la infraccion, por medio de ella, de algun precepto del derecho común; pues el juicio de las que se cometen contra la Constitución Nacional y las leyes del Congreso, no pertenece al fuero provincial, y deduciéndose de estos fundamentos que el Juzgado de Sección es competente para conocer de la acusación que el Procurador Fiscal ha entablado, ante él, contra el Sargento Mayor D. Benjamin Calvete; se revoca el auto apelado de foja cuatro, y devuélvase para que poniendo aquel Juzgado en ejercicio su jurisdicción, proceda en la causa y resuelva lo que corresponda por derecho. FRANCISCO DE LAS CARRERAS — SALVADOR MARIA DEL CARRIL — FRANCISCO DELGADO — JOSÉ BARROS PAZOS.

Nota complementaria:

Al analizar los ***delitos de calumnias e injurias*** **—**con respecto a la interpretación de los tipos penales que consagran delitos que pueden ser cometidos por medio de la prensa— el Tribunal sostuvo que, con arreglo a los arts. 14, 32 y 33 de la Constitución Nacional, la libertad de prensa tiene un sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa, por lo que es necesario evitar interpretaciones del art. 113 del C.P. frustratorios de tal derecho, con igual alcance que si mediara aquélla (“**Pérez, Eduardo y otro”, Fallos: 257:308)** (3)**.**

Posteriormente, la Corte exigió como requisito ineludible de la responsabilidad penal la positiva comprobación de que la acción ilícita podía ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente (**“Lectoure, Juan Carlos”, Fallos: 303:267,** entre muchos otros) (4)**.**

Delitos cometidos por la prensa - Injurias - Punición - Jurisdicción

“Batalla”: Ramos, Raúl Alberto s/ querella por injurias c/ Eduardo J. Batalla. 21/10/70 - Fallos: 278:62.

Antecedentes

En el caso se impugnó la sentencia por la cual el apelante resultó condenado —a raíz de una publicación periodística— por la comisión del delito de injurias —art. 110 del Código Penal— sobre la base de que dicho artículo contraría lo dispuesto en los arts. 18 y 32 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema confirmó el fallo apelado.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Libertad de imprenta — Jurisdicción. (Mayoría: Considerandos 11, 14 y 21).

b) Delitos cometidos por medio de la prensa. (Mayoría: Considerandos 16 a 18)

---

(3) **Nota de Secretaría:** Así, en la causa citada la Corte estimó que el art. 113 del C.P. debía recibir una interpretación estricta que excluya de la sanción penal la mera posibilidad de la comprobación del carácter ofensivo de la publicación por parte del editor responsable. Concluyó que no correspondía responsabilizar penalmente a un editor por la mera inserción en su periódico de una carta abierta, de un artículo o una noticia, sin tomar partido y sin agregarle la fuerza de convicción que pudiera emanar de la propia opinión.

(4) **Nota de Secretaría:** En dicho caso, el imputado, director del diario, no había sido autor de la publicación ni la había conocido hasta después de su aparición. En la causa “**Eduardo Pérez y otro” (Fallos: 257:308)** la Corte sostuvo que el art. 113 del C.P. debía recibir una interpretación estricta que excluya de la sanción penal la mera posibilidad de la comprobación del carácter ofensivo de la publicación por parte del editor responsable. Ver, asimismo, **“Abad, Manuel Eduardo y otros”, (Fallos: 315:632) y “Suárez, Facundo Roberto s/ querella c/ Cherashni o Cherashny, Jorge Guillermo por calumnias e injurias” (Fallos: 318:823)**.

Cabe aclarar que la apreciación de los aspectos de hecho y prueba fueron, generalmente, considerados como elementos ajenos a la instancia extraordinaria de la Corte (“**Riu, Carlos Pedro”, Fallos: 265:186,** “**Dalle Nogare, Victorio I.S”, Fallos: 284: 54**, entre muchos otros).

🕮 ***Estándar aplicado por la Corte:***

- El objetivo del art. 32 de la Constitución Nacional fue evitar que la libertad de imprenta fuera regida por leyes federales y sometida de modo exclusivo a la jurisdicción de esa índole, pero no se advierte obstáculo constitucional a que los tribunales de provincia apliquen el Código Penal, dentro de sus respectivas jurisdicciones, cuando el medio empleado para cometer un delito es la prensa.

- Si un delito es común por su naturaleza, su represión está atribuida al Congreso de la Nación, con total prescindencia del medio empleado para cometerlo —inclusive la prensa—, sin perjuicio de que su juzgamiento sea ejecutado por los tribunales locales o nacionales según corresponda. Ello no importa reconocer al Congreso la facultad de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta ni la de someter tales asuntos a la jurisdicción federal (5).

Dictamen de la Procuración General:

Suprema Corte:

El recurso extraordinario de fs. 123, cuya procedencia ha sido declarada a fs. 162, tiene por objeto impugnar la interpretación del art. 32 de la Constitución Nacional sustentada por el Tribunal Superior de Misiones en el caso "Schwelm, Arturo M. v. Guimaraes, Nelson" (Jurisprudencia Argentina, 1968, VI, pág. 609), y que aplica el pronunciamiento aquí apelado, el cual se remite a la sentencia aludida.

Con arreglo al criterio del Tribunal Superior de Misiones, la legislación penal común, dictada por el Congreso en virtud de las atribuciones conferidas a éste por el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional, alcanza a los delitos de imprenta, y, por consiguiente, el art. 110 del Código Penal sería aplicable a las expresiones injuriosas aparecidas en los diarios que se publican dentro de la provincia, aun cuando ninguna norma local haya receptado dicha disposición legal en lo relativo a los mencionados delitos.

Lo decidido contraría una doctrina secular de la Corte Suprema, avalada por la autoridad de sus magistrados más ilustres, doctrina que no es afectada a mi juicio, por las objeciones formuladas en el citado caso "Schwelm", siempre que se la entienda con el alcance establecido a partir del precedente publicado en Fallos: 167:121, y con algunas precisiones implícitas, según cabe estimarlo, en la propia jurisprudencia de la Corte.

---

(5) **Nota de Secretaría:** Respecto a la constitucionalidad de la punición de delitos cometidos a través de la prensa, la Corte, en diversos pronunciamientos, ha considerando que el derecho a la libre expresión no confiere inmunidad frente a la admitida existencia de un hecho que agravia al honor, interés humano legítimamente protegido por el Código Penal (Causa "**Riu, Carlos Pedro" (Fallos: 265:186)**, entre muchas otras). Por otra parte, en **"Procurador Fiscal contra el director del diario "La Provincia"" (Fallos: 167:121)** la Corte, por unanimidad, resolvió que el Congreso de la Nación no ha sido expresamente privado por el art. 32 CN, ni por otro alguno, de la facultad de dictar leyes para reprimir los actos que importen una incitación a cometer, en el territorio de las provincias, algunos de los crímenes que ofenden la soberanía y seguridad de la Nación.

Conocidas son las dificultades que desde el principio de nuestra organización institucional planteó la interpretación del citado art. 32 de la Ley Fundamental, lo cual dio origen a un debate que, como el presente caso lo ilustra, todavía no se ha extinguido.

En el transcurso de esa polémica se han perfilado dos posiciones sobre cuyo valor es preciso formar opinión a efectos de advertir el mérito de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el referido precedente de Fallos: 167:121, rectificando su jurisprudencia anterior en lo que tenía de vulnerable a la crítica.

El mencionado art. 32 de la Constitución establece que el Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Ahora bien, desde el comienzo del debate se encuentran opiniones, como la de Mitre (v. la cita hecha en Fallos: 128:175, pág. 187), para las que la parte del artículo examinado referente a las leyes restrictivas de la libertad de imprenta sólo impide al Congreso subordinar la aparición de publicaciones periódicas a licencias administrativas, tal como se lo hizo en la época de Rosas, o algún otro tipo de medidas de carácter *preventivo.*

En cuanto a la segunda parte del artículo, concerniente a la jurisdicción federal, ella no tendría, como parecen expresarlo tanto Elizalde en la discusión parlamentaria a la cual se alude en Fallos: 128:175, pág. 207, como Rawson en esa misma oportunidad, y en la Convención Constituyente de Buenos Aires de 1870 y 1871, otro significado que reproducir, en cuanto a los delitos de imprenta, la salvedad formulada en el art. 67, inc. 11, de la Constitución, a favor de la competencia de los tribunales provinciales para aplicar los códigos comunes. De este criterio surge, desde luego, que las leyes penales de tal índole alcanzan a los delitos de imprenta, y este punto de vista fue luego explícitamente sostenido por el Procurador General, Dr. José Nicolás Matienzo, en los dictámenes emitidos en las causas de Fallos: 128:175 y 129:66, encontrando cierto apoyo para ello en el párrafo del Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, número 6, que se cita en la página 206, Tomo 128, de la colección de V.E.

La tesis de la cual me vengo ocupando descansa sobre un presupuesto siempre destacado por quienes la defienden: la inexistencia de una categoría especial de infracciones calificables como delitos de imprenta. Para los autores y tribunales que se ubican en esta posición sólo hay delitos cometidos por medio de la prensa, sin que el instrumento empleado les otorgue ninguna característica particular.

Se explica bien el énfasis otorgado a esta aseveración, pues si se admitiera la posibilidad de una categoría especial de delitos diferenciables de los que integran la materia del derecho penal común, no sería legítimo afirmar que el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional, al dotar al Congreso de atribuciones para dictar un código sobre aquella materia, le hubiera permitido legislar sobre la libertad de imprenta, cuya regulación, en principio, le es ajena en virtud del art. 32, según también lo admiten los sostenedores del criterio conforme al cual los delitos de imprenta se hallan comprendidos en la legislación penal del Congreso.

En otras palabras, los defensores de la tesis examinada parten de conceder que el art. 32 importa algún género de limitación en lo tocante al poder reglamentario del Congreso con respecto a la imprenta, mas excluyen que dicha limitación se refiera al campo represivo penal, ya que no debe haber delitos específicos de imprenta, y los cometidos por ese medio sólo han de hallarse incluidos en las previsiones de las normas comunes.

Sobre la base de esta premisa se lograría una legislación penal uniforme también en este campo, sin desmedro del art. 32, a cuya primera parte cabría atribuir, de todos modos, el sentido de vedar al Congreso establecer regulaciones específicas sobre policía de publicaciones, sentido refirmado por la segunda parte del artículo, pues la jurisdicción federal surtiría si el Parlamento considerara que el poder de reglar los medios de comunicación interprovincial lo autoriza a legislar en cuanto a la materia recién aludida.

Demás está decir que, desde la perspectiva expuesta, nada obsta a la jurisdicción federal sobre los delitos reprimidos por normas generales emanadas del Congreso. En efecto, si el art. 32 no se vinculase, en realidad, con la competencia penal nacional, porque la cuestión está suficientemente solucionada por la reserva del art. 67, inc. 11, de la Constitución, dicha competencia debería ejercerse normalmente, dentro de las limitaciones impuestas por la disposición mencionada en último término también en lo atinente a los delitos cometidos empleando la prensa.

A modo de síntesis, resulta que, con arreglo al criterio hasta ahora examinado, no sería legítimo reconocer una categoría diferenciada de delitos de imprenta, por cuyo motivo las limitaciones a la regulación tocante a dicha materia establecidas por el artículo 32 de la Constitución Nacional no podrán incidir sobre las facultades del Congreso para dictar la legislación penal represiva, tanto común como federal, que debe ser aplicada por los órganos judiciales competentes con arreglo a los arts. 67, inc. 11, 100 y 101, de la Ley Fundamental.

La otra posición, descripta tal como la mantuvo la Corte Suprema hasta las modificaciones que se le introdujeron en el célebre precedente de Fallos: 167:121 (Procurador Fiscal contra el director del diario "La Provincia"), parte de afirmar el valor de la distinción entre la materia penal, común o federal, y lo concerniente a abusos o delitos de imprenta.

Por ende, si la represión de los delitos de imprenta requiere, corrientemente, el establecimiento de reglas especiales, pocas dudas podrían albergarse en cuanto a que el art. 32 de la Constitución, en su primera parte, está previniendo que el Congreso lo haga por vía del ejercicio de sus poderes de legislación general, e incluso, en virtud del segundo inciso del artículo, a través de las atribuciones que le corresponden para dictar normas de carácter federal, toda vez que legislando de esta suerte haría nacer la jurisdicción de aquella índole aludida en el precepto constitucional mentado.

Esta interpretación así formulada, se ciñe, según lo entiendo, a las intenciones de quienes propusieron la reforma a la Constitución de 1853 introducida por la Convención Nacional de 1860 al aceptar el proyectado artículo 32 como ahora aparece en nuestra Carta Fundamental.

Las circunstancias políticas que formaron el marco de la Convención provincial de Buenos Aires, a las que alude el notable voto del Dr. Hernández Herrera, juez del Tribunal Superior de Catamarca, publicado entre los antecedentes del caso que se registra en Fallos: 128:175 (págs. 182/185), unidas a las expresiones inequívocas del informe de la Comisión Revisora y el discurso pronunciado por Vélez Sársfield ante la Convención provincial, piezas de mención necesaria al considerar este asunto, dan válido apoyo para concluir que el propósito perseguido con la reforma propuesta era sustraer la prensa de la legislación del Congreso, ya fuera federal o común, y de la competencia de los tribunales nacionales.

No deseo insistir en el examen de textos analizados una y otra vez por la Corte Suprema en los principales casos suscitados al respecto, como los de Fallos: 33:228; 100:337; 114:60 y 124:161 (Saborido c/ Kaiser), y me remito, por ello, a los pasajes transcriptos en los consideran-

dos 6º y 7º de la sentencia citada en último término, cuyas expresiones se hacen más claras, si es posible, ubicadas dentro de las circunstancias históricas en que fueron vertidas.

La jurisprudencia del Tribunal, con la única excepción constituida por el caso "Calvete" (Fallos: 1:297 y 340), siguió inalterablemente el propósito de los convencionales de Buenos Aires, aceptado como interpretación auténtica del art. 32 en los debates parlamentarios de que la Corte hizo mérito en los casos de Fallos: 127:429 y 128:175.

Pero esta tesis comportaba consecuencias exageradas, toda vez que impedía a los tribunales federales conocer en cuanto a los abusos de imprenta susceptibles de afectar la seguridad y la soberanía de la Nación. Por tal circunstancia, en el caso de Fallos: 167:121, la jurisprudencia fue rectificada en el sentido de admitir la competencia nacional para aquellos supuestos dejando a salvo el principio conforme al cual el poder atribuido al Congreso de dictar la legislación penal común no se extiende a los delitos de imprenta.

He esbozado los lineamientos de las dos posiciones existentes en orden a la interpretación del art. 32 de la Constitución Nacional, con la finalidad de que al exponerlas se manifestaran los aciertos y puntos débiles de cada una.

Aquella que no otorga a la disposición constitucional citada efectos particulares en cuanto a la legislación penal, descansa sobre la premisa consistente en negar legitimidad al tratamiento específico de los delitos de imprenta, y pone su énfasis en el valor de la legislación uniforme.

Lógicamente, tal criterio podrá ser compartido en tanto se admita el juicio que lo funda, esto es, en tanto, se piense que no es preciso sujetar los delitos de imprenta a una legislación particular, pero, dejando aparte esta cuestión substancial, de la que me ocuparé luego, la tesis de referencia se reciente, desde una perspectiva lógico jurídica, por el escaso significado que termina atribuyendo a una norma históricamente tan cargada de sentido como el art. 32 de la Constitución.

Ciertamente, no cabe tal reproche a la posición contraria, que se ha esmerado por llevar a cabo el propósito de los autores del precepto, más allá, según lo advirtió la Corte, de lo que permitía una interpretación armónica de la Ley Fundamental, atenta a los fines de ésta en su conjunto.

La rectificación introducida por dicho motivo en Fallos: 167:121, conservó, en todo lo posible, el sentido original de la primera parte del art. 32, que sigue importando una severa limitación a las atribuciones del Congreso, pero privó de relieve a la frase concerniente a la jurisdicción, al punto de obligar a buscarle, de modo casi penoso, algún significado particular.

Sin embargo, el aludido criterio de Fallos: 167:121 preserva el carácter específico de los delitos de imprenta, y respeta, en la medida en que lo permite su armonización con otros principios constitucionales, la reserva de poder que las provincias efectuaron en el art. 32, bajo el cual subyacen realidades político-institucionales que no han de ser desconocidas.

Ello demuestra que, aún con su relativa imperfección lógica, el punto de vista adoptado por ese precedente parezca merecedor de seguir determinando, como hasta el presente, la jurisprudencia del Tribunal sobre la materia.

En cuanto a la importancia de considerar al delito de imprenta como de naturaleza específica, creo innegable el acierto de las consideraciones formuladas acerca de ello por la Corte Suprema en Fallos: 127:429 (pág. 432) y 128:175 (págs. 219 y 220).

En el segundo de esos casos expresó el Tribunal: "Cuando se argumenta que el delito común no es distinto porque se cometa con armas distintas, se asienta una premisa equivocada e inaplicable en cuanto se empieza por establecer que la prensa es un mero instrumento de delito, lo que no es exacto, aunque ocasionalmente puede auxiliar la comisión de un delito. La prensa como institución social, como factor de gobierno y de opinión, desempeña funciones que le son propias y que, de tal manera se relacionan con los intereses colectivos de todo orden, que requiere para cumplir su misión regímenes legales que armonicen más con ella que los principios generales de las leyes comunes; y de ahí sus leyes especiales, sus tribunales propios y sus delitos 'sui generis', que importando transgresiones y abusos de facultades concretas de la Constitución, tienen en general una sanción penal también de excepción, caracterizada más por la índole moral de la condena que por el agravio material de la misma. La imprenta, pues, así legalmente instituida, no puede equipararse como se pretende, al puñal, al veneno, ni a instrumento alguno de delitos; los que se cometen por la prensa son de naturaleza especial, y sobre ello no legisla el Congreso Nacional, sino las legislaturas locales".

Si se quisiera precisar la argumentación, podría decirse que la prensa es la principal manifestación del derecho de crítica en todas las materias que conciernen al interés general, y que no son únicamente las políticas, sino también las religiosas, económicas, sociales, científicas, culturales y artísticas, en la medida en que salen del ámbito privado y se exponen al juicio de la opinión pública.

La regulación concerniente a los delitos de prensa tiene que abordar los problemas peculiares planteados por el amplio margen de libertad que es necesario reconocer a la crítica. Esos problemas conciernen al dolo requerido en los agravios y excesos a que dé lugar el empleo de la palabra escrita como medio organizado de manifestación del pensamiento acerca de los intereses comunes de la sociedad (v. al respecto el dictamen de mi predecesor en el cargo publicado en Fallos: 269:200), a la responsabilidad de los editores, a la admisión de la prueba de la verdad de los dichos y a la medida y clase de las penas, tanto como a las formas procesales.

Estas cuestiones están íntimamente vinculadas al derecho público local y de algún modo forman parte de él, pudiendo recibir, dentro del marco constitucional, soluciones distintas que es razonable confiar a la discreción de los poderes provinciales, pues éstos actúan en ámbitos no todos social, cultural ni políticamente idénticos.

La Corte Suprema tuvo ocasión de contemplar los resultados obtenidos por el ejercicio de las facultades reservadas a los estados particulares en este campo, y los juzgó positivos (Fallos: 127:429, págs. 442/443 y 128:175, pág. 230). Y a este respecto me parece oportuno observar que el derecho público de las provincias ha sido vehículo entre nosotros de muchas iniciativas fecundas que han ayudado al adelanto institucional del país.

Uno de los argumentos que se emplean para impugnar la doctrina del Tribunal consiste en que ella puede llevar a la impunidad de los delitos de imprenta, lo cual me parece inexacto, pues las provincias originarias poseen tradición legislativa en la materia, y las nuevas, como ocurre con Misiones, de la cual aquí se trata, están autorizadas a mi juicio, en virtud de las leyes de provincialización, para seguir aplicando las normas incluidas por el Congreso dentro del Código Penal en su carácter de legislatura de la Capital y los territorios nacionales. Sólo por una interpretación cuestionable, aunque insusceptible de revisión v. el voto del Dr. Gil Navarro

en el caso "Schwelm", considerandos 5º y 6º, J.A. 1968, VI, pág. 625 y Fallos: 253:469) tal solución no ha sido adoptada en el *sub iudice.*

Resta tratar una objeción formulada por el Tribunal Superior de Misiones en el caso recién citado. En dicha sentencia expresa aquel superior organismo judicial que si se admitieran en su totalidad las consecuencias implícitas en la doctrina de la Corte Suprema, vendrían a ser inaplicables en las provincias muchas normas del Código Penal que reprimen acciones en las cuales el empleo de un medio de publicidad es elemento comisivo esencial o al menos característico, como ocurre en las publicaciones obscenas, la competencia desleal del art. 159, o el ejercicio ilegal de la medicina previsto en el art. 208.

Naturalmente, si es exacta la tradicional ecuación entre libertad de prensa y derecho de crítica, se advierte que el argumento mencionado en el párrafo anterior queda desprovisto de sustento, pues los delitos que pueden concretarse ejerciendo el derecho de criticar e informar no son sino los de injuria, calumnia, desacato, tal vez violación de secretos, y algunos característicos atentados contra la seguridad y el orden públicos, como la apología del crimen, la instigación pública a cometer delitos y la incitación a la violencia, hechos estos últimos que, como también el desacato, caen bajo la competencia federal, con arreglo a la doctrina de Fallos: 167:121, cuando afectan las instituciones nacionales.

En lo esencial, y pese a las deficiencias de formulación que se observan en la exposición de Estraba a este respecto *(v. curso de Derecho Constitucional,* Buenos Aires, 1927, tomo I, págs. 230 a 239), este gran publicista advirtió claramente que el concepto de delitos de imprenta se circunscribía a las especies mencionadas, y no creo que estuviera en la mente de la Corte dar a la noción aludida un concepto más amplio (v., sobre todo el asunto, Ballester, Derecho de Prensa, Buenos Aires, 1947, págs. 149 a 165).

Sólo me queda por manifestar a modo de síntesis, que la jurisprudencia actual de la Corte Suprema sobre la materia que me ocupa respeta el sentido histórico del art. 32 de la Constitución Nacional, haciendo compatibles sus propósitos con otras finalidades primordiales de nuestro instrumento de gobierno. De esa manera reconoce a las provincias poderes íntimamente relacionados con el ejercicio de su autonomía, que sin duda se han reservado y no es posible dejar sin efecto por vía de decisión jurisprudencial. Caso contrario se prescindiría de la realidad histórica frustrando la legítima intención de la norma examinada, que, reducida a lo sustancial, es la de crear un estímulo para la vida política y social propia de las provincias argentinas.

Desde otro punto de vista, corresponde señalar que, al discutirse el proyecto de Moreno, adoptado como Código Penal de la Nación, quedó en claro que la sanción del art. 114 de dicho código obedeció a la doctrina sentada por la Corte Suprema en cuanto al art. 32 de la Constitución (v. Moreno, El Código Penal y sus Antecedentes, t. IV, p. 186 a 193).

Como las normas aplicables en el *sub lite* serían los arts. 110 y 114 del Código Penal antes de su reforma por la ley 17.567, y de la última de tales disposiciones surge claramente a mi juicio, que es voluntad de la ley no ser aplicada a injurias cometidas por medio de la prensa fuera de la Capital Federal y territorios nacionales, la imposición de pena basada en la primera de dichas normas hubiera exigido una explícita declaración de inconstitucionalidad del art. 114, cosa que para nada ha hecho el Tribunal Superior de Misiones y no ha sido pedida en la causa, lo cual importa un grave obstáculo formal para la decisión adoptada.

Mas, aún dejando de lado este argumento, ya he manifestado que, con arreglo a la doctrina sentada desde Fallos: 1:130, y que, después de las tantas veces citada modificación de Fallos: 167:121, tiene sus últimas expresiones en Fallos: 242:269 y 257:275, la limitación a los alcances del art. 110 del Código Penal establecida en el art. 114, según el texto anterior a la ley 17.567, es expresión válida y obligada de las exigencias impuestas por el art. 32 de la Constitución Nacional.

Como consecuencia de todo lo expuesto, no es posible fundar la condena pronunciada por la sentencia de fs. 41/45 y confirmada por las corrientes a fs. 74/80 y 118/119 en la disposición penal común de referencia, por lo cual corresponde a mi juicio, revocar dichos pronunciamientos y absolver al imputado, toda vez que en la causa no se ha pretendido que lo prescripto por el art. 110 del Código Penal sea aplicable como norma local en la provincia de Misiones. Buenos Aires, 18 de septiembre de 1970. EDUARDO H. MARQUARDT.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 21 de octubre de 1970.

Vistos los autos: "Ramos, Raúl Alberto s/querella por injurias c/ Eduardo J. Batalla".

Considerando:

1º) Que el recurso extraordinario deducido a fs. 123/131 fue declarado procedente por esta Corte a fs. 162.

2º) Que el apelante impugna la sentencia en cuya virtud resultó definitivamente condenado —a raíz de una publicación periodística— por la comisión del delito de injurias previsto en el art. 110 del Código Penal, sobre la base de que dicho fallo contraría lo dispuesto en los arts. 18 y 32 de la Constitución Nacional. Ello así porque, no existiendo norma local específica que reprima los abusos de imprenta, el Superior Tribunal de la Provincia de Misiones habría violado la garantía de la ley previa al convalidar la decisión que aplicó en el "sub judice" la referida disposición del Código Penal dictado por el Congreso de la Nación.

3º) Que para una exacta comprensión del problema que se trata de resolver es preciso tener en cuenta dos circunstancias: en primer lugar, que la prensa no es el único medio posible de comisión del delito de injurias; y en segundo término, que existen también muchos otros delitos previstos en el Código Penal susceptibles de ser cometidos mediante la utilización de la prensa.

4º) Que, en efecto, al igual de lo que ocurre en la hipótesis del delito de injuria, pueden ser también cometidos por la prensa —sin perjuicio del empleo de otros medios—, los siguientes delitos: la calumnia (art. 109 del Código Penal); la publicación de escritos pornográficos (art. 128); la publicación indebida de correspondencia (art. 155); la revelación de secretos profesionales (art. 156); la propaganda desleal (art. 159); el anuncio en periódicos de medios de curar prohibidos (art. 208); la instigación pública a cometer delitos (art. 209); la intimidación pública (arts. 210 y 212, inc. 1º); la apología del crimen (art. 213); los atentados contra el orden público descriptos en el art. 213 bis; la violación de inmunidades diplomáticas (art. 221); el público menosprecio de los símbolos patrios de una nación extranjera (art. 221 bis); la alteración de relaciones con una potencia extranjera (art. 219); la revelación de secretos políticos o militares (art. 222); el público menosprecio de los símbolos de la Nación o de los emblemas de una provincia (art. 230 bis); el desacato (art. 244); la usurpación pública de títulos y honores

(art. 247); la pública incitación al abandono colectivo del trabajo dirigida a funcionarios o empleados públicos (art. 253); y los fraudes al comercio y a la industria mediante falsas noticias o publicaciones (art. 300).

5º) Que, en consecuencia, cabría concluir, de ser exacta la tesis sustentada por el recurrente, que cometidas por medio de la prensa cualesquiera de tales acciones —y la enumeración no es exhaustiva, por cierto—, ellas sólo serían punibles en caso de existir previsiones locales específicas a su respecto, puesto que el Código Penal de la Nación no podría abarcarlas en virtud de lo dispuesto por el art. 32 de la Constitución Nacional. Porque, en verdad, no se percibe el matiz diferencial que pueda conducir a reconocer una potestad legislativa exclusiva de las provincias en materia de calumnias o injurias cometidas por la prensa, y a negársela en cambio, por ejemplo, cuando se trata de una apología del crimen llevada a cabo por ese medio.

6º) Que la correcta dilucidación de una cuestión de tan graves proyecciones impone, ante todo, recordar que la Constitución Nacional ha conferido al Congreso la atribución de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y de Trabajo y Seguridad Social (art. 67, inc. 11); y consecuentemente prohíbe en forma expresa a las provincias dictarlos después que el Congreso los haya sancionado (art. 108). Que indudablemente el fin perseguido mediante dichas disposiciones fue lograr la uniformidad de la legislación de fondo, proveyendo de ese modo al país de instituciones comunes que contribuyeran a integrar una sola Nación. Tal fue el pensamiento que guió a Alberdi para postular en el art. 67, inc. 5º, de su proyecto de Constitución, que correspondía al Congreso "legislar en materia civil, comercial y penal". Dice —en efecto— el autor de las "Bases". "La legislación civil y comercial argentina debe ser uniforme como ha sido hasta aquí. No sería racional que tuviésemos tantos códigos de comercio, tantas legislaciones civiles, tantos sistemas hipotecarios, como provincias. La uniformidad de la legislación, en esos ramos, no daña en lo mínimo las atribuciones de soberanía local y favorece altamente al desarrollo de nuestra nacionalidad argentina" (parágrafo XVI).

7º) Que es preciso, en consecuencia, tener presente que el Congreso dicta dos clases de leyes: por una parte, las de índole estrictamente federal que son aplicadas solamente por los tribunales federales; y por la otra, las llamadas de "derecho común", que se aplican por los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones, como dice la última parte del art. 67, inc. 11, agregado por la Convención Reformadora de 1860 para evitar toda confusión al respecto. El propósito perseguido al conferir al Congreso tal atribución no fue otro que el de lograr la uniformidad de las instituciones sustantivas o de fondo, salvaguardando al propio tiempo la diversidad de jurisdicciones que corresponde a un sistema federal de gobierno.

8º) Que las ventajas derivadas de tal previsión resultan evidentes, como lo ha demostrado la experiencia; pues no cabe duda que la uniformidad de la legislación de fondo ha sido uno de los instrumentos que más poderosamente han contribuido a la consolidación de la unión nacional.

9º) Que examinado el art. 32 desde esta perspectiva, no cabe concluir que su inclusión en el texto constitucional haya importado negar el principio de la uniformidad de la legislación penal en lo que atañe a delitos cometidos por medio de la prensa, ya que esa conclusión pugnaría con dos propósitos perseguidos mediante el art. 67, inc. 11. "La inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador y por esto —se afirmó ya en Fallos: 1, pág. 297— se reconoce como un principio inconcuso, que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destru-

yendo las unas por las otras; y adoptando como verdadero el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto".

10) Que es preciso, en consecuencia, desentrañar el alcance del art. 32 cuidando que su interpretación no desnaturalice el sentido del art. 67, inc. 11. A tal efecto resulta necesario rastrear sus antecedentes. En el Redactor de la Convención de Buenos Aires que precedió a la reforma constitucional de 1860 aparece expuesta la razón política de la cláusula en cuestión, motivada por los recelos que despertara en los convencionales bonaerenses una carta del Presidente de la Confederación al Gobernador de Córdoba, en la que Urquiza se quejaba de que no se reprimiera la crítica que un diario de esa Provincia hacía de su gobierno (Ravignani, Asambleas Constituyentes Argentinas, IV, pág. 976); o sea que, justificado o no, el factor determinante de la innovación fue el temor de que el gobierno central pudiera arrogarse la facultad de dictar leyes federales de imprenta, sometiendo de ese modo cuestiones de esta índole al exclusivo conocimiento de la justicia federal. Así lo demuestran las palabras con que Vélez Sarsfield expusiera los motivos de la reforma en el seno de la Convención de Buenos Aires: "El Congreso dando leyes de imprenta sujetaría el juicio a los Tribunales Federales, sacando el delito de su fuero natural" (Asambleas, t. IV, pág. 840).

11) Que establecido el origen del cuestionado precepto y la verdadera finalidad perseguida mediante su sanción, la complejidad aparente de su texto se desvanece, sobre todo si se tiene en cuenta que a la prohibición impuesta al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de imprenta, se sumó la de que no podría establecer sobre ella la jurisdicción federal. Vale decir, que el real objetivo consistió en evitar que el tema de la libertad de imprenta fuera regido por leyes federales y, en consecuencia, sometido de modo exclusivo a la jurisdicción de los tribunales de esa índole. Tal es el pensamiento de José Nicolás Matienzo: "El objeto del art. 32 de la Constitución fue tan sólo prevenir la posibilidad de que el Congreso, adoptando la equivocada teoría de los abusos de la libertad de imprenta, sometiera la materia íntegra a la jurisdicción federal, como las materias de patentes de invención, de bancarrotas, de piratería o de comercio marítimo. Pero de ninguna manera se propuso el artículo 32 derogar las reglas de jurisdicción federal establecidas en el art. 100 y, mucho menos, las que fijan la competencia por razón de las personas; de suerte que los delitos cometidos por medio de la prensa deben ser juzgados por los tribunales nacionales o por los provinciales, según las circunstancias particulares que determinan la competencia" (*Temas políticos e históricos*, Bs. As., 1916, pág. 123).

12) Que también esta Corte, en su pronunciamiento de Fallos: 167:121, descartando una tradicional jurisprudencia, sostuvo que el Congreso Nacional goza de la atribución de dictar leyes que, sin restringir la libertad de prensa, castiguen las publicaciones tendientes a aconsejar o excitar la acción que perturbe la seguridad del Gobierno Nacional u obstaculice el ejercicio eficiente de sus poderes legales, o en otros términos, de dictar leyes para reprimir los actos que importen una incitación a cometer en el territorio de las provincias algunos de los crímenes que ofenden la Soberanía y la Seguridad de la Nación, empleando el lenguaje usado por el art. 3º, inciso 3º de la ley 48.

13) Que planteada la cuestión en estos términos, cabe ahora precisar —y este es el problema concretamente debatido en el "sub judice"— si la cláusula del art. 32 puede resultar afectada por la circunstancia de que un tribunal provincial aplique las sanciones previstas por el Código Penal de la Nación cuando el delito común ha sido cometido por medio de la prensa.

14) Que los desarrollos precedentes conducen a dar una respuesta negativa. Porque, en efecto, salvado el escollo que se quiso evitar con la sanción del art. 32, o sea la apuntada po-

sibilidad de que el Congreso sometiera "in totum" la materia de la libertad de prensa a la jurisdicción federal, esta Corte no advierte qué obstáculo constitucional puede oponerse a que los tribunales de provincia apliquen el Código Penal, dentro de sus respectivas jurisdicciones, cuando el medio empleado para cometer un delito es la prensa.

15) Que, en cambio, si observa que la aceptación de la tesis contraria comporta consecuencias de grave magnitud: en primer lugar, la de que si está reservado a las provincias legislar sobre la materia, tal potestad se extiende por lógica a todo delito cometido por medio de la prensa y no solamente a las calumnias o injurias; en segundo término, la posibilidad de que existan tantas leyes penales referidas a delitos de dicha índole cuantas sean las provincias; en tercer lugar, la posibilidad de dejar impunes delitos que, de haber sido cometidos por otros medios, serían objeto de la correspondiente sanción por los tribunales competentes.

16) Que si las provincias carecen de la atribución de dictar el Código Penal después de haberlo hecho la Nación (art. 108), y ésta a su vez no puede reprimir los delitos cometidos por medio de la prensa porque lo prohíbe el art. 32, se llegaría al absurdo lógico de afirmar que tales conductas, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, serían siempre y en todo caso impunes, conclusión que por su gravedad ha sido finalmente rechazada por la jurisprudencia.

17) Que no se justifica la pretensión de distinguir la materia punible sobre la base del medio utilizado para cometer el delito. Ni la pornografía, ni la apología del crimen, ni la instigación pública a cometer delitos, ni la calumnia, ni la injuria, ni cualquiera de los delitos que se han enumerado en el considerando 4º de este fallo, dejan de ser delitos comunes por la sola circunstancia de que se cometan por medio de la prensa.

18) Que cabe, por tanto, concluir que si el delito es común por su naturaleza, su represión está atribuida al Congreso de la Nación, en virtud de lo establecido en el art. 67, inc. 11, con total prescindencia del medio empleado para cometerlo, sin perjuicio de que su juzgamiento sea ejecutado por los tribunales locales o nacionales según corresponda. Una solución opuesta importaría afirmar que nuestra Constitución ha creado un sistema pluralista de códigos penales fundado en la sola naturaleza del medio empleado para cometer los delitos; conclusión que por cierto podría acarrear consecuencias insospechadas a poco que se medite en la cantidad de conflictos derivados de la diversidad legislativa sobre la materia. Baste indicar, a modo de ejemplo, qué vigencia tendría la cláusula constitucional de que "la extradición de los criminales es de obligación recíproca en las provincias" (art. 8º) dado el supuesto de que una provincia requiera la extradición de una persona condenada por calumnias o apología del crimen, cometidas por medio de la prensa, a otra provincia que no hubiera legislado al respecto y en la que, por tanto, tales conductas fueran impunes. "Además —como lo señalara José Nicolás Matienzo al dictaminar en su carácter de Procurador General de la Nación en el caso de Fallos: 128:175 (ver pág. 214)— podrían entonces las provincias crear delitos especiales para ahogar la opinión, penándolas con penas rigurosas, porque ellas serían soberanas en la elección de los castigos desde la multa hasta el presidio y la muerte. Viceversa, podrían abolir toda penalidad contra la injuria, la calumnia y la difamación, dejando el honor de las personas de ambos sexos sin protección legal contra la agresión impresa. El sistema variaría de una provincia a otra, contra la igualdad que la Constitución proclama en materia penal, perturbando la paz social de toda la Nación".

19) Que, por lo demás, esta Corte ya ha tenido ocasión de pronunciarse implícitamente sobre el punto en Fallos: 269:189, en cuya oportunidad, refiriéndose a la libertad de imprenta,

estableció que: "la verdadera esencia de este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza *la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos por el Código Penal".*

20) Que en cuanto a la observación que formula el Señor Procurador General en torno a la aplicación efectuada por el tribunal a quo del art. 110 del Código Penal —sobre la base de que habría debido declarar la inconstitucionalidad del art. 114 (texto anterior a la reforma introducida por la ley 17.567)— cabe señalar que el problema es ajeno al conocimiento de la Corte por vía de recurso extraordinario, por tratarse de la interpretación de un precepto de derecho común y, además, porque el apelante ninguna cuestión ha planteado al respecto.

21) Que la solución propugnada en este fallo se aparta, sin duda, de una larga corriente jurisprudencial, entre cuyos precedentes más notables figuran los casos de Fallos: 33:228; 100:337; 114:60; 124:161; 127:273 y 429; 128:175; 131:395; 242:269, entre otros); pero concuerda en cambio, con la doctrina sentada en la primera oportunidad que tuvo la Corte de pronunciarse sobre el problema in re "Procurador Fiscal contra Benjamín Calvete" (Fallos: 1:297); y, en el fondo, no constituye más que el natural desenvolvimiento de la tesis establecida a partir de Fallos: 167:121. Porque, en efecto, lo expuesto en los anteriores considerandos no importa reconocer al Congreso la facultad de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta ni la de someter tales asuntos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales federales; sino sencillamente afirmar, sin contravenir las limitaciones del art. 32, el principio constitucional de que los delitos comunes previstos en el Código Penal —cualquiera sea el medio empleado para su comisión—, deben ser juzgados por los tribunales federales o por los provinciales, según que las cosas y las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones, como lo manda la última parte del art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional.

22) Que en razón de todo lo expuesto esta Corte considera que no ha mediado en el caso lesión a los arts. 18 y 32 de la Constitución Nacional.

Por ello, oído el Señor Procurador General, se confirma el fallo apelado en cuanto pudo ser materia de recurso extraordinario.

EDUARDO A. ORTIZ BASUALDO — ROBERTO E. CHUTE — MARCO AURELIO RISOLIA — LUIS CARLOS CABRAL — MARGARITA ARGUAS.

Delitos contra el honor cometidos por medio de la prensa - Calumnias - Elementos típicos

Kimel, Eduardo G. y Singerman, Jacobo s/ art. 109 C.P. 22/12/1998 - Fallos: 321:3596.

✎ ***Antecedentes:***

Guillermo F. Rivarola promovió querella contra Eduardo G. Kimel, autor del libro "La masacre de San Patricio", acusándolo por el delito de calumnias —e injurias en subsidio— por

considerar que ciertas expresiones de la obra mencionada implicaban atribuirle la comisión de los delitos de violación de los deberes de funcionario público y encubrimiento, durante su desempeño como juez federal (6).

La Cámara, al revocar lo resuelto en la instancia anterior, absolvió a Kimel y dejó sin efecto la indemnización impuesta en concepto de daño moral. Contra tal pronunciamiento se interpuso el recurso extraordinario que fue concedido.

La Corte Suprema, por mayoría, revocó el pronunciamiento por considerarlo arbitrario.

Los jueces Boggiano y Fayt, en su voto concurrente, aplicaron el estándar denominado "doctrina de la real malicia" como criterio de interpretación integradora del art. 14 de la CN, aclarando que ello no implicaba desconocer que los delitos de injurias y calumnias son dolosos (7).

Los jueces Belluscio, Petracchi y Bossert, en disidencia, declararon improcedente el recurso en los términos del art. 280 del CPCCN.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Delitos contra el honor (8)**. Elemento subjetivo doloso.** (Voto de la mayoría: Considerandos 7º a 9º, Voto de los jueces Boggiano y Fayt: Considerandos 10 a 12).

b) Calumnias e injurias. Expresiones de carácter desacreditante del honor. Irrelevancia del alcance de la publicación (Voto de la mayoría: Considerando 10).

c) Calumnias e injurias. Conjeturas respecto de interpretaciones personales de los lectores. Improcedencia (Voto de la mayoría: Considerando 11)

Estándar aplicado por la Corte:

- Es tipificable como delito de calumnias la publicación de un libro donde se critica la actuación de los jueces durante la dictadura —sosteniendo que fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dic-

(6) **Nota de Secretaría:** En dicho libro, al referirse a la investigación judicial del caso a cargo del querellante —juez federal que tramitó la causa por la muerte violenta de tres sacerdotes y dos seminaristas de la "Orden Palotina"—, se expresó que "... el juez Rivarola realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podrían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿se quería llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos el juez Rivarola cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto... allí concluyó el pretendido interrogatorio...".

(7) **Nota de Secretaría:** ver **"Campillay" (Fallos: 314:1517)** página 180 del presente suplemento.

(8) **Nota de Secretaría:** En "**Locche, Nicolino" (Fallos: 321:2250**) se resolvió que si una publicación es de carácter perjudicial y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace apología del crimen, se incita a la rebelión o la sedición, no podían existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones y que la retractación efectuada en sede penal importaba —con arreglo a lo dispuesto por el art. 117 del C P— una actitud que exime de pena al autor por los delitos de calumnias e injurias, sin necesidad de tener que reconocer el imputado que ha falseado los hechos.

tatorial— y donde se expresa que un Juez, si bien cumplió en una causa con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, resulta ostensible que no tomó en cuenta una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato (9).

- En virtud de las características especiales del elemento subjetivo doloso en los delitos contra el honor, el carácter de lego del autor no convierte en atípica la publicación crítica de la actuación de un juez.

- Resulta acreditado el dolo típico del delito de calumnias, si el autor omitió consignar en la publicación elementos con la única intención de desacreditar al juez.

- En los delitos contra el honor no resulta relevante si la publicación tuvo o no alcance masivo, ni las interpretaciones personales que los lectores pueden hacer del Juez criticado.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 22 de diciembre de 1998.

Vistos los autos: "Kimel, Eduardo G. y Singerman, Jacobo s/ art. 109 C.P."

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal que absolvió a Eduardo G. Kimel de los delitos contra el honor, dedujo la querella recurso extraordinario, que fue concedido.

2º) Que el doctor Guillermo F. Rivarola promovió querella contra Eduardo G. Kimel, autor del libro "La masacre de San Patricio", en el que al referirse a la investigación judicial del caso a cargo del querellante —juez federal que tramitó la causa por la muerte violenta de tres sacerdotes y dos seminaristas de la "Orden Palotina"—, expresó que "... el juez Rivarola realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podrían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿se quería llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos el juez Ri-

---

(9) **Nota de Secretaría:** Con respecto a publicaciones relacionadas al accionar de los jueces, en la causa **"Moreno, Alejandro, y otro" (Fallos: 269:200)** la Corte sostuvo que a los jueces se los debe tratar como "hombres con fortaleza de ánimo, capaces de sobrevivir en un clima hostil" cuando se los critica en su esfera de actuación pública" y en **"Baquero Lazcano, Silvia c/ Editorial Río Negro S.A. y/u otros" (Fallos: 326:4165),** desestimó el carácter difamatorio de la nota cuestionada si la semblanza de la jueza estaba vinculada con una noticia de indudable interés público —haberse presentado y ganado un concurso y rehusarse luego a aceptar el cargo en un tribunal donde tramitaba una causa de extrema repercusión pública— si el tenor de la misma no evidencia que hubiese sido redactada con el propósito de lesionar su honor o causarle daño y, más allá de algunos datos inexactos, la mayoría de los suministrados eran verdaderos. Ver, entre otros, "**Gesualdi, Dora Mariana c/ Cooperativa Periodistas Independientes Limitada y otros" (Fallos: 319:3085); "Cancela, Omar Jesús c/ Artear SAI. y otros" (Fallos: 321:2637); "Oyarbide, Norberto Mario c/ Tauro, Marcela y otro" (Fallos: 330:2168) y "Brugo, Jorge Angel c/Lanata, Jorge y otros" (Fallos: 332:2559).**

varola cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto... allí concluyó el pretendido interrogatorio..." (páginas 97 y 98).

Acusó al querellado por el delito de calumnias por considerar que las expresiones transcriptas implican atribuirle la comisión de los delitos de violación de los derechos de funcionario público y encubrimiento.

3º) Que el tribunal anterior en grado decidió que no se hallaba configurado el delito de calumnias. Para así decidir examinó tres párrafos del texto incriminado, entre ellos el siguiente: '"... ¿se quería llegar a una pista que condujera a los victimarios?' ... 'La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial...'". En referencia a la expresión transcripta el a quo expresó que "no reviste la característica de una calumnia, porque ésta requiere la falsa imputación de un delito concreto a una persona determinada ... si bien trasunta audacia, como una crítica global sobre el desempeño de los jueces en el período histórico de referencia".

La segunda frase meritada fue así extractada: "... cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del anonimato no fueron tomados en cuenta...". En relación con esta expresión el tribunal a quo manifestó que "aquí particulariza la crítica en la persona del magistrado, pero tampoco puede considerarse que este párrafo posea entidad calumniosa, dado que el incuso evalúa un desempeño del querellante que no parece satisfacerlo, mas sólo consiste en una estimación realizada por un lego en la materia sobre el desarrollo de la pesquisa... no se advierte tampoco en este parágrafo que haya querido expresarse con el dolo que requiere la figura del art. 109...".

El tercer párrafo a que aludió la cámara expresa que "... la evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto...". Al valorar la expresión transcripta el tribunal a quo sostuvo que "este reproche no parece dirigirse al juez interviniente, sino a los instigadores del crimen investigado ... es decir, los integrantes del gobierno militar ... debe interpretarse que Kimel no quiso referirse a complicidad ni encubrimiento algunos por parte del juez federal en ese entonces. Más bien se orienta a señalar el modo avieso con que se consumara el homicidio múltiple...".

4º) Que, por otra parte el tribunal a quo consideró que las expresiones transcriptas no constituían el delito de injurias. Al respecto manifestó que "el libro del querellado no puede ser tomado como una publicación periodística de alcance masivo... por lo menos su difusión parece haberse visto limitada a un sector interesado en el relato compilatorio sobre las circunstancias del grave hecho acontecido. La investigación del suceso representa sólo una pequeñísima porción del relato y de su breve contexto, el lector puede extraer pocas conclusiones; ... mas seguramente no se ha de ver inducido a descalificar las calidades personales del juez actuante ni a poner en tela de juicio su honor...". Concluyó afirmando que "el querellante ejerció su derecho a informar de manera no abusiva y legítima y sin intención de lesionar el honor del doctor Rivarola, ya que no se evidencia siquiera el dolo genérico...".

5º) Que en el remedio federal el recurrente tachó de arbitrarios a los fundamentos del fallo que excluyeron la tipificación del delito de calumnias y el de injurias en razón de contener vicios de irrazonable interpretación de los tipos legales, prescindencia de cuestiones condu-

centes para la solución del caso —las constancias de la causa derivada de la muerte violenta de los sacerdotes de la Orden Palotina, "Barbeito, Salvador y otros - víctimas de homicidio (art. 79, C. Penal)" que tramitó en el Juzgado Federal Nº 3—, auto contradicción, a las que consideró como causales definidas de arbitrariedad en la jurisprudencia del tribunal.

6º) Que, a juicio de esta Corte los agravios expresados suscitan cuestión federal bastante para ser examinada en la instancia extraordinaria, puesto que conforme a los hechos comprobados en la causa, sólo es posible concluir del modo como lo hizo el tribunal a quo sobre la base de argumentos inocuos, basados en un examen parcializado del texto por el que se promovió querella, y en una arbitraria inteligencia de los elementos integrantes de los tipos penales de calumnias e injurias que implica dejarlos sin tutela.

7º) Que en el caso, carecen de sustento los argumentos expuestos por los jueces que suscribieron la absolución tendientes a establecer la atipicidad de la calumnia. Ello es especialmente así pues únicamente de una lectura fragmentaria y aislada del texto incriminado puede decirse —como lo hace el a quo— que la imputación delictiva no se dirige al querellante. En el libro escrito por el acusado, después de mencionar al "juez Rivarola" y decir que la actuación de los jueces durante la dictadura fue en general cómplice de la represión dictatorial, expresa que "en el caso de los palotinos el juez Rivarola cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó al pesquisa, llevándola a un punto muerto".

8º) Que por otra parte carece de sustento jurídico la afirmación referente a que por tratarse el querellado de un "lego" en la pesquisa del caso, no tendría entidad calumniosa el párrafo que al referirse al magistrado expresa que "resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la investigación no fueron tenidos en cuenta".

Al así decidir ha omitido la cámara tener en cuenta las características especiales del elemento subjetivo doloso en los delitos contra el honor y sin sustento jurídico ha considerado a la condición de lego como una causal de inculpabilidad. Tan absurda afirmación descalifica el fallo por su evidente arbitrariedad.

9º) Que otra causal de arbitrariedad se deriva de la omisión de considerar el planteo de la querella referente a que de las constancias de la causa "Barbeito, Salvador y otros, víctimas de homicidio (art. 79, Cód. Penal)", surgiría no sólo la falsedad de las imputaciones delictivas formuladas a la conducta del magistrado, sino especialmente el dolo que —a criterio del apelante— se hallaría configurado por el hecho de que el querellado, con la única intención de desacreditar al juez, habría omitido consignar en la publicación que el doctor Rivarola habría hecho caso omiso a los reiterados requerimientos de sobreseimiento provisional del sumario formulados por el fiscal Julio C. Strassera.

Ese planteo resultaba decisivo a los efectos de la dilucidación del dolo, más aún a la luz de las expresiones del procesado al decir, en la página 13 del libro impugnado, que la obra "La masacre de San Patricio" fue producto de una labor de búsqueda, recopilación y reportajes y que "se tuvo acceso directo a los folios de la causa abierta por la Justicia, parte de cuyo importante material integra la obra y constituye uno de los elementos decisivos para la interpretación de los hechos".

10) Que si bien lo señalado en los párrafos anteriores autoriza de por sí a descalificar el pronunciamiento por su manifiesta arbitrariedad en lo concerniente a la falta de tipificación del delito de calumnias, procede destacar otro vicio que conduce a igual solución.

Al decidir que no se hallaba configurado el delito de injurias la Cámara consideró —entre otros aspectos de tipo legal—, que las expresiones impugnadas carecían de entidad desacreditante del honor del querellante por no tratarse —el libro— de una publicación de alcance masivo.

El razonamiento del a quo carece de sustento jurídico porque el alcance de la publicación es irrelevante en lo concerniente a la afectación del honor del damnificado.

11) Que por último, la conclusión que expresa que de la lectura del libro cuestionado el lector no será inducido a descalificar las calidades personales del querellante ni a cuestionar el honor de aquél, descalifica el pronunciamiento por otra causal de abritrariedad.

Ello es así por tratarse de una mera conjetura acerca de las interpretaciones personales que los lectores pueden hacer del querellante, ajena a la consideración jurídica del delito incriminado.

12) Que la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, señalada por la jurisprudencia y la doctrina unánime sobre la materia, reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión se conforme a la ley y a los principios propios de la doctrina y de la jurisprudencia vinculados con la especie a decidir (Fallos: 314:312).

En el caso a estudio del tribunal los argumentos del a quo, carentes de sustento jurídico y legal, han dejado sin tutela el honor, que es el bien jurídico protegido por los delitos a los que se ha hecho referencia.

En consecuencia, la tesis con arreglo a la cual son revisables en la instancia extraordinaria las sentencias sin otro fundamento que la voluntad de los jueces, autoriza el conocimiento del tribunal en los supuestos en que las razones aludidas por el fallo en recurso se impugnan, con visos de verdad, por carentes de los atributos mencionados más arriba, todo lo cual pone de manifiesto la relación directa e inmediata entre lo resuelto y la garantía constitucional que se dice vulnerada (Fallos: 319:1577).

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento recurrido. Vuelva a la instancia de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo fallo con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y remítase. JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — CARLOS S. FAYT *(por su voto)* — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO *(en disidencia)* — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI *(en disidencia)* ANTONIO BOGGIANO *(por su voto)* — GUILLERMO A. F. LÓPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT *(en disidencia)* — ADOLFO R. VÁZQUEZ.

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que la sentencia de la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, al revocar lo resuelto en la instancia anterior, absolvió a

Eduardo G. Kimel de los delitos contra el honor y dejó sin efecto la indemnización impuesta en concepto de daño moral. Contra tal pronunciamiento se interpuso el recurso extraordinario que fue concedido.

2º) Que según surge de autos el doctor Guillermo Rivarola —actual integrante de la Cámara del Crimen— querelló por calumnias e injurias en subsidio, al periodista Eduardo G. Kimel, a raíz de la publicación de su libro "La masacre de San Patricio", en el que hizo referencia a la intervención que el querellante tuvo como juez federal a cargo de la investigación de la muerte de tres sacerdotes y dos seminaristas, pertenecientes a la orden de los Palotinos, ocurrida en la Iglesia de San Patricio. Al referirse a la investigación judicial del caso a cargo del querellante expresó que "... el juez Rivarola realizó todos los trámites inherentes". Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podrían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿se quería llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos el juez Rivarola cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto... allí concluyó el pretendido interrogatorio..." (páginas 97 y 98).

El querellante acusó a Kimel por el delito de calumnias por considerar que las expresiones transcriptas implicaban atribuirle la comisión de los delitos de violación de los deberes de funcionario público y encubrimiento.

3º) Que en autos existe cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, pues el a quo decidió en forma contraria a las pretensiones del recurrente la cuestión constitucional fundada en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional. Resulta procedente tratar esta cuestión en forma conjunta con los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia recurrida, ya que ambos aspectos guardan entre sí estrecha conexidad. Cabe también recordar que en el tratamiento de la cuestión constitucional propuesta, esta Corte no se encuentra limitada por las argumentaciones de las partes ni por las del a quo.

4º) Que ha dicho esta Corte que la libertad que la Constitución Nacional otorga a la prensa, al tener un sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa, ha de imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes que impida la obstrucción o el entorpecimiento de su función (Fallos: 257:308). En tal sentido, es preciso remarcar como nota esencial dentro de las previsiones de la Ley Suprema, que ésta confiere al derecho a dar y recibir información una especial relevancia que se hace aún más evidente para con la difusión de asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan trascendencia para el interés general (Fallos: 316:1623) (10).

5º) Que la función de la prensa en una república democrática persigue como su fin principal, el informar tan objetiva y verídicamente al lector como sea posible, de modo de contribuir en forma sincera a la elaboración de la voluntad popular, pero el ejercicio del derecho de informar no puede entenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos

(10) **Nota de Secretaría:** Ver "Ponzetti de Balbín" (Fallos: 306:1892), pág. 26 del presente suplemento.

constitucionales, entre los que se encuentran el de integridad moral y el honor de las personas (Fallos: 308:789).

Si se excediesen los límites que son propios de aquel derecho y se produjese, incausadamente, perjuicio a los derechos individuales de otros, se generaría la responsabilidad civil o penal por el ejercicio abusivo del derecho citado, en cuyo caso será necesario evaluar dicha violación teniendo en vista el cargo que la Constitución le ha impuesto a la prensa y las garantías que para su cumplimiento le asegura, condicionamientos que obligan a los órganos jurisdiccionales a examinar cuidadosamente si se ha excedido o no de las fronteras del ejercicio lícito del derecho de información.

6º) 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 vs. Sullivan (376 US. 255; 1964) —y sus complementarios, los precedentes Curtis vs. Butts (388 U.S. 130; 1967); Rosenbloom vs. Metromedia (403 U.S. 29; 1971) y Gertz vs. Welch (418 U.S. 323; 1974)— 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 de la crónica.

7º) 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 intervenir funcionarios o figuras públicas, incluso particulares —que han adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que 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 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 consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar (Fallos: 314:1517).

8º) Que, en el derecho argentino, la configuración de la real malicia presupone la demostración de que ha existido culpa "en concreto" (confr. art. 512 del Código Civil) lo que se verifica ante la comprobación del actuar desaprensivo ("reckless disregard") a que hace referencia la jurisprudencia citada. En el caso de la injuria, debe acreditarse que se incurrió en una conducta que, con arreglo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, tenga capacidad para lesionar la honra o el crédito ajeno.

9º) Que el aludido principio no es una creación artificiosa sino un criterio que sirve de interpretación integradora del art. 14 de la Constitución Nacional y respeta plausiblemente su espíritu, en la medida en que viene a reforzar la amplia garantía que nuestros constituyentes establecieron sobre la materia. En efecto, en razón de la unidad general del derecho (Fallos; 297:500), el citado precepto, según jurisprudencia de esta Corte, configura una norma reglamentaria del principio de la real malicia, que establece una pauta apropiada para apreciar la culpa "en concreto" de la despreocupación acerca de la verdad.

El principio de la real malicia como criterio hermenéutico de la norma constitucional funciona también en el ámbito de la responsabilidad penal y no importa desconocer que los delitos de injurias y calumnias son dolosos (confr. doctrina de Fallos: 316:2548 y 318:823 —disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano—).

10) Que la configuración de una conducta reprochable en el marco de la doctrina de la real malicia ha quedado debidamente acreditada en autos. En efecto, se demostró el absoluto desinterés del imputado en la indagación de la realidad objetiva, a pesar de hacer contado con todos los elementos necesarios para tal fin. Ello es así pues, la compulsa del expediente lo puso en conocimiento de los datos de la causa, no obstante lo cual el querellado extrajo de aquél conclusiones calumniosas imputándole al querellante conductas reñidas con el buen desempeño de sus funciones. En este sentido se ha demostrado que bajo la invocación del derecho de crónica, el encartado actuó con temerario desinterés en determinar la verdad o la falsedad de los hechos, distorsionando maliciosamente el rol que le cupo al magistrado en la investigación del crimen y poniendo seriamente en duda su idoneidad para el desempeño del cargo.

11) Que, en efecto, tanto las afirmaciones como interrogantes que efectúa el querellado en el capítulo V de su obra resultan agraviantes para el doctor Rivarola. No se trató en el caso de una crítica y opinión respecto de la actuación que le cupo al Poder Judicial durante aquella época sino de un ataque al honor a un magistrado determinado —el aquí querellante— cuya configuración está determinada por la imputación de acciones y omisiones de entidad desacreditante de su honor; máxime si se tiene en cuenta que por la gravedad de los hechos investigados la cuestión tuvo gran repercusión, lo cual pone en evidencia la total indiferencia respecto del resultado lesivo al honor proveniente de la publicación, así como el descrédito y la deshonra que implicaron para la investidura del juez las falsas imputaciones sobre su persona.

12) Que, en este contexto, carecen de sustento los argumentos del tribunal referentes a que por tratarse el querellado de un lego en la pesquisa del caso, no tendría entidad calumniosa el párrafo que, referido precisamente al doctor Rivarola expresa que "resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la investigación no fueron tenidos en cuenta", ya que ello implica omitir las características especiales del elemento subjetivo del dolo en los delitos contra el honor y sin sustento jurídico considerar a la condición de lego como una causal de inculpabilidad.

13) Que a ello cabe agregar la total desaprensión —tratándose de una profunda investigación acerca del caso— de circunstancias que fueron reflejadas con anterioridad a la publicación del libro, de donde surgía de manera evidente la actuación que le cupo al magistrado en la investigación de la causa. En tal sentido no se pueden dejar de destacar las constancias de la causa "Barbeito, Salvador y otros, víctimas de homicidio (art. 79, C. Penal)" —invocada por el querellante— de la que surgía no sólo la falsedad de las imputaciones delictivas formuladas a la conducta del magistrado, sino especialmente el dolo, configurado por el hecho de que el querellado, con la única intención de desacreditar al juez, omitió consignar en la publicación que el doctor Rivarola habría hecho caso omiso a los reiterados requerimientos de sobresei-

miento provisional del sumario formulados por el doctor Julio C. Strassera. Circunstancia que se ve agravada si se tiene en cuenta las expresiones del imputado al expresar en la página 13 del libro en cuestión, que la obra "La masacre de San Patricio" fue producto de una labor de búsqueda, recopilación y reportajes y que "se tuvo acceso directo a los fallos de la causa abierta por la Justicia, parte de cuyo importante material integra la obra y constituye uno de los elementos decisivos para la interpretación de los hechos".

14) Que la prensa no responde por las noticias falsas, cuando la calidad de la fuerte la exonera de indagar la veracidad de los hechos y la crónica se reduce a la simple reproducción imparcial y exacta de la noticia. Pero ello no significa que a través de esta información veraz de la fuente se introduzcan calificativos e inexactitudes —que emanan de su propia opinión—, llegando hasta el límite de efectuar intencionalmente falsas imputaciones delictivas.

15) Que en este sentido cabe recordar que la verdadera esencia del derecho a la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es, sin previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa común como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal (Fallos: 269:189, 195; 315:632).

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte nuevo pronunciamiento. Notifíquese y remítase. CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO, DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON GUSTAVO A. BOSSERT.

Considerando: Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo declara improcedente. Hágase saber y devuélvase. AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — GUSTAVO A. BOSSERT.

---

2) LIBERTAD DE PRENSA - DERECHO A LA INTIMIDAD - DERECHO A LA INFORMACIÓN - HOMBRE PÚBLICO - MENORES

Libertad de Prensa - Intimidad - Privacidad - Límites del derecho de información

Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios. 11/12/84- Fallos: 306:1892.

✎ ***Antecedentes:***

La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia dictada en primera instancia que hizo lugar a la demanda que perseguía la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la

violación del derecho a la intimidad del doctor Ricardo Balbín, a raíz de la publicación de una fotografía suya cuando se encontraba internado en una clínica, sobre la base de lo dispuesto por el art. 1071 bis del Código Civil. Contra ella la demandada dedujo recurso extraordinario, que fue concedido.

La Corte Suprema admitió el recurso extraordinario y confirmó el pronunciamiento.

Los jueces Carrió y Fayt puntualizaron que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Libertad de expresión — Interés público. (Mayoría: Considerando 9º; Voto de los jueces Belluscio y Caballero: Considerando 4º y Voto del juez Petracchi: Considerandos 7º, 8º, 21)

b) Responsabilidad. (Voto de los jueces Belluscio y Caballero: Considerandos 5º y 8º y voto del juez Petracchi: Considerandos 9º, 10 y 22)

c) Derecho a la intimidad — Personajes célebres — Hombre público — Habitantes (Mayoría: Considerandos 8º y 9º; Voto de los jueces Belluscio y Caballero: Considerandos 6º y 7º; Voto del juez Petracchi: Considerandos 12, 13, 15, 21).

Estándar aplicado por la Corte:

- La libertad de expresión, garantizada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y por el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluye y contiene el derecho a dar y recibir información, especialmente sobre asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan relevancia para el interés general (11).

- El derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio (12).

---

(11) **Nota de Secretaría:** Ver causa **"Gutheim, Federico c/ Alemann, Juan" (Fallos: 316:703)**, entre muchas otras.

(12) **Nota de Secretaría:** en un sentido similar se expresó en la causa **"Díaz, Daniel Darío c/ Editorial La Razón y otros" (Fallos: 321:3170),** donde profundiza la responsabilidad civil. Ver, asimismo, "**Spacarstel, Néstor A. c/ El Día S.A.I.C.F." (Fallos: 325:50)**.

En **"Coronel, José Luis García" (Fallos: 312:1082)** se sostuvo que un militar retirado que pretendía ejercer el derecho a la libre expresión sin tener que rendir cuenta a la superioridad de sus declaraciones sobre temas vinculados a la conducción de las Fuerzas Armadas, debía solicitar su baja. En disidencia los jueces Petracchi y Bacqué sostuvieron que el mantenimiento de la disciplina militar podía llegar a constituir el interés estatal insoslayable que justificara la restricción del ejercicio de la libertad de expresión por los poderes del Estado.

Con respecto al ámbito de privacidad, en la causa **"Franco, Julio César c/Diario "La Mañana" y/u otros" (Fallos: 330:4315),** sostuvo que "no puede predicarse que resultaba necesario a los fines de informar sobre la muerte de una persona exhibir la imagen fotográfica de un cadáver tendido sobre el piso como lo hizo la publicación cuestionada, ni puede invocarse la existencia de interés público en este último aspecto que no se viera ya satisfecho con la

- Los personajes célebres cuya vida tiene carácter público —o personajes populares, u hombres públicos prominentes— tienen, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada e intimidad (13).

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General:

Suprema Corte:

I

A raíz de que la revista "Gente y la actualidad" publicó en su tapa del número 842, del 10 de septiembre de 1981, una fotografía que retrataba al doctor Ricardo Balbín agonizante, en el interior de la sala de terapia intensiva de la clínica en la cual era atendido de su grave dolencia, su esposa e hijo iniciaron la presente demanda sobre daños y perjuicios contra Editorial Atlán-

---

publicación de la noticia". La Corte consideró que resultó relevante que no mediaba autorización para la toma fotográfica y su publicación, por lo tanto se estimó que la primera fue furtiva. Ver, en similar sentido la disidencia de los Jueces Fayt y Bacqué en la causa **"Lozada, Salvador María c/ Editorial Amfin S.A." (Fallos 311:1950)** acerca de la publicación de un artículo periodístico sobre las manifestaciones de un tercero imputando al actor de sospechoso de vinculación con el terrorismo y **"Gesualdi, Dora Mariana c/ Cooperativa periodistas independientes limitada y otros" (Fallos: 319:3085)**, entre muchos otros.

(13) **Nota de Secretaría:** Ver también **"Pandolfi, Oscar Raúl c/ Rajneri, Julio Raúl" (Fallos: 320:1272)**.

En materia de derecho a la intimidad la Corte sostuvo que cuando ciertos hechos formaron desde su comienzo parte del dominio público aun contra la voluntad del interesado y otros estaban por su propia naturaleza destinados a transcender de la esfera íntima, las declaraciones efectuadas por el recurrente a la prensa oral con relación a éstos no pueden reputarse una arbitraria intromisión en los asuntos ajenos, en los términos del art. 1071 del Código Civil, sino el ejercicio regular del derecho de expresar las ideas sobre temas de interés general (**"Gutheim, Federico c/ Alemann, Juan", Fallos: 316:703).**

En la causa **"Alsogaray, María Julia s/ querella por injurias (causa Nº 12076)" (Fallos: 321:3404),** la Corte consideró que "no cabe duda de que toda mujer —incluso una funcionaria— tiene derecho a preservar su intimidad y evitar que se lesione el honor mediante la publicación de imágenes denigrantes, que nada tienen que ver con aquella calidad y que revelarían el propósito de ultrajar el honor de la ofendida". Por el contrario, en la causa **"Recasens, Norberto L. c/ Editorial Atlántida Sociedad Anónima y otro." (Fallos: 323:3518)**, el Juez Fayt, en disidencia, sostuvo que "la expresión "triste personaje" utilizada en una revista deportiva para referirse a un dirigente de fútbol que había dirigido graves insultos a los árbitros en un campeonato internacional no alcanza el grado de injuria, calumnia ni difamación ni supera el umbral de aquello que la crítica de sucesos de carácter público, como los espectáculos deportivos, destinados por naturaleza a trascender, obliga a tolerar". La mayoría había resuelto rechazar el recurso en aplicación del art. 280 del CPCCN.

En "**Menem Carlos S c/ Editorial Perfil S.A y otros" (Fallos: 324:2895)**, el Tribunal analizó la tensión entre la libertad de expresión y el derecho de intimidad de un funcionario público —Presidente de la Nación— con relación a unas publicaciones que difundían su presunto vínculo familiar con un menor. Expresó que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad, y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autorizaba a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión. La Corte tuvo especialmente en cuenta que tanto la difusión de cuestiones familiares íntimas por medio de la palabra escrita como la publicación de imágenes fotográficas —en todo caso no autorizadas por el actor en el tiempo y en el contexto en que fueron usadas por el medio de prensa— sobre presuntos vínculos familiares y sobre el estado anímico de su ex cónyuge en relación a tales lazos, configuró una intrusión en la zona de reserva del sujeto no justificada por intereses superiores de la comunidad —máxime cuando se han incorporado imágenes y nombres de menores, con exposición sin prudencia profesional de cuestiones atinentes a la filiación de estos niños, con mortificación espiritual no sólo del hombre en cuanto tal sino en su relación con ellos, conducta que revela el carácter arbitrario de la injerencia en la esfera de intimidad del actor, no justificada por el debate vigoroso de las ideas sobre los asuntos de interés público ni por la transparencia que debe tener la actuación del hombre público en el ejercicio de sus altas responsabilidades—.

tida S.A., fundadora y propietaria de la citada revista, con el objeto de resarcir el sufrimiento, la perturbación de su tranquilidad y la mortificación causada por la violación de su intimidad.

II

Contra el fallo del magistrado de primera instancia, que hizo lugar a la demanda, la accionada expresó los siguientes agravios: a) la decisión del juez no estuvo fundada en derecho, sino que ha sido "la reacción emocional, casi subjetiva, política, del público"; b) a la luz del artículo 1071 bis del Código Civil, que protege la intimidad del hombre, es injusto concluir que su parte actuó "arbitrariamente", pues medió —discutible o no, censurable o no— una razón periodística, referida a una personalidad que, por participar en grado sumo en la vida pública, ha renunciado, en cierto modo, a la intimidad; c) El juez, a pesar de estar de por medio la libertad de prensa, no ha analizado en profundidad la fotografía en cuestión, cuando entre el aparente conflicto entre dos garantías fundamentales debe privar la que resguarda la libertad de prensa; d) la indemnización que prevé el art. 1071 bis no tiene, como parece haberlo entendido el a quo, carácter "sancionatorio".

Ante dichos agravios sostuvo el tribunal a quo que: 1) No considera que el magistrado de primera instancia haya juzgado el caso como mero "público", al margen de que el juez no puede dejar de actuar en casos como el *sub lite* "como un hombre normal".

2) El juez ha analizado e interpretado correctamente el tema de la intimidad. Los emplazados en autos no han acreditado contar con la autorización del enfermo, ni de sus familiares, para la obtención y posterior publicación de la fotografía cuestionada, lo cual pone en evidencia la arbitrariedad a la que alude la norma. Además, la intención de querer ampararse en la figura descripta al final del art. 31 de la Ley 11.723 es tardía, ya que no se la introdujo en tiempo oportuno y la referida arbitrariedad en la obtención del retrato, de su lado, lo imposibilita.

3) La garantía de la libertad de prensa, como ningún otro derecho, no es absoluto, ni debe interpretarse de manera que anule o contradiga otro: sobre tal recuerdo, destaca que la libertad de imprenta, si bien garantiza la publicación de las ideas sin censura, no implica dejar a salvo de la penalización de los eventuales delitos o abusos cometidos en el ejercicio de esa libertad; es decir, "nunca puede llegar a constituir un derecho absoluto merced al cual se pueda hacer tabla raza con todas las otras declaraciones, derechos y garantías que enumera expresa o implícitamente la propia Constitución (art. 33)".

En la especie —agrega— "el derecho de libre publicación no resulta haber sido ejercido en forma legítima o regular, toda vez que ha habido un entrometimiento arbitrario en la esfera de reserva del doctor Balbín, violándose así su derecho de intimidad".

La doctrina —añade— "considera que el estado de salud de una persona integra aquel espectro de hechos reservados al conocimiento de la propia persona".

Resta, de su lado, trascendencia, al hecho de que en otros países se publicasen fotografías de contenido similar.

4) Considera que la reparación del daño en los términos del art. 1071 bis implica una "verdadera reparación de derecho y no una simple reparación jurídica en motivos de equidad"; y tras diversas consideraciones al respecto, fija la suma de 170.000 pesos argentinos en concepto de indemnización.

5) Rechaza, por último, el agravio referido a la publicación del fallo en un matutino de esta capital.

III

En su recurso extraordinario de fs. 223/230, insiste sustancialmente el apelante en que su conducta "no ha excedido el marco del legítimo y regular ejercicio de la profesión de periodista, sino que muy por el contrario, significó un modo —quizá criticable pero nunca judiciable— de dar información gráfica de un hecho de gran interés general".

En tal sentido —agrega— no se pudo en caso de autos violar el derecho de intimidad al que alude la norma del art. 1071 bis del Código Civil porque no existió arbitrariedad, que es el elemento condicionante de la responsabilidad que crea dicha norma, ya que han mediado razones de índole periodística que fundamentan la publicación de la fotografía de marras.

La decisión tomada —dicen en síntesis— más allá de su acierto o desacierto y más allá también de su buen o mal gusto, no constituye una conducta antijurídica capaz de generar responsabilidades.

IV

Estimo que el recurso extraordinario deducido en estos autos es improcedente, toda vez que no se cumple el requisito indispensable de la relación directa que debe existir entre lo decidido en la causa y las garantías constitucionales que se dicen conculcadas.

Ante todo, como con acierto lo puso de resalto el a quo, cabe aclarar que, en rigor, en el *sub examine* no se encuentra en juego la garantía constitucional de la libertad de prensa, desde que la demandada no sufrió obstáculo alguno tendiente a impedir la publicación de la fotografía de referencia, sino que, lo que se discute, es en todo caso la consecuencia jurídica del ejercicio pleno de dicha libertad. La Corte, con referencia a las clásicas enseñanzas de José Manuel Estada, estableció desde antiguo cuáles eran las consideraciones generales sobre las que reposa la libertad de imprenta en la legislación moderna, indicando que ellas eran la supresión de la censura previa, la abolición de la represión administrativa, y el establecimiento de una represión puramente judicial contra los delitos cometidos por medio de la prensa (cf. Fallos: 270:289; 270:288; 294:570).

Es decir que la Constitución Nacional no garantiza la irresponsabilidad en el ejercicio del mentado derecho, como es obvio, ni, como suele decirse, otorga al respecto un *bill de indemnidad.* Ante publicaciones de carácter perjudicial, no puede existir la más mínima duda acerca del derecho del Estado de reprimir o castigar a sus autores a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes, sin por ello afectar la libertad de expresión (Fallos: 167:212; 269:195; 293:560).

Ello así porque, si bien es muy sabido, y sin y sin que esto implique menguar en modo alguno la jerarquía que, por ciento le corresponde y se le reconoce a la libertad de prensa, que en nuestro derecho Constitucional no existen los derechos absolutos (Fallos 282: 392 cons. 4º; 297:201 cons. 7º; 367 cons. 5º; 300:381 cons. 3º; 300:700 cons. 5º; 302:1579 cons. 2º y 3º; entre muchos otros), en el *sub lite* no hubo limitación al ejercicio pleno del derecho.

En el preciado campo de la doctrina, es bueno recordar que un jurista de la talla de Rodolfo Rivarola en su "Derecho Penal Argentino" dejó escrito al principio de siglo que "li-

bertad de prensa es libertad de tener opiniones; libertad de decirlas, libertad de pensar en voz alta; no es libertad de calumniar e injuriar; no es libertad de ofender sentimientos individuales o sociales de pudor...", y que otro de la dimensión de Joaquín V. González en su célebre "Manual" dejó a su vez dicho que "la Constitución asegura la absoluta libertad de emitir ideas pero no la impunidad de las ofensas a la moral, al orden público, o a los derechos de terceros".

De allí que, en consonancia, ha expresado la Corte, puede afirmarse sin vacilación que "ni en la Constitución de los Estados Unidos ni en la nuestra ha existido el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. Si la publicación es de carácter perjudicial, y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión o sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa... Es una cuestión de hecho que apreciarán los jueces en cada caso" (Fallos: 167/191, pág. 138). Y en otros fallos, dictados varios años después, insistirá en que "el derecho que radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, no trae aparejada la impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal" (Fallos: 269/189 cons. 4º; 269/195 cons. 5º), lo cual, por cierto, es extensible a los ilícitos que pueden derivar de regulaciones del derecho Civil.

Estimo de conveniencia recordar en el *sub examine* todo ello, a pesar de que, como queda dicho, no considero que se encuentren aquí en análisis los alcances de la garantía constitucional de la libertad de prensa, desde que en el caso —vale repetirlo— la publicación de la fotografía conflictiva se efectuó sin ningún tipo de cortapisa, porque suele ser una común y reiterada desnaturalización de un derecho tan principal como el aludido, su utilización para satisfacer al unísono oscuros y bajos intereses comerciales e instintivos, mediante el atropello de derechos personales no menos defendibles y respetables.

En el *sub lite*, a su vez cabe advertir que la condena dispuesta contra la demanda encuentra su apoyo no en la inteligencia asignable a la garantía constitucional de referencia, sino en la violación de la norma común contenida en el art. 1071 bis del Código Civil. Por tanto, el vínculo existente entre las normas fundamentales que invoca la accionada y los fundamentos del fallo en recurso no es estrecho ni inmediato, como es menester para que se configure la cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48, sino indirecta al interponerse la presencia de una norma de derecho común acerca de cuya inteligencia no le corresponde inmiscuirse a la Corte Suprema en esta instancia de excepción, la que tampoco está habilitada para valorar los hechos que conforman el caso (conf. doctrina de Fallos: 238:489).

Eventualmente, lo que hubiera cabido invocar en el *sub judice* habría sido la arbitrariedad presunta del fallo, pero de las argumentaciones del recurso no cuadra entender que se lo intente fundar sobre esta tacha, toda vez que no se señalan defectos graves de fundamentación o de razonamiento en los estrictos términos de dicha excepcional doctrina, sino que sólo exprésase la mera discrepancia de la apelante con los alcances interpretativos asignados por el juzgador a las normas aplicables, lo cual, como V.E. lo tiene muy reiterado, no alcanza para fundar la apelación federal con referencia a aquella doctrina (Fallos: 286:212; 289:406; 402:1558, etc.).

Por consiguiente, opino que el remedio federal interpuesto en autos ha sido mal concedido. Buenos Aires, 9 de abril de 1984. JUAN OCTAVIO GAUNA.

Buenos Aires, 11 de diciembre de 1984.

Vistos los autos: "Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios".

Considerando:

1º) Que la sentencia de la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la dictada en primera instancia, que hizo lugar a la demanda que perseguía la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la violación del derecho a la intimidad del doctor Ricardo Balbín, a raíz de la publicación de una fotografía suya cuando se encontraba internado en una clínica, sobre la base de lo dispuesto por el art. 1071 bis del Código Civil. Contra ella la demandada dedujo recurso extraordinario, que fue concedido. Sostiene la recurrente que el fallo impugnado resulta violatorio de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

2º) Que en autos existe cuestión federal bastante en los términos del art. 14 de la ley 48, ya que si bien la sentencia impugnada se sustenta en el art. 1071 bis del Código Civil, el a quo para resolver la aplicabilidad de la norma citada efectuó una interpretación de la garantía constitucional de la libertad de prensa contraria a los derechos que en ella funda el apelante.

3º) Que esta causa se origina en la demanda por daños y perjuicios promovida por la esposa y el hijo del doctor Ricardo Balbín, fallecido el 9 de setiembre de 1981 contra "Editorial Atlántida S.A." propietaria de la revista "Gente y la actualidad", Carlos Vigil y Aníbal Vigil, debido a que dicha revista, en su número 842 del 10 de setiembre de 1981, publicó en su tapa una fotografía del doctor Balbín cuando se encontraba internado en la sala de terapia intensiva de la Clínica Ipensa de la Ciudad de La Plata la que ampliada con otras en el interior de la revista, provocó el sufrimiento y mortificación de la familia del doctor Balbín y la desaprobación de esa violación a la intimidad por parte de autoridades nacionales, provinciales, municipales eclesiásticas y científicas. Los demandados, que reconocen la autenticidad de los ejemplares y las fotografías publicadas en ella, admiten que la foto de tapa no ha sido del agrado de mucha gente y alegan en su defensa el ejercicio sin fines sensacionalistas, crueles o morbosos, del derecho de información, sosteniendo, que se intentó documentar una realidad; y que la vida del doctor Balbín, como hombre público, tiene carácter histórico, perteneciendo a la comunidad nacional, no habiendo intentado infringir reglas morales, buenas costumbres o ética periodística.

4º) Que en tal sentido, en su recurso extraordinario fs. 223/230 el recurrente afirma no haber excedido "el marco del legítimo y regular ejercicio de la profesión de periodista, sino que muy por el contrario, significó un modo —quizá criticable pero nunca justiciable— de dar información gráfica de un hecho de gran interés general" fundamentando en razones de índole periodística la publicación de la fotografía en cuestión, por todo lo cual no pudo violar el derecho a la intimidad en los términos que prescribe el art. 1071 bis del Código Civil.

5º) Que en el presente caso, si bien no se encuentra en juego el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa (art. 14 de la Constitución Nacional) sino los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad (art. 19 de la Constitución Nacional) corresponde establecer en primer término el ámbito que es propio de cada uno de estos derechos. Que esta Corte, en su condición de intérprete final de la Constitución Nacional ha debido adecuar el derecho vigente a la realidad comunitaria para evitar la cristalización de las normas y preceptos constitucionales. Que la consagración del derecho de prensa en la Constitución Nacional, como dimensión política de la libertad de pen-

samiento y de la libertad de expresión, es consecuencia, por una parte, de las circunstancias históricas que condujeron a su sanción como norma fundamental, y por la otra, la de la afirmación, en su etapa artesanal, del libre uso de la imprenta como técnica de difusión de las ideas frente a la autoridad que buscaba controlar ese medio de comunicación mediante la censura; de ahí que la reivindicación estuvo referida a la difusión y expresión de los "pensamientos y las opiniones" conforme lo estableciera la declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y por tanto a garantizar la libre publicación de las ideas. La prensa pasó a ser un elemento integrante del estado constitucional moderno, con el derecho e incluso el deber de ser independiente a la vez que responsable ante la justicia de los delitos o daños cometidos mediante su uso, con la consecuencia jurídica del ejercicio pleno de dicha libertad. Es así como esta Corte dijo que "ni en la Constitución de los Estados Unidos ni en la nuestra ha existido el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. Si la publicación es de carácter perjudicial, y si con ellas se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión y sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa... Es una cuestión de hecho que apreciarán los jueces en cada caso" (Fallos: 167:138) y que "este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal" (Fallos: 269: 195, consid. 5º).

6º) Que elevado el derecho de prensa a la categoría de un derecho individual autónomo, la legislación sobre la prensa garantizó su ejercicio estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del estado tanto en la publicación como a las empresas que realizaban la publicación, asegurando la libre iniciativa individual, la libre competencia y la libertad de empresa considerados elementos esenciales para la autonomía humana.

7º) Que las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidos en términos estrictamente individuales. El desenvolvimiento de la economía de la prensa y la aparición de las nuevas técnicas de difusión e información —cine, radio, televisión—, obligan a un reexamen de la concepción tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de emitir y expresar el pensamiento. De este modo, se hace necesario distinguir entre el ejercicio del derecho de la industria o comercio de la prensa, cine, radio y televisión; el derecho individual de información mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen; y el derecho social a la información. Es decir, el derecho empresario, el derecho individual y el derecho social, que se encuentran interrelacionados y operan en función de la estructura de poder abierto que caracteriza a la sociedad argentina.

8º) Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas; la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en

cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ella y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

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

10) Que en caso "sub examine" la publicación de la fotografía del doctor Ricardo Balbín efectuada por la revista "Gente y la actualidad", excede el límite legítimo y regular del derecho a la información, toda vez que la fotografía fue tomada subrepticiamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado. Esa fotografía, lejos de atraer el interés del público, provocó sentimientos de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal. En consecuencia, la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa en la revista "Gente y la actualidad" no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad.

Por ello, se admite el recurso extraordinario y se confirma la sentencia en lo que fue materia de recurso. Con costas. Notifíquese y devuélvanse. GENARO R. CARRIÓ — JOSÉ SEVERO CABALLERO *(según su voto).* — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO *(según su voto).* — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI *(según su voto).*

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JOSE SEVERO CABALLERO Y AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que la sentencia de la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la dictada en primera instancia, que había hecho lugar a la demanda de reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la violación del derecho a la intimidad del doctor Ricardo Balbín, a raíz de la publicación de una fotografía suya tomada sin su consentimiento cuanto estaba internado en una clínica, por lo dispuesto en el art. 1071 bis del Código Civil. Contra ella la demandada dedujo recurso extraordinario, que fue concedido, en el cual sostiene que resulta violatoria de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

2º) Que en autos existe cuestión federal bastante en los términos del art. 14, inc. 3º, de la ley 48, ya que si bien la sentencia impugnada se sustenta en el art. 1071 bis del Código Civil, al considerar el agravio referente a la libertad de prensa, el tribunal a quo decidió, en forma

contraria a las pretensiones del recurrente la cuestión constitucional que éste había fundado en los arts. 14 y 32 de la Carta Magna.

3º) Que esta causa se origina en la demanda de daños y perjuicios promovida por la esposa y el hijo del doctor Ricardo Balbín, fallecido el 9 de setiembre de 1981, contra "Editorial Atlántida S. A.", propietaria de la revista "Gente y la actualidad", Carlos Vigil y Aníbal Vigil, debido a que dicha revista, en su núm. 842 del 10 de setiembre de 1981, publicó en su tapa una fotografía tomada al doctor Balbín cuando estaba internado en la sala de terapia intensiva de la Clínica Ipensa de la Ciudad de La Plata, la cual —ampliada con otras en el interior de la revista— provocó el sufrimiento y la mortificación de la familia del enfermo. Los demandados, que reconocen la autenticidad de los ejemplares y las fotografías publicadas en ellas, admiten que la foto de tapa no ha sido del agrado de mucha gente, y alegan en su defensa el ejercicio sin fines sensacionalistas, crueles o morbosos, del derecho de información, sosteniendo que se intentó documentar una realidad; y que la vida del doctor Balbín, como hombre público, tiene carácter histórico, pertenece a la comunidad nacional, sin que se haya intentado infringir reglas morales, buenas costumbres o ética periodística.

4º) Que si bien la jurisprudencia del tribunal la libertad en que se funda el recurso aparece frecuentemente designada con las denominaciones literales que le da la Constitución, o sea, libertad de imprenta, libertad de publicar las ideas por la prensa sin censura previa y libertad de prensa (Fallos: 248: 291, considerando 23; 248: 664; 269: 189, 195 y 200; 270: 268; 293: 560), en Fallos: 257: 308, considerando 9º, la Corte, refiriéndose a la garantía de los arts. 14 y 32 de la Constitución, recalcó "las características del periodismo moderno, que responden al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático..."; conceptos que también fueron subrayados en el voto concurrente del doctor Boffi Boggero, al afirmar que "... la comunidad, dentro de una estructura como la establecida por la Constitución Nacional, tiene derecho a una información que le permita ajustar su conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos; y la prensa satisface esa necesidad colectiva..." (voto cit., considerando 7º).

En Fallos: 282: 392 se extendieron dichos conceptos: i) "la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión cubre las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica" (considerando 3º), y en el considerando 5º se aludió, además, a la libertad de expresión oral, escrita o proyectada.

En consecuencia, cabe concluir que el sentido cabal de las garantías concernientes a la libertad de expresión contenidas en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional ha de comprenderse más allá de la nuda literalidad de las palabras empleadas en esos textos, que responden a la circunstancia histórica en la que fueron sancionadas. El libre intercambio de ideas, concepciones y críticas no es bastante para alimentar el proceso democrático de toma de decisiones; ese intercambio y circulación debe ir acompañado de la información acerca de los hechos que afectan al conjunto social o a alguna de sus partes. La libertad de expresión contiene, por lo tanto, la de información, como ya lo estableció, aunque en forma más bien aislada, la jurisprudencia de este tribunal. Por otra parte, el art. 13 inc. 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por ley 23.054, contempla el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, la cual "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección".

En consecuencia, la libertad de expresión, garantizada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y por el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluye el derecho a dar y recibir información, especialmente sobre asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan relevancia para el interés general.

5º) Que, no obstante, el aludido derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o de actos ilícitos civiles. En ese sentido, el tribunal ha expresado que aun cuando la prohibición de restringir la libertad de imprenta comprende algo más que la censura anticipada de las obligaciones, no pueden quedar impunes las que no consistan en la discusión de los intereses y asuntos generales, y sean, por el contrario, dañosas a la moral y seguridad públicas, como las tendientes a excitar la rebelión y la guerra civil, o las que afectan la reputación de los particulares (Fallos: 119: 231); que el principio de la libertad del pensamiento y de la prensa, excluye el ejercicio del poder restrictivo de la censura previa, pero en manera alguna exime de responsabilidad al abuso y al delito en que se incurra por este medio, esto es, mediante publicaciones en las que la palabra impresa no se detiene en el uso legítimo de aquel derecho, incurriendo en excesos que las leyes definen como contrarios al mismo principio de libertad referido, al orden y al interés social (Fallos: 155: 57); que resulta preciso advertir que la verdadera esencia de este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal (Fallos: 269: 189, considerando. 4); 269: 195, considerando 5); y, con fórmula aún más amplia, que la garantía constitucional de la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal, o de quienes se proponen violentar el derecho constitucional respecto a las instituciones de la República, o alterar el bienestar general o la paz y seguridad del país, o afectar las declaraciones, derechos y garantías de que gozan todos los habitantes de la Nación (Fallos: 293: 560).

6º) Que, por tanto, la protección del ámbito de intimidad de las personas tutelado por la legislación común no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución ni cede ante la preeminencia de ésta; máxime cuando el art. 1071 bis del Código Civil es consecuencia de otro derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad, consagrado en el art. 19 de la Carta Magna, así como también el art. 11, incisos 2 y 3, del ya mencionado Pacto de San José de Costa Rica, según los cuales nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, y toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

7º) Que, a la luz de tales principios, no puede ser admitida la pretensión de la demandada de que el interés general en la información concerniente a un hombre público prominente justifica la invasión de su esfera de intimidad.

Las personas célebres, los hombres públicos, tienen, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada. Según lo juzga acertadamente el a quo, el interés público

existente en la información sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín en su última enfermedad, no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió con la publicación de la fotografía que da fundamento al litigio, cuya innoble brutalidad conspira contra la responsabilidad, la corrección, el decoro, y otras estimables posibilidades de la labor informativa, y la libertad que se ha tomado la demandada para publicarla ha excedido la que defiende, que no es la que la Constitución protege y la que los jueces están obligados a hacer respetar.

8º) Que, a mérito de lo expuesto, cabe concluir que el lugar eminente que sin duda tiene en el régimen republicano la libertad de expresión —comprensiva de la de información— obliga a particular cautela en cuanto se trate de deducir responsabilidades por su ejercicio. Empero, ello no autoriza al desconocimiento del derecho de privacidad integrante también del esquema de la ordenada libertad prometida por la Constitución mediante acciones que invadan el reducto individual, máxime cuando ello ocurre de manera incompatible con elementales sentimientos de decencia y decoro.

Por ello, y de acuerdo con lo dictaminado en sentido concordante por el Procurador General, se confirma la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de recurso, con costas. JOSÉ SEVERO CABALLERO — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que sobre la base de lo dispuesto por el art. 1071 bis del Código Civil, la sentencia de la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la dictada en primera instancia, que hizo lugar a la demanda que perseguía la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la violación del derecho a la intimidad del doctor Ricardo Balbín, a raíz de la publicación de una fotografía que lo muestra cuando se encontraba internado en una clínica en la sala de terapia intensiva donde falleció. Contra tal pronunciamiento la demandada dedujo recurso extraordinario, que fue concedido. En dicho recurso sostiene que el fallo impugnado resulta violatorio de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

2º) Que el citado art. 1071 bis, introducido en el Código Civil por la ley 21.173 del año 1975, dispone: "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado; y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

Según es sabido, el texto transcripto reemplazó al que había sido publicado como ley 20.884, instrumento éste cuyo trámite legislativo irregular condujo a su reemplazo por el que fijó la ley 21.173.

Ahora bien, el tenor del art. 32 bis, número con el cual la ley 20.884 había añadido al cuerpo legal la protección a la esfera de intimidad, no fue exactamente reproducido por la ley 21.173 que, en lo que importa, recogió la crítica formulada en su comentario sobre el tema por el ilustre juez Orgaz ex Presidente de esta Corte Suprema (v. El Derecho, t. 60, p. 927 y sigs.).

En dicho comentario expresó aquél: "Este texto (el de la ley 20.889) dice: 'Toda persona tiene derecho a que sea respetada su vida íntima. El que, aun sin dolo ni culpa, y por cualquier medio, se entromete en la vida ajena, publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad será obligado a cesar en tales actitudes y a indemnizar al agraviado...' ... b) Las primeras palabras de la disposición tienen que incluir un adjetivo inexcusable: 'El que arbitrariamente...' ya que en numerosos casos de ejercicio legítimo de un derecho o de cumplimiento de una obligación legal (arts. 1071, Código Civil y 34, incs. 2º y sigts. Penal), se causan mortificaciones y aun daños que no comprometen la responsabilidad del agente, en tanto obre dentro de los límites de su derecho u obligación. Se trata de las llamadas 'causas legales de justificación'". La Declaración de las Naciones Unidas, precisa también que las injerencias han de ser 'arbitrarias'".

La observación de Orgaz fue recogida por el Congreso, como surge del cotejo de los textos de las leyes 20.889 y 21.173 antes transcriptos.

Las consideraciones precedentes se han formulado porque en este caso el apelante pretende que, en virtud del derecho a la libertad de prensa que consagran los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, la publicación aludida ha importado el legítimo ejercicio del derecho de informar.

Tal alegación ha sido desestimada por el a quo sobre la base de que la libertad de prensa no justifica la intromisión en la esfera privada, aun cuando se trate de la correspondiente a un hombre público, y sin desconocer que mediaba un interés general en la información acerca del estado de salud de tan importante personalidad política.

La juridicidad o antijuridicidad de la conducta de la apelante resulta, pues, vinculada directa e inmediatamente con la interpretación dada por el a quo a la garantía de la libertad de prensa en sus relaciones con el derecho a la intimidad, cuyo perfil, en el aspecto sometido a consideración, procura dibujar la sentencia en recurso. Y, con tal propósito, cabe recordar que las leyes 20.889 y 21.173 encuentran sustento, según lo expuesto en el respectivo debate, en el art. 19 de la Constitución Nacional (v. respecto de la ley 20.889, Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados, año 1974, ps. 3604 a 3607 y ps. 3789 y 3800 y respecto de la ley 21.173, Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados, año 1975, ps. 3368 a 3371).

Aparece, por lo tanto, claramente configurada la hipótesis del art. 14, inc. 3º de la ley 48, toda vez que se controvierten derechos inmediatamente fundados en cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria a los que se invocan con base en dichas cláusulas.

En consecuencia, el recurso extraordinario ha sido bien concedido a fs. 234 y vta.

3º) Que, para examinar el caso a buena luz, conviene efectuar algunas reflexiones acerca de los argumentos que sustentan a la sentencia apelada y al recurso extraordinario con que se la impugna.

El a quo llegó a su decisión partiendo del principio según el cual la libertad de prensa no es absoluta, sin desconocer que ella comprende el derecho de informar acerca de los acontecimientos de interés público. Empero, estimó necesario efectuar la siguiente distinción, "... una cosa es brindar la debida información de la actuación pública del personaje, incluso de algunas facetas o aspectos de su vida familiar o privada (en el mejor de los casos), pero otra bien distinta es incursionar sin autorización alguna (expresa ni presunta) en su lecho

de moribundo, publicando una fotografía...", "... violando así en forma descarada algo que debe ser de la esencia de la privacidad, como lo es sin duda la antesala de la muerte, en ese tránsito de la persona humana hacia el Divino Creador".

Frente a estos juicios la apelante argumenta, en sustancia, que "La libertad de prensa, debe ser amplia, no reconocer cortapisas, partir del supuesto de que los frenos y las prohibiciones obran en forma negativa. Por ello, cualquiera sea la impresión que provoque la noticia —o en el caso la fotografía—, en tanto ella no encierre una clara ilicitud, debe buscarse la preservación del principio constitucional de la libertad de prensa, pilar fundamental de la vida republicana". Y también manifiesta: "Mi parte sostuvo en su expresión de agravios que el caso de autos planteaba un típico conflicto entre dos garantías constitucionales: la libertad de prensa y el derecho a la intimidad; y que la decisión debía inclinarse por la más importante y valiosa para la comunidad, por aquélla que permite al hombre expresarse y dirigirse a la sociedad: la libertad de prensa".

"Pero ello en modo alguno supuso admitir el otorgamiento de una total impunidad para quienes a través de los órganos periodísticos incurran en conductas 'ilícitas', dignas de sanción, caso que, reiteramos, no es ni puede ser el de autos. Como se dijera en el escrito de contestación de demanda, ambas garantías deben coexistir en un estado de derecho".

4º) Que, como ya se adelantó el punto de partida del a quo, para resolver la cuestión planteada en los términos transcriptos, puede sintetizarse en el enunciado de que la libertad de expresión que consagran los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional no es absoluta e ilimitada ni está exenta de responsabilidad (v. una formulación análoga en Perfecto Araya "Comentario a la Constitución de la Nación Argentina", Buenos Aires, 1908 Tomo I, pág 221).

Las dos proposiciones relatadas son, a juicio de este tribunal, correctas; pero, no obvias, por lo cual requieren tanto de una adecuada fundamentación como de precisiones y matices.

Y, además, antes de abordar esa tarea es forzoso establecer si la conducta reprochada en esta causa se halla incluida a la esfera de actividad protegida por los arts. 14 y 32 de nuestra Carta Magna.

5º) Que, en lo que al punto concierne, el objeto de las aludidas garantías constitucionales es indudablemente, *la comunicación de ideas e información*, la expresión o exteriorización de pensamientos o de conocimientos (v. Carlos M. Bidegain, "La libertad constitucional de expresión ("Freedom of speech and press") de los norteamericanos", LL Tomo 82, sec. doc. pág 917 y 919).

Si bien en la jurisprudencia del tribunal la libertad a la que se hace referencia aparece frecuentemente designada con las denominaciones literales que le da la Constitución, o sea, libertad de imprenta, libertad de publicar las ideas por la prensa sin censura previa y libertad de prensa (Fallos: 248: 291, consid. 23, v. pág. 324, y en el mismo tomo 248 la sentencia publicada a partir de la pág. 664; 269: 189, 195 y 200; 270: 268; 293: 560), debe tenerse en cuenta que en Fallos 257: 308, consid. 9º, pág. 314, la Corte Suprema, refiriéndose a la garantía de los arts. 14 y 32 de la Constitución, recalcó "las características del periodismo moderno, que responden al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático...". Conceptos que también fueron subrayados por el juez Boffi Boggero en su voto concurrente en el mismo caso, al afirmar que "... la comunidad, dentro de una estructura como la establecida por la Constitución Nacional, tiene derecho a una información que le permita ajustar su

conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos; y la prensa satisface esa necesidad colectiva..." (consid. 7º, p. 325).

En Fallos: 282:392 se extendieron dichos conceptos: "la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión cubre las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica" (consid. 3º, p. 397), y en el consid. 5º se aludió, además, a la libertad de expresión oral, escrita o proyectada.

En el mismo orden de ideas, en Fallos 295: 215 se declaró que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión no se limita al supuesto previsto en los arts. 14, 32 y 33 de la Constitución Nacional, sino que abarca las diversas formas en que aquélla se traduce, entre las que figura la libertad de creación artística, que constituye una de las más puras manifestaciones del espíritu humano y fundamento necesario de una fecunda evolución del arte.

6º) Que, como corolario de lo expuesto, cabe concluir el sentido cabal de las garantías concernientes a la libertad de expresión contenidas en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional ha de comprenderse más allá de la nuda literalidad de las palabras empleadas en esos textos, que responden a la circunstancia histórica en la que fueron sancionadas.

Cuando los creadores de esta Nación establecieron por primera vez la libertad de imprenta mediante el Reglamento dictado por la Junta Superior, llamada Junta Grande, el 20 de abril de 1811 (Registro Nacional, t. 1, ps. 108/109) juzgaron que "... La facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas, no es sólo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la nación en general y el único camino para llegar al conocimiento de la verdadera opinión pública...".

La preocupación de entonces fue la de echar los basamentos del régimen republicano, para cuya existencia es indispensable la libre discusión de las cuestiones públicas. Sobre el particular, es inolvidable la caracterización de este principio formulada por el Juez Brandeis en la sentencia dictada "in re": "Whitney v. California" por la Corte Suprema de los Estados Unidos (274 U. S. 357, págs. 375 y 376, año 1926), cuya segunda parte fue citada en el dictamen del Procurador General en el caso de Fallos: 269:200, omitiéndose el comienzo que aquí se transcribe: "... Quienes ganaron nuestra independencia creían que el último fin del Estado era hacer a los hombres libres de desarrollar sus facultades y que en su gobierno las fuerzas deliberantes deberían prevalecer sobre las arbitrarias. Ellos valoraban que la libertad de pensar como uno quiera y de hablar como uno piensa, son medios indispensables para el descubrimiento y la difusión de la verdad política; que sin la libertad de palabra y de reunión, la discusión sería fútil; que con ellas, la discusión suministra ordinariamente una adecuada protección contra la diseminación de doctrinas nocivas; que la más grande amenaza para la libertad es un pueblo inerte; que la discusión pública es un deber político; y que éste debería ser un principio fundamental del gobierno americano...".

7º) Que con el mismo sentido de la opinión transcripta es que la doctrina nacional ha entendido la garantía de la libertad de prensa.

Así, por ejemplo, Luis V. Varela, juez de esta Corte Suprema, afirmó: "... La prensa es el más poderoso baluarte de la opinión; es la más alta tribuna popular y es el más directo representante de las mayorías y minorías que forman los partidos..." (Historia Constitucional de la República Argentina, vol. 1, ed. 1910, pág. 402).

José Manuel Estrada se refirió al tema diciendo: "...Es menester, por consiguiente, para que las sociedades no se inmovilicen en la contemplación de sí mismas, para que los pueblos, en la marcha constante de la vida que es milicia, no vuelvan la espalda y se queden estáticos y abandonen la senda del progreso y las reglas del deber, que una plena libertad favorezca al pensador para protestar contra el error dominante; y a todo hombre preocupado por el bien público y en cuyas entrañas palpiten sentimientos humanitarios y generosos, para despertar a los gobiernos de su error y a los pueblos de su apatía, para inspirar, en una palabra, el movimiento constante y la reforma lenta que los hombres y las sociedades humanas necesitan hacer de sus propias instituciones a fin de no retroceder..." (Curso de Derecho Constitucional, 2ª ed., 1927, tomo 1, pág. 215,).

Y Joaquín V. González expresó: "Pero de un punto de vista más constitucional, su principal importancia está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a someterse a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir y evitar errores y desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines. La prensa es uno de los más poderosos elementos de que el hombre dispone para defender su libertad y sus derechos contra las usurpaciones de la tiranía, y por éste y los demás objetos generales y particulares de su institución, puede decirse que por medio de la palabra y de la prensa, el pueblo hace efectiva y mantiene toda la suma de soberanía no conferida a los poderes creados por él en la Constitución. Así, pues, la libertad de la prensa es la garantía de todas las demás, es la propia defensa de la persona colectiva del pueblo, y una fuerza real de las minorías, que por medio de ella hacen públicas las injusticias y abusos de poder de las mayorías, y refrenan sus tentativas despóticas..." (Manual de la Constitución Argentina, Nº 158).

Joaquín V. González extrajo la primera parte del pensamiento transcripto de una obra de Cooley, según lo puntualiza en la nota respectiva, y la segunda se inspira, según la nota siguiente, en la obra de Desjardins. "La libertad política en el Estado Moderno". Pero ese autor francés, en el mismo pasaje mencionado por Joaquín V. González, añade: "... Los ciudadanos se ven en la imposibilidad de concurrir a la dirección de los asuntos públicos si no se encuentran exactamente informados sobre todo lo que pasa, tanto fuera como dentro del país...". "Una prensa libre sirve entonces para verificar los hechos propios a formar una opinión general y se convierte así en auxiliar del trabajo nacional..." (v. Jorge M. Mayer, "El derecho público de prensa", año 1944, Buenos Aires, pág. 43).

En suma, que el libre intercambio de ideas, concepciones y críticas no es bastante para alimentar el proceso democrático de toma de decisiones; ese intercambio y circulación debe ir acompañado de la información acerca de los hechos que afectan al conjunto social o a alguna de sus partes.

La libertad de expresión contiene, por lo tanto, la de información, como ya lo estableció, aunque en forma más bien aislada, la jurisprudencia de este tribunal.

8º) Que tal conclusión emana de la finalidad y sentido de las prescripciones pertinentes de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, y no resulta posible sostener lo contrario sin menoscabo del art. 31 de aquella, toda vez que está en vigencia la ley 23.054, que ratifica la Convención Americana de Derechos Humanos, y cuyo instrumento de ratificación ha sido oportunamente depositado (con una reserva efectuada respecto al art. 21, sobre la propiedad).

Dicho Pacto, llamado de San José de Costa Rica (art. 4º, inc. 2º de éste), se halla pues, desde ese momento, en vigor para nuestro país.

Sus cláusulas revisten la jerarquía de ley suprema de la Nación, entre ellas el art. 13, inc. 1º, según el cual "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección".

De esta manera se ha incorporado deliberadamente al ordenamiento positivo argentino el derecho de informar y ser informado, concepción que había sido consagrada en el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en la encíclica *Pacem in Terris* del Santo Pontífice Juan XXIII ("Todo ser humano tiene el derecho natural ... para tener una objetiva información de las nuevas públicas ...", v. "El derecho a la verdad —Doctrina de la Iglesia sobre prensa, radio y televisión— edición preparada por Jesús Irribarren", Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1968, p. 363,). Del mismo modo, el Papa Pablo VI expresó que "... la información es unánimemente reconocida como un derecho *universal, inviolable e inalienable* del hombre moderno; responde a una profunda exigencia de su naturaleza social, y según la expresión de nuestro venerado predecesor Juan XXIII, en su encíclica *Pacem in Terris* tan justamente célebre, *todo ser humano tiene derecho a una información objetiva*...".

También el Concilio Vaticano II, en el decreto *Inter mirifica,* del 4 de diciembre de 1963, proclama la existencia del derecho de información (cap. I, op. cit. pág. 76 de la introducción).

Por último, es pertinente consignar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, cuyo proyecto de ley ratificatoria cuenta ya con la sanción de la Honorable Cámara de Diputados (Reunión 14 de la Cámara de Diputados publicada en el Diario de Sesiones de Diputados del 9 de febrero de 1984, págs. 1305 a 1324), contiene en su art. 19 un texto análogo al del art. 13 del vigente Pacto de San José de Costa Rica.

Como consecuencia de lo expuesto, la libertad de expresión, garantizada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y por el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluye el derecho a dar y recibir información, especialmente sobre asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan relevancia para el interés general.

9º) Que el punto que corresponde ahora abordar, de acuerdo con lo anticipado en el consid. 4º), es el referente al sentido con el que quepa afirmar que la libertad de expresión instaurada por nuestra Carta Magna no es absoluta. Dicha afirmación no debe ser descuidadamente generalizada porque generalizar de tal manera suele ser una peligrosa forma de omitir. Existe un aspecto de la libertad de expresión en que ésta adquiera los caracteres de un derecho absoluto, no susceptible de ser reglamentada por la ley. Se trata de la prohibición de la censura previa que, según nuestra doctrina, es la esencia misma de la garantía.

Al respecto, se impone el recuerdo de Alberdi: "La mayor innovación, la única tal vez que la revolución moderna de ambos mundos haya traído en lo concerniente a la prensa, es la supresión de la censura previa... Pero de lo que no tenemos ejemplo en lo pasado, es de la libertad de publicar sin censura previa; libertad que se debe íntegramente al establecimiento del régimen moderno, y forma, por decirlo así, como su sello especial y distintivo. Renovad el examen anterior, bajo cualquier nombre, y no tendréis régimen moderno; llamad a la previa censura, *previsión o aprobación, junta protectora o tribunal de libertad, consejo literario o consejo de hombres buenos*, admonición ministerial de carácter amistoso, dadle si queréis nombres más

decentes y amables que éstos; y no tendréis otra cosa por resultado, que el régimen español absolutista puesto de nuevo en planta, en materia de imprenta ..." ("Legislación de la prensa en Chile", "Obras Completas", t. III, Buenos Aires, 1886, pág. 107).

En la propia jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido reiteradamente citado el pasaje en el cual José Manuel Estrada afirma que... "las condiciones generales sobre las cuales reposa la libertad de imprenta en la legislación moderna son: la supresión de la censura previa, la abolición de la represión administrativa, y el establecimiento de una represión puramente judicial contra todos los delitos cometidos por medio de la prensa..." ("Curso de derecho constitucional", 2ª ed. págs. 229/230, 1927).

Este fragmento se encuentra transcripto en Fallos: 270: 268; pág. 277, consid. 4º; 270:289; pág. 292, consid. 4º, 293: 560, voto del juez Héctor Masnatta, consid. 6º; pág. 568 y 305: 474, dictamen del Procurador General, punto 6º, pág. 482.

Asimismo, la índole absoluta de la garantía contra la censura previa es la *ratio decidendi* de los casos de Fallos: 270: 268 y 289, y la suspensión de aquélla durante el estado de sitio sólo puede admitirse con criterio especialmente restrictivo y con particularizado control de razonabilidad (Ver el dictamen del Fiscal de la Cámara Nacional en lo Federal y Contencioso Administrativo del 2 de julio de 1976 *in re*: "M. B. C. Producciones, S. A. c. Instituto Nacional de Cinematografía y Ente de Calificación Cinematográfica s. amparo" y Fallos: 293:560).

No resultan compatibles pues con la línea dominante de la doctrina de esta Corte los asertos de dos precedentes, en el primero de los cuales se afirma sin distinciones que ... "la libertad de expresión cinematográfica como toda otra de libertad de expresión no es absoluta: debe coexistir armónicamente con los demás derechos que integran el ordenamiento jurídico y admite también el ponderado ejercicio del poder de policía, con base en la necesidad y el deber de preservar la moral, las buenas costumbres, el orden y la seguridad pública, frente a una información desaprensiva, deformada, insurreccional o maliciosa (ley 18.019; art. 1º)...". Fallos: 282:392 y 397, consid. 4º); en el segundo se asevera que ... "no es absoluta y, como todos los derechos y libertades, susceptibles de reglamentación razonable, debiendo coexistir armónicamente con los demás derechos que integran el ordenamiento jurídico y admite, desde luego, el ponderado ejercicio del poder de policía, con base en la necesidad de preservar la moral, las buenas costumbres, el orden y la seguridad pública (Fallos: 282: 392)..." (Fallos: 295: 215, y pág. 217, consid. 4º).

Igual crítica, en cuanto a la generalidad de su lenguaje, alcanza el *dictum* de Fallos: 257: 275, consid. 2º.

10) Que aparte de la exclusión total de la censura previa, y como surge de lo ya expuesto, el aludido derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que "... aun en el sentir de los que interpretan la primera parte de nuestro art. 32, atribuyéndole el alcance de que la prohibición de restringir la libertad de imprenta comprende algo más que la censura anticipada de las publicaciones, no pueden quedar impunes las que consistan en la discusión de los intereses y asuntos generales, y son, por el contrario, dañosas a la moral y seguridad públicas, como las tendientes a excitar la rebelión y la guerra civil, o afectan la reputación de los particulares (Cooley — *Principles of Const. Law*, pág. 301, *Const. Limit.,* 7ª ed.págs. 603 y sigs.)..." (Fallos: 119: 231, pág. 248).

Hay una formulación más terminante en Fallos: 155: 57, pág. 59: "...el principio de la libertad del pensamiento y de la prensa previa, pero en manera alguna exime de responsabilidad el abuso y el delito en que se incurra por este medio, esto es, mediante publicaciones en las que la palabra impresa no se detiene en el uso legítimo de aquel derecho, incurriendo en excesos que las leyes definen como contrarios al mismo principio de libertad referido, al orden y al interés social...".

En fecha más cercana, la Corte ha sentado "...preciso resulta advertir que la verdadera esencia de este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguientes impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal..." (Fallos: 269: 189, pág. 193, consid. 4º; 269:195, pág. 197, consid. 5º).

Y con una fórmula aún más amplia se pronuncia la mayoría en Fallos: 293: 560, de cuyo considerando 6º se extrae que... "la garantía constitucional de la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal (Fallos: 269: 195, sentencia del 30 de octubre de 1967, "Calcagno, Rosario R. (a) Caiki s/ inf. art. 244 del Código Penal", Considerando 5º); o de quienes se proponen violentar el derecho constitucional respecto a las instituciones de la República o alterar el bienestar general, o la paz y seguridad del país o afectar las declaraciones, derechos y garantías de que gozan todos los habitantes de la Nación".

11) La doctrina que se alude en el considerando anterior encuentra su fundamento en la clásica exposición efectuada por Blackstone en los Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra que se cita en los precedentes registrados en Fallos: 269:189 y 195, considerandos 6º y 7º, respectivamente, también sostenida por Story en sus Comentarios a los que igualmente se hace referencia en esos precedentes (v. "Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos", traducción N. A. Calvo, Buenos Aires, 1888, IV edición, tomo II, págs. 575 y 580).

Vale la pena no seguir en este caso la corriente del uso y transcribir con mayor extensión que la habitual el pasaje mencionado en dichos Fallos: "...la libertad de prensa es por cierto esencial a la naturaleza de un estado libre: pero consiste en no establecer restricciones previas sobre las publicaciones y no en la libertad respecto a la censura de escritos de carácter criminal después de publicados. Cada hombre libre tiene un indiscutible derecho de exponer ante el público los sentimientos que le plazcan; prohibir esto sería destruir la libertad de prensa; pero si se publica lo que es impropio, malicioso, o ilegal, debe cargar con las consecuencias de su temeridad. Sujetar a la prensa al poder restrictivo de un censor, como se hacía anteriormente, tanto antes como después de la revolución, es someter toda la libertad de sentimiento a los prejuicios de un hombre y convertir a éste en el juez arbitrario e infalible de todas las cuestiones controvertidas en materia de ciencia, religión y gobierno. Pero castigar (como lo hace la ley actual) cualquier escrito peligroso u ofensivo que, una vez publicado, se juzgue de tendencia perniciosa en un proceso justo e imparcial, es necesario para la preservación de la paz y del buen orden, del gobierno y de la religión, el único fundamento sólido de la libertad civil. De este modo, la decisión de los individuos es todavía libre; sólo el abuso de esa libre decisión es objeto de castigo legal. No se impone ninguna restricción a la libertad de pensamiento privado; la diseminación o publicidad de malos sentimientos destructores de los fines de la socie-

dad, es el delito que la sociedad corrige..." ("*Commentaries on the laws of England*", 13ª ed., Londres, 1800, t. IV, ps. 151 y 152).

Esta posición —que ha sido compartida en nuestro país por numerosos autores (v. la reseña que efectúa Jorge M. Mayer, op. cit., págs. 126 y sigtes.) uno de los cuales, Rodolfo Rivarola, es citado en Fallos: 269: 189 y 195, consids. 5º y 6º respectivamente— ha merecido la crítica de la doctrina de los Estados Unidos, pues no se ajusta al presente estado del derecho constitucional de ese país, crítica que también se ha formulado en nuestro medio (v. Carlos M. Bidegain, artículo citado en el consid. 5º).

Tal crítica parte de observar que el criterio de Blackstone no resulta corolario de una reflexión de filosofía política sobre la democracia constitucional, y que, al contrario, simplemente resume la situación del derecho inglés en su tiempo y aparece, por su generalidad, y por la simplificación que comporta, poco conciliable con la fecunda idea enunciada en precedentes como el de "Whitney v. California", antes citado (v. considerando 6º).

Ocurre, en efecto, que en la doctrina de Blackstone la posibilidad de sancionar los abusos está enunciada sin condiciones que excluyan la aplicación de criterios arbitrarios, sin advertir que las sanciones *a posteriori* pueden servir tanto como la censura previa para una política de supresión de la libertad de expresión.

12) Que existen precedentes de la Corte Suprema que indican que la doctrina de Blackstone a la que se refieren los dos considerandos anteriores tampoco de cuenta del estado actual de la jurisprudencia de este tribunal.

Así en el considerando 8º (pág. 313) de Fallos: 257: 308 se pone de relieve que... "esta Corte participa del criterio admitido por el derecho norteamericano, con arreglo al cual la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa en los términos del art. 14. Basta para ello referirse a lo establecido con amplitud en los arts. 32 y 33 de la Constitución Nacional y a una razonable interpretación del propio art. 14. Ya había señalado Hamilton, que la libertad de prensa tutela el derecho de publicar con impunidad, veracidad, buenos motivos y fines justificables, aunque lo publicado afecte al gobierno, la magistratura o los individuos, —confr. Chafee Zechariah, "*Free Speech in the United States*", Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1941, págs. 3 y sig.; Corwin, "*The Constitution of the United States of América*", Washington, 1953; pág. 770; ver también Konvitz, Milton R., "La libertad en la declaración de derechos en los Estados Unidos", ps. 211 y sigtes., Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina; confr. también doctrina de esta Corte sobre libertad de prensa en lo atinente al principio democrático de gobierno y a las relaciones de aquélla con la función judicial en los precedentes de los diarios "La Prensa" y "El Día", registrados en Fallos: 248: 291 y 664, respectivamente ...".

Este principio se halla reiterado en el caso de Fallos. 269: 200, especialmente en el dictamen del Procurador General que expone con detenimiento el desarrollo de la doctrina norteamericana al respecto, hasta su culminación en el célebre caso "New York Times v. Sullivan", 376 U.S., 254.

En consecuencia, se encuentra firmemente arraigado en la jurisprudencia del tribunal que "...debe reputarse esencial manifestación del derecho a la libertad de prensa el ejercicio de la libre crítica de los funcionarios por razón de actos de gobierno ya que ello hace a los fundamentos mismos del gobierno republicano ..." (pronunciamientos de Fallos: 269:189, 195, 200; 270: 289, considerandos. 3º, 4º, 2º y 7º, respectivamente).

Hay que conservar memoria de que tal principio no es novedoso en el derecho argentino, pues lo establecía la ley sobre libertad de imprenta dictada por la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires el 8 de mayo de 1828, promulgada por Manuel Dorrego al día siguiente. Mientras su art. 1º establece un amplio catálogo de abusos de la libertad de prensa, el segundo reza así: "...No están comprendidos en el artículo anterior, los impresos que sólo se dirijan a denunciar o censurar los actos u omisiones de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones ..." (leyes y decretos promulgados en la provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876, recopilados y concordados por el doctor Aurelio Prado y Rojas, t. III, ps. 333/335, Buenos Aires, 1877).

Del mismo modo, el iniciador de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Florentino González, observa que "... Los términos en que habla Blackstone tienen, sin embargo algo de vago y peligrosos, porque si nos conformásemos literalmente a ellos, podrían darse disposiciones como las que han existido en Francia, y aún existen todavía, para perseguir los escritos públicos con el pretexto de que excitan al odio del gobierno. Los términos en que se expresa Junius son más precisos y exactos y tranquilizadores para los amigos de la libertad, y los que están de acuerdo con la práctica de los tribunales que hacen efectiva la libertad de prensa. 'Esta, dice Junius, es el paladín de todos los derechos civiles, políticos y religiosos de los ingleses, y el derecho de los jurados para pronunciar al veredicto general, en todos los casos, cualesquiera que sean, una parte esencial de nuestra Constitución. Las leyes de Inglaterra proveen, tanto como pueden hacerlo cualesquiera leyes humanas, a la protección del súbdito en su reputación, persona y propiedad. *Con respecto a observaciones sobre caracteres de hombres que ocupen puestos públicos, el caso es un poco diferente: una considerable latitud debe concederse en la discusión de los negocios públicos, o la libertad de la prensa de nada serviría a la sociedad...*'" ("Lecciones de derecho constitucional", 2ª edición, París, 1871, págs. 3940).

En consecuencia, el principio de la libre crítica a los funcionarios por razón de sus actos de gobierno impone, de acuerdo con lo que surge del ya citado dictamen del Procurador General de Fallos: 269:200, que las reglas comunes en materia de responsabilidad penal y civil deban experimentar en la materia de que se trata las modificaciones requeridas para que no se malogren las finalidades institucionales de la libre expresión.

13) Que la libre crítica a los funcionarios por razón de sus actos de gobierno es una de las manifestaciones de un criterio más general, consistente en trazar los límites de las responsabilidades que pueda acarrear el ejercicio de la libertad de expresión atendiendo a pautas específicas construidas con miras a las particularidades que ofrecen los diversos ámbitos de la comunicación de las creencias, de los pensamientos, de la información y de los sentimientos.

En la jurisprudencia del tribunal se halla apenas esbozada la idea, tan desarrollada en la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos, según la cual, en el campo de la manifestación de opiniones, sobre todo sociales y políticas, la libertad de expresión debe ser sopesada con los valores relativos a la seguridad e incolumnidad de las instituciones constitucionales (balancing test). La pauta aceptada para llegar al punto de equilibrio es la del peligro claro y actual, complementado por el de la inminencia del daño (v. sobre el origen y desarrollo de esta idea el resumen del voto del juez Douglas en el caso Brandenburg v. Ohio 395 U. S. 444, 968, pág. 450 y sigtes. y la obra de Henry J. Abraham "*Freedom and the Court" —Civil rights and the Liberties in The United States*", 4ª edición, págs. 204 y sigtes., New York, 1982; como línea principal entre los numerosos casos a tenerse en cuenta pueden citarse: Schenck v/ United States 249 U. S. 47, pág. 52; Frohwerk v/ United States 249 U. S. 204; Debs v/ United States 249 U. S. 211;

Abrams v/ United States 250 U. S. 616; Schaefer v/ United States 251 U. S. 466; Pierce v/ United States 252 U. S. 239; Herndon v/ Lowry 301 U. S. 242; Dennis v/ United States 341 U. S. 494 (1951); Yates v/ United States 354 U. S, 298 (1957); Noto v/ United States 367 U. S. 290 (1961); Bond v/ Eloyd 385 U. S. 116 (1966); Brandenburg v/ Ohio, 395, U. S. 450 y Hess v/ Indiana, 414 U. S. 105 (1973)...).

Bien es verdad que dos esclarecidos jueces de la Corte Suprema norteamericana trazan a las atribuciones del Estado frente a la libertad de expresión límites mucho más estrechos que los de la doctrina mayoritaria, pues desde una concepción bautizada como "absoluta" de las libertades garantizadas por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, entre ellas la libertad de expresión, juzgan que sólo las manifestaciones le son parte de una conducta ilícita que se está realizando pueden ser objeto de sanción (juez Blacken Konigsberg v/ State Bar of California 366 U. S. 36 pág. 64 —1960—), mientras que la apología de ningún modo ligada a la acción está protegida por la Primera Enmienda (juez Douglas en "Speiser v/ Randall", 357 U. S. 513, pág. 536/537).

Conviene también tener en cuenta los votos de ambos magistrados en el célebre caso de los papeles del Pentágono ("New York Times Co. v. United States", 403, U. S. 713, págs. 714/724).

14) Que en lo atinente al equilibrio entre la libertad de expresión y otros intereses públicos o privados es preciso evitar concepciones como las expuestas en Fallos: 282: 392 y 295: 215, criticadas en el considerando 9º y que se encuentran también en Fallos: 284: 345, consid. 13, pág. 352.

En la tarea armonizadora ha de advertirse el rango superior que en el sistema democrático constitucional que nos rige posee la libertad de expresión. Como lo ha afirmado esta Corte Suprema, citando, precisamente, al juez Douglas, "la dignidad institucional de la justicia independiente y de la prensa libre son valores preeminentes del orden democrático. Deben excluirse, por consiguiente, los procedimientos que conduzcan al sometimiento del ejercicio de ésta a la discreción judicial aunque ella sea bien intencionada e intrínsecamente sana" (Fallos: 248: 664, consid. 4º, págs. 672/673 y 293: 560, consid. 6º pág. 568).

Frente a los criterios bosquejados en el considerando 9º, que se critican, resultan válidas las objeciones del juez Black reflejadas en las expresiones del juez Douglas recogidas en el precedente citado en el párrafo anterior, y que el gran magistrado expuso en el pronunciamiento de "Konigsberg v/ State Bar of California", 366 U. S. 36, de la siguiente manera: "... La única cuestión que actualmente debemos resolver consiste en determinar si al discurso que bien encuentra su cabida en la protección de la Enmienda debe dársele completa protección, o si sólo es acreedora a ella, en la medida en que es compatible, en el pensamiento de la mayoría de esta Corte, con cualquier interés que el Gobierno pueda afirmar para justificar su restricción ..." (ps. 66/67).

15) Que, sentado lo anterior, si la protección al ámbito de intimidad no tuviera otro rango que el de un respetable interés de los particulares dotado de tutela por la legislación común, podría, entonces, llegar a asistir razón al apelante, que funda su derecho en la preeminencia de la libertad de expresión.

Ocurre, empero, que el mencionado art. 1071 bis es la consecuencia de otro derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, o sea, el derecho a la privacidad.

Tampoco la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica contiene previsiones literales sobre el derecho a la privacidad *(right of privacy),* pero ello no ha impedido que la Corte Suprema de aquel país lo considerase emergente de distintos derechos consagrados con claridad, y que importan manifestaciones del concepto más general y no escrito del derecho a la inviolabilidad de la esfera íntima.

En la célebre causa "Griswold v/ Connecticut" (381 U. S. 479) el juez Douglas, expresando la opinión de la Corte, sostuvo: "... En Pierce v/ Society Of Sisters (268 U. S. 510) se estableció el carácter vinculatorio para los Estados del derecho de educar a los propios hijos según la propia elección en virtud de la Primera y Decimocuarta Enmienda. En Meyer v. Nebraska (262 U. S. 390) se otorgó la misma dignidad al derecho de estudiar la lengua alemana en una escuela privada. En otras palabras, el Estado no puede, de modo consistente con el espíritu de la Primera Enmienda, estrechar el espectro de conocimientos adquiribles. El derecho de la libertad de palabra y prensa incluye no sólo el derecho de expresarse o de imprimir, sino también el derecho de distribuir, el derecho de recibir, el derecho de leer (Martín v/ Struthers 319 U. S.141, 143) y la libertad de investigación, la libertad de pensamiento y la libertad de enseñanza (Wieman v/ Updegraff 344 U. S. 183, 195) ... Sin esos derechos periféricos los derechos específicos se hallarían menos garantizados ... En NAACP v/ Alabama 357 U. S. 449, 462, 1958, protegimos la 'libertad de asociarse y la privacidad de la propia asociación' advirtiendo que la libertad de asociación era un derecho periférico de la Primera Enmienda ... En otras palabras la Primera Enmienda tiene una zona de penumbra en la cual la privacidad se halla protegida de la intrusión gubernamental ... El derecho de asociación ... incluye el derecho de expresar las propias actitudes o filosofías mediante la incorporación a un grupo o afiliación a él o por otros medios legales. Asociación en este contexto es una forma de expresión de opiniones y aunque no esté expresamente incluido en la Primera Enmienda es necesaria para dotar de pleno significado a las garantías expresas ...".

"Los casos mencionados sugieren que existen, en la declaración de derechos específicos, garantías que tienen una zona de penumbra, formada por emanaciones de aquellas garantías que contribuyen a darles vida y sustancia ... Varias garantías crean zonas de privacidad. El derecho de asociación es, como hemos visto, uno de los que está contenido en la penumbra de la Primera Enmienda. La Tercera Enmienda en su prohibición contra el alojamiento de soldados 'en cualquier casa' en tiempo de paz sin el consentimiento de su propietario es otra faceta de tal privacidad. La Cuarta Enmienda afirma explícitamente 'el derecho del pueblo de estar a salvo de allanamientos y de secuestros irrazonables en sus personas, casas, papeles y pertenecientes'. La Quinta Enmienda 'en la cláusula contra la autoincriminación permite al ciudadano crear una zona de privacidad que el gobierno no puede obligarla a renunciar en su perjuicio'. La Novena Enmienda establece 'la enumeración en la Constitución de determinados derechos no será entendida como denegación o disminución de otros retenidos por el pueblo'...". "La Cuarta y Quinta Enmiendas fueron descriptas en Boyd v/ United States, 116 U. S. 616 (1886) como una protección contra toda invasión gubernamental 'de la santidad de la morada de cada persona y de las privacidades de la vida'. Recientemente nos referimos en Mapp v. Ohio (367 U. S. 643, 656) a la Cuarta Enmienda como creadora de 'un derecho de privacidad, no menos importante que cualquiera de los otros derechos cuidadosa y particularmente reservados al pueblo' ...Estos casos dan testimonio de que es legítimo el derecho de privacidad cuyo reconocimiento se reclama en el caso..." (381 U. S. ps. 482/485).

Parecería ocioso reproducir estos razonamientos en nuestro derecho, si se entendiera que la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional proporciona directo y exhaustivo fundamento al derecho de privacidad.

Sin embargo, es preferible decir que aquél —valiéndose de la figura utilizada en el fragmento transcripto— se encuentra la "penumbra" del art. 19 que, en esta materia, no ahorra un proceso de inferencias al estilo del efectuado por la jurisprudencia norteamericana, pero amplía y consolida la base de esas inferencias.

16) Que, en el referido orden de ideas, debe atenderse a que si bien la jurisprudencia de la Corte ha señalado algunas pautas interpretativas del primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional, no se ha derivado aún de éste el derecho de que se trata en autos.

Respecto de esas pautas, cabe tener en cuenta que las más cercanas en el tiempo, contenidas en el pronunciamiento de Fallos: 296: 15 (consid. 4º y consid. 6º) y reiteradas en el publicado en el 302: 604, no parecen compatibles con la esencia de nuestras tradiciones republicanas.

Del considerando 4º de la sentencia de Fallos: 296: 15, reproducido de manera abreviada en la del tomo 302: 604, surge: "Que, cuando el art. 19 de la Constitución Nacional establece que las acciones privadas de los hombres están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados está claramente delimitando, así sea en forma negativa, su ámbito específico en el sentido de que aquéllas son las que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. Acciones privadas son, pues, las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y sólo a ella conciernen, sin concretarse en actos exteriores que puedan incidir en los derechos de otros o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas en que ellas se asientan y por las cuales, a su vez son protegidas aquéllas para la adecuada consecución del bien común temporal, fin último de la ley dada y aplicada por los hombres en el seno de la comunidad política".

"Las primeras pertenecen al ámbito de la moral individual y están reservadas sólo al juicio de la propia conciencia y al de Dios y escapan, por ende, a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados. Las segundas, que configuran conductas exteriores con incidencia sobre derecho ajeno y proyección comunitaria, entran en el campo de las relaciones sociales objetivas que constituyen la esfera propia de vigencia de la justicia y el derecho; estas conductas por ende, están sometidas a la reglamentación de la ley en orden al bien común y a la autoridad de los magistrados, encargados de adecuar y aplicar aquélla a los casos particulares".

"Las primeras conforman el amplio espectro de las acciones humanas 'ajurídicas', esto es, que quedan fuera de la competencia del ordenamiento jurídico; podrán estimarse buenas o malas moralmente, pero no admiten la calificación de lícitas o ilícitas según el derecho. Las segundas, caracterizadas supra, constituyen conductas jurídicas —sean conformes o disconformes a la norma legal— en tanto forman parte del complejo de relaciones humanas que cae bajo la específica competencia del orden jurídico".

O sea que el ámbito sustraído a la legislación positiva por el art. 19, primera parte, de la Constitución, sería sólo el del fuero íntimo, en cuanto no se reflejara en acciones privadas dotadas de "proyección comunitaria", con lo cual no habría límites para la autoridad en cuanto los estados mentales de las personas se tradujeren en conductas que se juzgaran dotadas de "proyección comunitaria".

Así, este baluarte de la sociedad libre que se supone es el art. 19 de la Ley Fundamental, se limitaría a consagrar la libertad interior pero negaría la exterior, separando lo que por ser entrañable, no se puede dividir sin desgarramiento.

Véase sobre el punto el dictamen del Fiscal de la Cámara Nacional en lo Federal y Contenciosoadministrativo, del 23 de octubre de 1979, "in re": "Carrizo Coito, Sergio c/ Dirección Nacional de Migraciones": "Ante todo, debería acotarse el alcance de la garantía, y para ello es principal la advertencia de que todas las 'acciones privadas' no pueden dejar de afectar de ningún modo a los terceros y, al hacerlo, queda permanentemente abierta la cierta posibilidad del perjuicio a esos mismos terceros. A continuación, cabría destacar que la expresión 'ofender al orden y a la moral pública' sólo tiene sentido si se incluye a los 'terceros', de otros modo se hallaría referida a una fantástica superposición de robinsones".

Sólo un pensamiento poco sazonado dejaría de advertir que la conciencia subjetiva también depende de los factores objetivos que forman el contexto de la personalidad, y que, además, la vieja noción de la inaccesibilidad del *forum internum* está derrotada por el avance de los medios técnicos de invasión y manipulación de la conciencia individual. En la época del "lavado de cerebro" adquieren su mayor valor los severos principios limitativos de la actividad estatal, que una lectura humanista y fiel al sentido básico de la norma halla sin esfuerzo en el art. 19 de la Constitución Nacional.

17) Que existe un precedente de la Corte Suprema, de antigua data que, si bien lleva la impronta del individualismo de su tiempo, importa una aproximación menos criticable a la norma constitucional examinada.

Se trata de la sentencia de Fallos: 150: 419, del año 1928, suscripta por los jueces Antonio Bermejo, José Figueroa Alcorta, Roberto Repetto y Ricardo Guido Lavalle.

En ese pronunciamiento esos distinguidos magistrados del tribunal dijeron: "...procede en todo caso observar que la tesis de la defensa se aparta del terreno de la legislación positiva para invadir el fuero interno de la conciencia, reservado a Dios y exento de la autoridad de los magistrados (Constitución, art. 19), sosteniendo que se puede inculcar por Ley mediante apremios pecuniarios, el culto de virtudes superiores que radican substancialmente fuera del alcance de los preceptos legales y jurídicos. 'Los deberes que impone el imperativo interior a la conciencia humana', no han podido, pues, por sí solos, constituir la base de la ley impositiva aludida... En la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que se cita por el ex procurador general, doctor Matienzo en el tomo 128, pág. 440 de los Fallos de este tribunal, el juez Miller dijo: 'Es necesario reconocer que existen derechos privados en todos los gobiernos libres, fuera del contralor del Estado. Un gobierno que no reconozca tales derechos, que mantenga las vidas, la libertad y la propiedad de los ciudadanos sujeta en todo tiempo a la absoluta disposición e ilimitada revisión aun de los más democráticos depositarios del poder, es, al fin y al cabo, nada más que un despotismo..." (págs. 431/432).

Despojadas de matices individualistas esta posición no difiere, en substancia, de la mantenida en torno al art. 19 por dos lúcidos intérpretes de la Constitución que, aunque con orientaciones políticas diferentes, representan al pensamiento tomista.

Al respecto, Arturo J. Sampay manifiesta: "...cuando el artículo 19 establece, de rechazo, que las acciones de los hombres que de algún modo ofendan al orden o a la moral pública o perjudiquen a un tercero sometidas a 'la autoridad de los magistrados', resuelve conforme a

los principios de la filosofía clásica antes enunciados, que *sólo los actos externos materia de la virtud de justicia caen bajo la potestad legislativa del Estado...".*

"...Orden es la disposición de las partes en el interior de un todo, consecuentemente, para que el orden social no sea ofendido, el legislador debe reglar la actividad externa de los sujetos enderezada *a cambiar bienes de uso humano, de modo que cada uno actúe respetando los derechos de los otros...".*

"...Si se considera que el adjetivo 'publicus', esto es 'populicus', denota la calidad de pertenecer a un 'populus', es decir, a una muchedumbre de hombres organizada en orden, resulta lógico inferir que la expresión constitucional 'moral pública' significa la parte de la moral que regla las acciones referentes al orden de la comunidad, y sabemos que la justicia es la virtud que causa y conserva ese orden, por lo que Aristóteles afirma que la justicia es cosa de la *polis* porque la justicia es el orden político...".

"... 'No perjudicar a un tercero' es la definición de acción justa dada por Aristóteles y que Ulpiano, según ya quedó advertido recogió en su definición del derecho con la tajante locución: 'alterum non laedere'...".

"...En conclusión, averiguado que el art. 19 de la Constitución Nacional fija como materia de la potestad legislativa del Estado a los actos humanos objeto de la virtud de justicia, se deduce que dicha disposición considera 'acciones privadas de los hombres' no sólo a las acciones interiores, sino también a las exteriores que no sean actos de justicia, pues en los casos que la ley manda alguna cosa de las otras virtudes lo hace siempre considerándola bajo la razón de justicia.." ("La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional", Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, págs. 37/38).

De modo análogo, pero más concreto en cuanto a los límites de la potestad estatal, se expide José Manuel Estrada: "...la doctrina que acata un derecho natural y un derecho divino, distintos del derecho positivo y superiores a la potestad social, asigna límites a la autoridad de las leyes, fuera de las cuales actúa y permanece inmune la libertad de los individuos. El primero de esos límites afecta la forma sustancial de las leyes. Las leyes deben amoldarse a los principios supremos de justicia, de moral y de caridad que no nacen de convenciones, no son de humana invención. El segundo límite se relaciona con su papel y determina sus funciones. La ley debe coartar todas las libertades para garantir todos los derechos, reprimiendo los actos que agravien el de tercera persona; los que subvirtiendo el orden, comprometen la existencia y la marcha pública, esto es, *contra aquellos principios de moral que tienen conexión inmediata con la existencia de la sociedad..."* (op. et vol. cit., págs 122/123).

Estas últimas palabras del gran tribuno son traducción del pasaje de Santo Tomás de Aquino que está al pie de página y que dice: *"...Non potest humana lex ...omnia vitia cohibere, sed graviora tantum sine quorum prohibitione societas humana conservari non posset..."* (Suma Teológica, 2ª parte, 1ª secc., QU. XCVI, art. II).

Desde luego, el problema consiste en determinar según qué criterios deben calificarse las acciones que ponen en peligro la existencia de la sociedad.

18) Que, en este punto, resulta oportuno reflexionar sobre la exactitud de la vinculación que el juez Harlan, en su voto concurrente en el citado caso "Griswold v/ Connecticut" (381 U. S. 479), establece entre el derecho de privacidad y el debido proceso legal sustantivo, remi-

tiéndose, para ello, a los fundamentos de su disidencia en el caso "Poc v/ Ullman" (367 U. S. 497, 522/555).

Antes de examinar esta opinión, conviene tener presente que la garantía de la Enmienda 14 de la constitución de los Estados Unidos, que respecto de nuestro propio derecho constitucional ha sido calificada como "garantía innominada del debido proceso", no es ajena, en modo alguno, a la Ley Fundamental argentina, pues el art. 18 de ésta en cuanto consagra la defensa en juicio de la persona y de los derechos, entronca con el cap. 39 de la Carta Magna de 1215, de la cual deriva la Enmienda 14; el eco de aquel capítulo se percibe también en nuestro art. 29, mientras que el art. 33, en lo que añade a la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos, señala indiscutidos rasgos del debido proceso legal sustantivo en el aludido país (como antecedente del art. 18 obsérvese que, con lenguaje paralelo al de la Carta Magna, al art. 1º del decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811 consigna que "ningún ciudadano puede ser penado ni expatriado sin que preceda *forma de proceso y sentencia legal...";* ver sobre el desarrollo anglosajón, Corwin*, "The Higher Law, Background of American Constitucional Law"*, Harvard Law Review, vol. 42, 1928-1929, págs. 171/185 y 365/380).

Cabe también advertir que la garantía del debido proceso legal es innominada, no en el aspecto adjetivo —explicitado en el art. 18 de la Constitución— sino en el sustantivo, que a su vez, ofrece dos distintas vertientes.

La primera que, por lo común, no ha sido analizada en la doctrina argentina (con la conocida excepción de la obra de Juan Francisco Linares: "El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina"), es la del debido proceso como fuente de limitaciones de carácter general al poder del estado en aspectos definidos de la vida de los ciudadanos, o sea, de derechos que tienen rango fundamental aunque no se encuentren especificados en la Constitución.

Tal es el sentido del pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el célebre caso "Palko v/ Connecticut" (302 U. S. 319 —1937—) redactado por el juez Cardozo. De acuerdo con su dictum, existen derechos básicos que pertenecen a la "verdadera esencia de un esquema de ordenada libertad" y que están por lo tanto implícitos en el concepto de ésta; los califica como "principios fundamentales de libertad y justicia que se encuentran en la base de todas nuestras instituciones civiles y políticas" y que "están de tal modo arraigados en las tradiciones y conciencia de nuestro pueblo que pueden ser conceptuados como fundamentales" (pág. 325).

La transición entre este primer aspecto del debido proceso sustantivo y el segundo —que se ha venido desarrollando en la jurisprudencia del tribunal y que consiste en la exigencia del control concreto de razonabilidad de las limitaciones impuestas a la libertad— se halla puntualmente enunciada en los votos del juez Harlan emitidos en los ya citados casos "Griswold v/ Connecticut" y "Poe v/ Ullman".

En el primero de ellos se asevera: "...Un correcto análisis constitucional en este caso lleva a determinar si la ley de Connecticut infringe valores básicos 'implícitos en el concepto de ordenada libertad' (Palko v. Connecticut). Por razones que he expresado con amplitud en mi disidencia de Poe v. Ullman mi respuesta es afirmativa. Si bien es cierto que el análisis puede ser enriquecido por el recurso a una o más normas de la declaración de derechos o a alguna

de sus indicaciones, la cláusula del debido proceso se sustenta, en mi opinión, sobre su propia base..." (381, U. S. 479, pág. 500).

En el caso "Poe v/ Ullman" sostiene el juez Harlan que "... la enumeración de derechos en particular efectuado en las ocho primeras Enmiendas no agota el alcance del debido proceso de la Enmienda 14, sino que más bien... le dan un contenido aquellos conceptos que se consideran comprensivos de aquellos derechos que son fundamentales; 'que pertenecen a los ciudadanos de todos los gobiernos libres...' para... 'cuya protección los hombres entran en sociedad'. El debido proceso no puede ser reducido a ninguna fórmula; su contenido no puede ser determinado con referencia a código alguno".

"Lo mejor que puede decirse es que 'a través del debido proceso' la serie de decisiones de esta Corte ha representado el equilibrio establecido por nuestra Nación entre esa libertad y las exigencias de la sociedad organizada, fundada sobre el postulado de respeto por la libertad del individuo. Si la provisión de un contenido para esta concepto constitucional tuvo necesariamente que venir de un proceso racional, éste, ciertamente, no ha dejado libres a los jueces para vagar por donde pudiera conducirlos la especulación sin guía. El equilibrio del cual hablo es el resultado extraído por este país, considerando que lo que la historia enseña son tanto las tradiciones desde las cuales ella se ha desarrollado como a aquéllas de las que ella se ha apartado. Esa tradición es una realidad viviente. Una decisión de esta Corte que se apartase radicalmente de ella no podría sobrevivir por mucho tiempo, mientras una decisión que construya sobre lo que ha sobrevivido es probablemente correcta".

"En este ámbito, ninguna fórmula puede sustituir al juicio y a la prudencia".

"Desde esta perspectiva, la Corte ha ido percibiendo continuamente distinciones en el carácter imperativo de las previsiones constitucionales, ya que tal carácter debe discernirse por medio del contexto más amplio en el cual se encuentra una norma particular. Y en tanto este contexto no es verbal sino de historia y finalidades, el pleno objetivo de la libertad que garantir la cláusula del debido proceso no puede ser hallado o limitado por los términos precisos de las garantías específicas previstas en otras partes de la Constitución".

"Esta libertad no es una serie de puntos aisladamente insertos, en términos de respeto a la propiedad; a la libertad de palabra, prensa y religión; al derecho de poseer y portar armas; a la libertad contra pesquisas y secuestros irrazonables; etc. Es un continuo racional que, hablando con amplitud, incluye la libertad respecto de toda imposición arbitraria o restricción sin sentido... y que también reconoce... que ciertos intereses requieren un escrutinio particularmente cuidadoso de las necesidades del Estado que se alegan para justificar su restricción..." (367 U. S. 497, págs. 541/543).

19) Que, cuando nuestra propia Constitución preceptúa que "es inviolable la defensa en juicio de la persona o de los derechos" (art. 18), proscribe las facultades extraordinarias "por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna" (art. 29), y aclara que los derechos enumerados no pueden entenderse negación de los no enumerados "pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" (art. 33), esboza el esquema de ordenada libertad del que hablaba Cardozo. Dicho esquema está integrado por derechos fundamentales que pertenecen a los ciudadanos de todos los gobiernos libres, según las manifestaciones de Harlan, y —utilizando sus brillantes definiciones— genera el "continuo racional" en cuya vasta trama se entrelazan

los derechos explícitos y los implícitos, y se incluye a la libertad enfrentándola a toda imposición arbitraria o restricción sin sentido, pues el art. 28 de nuestra Ley Fundamental ha sido interpretado por el tribunal en el sentido de que impide al legislador "obrar caprichosamente de modo de destruir lo mismo que ha querido amparar y sostener" (Fallos: 117: 432 y 436).

Con ayuda de las categorías así compuestas se puede avanzar en la búsqueda de una mayor precisión en los límites de la potestad estatal frente a las acciones privadas.

Obsérvese, ante todo, que el art. 19 de la Constitución integra el esquema de "la ordenada libertad" que ella proclama y sostiene.

Así lo intuyó Rodolfo Rivarola, al decir: "...Estas libertades, las políticas y las civiles, no se llaman así en la Constitución. la palabra libertad se encuentra en ella solamente en el Preámbulo, como uno de los objetos de la Constitución: *asegurar los beneficios de la libertad*. Luego reaparece el concepto en el art. 14, *profesar libremente su culto; los esclavos quedan libres,* etc. (art. 15) y se repite en el art. 20 para los extranjeros*: ejercer libremente su culto*. En el art. 19, sin mencionar la palabra, está implícito el concepto con mayor energía: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.* La reserva o invocación a Dios, no disminuirá, para los no creyentes, la energía de esta declaración, porque aún suprimida, se leerá siempre que aquellas acciones están exentas de la autoridad de los magistrados. Su complemento o corolario es que *nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe*" ("La Constitución Argentina y sus Principios de Etica Política", Rosario, 1944, págs. 127/128).

Ahora bien, el art. 19 no es sino una versión —peculiarmente argentina, pues se debe a la pluma del primer Rector de la Universidad de Buenos Aires, del Presbitero Antonio Sáenz (v. Sampay, op. cit., págs. 12 y sigtes.)— del art. 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Versión que presenta una notoria pátina escolástica debida al pensamiento de su autor.

La base de tal norma es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de mérito se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan.

Esta idea, *caput et fundamentum* de la democracia constitucional, es el fruto sazonado de la evolución del cristianismo, ha sido solemnemente proclamado por el Concilio Vaticano II con las siguientes palabras: "...la verdadera *dignidad del hombre* requiere, que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido y guiado por una convicción personal e interna, y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior..." (Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, Parte L, Capítulo 1, Nº 17, Colección de Encíclicas y Documentos Pontificios, 7º Edición, Tomo II, Madrid, 1967).

Dicha convicción convoca a las esencias del personalismo cristiano y del judío, y a las de las otras concepciones humanistas y respetuosas de la libertad con vigencia entre nosotros.

En el siglo pasado, Cooley acuñó la expresión —que se ha tornado clásica con referencia al derecho de privacidad— según la cual él es el "derecho a ser dejado a solas"

y, sin duda, la incolumidad del principio de determinación autónoma de la conciencia requiere que la persona sea dejada a solas por el estado —no por la religión ni por la filosofía— cuando toma las decisiones relacionadas con las dimensiones fundamentales de la vida.

La intromisión estatal con repercusión en dichas dimensiones sólo podrá justificarse sobre la base de ponderadísimos juicios que sean capaces de demostrar, a la luz de la clase de test histórico-cultural propuesto en el voto transcripto del juez Harlan, que las restricciones conciernen a la subsistencia de la propia sociedad, como lo exigía nuestro Estrada.

Pero el derecho a la autodeterminación de la conciencia requiere la protección integral del ámbito privado también en el sentido material, para que aquel alto propósito espiritual no se frustre.

Así lo indica el voto del juez Brandeis en el caso Olmstead v/ United States (277 U. S. 438, págs. 478/479): "...La protección garantizada por la Enmienda (la cuarta) tiene un alcance más amplio. Los creadores de nuestra Constitución intentaron asegurar, condiciones favorables para la búsqueda de la felicidad. Ellos reconocieron el significado de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto. Ellos sabían que sólo una parte del dolor, del placer y de las satisfacciones de la vida pueden hallarse en las cosas materiales. Ellos procuraron proteger a los americanos en sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sus sensaciones. Ellos confirieron, frente al gobierno el derecho de ser dejado a solas —el más amplio de los derechos y el derecho más valioso para los hombres civilizados—. Para proteger ese derecho, toda intrusión injustificable por parte del gobierno a la privacidad del individuo, cualesquiera sean los medios empleados, debe juzgarse violatoria de la Cuarta Enmienda y el uso como prueba en un procedimiento criminal de hechos evidenciados por tal intrusión debe considerarse violatorio de la Quinta...".

La protección material del ámbito de privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el estado de derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias.

Ilustran el tema los pensamientos de Thomas I. Emerson en "*The System of Freedom of Expression*" Random House, New York, 1970, págs. 544/547.

Este autor, luego de referirse a la trascripta opinión del juez Brandeis, señala que "...El Profesor Bloustein mantiene una visión similarmente amplia de la privacidad que envuelve el 'interés en preservar la dignidad e individualidad humanas' y como una protección necesaria contra conductas que 'podrían destruir la dignidad e integridad individual y enervar la libertad e independencia del individuo'. Del mismo modo el profesor Kovitz escribe sobre la privacidad: "Su esencia es la pretensión de que existe una esfera del espacio que no está destinada al uso o control públicos. Es un género de espacio que no está destinado al uso o control públicos. Es un género de espacio que un hombre puede llevar consigo, a su cuarto o a la calle. Aun cuando sea visible, es parte del interior del hombre, es parte de su 'propiedad' como diría Locke, la clase de 'propiedad' a cuyo respecto su poseedor no ha delegado poder alguno en el Estado".

Más adelante transcribe Emerson la definición dada por el informe de la Oficina de Ciencia y Tecnología denominado "Privacidad e Investigación de la Conducta": "El derecho de pri-

vacidad es el derecho del individuo para decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal".

Después agrega Emerson: "...En suma, el derecho de privacidad establece un área excluida de la vida colectiva, no gobernada por las reglas de la convivencia social. El se basa sobre premisas de individualismo, consistentes en que la sociedad existe para promover el valor y la dignidad del individuo. Es contrario a las teorías de la total entrega al estado, a la sociedad o a una parte de ella".

"En orden a mantener esta custodia de la privacidad es necesario que exista cierto grado de protección para el individuo contra la intrusión física en esa zona, contra la vigilancia desde afuera, contra la no deseada comunicación a otros de lo que ocurre en el interior. Debe haber alguna restricción de las conductas provenientes del exterior que puedan destruir la identidad, la individualidad o la autonomía...".

Es bueno reproducir, por último, la siguiente observación del nombrado autor: "...El mantenimiento de la privacidad se enfrenta a dificultades crecientes a medida que nuestro país se vuelve más populoso, nuestra sociedad más técnica, nuestro modo de vivir más intenso. No hay que asombrarse de que hayan aumentado las presiones para el desenvolvimiento de las reglas legales tendientes a formular con mayor precisión, y hacer observar con mayor eficacia, el derecho de privacidad...".

20) Que las razones precedentes, relacionadas de modo directo y concreto con la cuestión debatida en la especie, indican que, ni en el derecho constitucional norteamericano ni en el nuestro bastan, para la protección adecuada del ámbito de la privacidad las garantías de libertad de conciencia, de expresión, de la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados de no ser obligado a declarar contra sí mismo (arts. 14 y 18), de la inmunidad contra el alojamiento forzado de tropas (art. 17, *in fine*), que la Ley Fundamental consagra.

Pero el derecho a la autodeterminación de la conciencia requiere la protección integral del ámbito privado también en el sentido material, para que aquel alto propósito espiritual no se frustre.

Más allá de ellas, como parte integrante del esquema de "libertad ordenada" que da forma a la estructura interna, a la médula y los huesos de la Constitución, y sostiene todos sus elementos, se halla el derecho genérico al aseguramiento —incluso en lo material— de una área de exclusión sólo reservada a cada persona y sólo penetrable por su libre voluntad. Tal exclusión no sólo se impone como un límite al poder estatal, sino también a la acción de los particulares, especialmente cuando éstos integran grupos que, en el presente grado de desarrollo de los medios de comunicación, se han convertido en factores que ejercen un poder social considerable, ante los cuales no cabe dejar inermes a los individuos. El reconocimiento constitucional del derecho a la privacidad está, además, corroborado por el vigente Pacto de San José de Costa Rica, cuyo art. 11, incs. 2 y 3, prescribe que: "2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

"3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

21) Que la pretensión de la demandada, en el sentido de que el interés general en la información concerniente a un hombre público prominente justifica la invasión de su esfera de intimidad, resulta a la luz de las consideraciones efectuadas un exceso de liberalismo desagradable.

Si bien es de notar, aunque no lo señale el apelante, que el criterio de valor o relevancia de la información ha sido empleado por la Corte Suprema de los Estados Unidos como parámetro delimitativo entre el derecho de privacidad y la libertad de información (Time v/ Hill, 385 U. S. 374 —1967—), tal precedente contempla la situación de particulares involucrados aun contra su voluntad en episodios del dominio público; y, en todo caso, la doctrina que puede extraerse del complejo pronunciamiento citado consiste en que la libertad de información no puede acotarse con base en el derecho de privacidad cuando los hechos son, desde su inicio, del dominio público (v. el comentario de Emerson al caso recién aludido, op. cit. págs. 551 a 557).

Este autor, después de examinar un caso de especiales características en el que los tribunales federales inferiores otorgaron tutela contra la invasión al derecho constitucional de privacidad (más tarde la Corte Suprema denegó el *certiorar*i intentado), expresa que la publicidad de descripciones o fotografías de detalles personales e íntimos de la vida privada recibirían igual protección constitucional (op. cit., p. 557).

Las personas célebres, los hombres públicos tienen, por lo tanto, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada. Según lo juzga acertadamente el a quo, el interés público existente en la información sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín en su última enfermedad no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió al publicarse revelaciones "tan íntimas y tan inexcusables en vista a la posición de la víctima como para ultrajar las nociones de decencia de la comunidad" (Emerson, op. cit. págs. 552/553).

En efecto, la innoble brutalidad de la fotografía origen de este pleito conspira contra la responsabilidad, la corrección, el decoro, y otras estimables posibilidades de la labor informativa, y la libertad que se ha tomado la demandada para publicarla ha excedido la que defiende, que no es la que la constitución protege y la que los jueces estamos obligados a hacer respetar.

22) Que, a mérito de todo lo expuesto, cabe concluir que el lugar eminente que sin duda tiene en el régimen republicano la libertad de expresión —comprensiva de la información— obliga a particular cautela en cuanto se trate de deducir responsabilidades por su ejercicio.

Empero, ello no autoriza al desconocimiento del derecho de privacidad integrante también del esquema de la ordenada libertad prometida por la Constitución mediante acciones que invadan el reducto individual, máxime cuando ello ocurre de manera incompatible con elementales sentimientos de decencia y decoro.

23) Que, antes de concluir, sólo queda por declarar que no existe óbice constitucional, sustentable en el art. 32 de la Constitución Nacional, a que la legislación común dictada por el Congreso en virtud de las atribuciones conferidas por el art. 67, inc. 11 de aquélla, sea penal o, como en la especie, civil, alcance a hechos ilícitos realizados por medio de la prensa, siempre que se respete la reserva a favor de las jurisdicciones locales formulada en el mencionado art. 67, inc. 11 y en el 100 de la Carta Magna (doctrina de Fallos: 1: 297; 8: 195 y 278: 62).

Por ello, y de acuerdo con lo dictaminado en sentido concordante por el Procurador General, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de recurso. Con costas. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Libertad de prensa - Censura previa - Intimidad - Menores.

S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias. 03/04/2001 - Fallos: 324:975.

✎ ***Antecedentes:***

En un juicio de filiación, la juez de primera instancia, a pedido de parte, decidió "hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, bajo apercibimiento de multa y desobediencia".

La Cámara limitó la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecida en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados.

Contra este pronunciamiento la agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN) dedujo recurso extraordinario que fue concedido.

La Corte Suprema —por mayoría— declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia.

El juez Belluscio, en disidencia, confirmó la sentencia sosteniendo que la prohibición de censura previa es absoluta en la Constitución Nacional.

El juez Petracchi, también en disidencia dijo que de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos puede sintetizarse la categórica prohibición de la censura previa —que alcanza también a los órganos judiciales— y admisión de las responsabilidades.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Libertad de prensa - Art. 14 de la Constitución Nacional (Voto de los jueces Nazareno y Bossert: Considerando 6º; Voto de los jueces Moliné O'Connor y López: Considerando 6º; Voto del juez Fayt: Considerando 4º; Disidencia del juez Belluscio: Considerando 5º; Disidencia del juez Petracchi: Considerandos 19 y 20).

b) Libertad de expresión - Constitucion Nacional - Finalidad (Voto de los jueces Nazareno y Bossert: Considerando 7º; Voto de los jueces Moliné O'Connor y López: Considerandos 7º y 9º; Voto del juez Fayt: Considerando 5º).

c) Medios de comunicación - Censura previa (Voto de los jueces Moliné O'Connor y López Considerando 9º; Voto de los jueces Boggiano y Vázquez: Considerando 6º; Voto de los jueces Boggiano y Vázquez: Considerandos 9º, 10 y 34; Voto del juez Fayt: Considerandos 5º, 11; Disidencia del juez Belluscio: Considerandos 6º, 7º y 9º y Disidencia del juez Petracchi: Considerandos: 8º 13, 14, 16 y 17).

d) Derechos del niño - Libertad del prensa - Tutela judicial (Voto de los jueces Nazareno y Bossert: Considerandos 8º a 10 y 13; Voto de los jueces Moliné O'Connor y López: Considerandos 17 y 18; Voto de los jueces Boggiano y Vázquez: Considerandos 9º, 20, 22, 23, 25, 27, 31 y 33; Voto del juez Fayt: Considerandos 12, 13, 17 y 18; Disidencia del juez Belluscio: Considerandos 9º y 10; Disidencia del juez Petracchi: Considerandos 16 y 17).

e) Derecho a la libertad de expresión - Derecho a la intimidad (Voto de los jueces Nazareno y Bossert: Considerando 14; Voto de los jueces Moliné O'Connor y López: Considerandos 23 a 26; Voto de los jueces Boggiano y Vázquez: Considerandos 31, 33 y 35; Voto del juez Fayt: Considerandos 13, 17 y 18).

🕮 ***Estándar aplicado por la Corte:***

- La prohibición de censura previa contenida en el art. 14 de la Constitución y art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no constituye un principio de alcances absolutos, y reconoce excepciones en aquellos casos en que los jueces disponen medidas restrictivas o impeditivas con el fin de prevenir una lesión a otros bienes jurídicos, como es el derecho de intimidad de un menor —cuyo interés superior merece atención primordial— (14).

- La publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de un menor que en un juicio civil reclama el reconocimiento de su filiación representaría una indebida intromisión en su esfera de intimidad, por lo que el modo de armonizar el derecho a la libertad de expresión y el derecho de intimidad es evitando que a través de la publicación de cualquier dato que pueda conducir a su identificación, pueda provocársele un daño irreparable.

---

(14) **Nota de Secretaría:** Respecto los derechos de los menores, ver "**Menem Carlos S c/ Editorial Perfil S.A y otros" (Fallos: 324:2895)**. En la causa **"R., S. J. c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otra" (Fallos: 326:4165),** relativa a un reclamo por indemnización del daño moral ocasionado por la difusión de una noticia sobre la violación de la actora cuando era menor de edad, la Corte dejó sin efecto por arbitraria la sentencia que lo había acogido, en virtud de falencias en el análisis del material probatorio. La mayoría del Tribunal señaló que si los jueces de la causa deben ser estrictamente respetuosos en todos los casos de fundar debidamente sus sentencias, esta obligación se intensifica cuando los temas que deciden a través de sus fallos están impregnados de una mayor implicancia, como es el ejercicio de la libertad de expresión. El Juez Vazquez, en disidencia, hizo lugar a la responsabilidad del medio, sosteniendo que si el diario hizo caso omiso de la advertencia formulada por una funcionaria del tribunal oral, —de que debía abstenerse de dar a conocer los datos filiatorios de la víctima por tratarse de una menor de edad— ello denotaba el carácter arbitrario de la intromisión y excluía la causal de justificación en virtud del legítimo ejercicio del derecho de informar-. Ver, asimismo**, "Perelmuter, Isaac Gabriel y otro c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A." (Fallos: 326:4638) y "Keylián, Luis Alberto y otro c/ Santillán, María Laura y otros s/ sumario" (Fallos: 327:3536)** —en la que el Tribunal rechazó los agravios fundados en la invocada autorización tácita del interesado para la reproducción de las fotografías, y en el hecho de que fueran agregadas a la causa por el padre del menor como prueba de la relación familiar, pues no existían elementos que hagan presumir la autorización del padre para darlas a publicidad-. En la causa "**Sciammaro, Liliana E. c/Diario "El Sol" s/daños y perjuicios." (Fallos: 330:3685),** la Corte señaló que los lineamientos de la doctrina "Campillay" no eran de aplicación cuando media una prohibición legal de difusión respecto de la noticia propalada por el medio, como cuando la finalidad tuitiva del legislador fue evitar la publicidad de ciertos hechos, en cuanto conciernen a la persona del menor.

- La libertad de expresión es un derecho inherente a todos los habitantes, y consiste en asegurarles la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones de interés social que suceden en la república, sin que la notoriedad del presunto padre en un juicio de filiación justifique el agravio constitucional a la intimidad de un menor.

Texto del Fallo:

Dictamen del señor Procurador Fiscal:

Suprema Corte:

-I-

El Juez de Primera Instancia, a pedido del señor Asesor de Menores y de la parte actora, e invocando principios de protección a los derechos a la intimidad y a la identidad de la menor, garantizados —según expresó — por los incisos 1 y 3 del artículo 12 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño, especialmente por sus artículos 8 y 16 y por el artículo 1071 bis del Código Civil, dispuso hacer saber a los medios de prensa en general, que debían abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucrara a la menor de autos, bajo apercibimiento de multa y desobediencia (v. fs. 3 y vta.).

Contra esta resolución, "Diarios y Noticias Sociedad Anónima (DYN)", interpuso recurso de apelación (v. fs. 83/83) el que fue concedido a fs. 83 vta.

-II-

El tribunal a quo, a fs. 159/164, modificó la resolución del inferior, ciñendo la prohibición a que se difundiera cualquier noticia vinculada a la filiación de la menor, sin perjuicio de la publicidad que, eventualmente, pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el artículo 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, respecto al nombre de las partes o de terceros afectados.

En su pronunciamiento, sintetizó las críticas del recurrente en dos argumentos centrales: por un lado, que la resolución impugnada implicaba la violación de la garantía constitucional de prohibición de la censura previa, y por otro, que impedía la publicidad de los actos del Poder Judicial, sujetos a las mismas reglas que gobiernan los actos de los demás poderes de la república.

A fin de tratar ambos agravios, indicó la necesidad de precisar algunas pautas para resolver un conflicto entre valores que gozan de igual garantía y protección, y que pueden encontrarse en pugna.

Señaló que el Tribunal ha sostenido que las garantías constitucionales no son absolutas y que el ejercicio del derecho de informar, no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales.

Para encontrar una solución que permita convivir armónicamente a las libertades fundamentales —dijo—, no puede prescindirse de la naturaleza de la cuestión generadora del conflicto, y en función de ella debe decidirse la procedencia de dar a publicidad los actos judiciales, pues resultaría incongruente y contrario al ordenamiento jurídico, que los aspectos de la personalidad comprendidos en la esfera secreta de los individuos, que permiten rechazar intromisiones injustificadas de terceros, cambien su naturaleza cuando constituyan la base de una cuestión sometida al conocimiento de los magistrados, transformándose —por ese motivo— en objeto obligatorio de divulgación.

En ese orden, puntualizó que, tratándose de la publicidad de los actos del Poder Judicial, el Reglamento para la Justicia Nacional, tras otorgar cierto carácter público a los expedientes judiciales (arts. 63 a 66), establece excepciones a la regla cuando prohíbe revisar, entre otros, los juicios referentes a distintas cuestiones de familia, incluyendo la filiación.

Refirió luego, que, en materia penal, la Ley 20.056, prohíbe en todo el país la publicación de episodios relacionados con menores de 18 años de edad que estén incursos en delitos y contravenciones, poniendo de resalto el fin tuitivo de la misma, al impedir que el conocimiento de ciertos hechos pueda derivar en el agravamiento del daño que el menor ha sufrido. Destacó la significación orientadora de esta norma, desde que, si el legislador ha protegido a los menores aún en el caso en que la sociedad podría estar interesada en conocer detalles sobre la comisión de delitos, con mayor razón debe reconocerse la reserva cuando está en discusión el emplazamiento del menor en un determinado estado de familia, cuyo resultado es todavía incierto y su contenido forma parte de la esfera reservada del individuo.

Agregó que esta conclusión se ve reforzada por las pautas delineadas por los artículos 3º y 16 de la Convención de los Derechos del Niño, que garantizan la protección a la vida privada de los menores contra injerencias arbitrarias o ilegales, y establece, como medida corroboradora, que los actos emanados de cualquiera de los tres poderes del Estado, deben atender a sus intereses primordiales.

En tales condiciones —dijo—, cuando —como en el caso— están en aparente conflicto el derecho de intimidad de un menor, y el de expresión, la jerarquía de los valores en colisión, hace necesario evitar preventivamente la producción de daños a aquéllos, por ser personas que carecen de discernimiento para disponer de aspectos íntimos de su personalidad, como el que había comenzado a difundirse por algunos medios de prensa.

Continuó manifestando que la prevención, como mecanismo para neutralizar perjuicios no causados, es una efectiva preocupación y anhelo de los juristas, y que este derecho, asegurado en la Constitución como garantía implícita, constituye un mandato para la magistratura, cuya función preventiva de daños, resulta tanto o más importante que la de reparar los perjuicios. Destacó la especial importancia de este postulado, cuando se trata de derechos personalísimos, teniendo presente la índole del bien jurídico protegido y el carácter relativo y generalmente insuficiente de cualquier ulterior reparación del menoscabo, concluyendo que resulta procedente la protección preventiva del derecho al honor y a la intimidad, mediante la adopción de medidas adecuadas, destinadas a debilitar o neutralizar el agravio mismo.

Expuso seguidamente, que el conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de prensa, lleva a examinar ineludiblemente cada caso en particular, dada la imposibilidad de establecer parámetros predeterminados y la variación de la esfera secreta de cada individuo, entre otras cosas, según el mayor o menor grado de exposición pública de los involucrados. Añadió que si aun las personas públicas tienen derecho a exigir que ciertos aspectos de su vida pri-

vada, no sean difundidos sin su autorización, tal consentimiento, de ninguna manera puede obviamente presumirse cuando debe provenir de personas que no han alcanzado la edad a partir de la cual la ley reconoce la existencia de discernimiento (art. 921 del Código Civil) y que por tal situación los incapaces merecen una tutela preventiva mayor que los adultos.

Señaló luego, que la preocupación por preservar la intimidad, no es exclusiva de nuestro ordenamiento positivo, y comentó las normas que al respecto rigen en España y en Francia, destacando las medidas cautelares que contemplan estas legislaciones para impedir o hacer cesar una lesión a la intimidad.

Indicó finalmente, que aun cuando la medida dispuesta por el inferior encuentra su fundamento en las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño y en el Reglamento para la Justicia Nacional, resultando desde ese punto de vista inobjetable, había excedido, sin embargo, los límites que cabe reconocer a la tutela preventiva (art. 163 del Código Procesal), porque no se trata de prohibir lisa y llanamente toda noticia que involucre a la menor de autos, ni de omitir límites temporales, sino sólo de evitar la difusión de información vinculada estrictamente con la materia que se debate en la causa, y hasta tanto se dicte sentencia. Circunscripta así la cuestión —dijo—, surge la sinrazón de las quejas, pues no se trata de cercenar el derecho de expresión, sino de postergarlo hasta que pueda dilucidarse el estado de familia de la menor involucrada, con la certidumbre que otorga la cosa juzgada.

-III-

Contra este pronunciamiento, "Diarios y Noticias S.A.", dedujo el recurso extraordinario agregado a fs. 172/194, que fue concedido a fs. 215.

La recurrente sostiene la procedencia de la vía extraordinaria, sobre la base de que en autos se cumplen los recaudos previstos por el artículo 14, incisos 1º y 3º, y artículo 15 de la Ley 48, ya que la decisión del a-quo fue contraria a sus pretensiones fundadas en los artículos 14, 32 y concordantes de la Constitución Nacional, y en el artículo 13, inciso 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantizan el ejercicio de la libertad de expresión, en general, y de la libertad de prensa en particular, negando la supremacía que consagra el artículo 31 de la Ley Fundamental, y superando los límites de su artículo 28, sobre la base de la proyección acordada a una normativa reglamentaria que, además de haber sido derogada, desnaturaliza dicha libertad.

Invoca asimismo, gravedad institucional, afirmando que el caso guarda estrecha relación con la forma republicana de gobierno, pues uno de los aspectos sujetos a discusión reside en determinar si el Poder Judicial puede tipificar figuras penales, censurar publicaciones y apartarse de las cláusulas del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese orden, alega que el Poder Judicial puede impartir una orden a sus integrantes vedando la publicidad de algunos contenidos de un proceso judicial, pero que si un tercero accede a tales contenidos, la difusión de los mismos por la prensa no puede ser vedada.

Tras efectuar una distinción entre garantías y derechos constitucionales, enfatiza que la prohibición de la censura previa es una garantía absoluta, consagrada por el artículo 14 de la Constitución Nacional, cuya referencia a las ideas abarca toda manifestación del pensamiento humano, y por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Añade que el ejercicio de la libertad de expresión, cuando vulnera arbitrariamente otras libertades constitucionales, sólo puede acarrear responsabilidades ulteriores, fijadas expresamente por la ley.

Puntualiza que ninguna de las normas citadas por el a-quo, autorizan la censura previa, ni siquiera en forma preventiva. Que los artículos 63 a 66 del Reglamento para la Justicia Nacional, sólo establecen obligaciones y deberes relacionados con el acceso a expedientes judiciales, pero que no facultan a prohibir la difusión de los datos contenidos en ellos, sin perjuicio de las sanciones al empleado, funcionario o magistrado que posibilite el acceso al expediente. Igual situación se presenta con el artículo 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que regula la facultad del juez para dar a publicidad los actos judiciales, pero que no prohíbe a terceros efectuar esa publicidad.

Asevera que la Cámara, tras aceptar la igualdad de derechos, otorgó preferencia al derecho de intimidad de los menores y que el recurrente no sostiene que el derecho de prensa sea más importante que el derecho a la intimidad o viceversa, sino que afirma la inviabilidad de la censura previa traducida en una prohibición de publicar, y sancionar su incumplimiento con multas y penas del Código criminal.

Afirma que el derecho a la intimidad tampoco es absoluto, pues la tutela legal sólo comprende aquellos aspectos de la vida íntima carentes de relevancia e interés social, y que su manifestación se diluye cuando su titular decide someterlo a la consideración pública mediante la promoción de un proceso judicial, a lo que añade que si la causa involucra a una personalidad pública, vastamente conocida, no se puede negar el derecho a ejercer la libertad de expresión sobre el particular, ya que el público, puede estar legítimamente interesado en conocer aspectos de su vida, que han superado los límites de la intimidad al proyectarse a un proceso judicial.

También sostiene el quejoso que la sentencia es arbitraria, en cuanto invoca las disposiciones de la Ley 20.056, que —a su criterio— ha sido derogada por la Ley 20.509, y porque, además, contiene afirmaciones contradictorias, dogmáticas y carentes de fundamentación normativa. Agrega que, si se entendiera que aquella ley está vigente, deja planteada su inconstitucionalidad, por cuanto establece un acto ilícito cuya comisión sólo es viable mediante el ejercicio de la libertad de prensa, lo que le priva de validez desde que vulnera el artículo 32 de la Constitución Nacional que prohíbe los delitos, contravenciones y actos civiles ilícitos de la prensa y el artículo 14 al imponer la censura mediante el decomiso de diarios y periódicos.

Argumenta que los artículos 3 y 16 de la Convención sobre Derechos del Niño, citados por el a quo en apoyo a los fundamentos de la sentencia recurrida, no autorizan la censura previa, y que una interpretación sistemática de esta Convención, junto al Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 14 de la Constitución Nacional, lleva a la conclusión de que no es viable la censura previa por estar expresamente prohibida por la Ley Fundamental y la Convención Americana de Derechos Humanos, y por no estar prevista en la Convención sobre Derechos del Niño.

Aduce que tampoco son válidas las referencias del fallo recurrido a la legislación española y francesa, pues existen diferencias con el derecho constitucional argentino que no tiene su fuente en el derecho europeo, sino en el derecho constitucional legislado en los Estados Unidos.

Finalmente, sostiene que la sentencia se aparta de la jurisprudencia que, en materia de censura, aplica la Corte Suprema de Justicia, al haber citado parcialmente algunos precedentes, soslayando numerosos fallos en los cuales —a su ver— se fulmina de inconstitucional a todo acto de censura.

-IV-

A mi modo de ver, un examen estricto de los términos del recurso, lleva a concluir que no cumple con el requisito de fundamentación autónoma que exige el artículo 15 de la ley 48, toda vez que carece de una enunciación clara y precisa de los hechos de la causa, que permita vincularlos con las cuestiones de naturaleza federal que se intenta someter a conocimiento de la Corte, y tampoco se hace cargo de argumentos conducentes en que se apoya el pronunciamiento recurrido, desde que no los rebate mediante una crítica prolija, como es exigible en la teoría recursiva, máxime en virtud de la excepcionalidad del medio que se intenta.

En efecto, el quejoso omite relatar los hechos que originaron el conflicto, soslayando toda referencia a los planteos concretos de los representantes de la menor (el necesario y el promiscuo) que concluyeron con la decisión impugnada; así como tampoco se ocupa de refutar puntualmente las consideraciones del a quo. Reiterando la mayoría de los asertos vertidos en su escrito de apelación, centra sus argumentos en aseverar que la prohibición de la censura previa es una garantía absoluta, y que la libertad de expresión, cuando vulnera otras libertades constitucionales, sólo puede acarrear responsabilidades ulteriores.

Estas apreciaciones, parecieran desarrollarse en un plano puramente teórico, referidas a cualquier supuesto, y —a mi ver—, carecen de atinencia a los fines de conmover los fundamentos del sentenciador, sobre todo cuando éste, como advertencia preliminar al desarrollo de sus argumentos, había enfatizado que, para armonizar la coexistencia de libertades fundamentales, no puede prescindirse de la naturaleza de la cuestión generadora del conflicto, insistiendo más adelante, que el choque entre el derecho a la intimidad y la libertad de prensa, lleva a examinar cada caso en particular, dada la variación de la esfera secreta de cada individuo.

No está de más recordar, al respecto, que la decisión del juez de primera instancia, tuvo su origen en la presentación efectuada por los representantes de la menor, con motivo de que algunos medios de prensa ya habían difundido noticias sobre la misma, y —según manifestaron—, continuaban procurando injerirse en aspectos de su vida, para ampliar su divulgación. Sobre el particular —como se ha reseñado anteriormente—, la Cámara manifestó que resultaba necesario evitar preventivamente la producción de daños a la menor, pues carece de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad, como el que había comenzado a difundirse por algunos medios de prensa; consideración, ésta, de la que no se ocupa el escrito recursivo.

Se abstiene el apelante —como se ve—, de apreciar la situación especial que se configura con la necesidad de proteger el derecho de intimidad de la menor, dada su condición de incapaz, no obstante que la sentencia había puntualizado que se encuentra en discusión el emplazamiento de la misma en un determinado estado de familia, cuyo resultado es todavía incierto.

Cabe indicar que, además, las respuestas a algunas de las consideraciones oportunamente expresadas por el quejoso, fueron, inclusive, desarrolladas de manera expresa por la Alzada en su resolutorio. Así, por ejemplo, en lo que hace a su afirmación de que el derecho a la intimidad no es absoluto, y que su manifestación se diluye si su titular decide someterlo a la consideración pública mediante la promoción de un proceso judicial, cabe observar que el sentenciador dijo, precisamente, que sería contrario a la lógica y a la totalidad del ordenamiento jurídico, que aquellos aspectos de la personalidad comprendidos dentro de la esfera secreta de los individuos, y en orden a los cuales éstos pueden repeler intromisiones injustificadas de terceros, muden su naturaleza cuando constituyan la base de un entuerto sometido

a conocimiento de los magistrados, pues esa circunstancia los transformaría necesariamente —y por ese motivo— en objeto obligatorio de divulgación. A lo cual agregó que tal conclusión, provocaría una autolimitación de los habitantes de la República para acceder a la justicia, sin que, frente a la incertidumbre de derechos que pondría en evidencia la existencia del pleito, se adviertan, como contrapartida, beneficios de orden superior o lesión a algún derecho preeminente. Ampliando este criterio del a quo, estimo procedente señalar que, cuando el titular del derecho a la intimidad promueve un proceso judicial, de ninguna manera puede interpretarse esta actitud como una decisión de someter su intimidad a la consideración pública —como sostuvo el quejoso—, sino que solamente significa la elección de la vía correcta para hacer valer tal derecho.

Asimismo, frente a las reflexiones del recurrente sobre el alcance absoluto de la prohibición de la censura previa, que lo llevan a aseverar que el ejercicio de la libertad de expresión, cuando vulnera otras libertades constitucionales, sólo puede acarrear responsabilidades ulteriores, la Cámara había enfatizado el carácter relativo e insuficiente de cualquier intento posterior de reparación, atento a la incapacidad de la menor afectada. Para llegar a esta conclusión, el a quo sostuvo que el derecho a la prevención se encuentra asegurado por la Constitución como garantía implícita, y que juega en el derecho privado como un mandato a la magistratura, cuya función preventiva de daños es tanto o más importante que la de reparar los perjuicios causados, destacando que, teniendo presente la índole del bien protegido, por tratarse —como en el caso— de derechos personalísimos, es preferible la prevención del daño a su reparación.

Por otra parte, el juzgador modificó la resolución de primera instancia, "pues no se trata —dijo— de prohibir lisa y llanamente la difusión de toda noticia que involucre a la menor de autos, como tampoco de omitir límites temporales, sino sólo de evitar la difusión de información vinculada estrictamente con la materia que se debate en este expediente y hasta tanto se dicte sentencia en la causa"; e indicó, a continuación, que, al circunscribir la prohibición a la difusión de noticias vinculadas estrictamente con la filiación de la menor, no se cercenaba el derecho de expresión, sino que se postergaba hasta tener certeza del estado de familia de la niña. De esta modificación, y de este argumento, tampoco se hace cargo el recurrente, ya que —a mi ver— no resulta suficiente al respecto, su afirmación genérica de que, en lo sustancial, la sentencia confirma el pronunciamiento de primera instancia imponiendo la censura, y que, en virtud de ello, reitera todos los argumentos y consideraciones expuestos en el memorial fundando el recurso de apelación oportunamente interpuesto (v. fs. 177 vta., punto III). Estimo que los argumentos esgrimidos por el apelante, que, vale decirlo, son repetición de lo alegado en la anterior instancia, resultan ineficaces, por su generalidad, para conmover las conclusiones del fallo. En ese orden, cabe señalar que V.E. tiene dicho que la omisión del requisito de fundamentación autónoma, no puede ser subsanada mediante la remisión a escritos anteriores o a otras actuaciones del proceso (v. doctrina de Fallos: 311:667, 315:325, entre otros).

Además, tampoco existe en el recurso intentado, una apreciación adecuada de la normativa que diera marco legal a la decisión del Juzgado Primera Instancia, y que la Cámara de Apelaciones confirmó en lo esencial. Así, respecto de la Convención de los Derechos del Niño, sostén fundamental de la resolución del a-quo —en cuanto garantiza la protección de la ley a la intimidad de los menores contra injerencias arbitrarias o ilegales, y establece que los actos emanados de cualquiera de los tres poderes del estado deben atender a sus intereses primordiales—, el recurrente, sin desarrollar fundamento alguno, se limita a sostener dogmáticamente que tal Convención no autoriza la censura previa, sin hacerse cargo de la eventual armonización de tal principio con otros esenciales que asimismo dimanan de sus normas.

Se agravia igualmente porque el a-quo, tras aceptar la doctrina de igualdad de los derechos, le otorga preferencia al derecho de intimidad de los menores, y —afirma el recurrente— lo hace soslayando toda consideración sobre el artículo 14 de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. En mi opinión, esto no es así, por cuanto, por un lado, las consideraciones de la sentencia, giran implícitamente alrededor de la interpretación de estas normas y demás disposiciones constitucionales y tratados internacionales sobre la materia (hemos señalado, por ejemplo, su argumento de que el derecho a la prevención se encuentra asegurado por la Constitución como garantía implícita), y por otro, los dos primeros párrafos de la misma, aluden expresamente al conocimiento que tiene el juzgador de los precedentes jurisprudenciales y doctrinarios que se enuncian en los agravios, y a que resulta innecesario reiterar los consabidos principios sobre el tema, que, en nuestro ordenamiento jurídico, abrevan en normas constitucionales y en los convenios internacionales que actualmente tienen jerarquía de tales.

En cuanto al reparo por la invocación de la ley 20.056, que a criterio del recurrente ha sido derogada, y al planteo subsidiario de su inconstitucionalidad, tampoco se lo revistió de la entidad necesaria como para conmover la base del decisorio, desde que solamente fue citada como respaldo de los argumentos principales y de las disposiciones de jerarquía constitucional aplicadas al caso. Por consiguiente, la cita de esta ley, carece de relación directa e inmediata con lo resuelto en autos, ya que, prescindiendo de la misma, se sostiene con otros fundamentos.

Sobre la jurisprudencia aludida en el fallo, que, según la recurrente, se aparta de la sustentada por la Corte en materia de censura, cabe indicar que, sin embargo, los precedentes que invoca el propio agraviado en apoyo de esta conclusión, ya habían sido referidos en su escrito de apelación, y se ubican en el plano teórico antes señalado, ya que no resultan precisos para la cuestión que originó el conflicto de autos.

En nada modifica el criterio expuesto en los párrafos precedentes, la afirmación de que la causa involucra a una personalidad vastamente conocida, y que el público, puede estar legítimamente interesado en conocer aspectos de su vida que han superado los límites de la intimidad al proyectarse a un proceso judicial. En efecto, la figura popular, es el demandado en el juicio de filiación como presunto padre de la niña; mientras que la prohibición cuestionada, se vincula exclusivamente con la menor, que hasta ahora mantiene incierta su identidad, y respecto de la cual fue pedido, por medio de sus representantes, que no se difundan aspectos de su vida privada que se quiere mantener en reserva, y que carecen, además, según indicó el a-quo, del interés general invocado por el recurrente. Sobre este punto, la Cámara sostuvo —y la quejosa no rebatió adecuadamente— que, si aun las personas públicas tienen derecho a exigir que ciertos aspectos de su vida privada no sean divulgados sin su autorización, tal consentimiento no puede presumirse de modo alguno cuando debe provenir de personas que —como la menor de autos—, todavía no tienen discernimiento.

Por último, tampoco resulta pertinente la invocación de arbitrariedad, ya que —como se ha expuesto— no se advierte que exista un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, ni, mucho menos, una decisiva carencia de fundamentación. Cabe recordar, que V.E. ha establecido que la doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiende a sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que les son privativas, ni abrir una nueva instancia ordinaria a fin de corregir fallos equivocados o que se reputen tales, cuando no se demuestre que el pronunciamiento impugnado contenga graves defectos de fundamentación

o de razonamiento que lo invaliden como acto jurisdiccional (v. Fallos: 311: 1668; 312:1859, 313:473, 316:1923, entre otros).

Sin perjuicio de lo expresado, y para el caso de que V.E. considere que, dada la relevancia de la materia debatida, pudieran soslayarse los defectos formales del recurso reseñado, soy de parecer que igualmente la apelación no puede prosperar, por lo que, a los fines de explicar mi postura al respecto, ingreso en lo siguiente a la consideración del fondo del asunto.

-V-

A partir de la referida premisa, cabe considerar que existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria, en los términos del inciso 3º de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional, del Pacto de San José de Costa Rica y de la Convención sobre los Derechos del Niño y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas.

-VI-

Debe dejarse claramente sentado, de manera preliminar, que la libertad de prensa, en su acepción constitucional, es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio idóneo para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta en la vigilancia de la actividad de los poderes públicos. En tal carácter, es un adecuado y fundamental instrumento de ordenación política y moral de la Nación. Este pensamiento responde, en última instancia, al basamento republicano de la libertad de imprenta, ya que no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdadera importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de las autoridades intervinientes. Dentro de ese marco, las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social, ya que su actividad está dirigida al bien de la sociedad y, por lo tanto, de todos y cada uno de sus miembros. En tal sentido, el Tribunal ha dicho que entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmembrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (doctrina de Fallos: 284:291; 315:1492).

-VII-

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se encuentran también en tela de juicio otros bienes de relevancia, jurídicamente tutelados por la Carta Magna, como son los que derivan de los derechos de la personalidad o derechos personalísimos —entre los cuales cabe ciertamente considerar comprendida la salvaguarda de la identidad de los menores en supuestos litigiosos—, que, como ocurre en la especie, pueden aparecer en conflicto con aquélla.

Se trata, a mi criterio, de conjugar el ejercicio de un derecho con otro, cuando existe el marco efectivo de la, en principio, aparente confrontación planteada entre ambos.

Procede señalar, que, al respecto, el Tribunal ha dicho que "...Los medios de comunicación son el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones, pero no necesariamente todo lo que ellos dan a conocer se identifica con los actos protegidos por la tutela constitucional —libre expresión de ideas—, o por el Pacto de San José de Costa Rica —búsqueda, recepción y difusión de ideas e información—. Dicho de otro modo, no todo lo que se difunde por la

prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas".

Sostuvo además que "... los alcances de la tutela constitucional involucrada, genera la ineludible carga de examinar si —en el caso de que se trate— concurren los antecedentes de hecho que justifiquen ubicar la pretensión fuera de aquellas hipótesis frente a las cuales el ejercicio del derecho de publicar las ideas no admite restricción. Cuando se invoquen situaciones que pueden transponer esta frontera, el juez debe comprobar, con todos los medios que la legislación le proporciona, si se trata de un caso en que se encuentra involucrada esa libertad, valoración que no puede ser obviada sin abdicar de la jurisdicción, lo que está prohibido conforme lo dispone el artículo 15 del Código Civil, en armonía con las garantías constitucionales de peticionar a las autoridades y el debido proceso consagrado por los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional." Y agregó que las pretensiones que pueden interferir con la actividad de los medios de difusión, son susceptibles de una decisión favorable o adversa, según se compruebe o no que media inaceptable afectación de la libertad de prensa; de otra manera, implicaría adoptar la equivocada premisa de que, en todos los casos, esa actividad constituye —en sí misma— un supuesto absolutamente inmune a tal valoración. (v. doctrina de Fallos: 315:1943, considerandos 9º, 11º y 12º).

Queda claro, entonces, que no cualquier actividad que se lleve a cabo a través de un medio de comunicación debe ser considerada, por esa sola circunstancia, como ejercicio de la libertad de prensa.

Al tener ello presente, estimo que la publicación de noticias sobre la menor cuya filiación se debate en el sub-lite, en el caso que nos ocupa, encuentra su freno en la razonable prohibición que tiende a evitar que, con tal actividad, se afecte el derecho personalísimo y exclusivo de la menor, que por medio de sus representantes se opuso a exhibir a la curiosidad pública un aspecto tan delicado como su propia identidad.

Entiendo que la prohibición cuestionada, no persigue evitar una crítica, ni vedar la difusión de un pensamiento o una idea, ni silenciar algún tema relacionado con el bien público. Se trata de la decisión de un órgano jurisdiccional, que, en defensa de un valor particularmente protegido por el ordenamiento jurídico nacional e internacional, impide la publicidad de aspectos vinculados a la identidad de la menor.

El interés superior del niño, en cambio, su innegable derecho a conocer su identidad, y a reunir todos los elementos conducentes a tal fin, está encaminado en el proceso de filiación. Sacarlo de este ámbito de seguridad y protección, y permitir que sea objeto de reportajes, crónicas, informes, y demás modos de la comunicación social, significaría exhibir públicamente una historia que debe quedar reservada a las partes interesadas en el juicio y al tribunal competente, máxime cuando, en la especie, la divulgación de noticias sobre la menor no fue prohibida de oficio por los magistrados intervinientes, sino que fue el resultado de un pedido expreso de la niña a través de sus representantes, quienes suplieron su voluntad, atento a que carece de discernimiento.

En mi opinión, no puede afirmarse, entonces, que tal prohibición haya implicado la censura previa que veda la Constitución y el Pacto de San José de Costa Rica, teniendo especialmente en cuenta que, la lesión a la intimidad de un menor, en un aspecto tan delicado como el que aquí se debate, vinculado a la incertidumbre sobre su propia identidad, que se halla pendiente de proceso y decisión judiciales, puede resultar irreparable para un incapaz. En efecto,

una vez conocido públicamente este secreto tan íntimamente guardado, son imprevisibles los efectos perniciosos que esa circunstancia puede causar en su personalidad, por lo que, dado que la situación de incertidumbre señalada se genera respecto de un incapaz, mal puede sostenerse la posibilidad de que una reparación pecuniaria ulterior, subsane el daño que dicha divulgación provoque.

-VIII-

Abordando la normativa aplicable a la especie, estimo que se debe armonizar la protección a la libertad de pensamiento y de expresión consagradas por la Constitución Nacional (art. 14) y por tratados internacionales (art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), con los preceptos de igual jerarquía, que tutelan los derechos del niño en lo relativo a su identidad y relaciones familiares, desde que, dado su carácter individual y su carencia de discernimiento, aparece como la parte débil, frente a los medios de prensa.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a los tribunales, y a los demás poderes del Estado, a que en todas las medidas concernientes a los niños, se atienda, como consideración primordial, el interés superior de los mismos (art. 3); compromete, además, a los Estados Partes, a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, su nombre y relaciones familiares, de conformidad con la ley, "sin injerencias ilícitas" (art. 8); y protege al niño contra "injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y en su familia", estableciendo que "tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques" (art. 16).

Cabe agregar, que también el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 11, dispone que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y en la de su familia y contempla asimismo el derecho a la protección de la ley contra esas intrusiones.

Similar prescripción, contiene el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, en su artículo 19, al reglar sobre el derecho a libertad de expresión, establece en el inciso 3º, que su ejercicio, entraña deberes y responsabilidades especiales y que por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para "asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás...". Y, tocante al caso que nos ocupa, considero importante enfatizar lo dispuesto por el último párrafo del artículo 14 de este Pacto, en cuanto prescribe que "... la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, (...) o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia...". A continuación, al disponer la publicidad de toda sentencia en materia penal o contenciosa, excluye expresamente los casos en que el interés o la tutela de menores de edad exija lo contrario.

Estimo que las normas citadas, respaldan holgadamente la decisión del a-quo, a lo que cabe agregar la doctrina establecida por V.E., en orden a que la aplicación de la ley debe efectuarse equitativamente, de acuerdo con la valoración y apreciación de los hechos específicos traídos a conocimiento de los magistrados. Hacer justicia no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo in concreto, lo que se logra con la realización del derecho de acuerdo con las situaciones reales que se presentan. Así, se torna exigible conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, para que la decisión jurisdiccional resulte jurídicamente valiosa (Fallos: 302:1281, 1611), cuidando especialmente que la inteligencia que

se les asigne a las normas, no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 303:578, 308:1978).

La medida preventiva solicitada por los representantes de la menor, se imponía, en el caso, como el único recurso para evitar el perjuicio que seguramente habría de causar a una persona incapaz, una intromisión en su vida de individuo, especialmente cuando tal medida no afecta al bien común, ni existe un interés social que justifique la invasión de la esfera privada.

Respecto de lo expresado en último término, no puede alegarse que el interés general se vea afectado por tratarse de la presunta hija de un personaje público. En última instancia, solamente se trataría de un personaje popular. Por otra parte, la prohibición se vincula exclusivamente a la menor y nada dice sobre el supuesto padre.

Resulta claro, entonces, que no se trata, como expresó el a-quo, de cercenar el derecho de expresión, sino de postergarlo hasta que pueda dilucidarse el estado de familia de la menor involucrada.

No escapa a mi criterio, como es obvio —y lo tengo expresado en el apartado VI del presente dictamen—, que la garantía de la libertad de prensa, sin previa censura, es de las más trascendentes. Y tengo, asimismo, la certidumbre, que la propia trascendencia de una garantía como la de la libertad de prensa, exige, para la custodia de su particular condición excepcional, que no se la pueda utilizar para violar otros derechos esenciales; siempre que no se encuentren en juego, como quedó dicho, razones últimas que imponen su resguardo a ultranza contra las amenazas de las tiranías.

Por todo ello, soy de opinión que, de acogerse los argumentos de falta de fundamentación autónoma, V.E. deberá desestimar el recurso, y en caso contrario, deberá declararlo formalmente procedente y confirmar la sentencia recurrida.

Buenos Aires, 30 de noviembre de 1998. NICOLÁS EDUARDO BECERRA.

Buenos Aires, 3 de abril de 2001.

Vistos los autos: "S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias".

Considerando:

1º) Que en el presente juicio de filiación la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión de "hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia" (fs. 3). Apelada esta resolución por la agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN), la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la modificó "limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados".

2º) Que a tal efecto, el tribunal sostuvo que los aspectos de la personalidad comprendidos en la esfera secreta de los individuos no mudan su naturaleza cuando constituyen la base de un proceso judicial, pues ello "provocaría inevitablemente que los habitantes de la República

autolimiten su derecho a acceder a la justicia"; que la reserva en el trámite de ciertos expedientes en los que tratan aspectos íntimos de las personas se encuentra prevista en los arts. 63 a 66 del Reglamento para la Justicia Nacional, en la acordada 2 de 1981 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y en la ley 20.056; que la intimidad de los niños y la atención primordial de su interés superior se encuentra contemplado en los arts. 3º y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño; que cuando están en conflicto el derecho a la intimidad de un menor y el de expresión, la jerarquía de los valores en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños a aquéllos, por tratarse de personas que están en plena formación que carecen de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad y merecen una tutela preventiva mayor que los adultos por parte de los jueces; que esta protección preventiva de la intimidad se encuentra prevista también en otros ordenamientos positivos como el español y el francés.

Contra este pronunciamiento la agencia de noticias dedujo el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 215.

3º) Que los agravios del recurrente se centran en sostener:

a) Que la sentencia de cámara contradice la prohibición de censura previa, de carácter absoluto, prevista en el art. 14 de la Constitución Nacional; b) que resulta inaplicable la ley 20.056; c) que el fallo omite toda referencia al art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; d) que existe un apartamiento de la jurisprudencia de esta Corte en la materia.

4º) Que en el caso existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas.

5º) Que la resolución apelada resulta equiparable a sentencia definitiva pues las características de la medida ordenada hacen que la demandada sufra un agravio de insuficiente reparación ulterior por el fallo que pudiera dictarse en la causa.

6º) Que respecto del derecho de todos los habitantes de la Nación de "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa" contemplado en el art. 14 de la Constitución Nacional, esta Corte tuvo oportunidad de señalar que "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra la posible desviación tiránica. De lo contrario existiría riesgo evidente de un fácil deterioro de las libertades republicanas (Fallos: 248:291; 315:1943).

7º) Que constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídico protegido (Fallos: 315:1943).

8º) Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos proporciona pautas inexcusablemente atendibles para juzgar los casos vinculados con el ejercicio de la libertad de expresión.

En este sentido, el art. 13 de la convención establece que:

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley, y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

9º) Que por otra parte el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

"1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

Y a su vez, el art. 3º de esta convención dispone que:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 14.1 que "...toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores".

10) Que dicho régimen normativo establece inequívocamente un ámbito de protección de los derechos del menor entre los cuales se encuentra indudablemente el derecho a la intimidad, contemplado en términos generales en el art. 19 de la Constitución Nacional (Fallos: 306:1892) y también protegido, en términos amplios, en el art. 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11) Que los derechos reconocidos en la Constitución —y por ende en los tratados que cuentan con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna— deben ser interpretados armónicamente, para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud los derechos y garantías individuales.

12) Que, por consiguiente, corresponde al Tribunal armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de la censura previa —que juegan un rol de-

cisivo en el mantenimiento del sistema republicano de gobierno— con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad, ya que el art. 16, inc. 1º, de la Convención sobre los Derechos del Niño es suficientemente explícito al respecto.

13) Que en la ya señalada tarea de armonización de las garantías constitucionales cabe entender que la protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable, para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa, ya que como esta Corte ha señalado, el derecho de prensa, reconocido como derecho de crónica en cuanto a la difusión de noticias que conciernen a la comunidad como cuerpo social y cultural, requiere para su ejercicio que las restricciones, sanciones o limitaciones deban imponerse únicamente por ley y su interpretación deba ser restrictiva (Fallos: 316:1623).

14) Que la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de la menor que en un juicio civil en trámite —cuya exhibición se encuentra reservada a las partes y directamente interesados (conf. art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional)— reclama el reconocimiento de la filiación de su presunto padre, representaría una indebida intromisión en su esfera de intimidad, que puede causar, conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en el desenvolvimiento psicológico y social de la niña. Ello, aun cuando la noticia haya alcanzado el dominio público, pues su reiteración, obviamente, agravaría la violación del bien protegido por las normas constitucionales que tutelan la intimidad de los menores.

15) Que el Tribunal advierte que la prohibición de propalar "cualquier noticia vinculada a la filiación de autos" excede la tutela que requiere la intimidad de la menor, ya que la medida dispuesta conduciría al extremo de impedir la difusión de noticias relacionadas con el juicio de filiación, aun cuando se limitase debidamente la publicación masiva de aquellos datos que pudieran conducir a su identificación.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca, con el alcance indicado, la resolución recurrida. Costas por su orden. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese. JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR *(según su voto)* — CARLOS S. FAYT *(según su voto)* — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO *(en disidencia)* — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI *(en disidencia)* — ANTONIO BOGGIANO *(según su voto)* — GUILLERMO A. F. LÓPEZ *(según su voto)*— GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ *(según su voto)*.

VOTO DEL VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUILLERMO A. F. LÓPEZ

Considerando:

1º) Que en el presente juicio de filiación la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión de "hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general, que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia" (fs. 3/3 vta.). Apelada dicha resolución por la agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN), la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la modificó "limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de la menor de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse a la sentencia, con las limitaciones establecidas

en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados" (fs. 159/164).

2º) Que, en lo sustancial, el tribunal sostuvo que cuando, como en el caso, están en aparente conflicto el derecho de intimidad de un menor y el de expresión, la jerarquía de los valores en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños a aquéllos, por tratarse de personas que están en plena formación y que carecen de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad. Señaló, en tal sentido, que los arts. 3º y 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño garantizan a los menores la protección de la ley para repeler las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, estableciendo como pauta corroborante de las decisiones que se adopten al respecto, que los actos emanados de cualquiera de los poderes del Estado deben atender a sus intereses primordiales. Consideró que el derecho a la prevención asegurado por la Constitución como garantía implícita, en el derecho privado juega como un mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar, tanto más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios causados. Agregó que, por su situación de inferioridad, "los incapaces merecen una tutela preventiva mayor que los adultos por parte de los jueces, porque así se les permite nivelar sus derechos más elementales y básicos con los de aquéllos".

3º) Que contra tal decisión Diarios y Noticias S.A. interpuso recurso extraordinario con sustento en que la sentencia contradice la prohibición de censura previa, de carácter absoluto, que consagran el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de las normas mencionadas en el considerando precedente y la decisión impugnada es contraria al derecho que el apelante pretende fundar en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). Por otra parte, la sentencia es equiparable a definitiva, puesto que es ésta la ocasión pertinente para la tutela del derecho constitucional cuya lesión aduce el recurrente.

5º) Que la cuestión a resolver reside en determinar si la prohibición de censura previa contenida en el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) —que ostenta jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994— constituye un principio de alcances absolutos, o si, por el contrario, reconoce excepciones en aquellos casos en que los jueces disponen medidas restrictivas o impeditivas con el fin de prevenir una lesión a otros bienes jurídicos, como es el derecho de intimidad de un menor, protección que ha sido reconocida también en precepto de igual jerarquía, como es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por nuestro país por la ley 23.849.

6º) Que respecto del derecho de todos los habitantes de la Nación de "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa", esta Corte tuvo oportunidad de señalar que "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de la prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra la posible desviación tiránica" (Fallos: 248:291, considerando 25). De lo contrario, existiría riesgo evidente de un fácil deterioro de las libertades republicanas.

7º) Que, sin perjuicio de ello, constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales no son absolutas, sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídicamente protegido. Ese derecho es inherente a toda la población y no exclusivo y excluyente de los titulares o permisionarios de los medios de difusión (395 U.S. 367, "Red Lion Broadcasting Co. v. FCC"; Fallos: 315:1943).

8º) Que el citado Pacto Interamericano de Derechos Humanos proporciona pautas para juzgar los casos vinculados con el ejercicio de la libertad de expresión. En lo que aquí interesa, el art. 13 establece que "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley, y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás; o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". En materia de espectáculos públicos, el Pacto admite una limitación al principio sentado, al prever que "pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2" (inc. 4).

9º) Que de la reseña hasta aquí efectuada se desprende que tanto en el texto original de nuestra Constitución, en la interpretación que de ella ha realizado esta Corte, como en el Pacto de San José de Costa Rica, la libertad de expresión es una noción sólo susceptible de definición por su contenido, que resulta perfectamente diferenciable del medio por el cual se transmiten o expresan los actos particulares que la traducen. Claro ejemplo de ello se advierte en el inc. 1º antes transcripto, en el que se describen los actos que configuran el ejercicio de la libertad de expresión y de pensamiento —buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas—, los que pueden ser dados a conocer por diversos medios —oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o cualquier otro idóneo para su difusión—, sin que esos medios se confundan con los actos previamente indicados.

Los medios de comunicación son pues el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones pero no necesariamente todo lo que ellos dan a conocer se identifica con los actos protegidos por la tutela constitucional —libre expresión de ideas— o por el pacto mencionado —búsqueda, recepción y difusión de ideas e información—. Dicho de otro modo, no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas (Fallos: 315:1943, considerando 9º). No obstante ello, habida cuenta de la estrecha relación existente entre los medios de comunicación y el concreto ejercicio de la libertad de expresión —desde que aquéllos constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por esa libertad y que ordenan primordialmente a ese fin su actividad— toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (Fallos: 315:1943, considerando 10).

10) Que, en este aspecto, es interesante tener presente la doctrina constitucional de los Estados Unidos, pues al margen de las diferencias que se observan en los textos fundamentales, no puede discutirse su autoridad paradigmática en la interpretación del modelo democrático y del ejercicio de las libertades fundamentales que le son inherentes. Así, en el tema sub examine, la Corte Suprema Norteamericana ha manifestado —en sentido coincidente con lo expresado por este Tribunal— que cualquier sistema de restricciones previas tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad ("Freedman v. Maryland", 380 U.S. 51 —1965—; "Carroll v. President and Commissioners of Princess Ann", 393 U.S. 175 —1968—; "Bantam Books, Inc. v. Sullivan", 372 U.S. 58 —1971—; "Organization for a Better Austin et al. v. Keefe", 402 U.S. 4315 —1971—; "Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad", 420 U.S. 546 —1976—). Sin embargo, ha señalado también en reiteradas oportunidades que la libertad de expresión y de prensa no confiere una inmunidad absoluta de estas restricciones. En este sentido, en el leading case Near v. Minnesota, la Corte —por medio de la opinión del Justice Hughes— señaló que "se ha juzgado que el principio de inmunidad de restricción previa está proclamado en forma demasiado amplia, si tal restricción es juzgada siempre prohibida. Esto es indudablemente cierto; la protección contra las restricciones previas no es absolutamente ilimitada". Se agregó en esa oportunidad que el interés del Estado justifica las restricciones previas sólo en casos excepcionales: cuando se ponga en peligro la seguridad del país en tiempos de guerra, se amenacen los principios de decencia pública (publicaciones obscenas) o se invada el derecho a la privacidad (283 U.S. 697).

Estos principios fueron reiterados en "Schenck v. United States" (249 U.S. 47) donde la Corte expresó que ciertas palabras que comúnmente estarían comprendidas en la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda, pueden ser prohibidas cuando son de tal naturaleza y utilizadas en tales circunstancias que existe un peligro claro que causarán perjuicios sustanciales que el Congreso tiene derecho a prevenir. En este sentido el tribunal estableció que "el principio de la prohibición de restricciones previas a la prensa se limita cuando la publicación pudiera constituir un obstáculo contra el esfuerzo del gobierno en tiempos de guerra...".

Como corolario de esta doctrina jurisprudencial, en "Kingsley Books, Inc. v. Brown" (354 U.S. 436) —luego de citar el caso "Near v. Minessota" como uno de los precedentes más importantes en este ámbito— la Corte señaló que "Near no dejaba duda alguna de que la libertad de expresión y de prensa no es un derecho absoluto...y que la protección contra las restricciones previas no es absolutamente ilimitada", afirmándose más tarde ("Seattle Times Co. v. Rhinehart" 467 U.S. 20 —1984—) que "el control que pueda ejercer una corte respecto a la información obtenida en el transcurso de un proceso judicial no tiene el mismo sentido que la censura de gobierno (...)Una orden prohibiendo la publicación de información obtenida durante el proceso no es la clase de censura que se puede prohibir a la luz de la Primera Enmienda".

11) Que, de conformidad con la distinción sentada en el considerando 9º, los alcances de la tutela constitucional involucrada generan la ineludible carga de examinar judicialmente si —en el caso de que se trate— concurren los antecedentes de hecho que justifiquen ubicar la pretensión fuera de aquellas hipótesis frente a las cuales el ejercicio del derecho de publicar las ideas no admite restricción (Fallos: 315:1943). Cuando se invoquen situaciones que puedan transponer esa frontera el juez debe comprobar, con todos los medios que la legislación le proporciona, si se trata de un caso en que se encuentra involucrada esa libertad o, como en la presente, si enfrentada circunstancialmente con el ejercicio de otro derecho de jerarquía constitucional —la intimidad de un menor— al que se le otorgó el beneficio de una tutela preventiva judicial, corresponde determinar si esa protección cautelar puede considerarse alcanzada por la prohibición de censura consagrada en la Ley Fundamental.

12) Que, con relación a la tutela constitucional de los menores, el art. 16 de la mencionada convención estatuye que "Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación" (punto 1.) y que "El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques" (punto 2.), derecho que también es reconocido en forma genérica por la Convención Americana (art. 11, incs. 2º y 3º). Por el art. 8º, los Estados Partes se comprometen a respetar "el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

Por su parte, el art. 3º, punto 1. de la convención establece que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Esta consideración rectora, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte (conf. Fallos: 322:2701), cuando —como en el caso— procede a la hermenéutica de los textos constitucionales.

13) Que, además, como pauta de interpretación de los tratados es necesario acudir al principio de buena fe conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos —que comprende además del texto el preámbulo y anexos— y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena). Asimismo, en lo que concierne al caso sometido a estudio es dable recurrir a las pautas hermenéuticas específicas que contienen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

14) Que, en este sentido cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su art. 29 que "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados... d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros pactos internacionales de la misma naturaleza". Por su parte, el art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

15) Que, por otra parte, este Tribunal en numerosos precedentes ha expresado que los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que éstas imponen o que en otras se establecen, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se logre darles aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 277:213; 279:128; 296:372; 319:3241, entre muchos otros).

16) Que el art. 75, inc. 22, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece —en su última parte— que aquéllos "...no derogan artículo alguno de la primera parte de ésta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales, y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes

constituidos desconocer o contradecir. En tales condiciones, se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente (Fallos: 319:3148; 321:885; 322:875).

17) Que, sentados estos principios hermenéuticos, como primera conclusión se advierte que la Convención Americana confiere un lugar especial, en su jerarquía interna, a los derechos del niño, los que —entre otros derechos fundamentales de la persona— no pueden ser suspendidos siquiera en caso de guerra, peligro público o de otras emergencias que amenacen al Estado (arts. 27 y 19), suspensión que sí podría alcanzar —en las condiciones de marcada excepción previstas— a los derechos reconocidos en el art. 13 del pacto. Con idéntica significación, según ya se adelantara, el tratado admite la censura previa —en desmedro de la libertad de expresión— en materia de espectáculos públicos, "para la protección moral de la infancia y adolescencia", previsión reveladora de la primacía que se reconoce a los derechos de la infancia frente a una concreta colisión con otros derechos también reconocidos.

18) Que, de ese modo, la Convención Americana y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño guardan sustancial analogía y ambas confieren especialísima e inderogable tutela a los derechos de la infancia. La necesidad de una "protección especial" enunciada en el preámbulo de la última, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3º, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del niño, que "por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal" (conf. preámbulo ya citado), lo cual requiere de la familia, de la sociedad y del Estado la adopción de medidas tuitivas que garanticen esa finalidad (conf. art. 19 del pacto).

19) Que, a la luz de estos principios, no cabe duda de que el niño tiene derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de sus representantes (art. 12.2 de la Convención del Niño) y la solicitud de protección judicial para que no se ventilen aspectos que hacen a su filiación encuentra sustento en los tratados examinados.

20) Que, en efecto, es evidente el derecho del niño —ejercido por su madre— a esclarecer su filiación en un proceso rodeado de la mayor reserva en lo atinente a su persona, sin que la notoriedad del presunto padre justifique el agravio constitucional alegado por la recurrente, toda vez que la medida restrictiva se vincula exclusivamente a los datos que hacen a la privacidad de la menor, ámbito escindible de la exposición pública propia de la figura demandada. Como ha expresado esta Corte, nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, **sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello**, y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892).

Asiste razón por ello al a quo, cuando afirma que, por tratarse la actora de una persona en plena formación y carente de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad —como el que ya había comenzado a difundirse por algunos medios periodísticos— correspondía evitar preventivamente la producción de daños que tornarían ilusoria la garantía constitucional invocada.

21) Que, en este orden de ideas, corroboran a la conclusión precedente otras normas internacionales de jerarquía constitucional, que preservan específicamente la intimidad de los menores sometidos a juicio. Así, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece —como regla— que toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, sienta una expresa excepción "**en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores**" (art. 14. punto 1.); a la vez que la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza a los menores —en las actuaciones penales que los involucran— el respeto pleno de su vida privada en todas las fases del procedimiento (art. 40, punto 2., inc. b, ap. VIII). Bajo este marco normativo, adquiere especial sentido la reflexión de la cámara, en cuanto a que si se ha concedido protección especial a los menores aun en casos en que la sociedad podría estar interesada en conocer detalles sobre la comisión de delitos, con mayor razón debe reconocerse tal reserva cuando se trata del ejercicio de una acción de la naturaleza de la presente, en la que está en discusión el emplazamiento en un determinado estado de familia, cuyo resultado es incierto y forma parte de la esfera reservada del individuo.

22) Que en cuanto a los planteos vinculados con la falta de vigencia y eventual inconstitucionalidad de la ley 20.056 —invocada como argumento corroborante por la cámara—, los mismos carecen de relevancia para desvirtuar las conclusiones del a quo, que reconocen sustento propio en normas convencionales de jerarquía constitucional. En tales condiciones, no existe una relación directa e inmediata entre la materia del pronunciamiento apelado y la norma invocada, en grado tal que la solución de la causa dependa de su validez constitucional.

23) Que tampoco la tutela preventiva dispuesta con el alcance indicado importa una restricción a la publicidad de los actos de gobierno —inherente a la esencia del sistema republicano—, pues no se encuentra enderezada —en este caso— al ocultamiento de la actividad jurisdiccional, sustrayéndola por esta vía del escrutinio de la opinión pública, sino a la protección de la identidad de quien ocurre en demanda de justicia en una materia extremadamente sensible y reservada al claustro de su intimidad. Tal restricción, dispuesta cautelarmente para el decurso del proceso, guarda coherencia —por otra parte— con las limitaciones impuestas a la revisación de los expedientes judiciales de carácter reservado por su referencia a cuestiones de familia (art. 64, inc. b, Reglamento para la Justicia Nacional); y las que corresponde adoptar con la publicidad de las sentencias definitivas, "por razones de decoro" o en resguardo de "la intimidad de las partes o de terceros", supuestos en que los nombres pertinentes deben ser eliminados de las copias para publicidad (conf. art. 164, 2º párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Estas son excepciones a la regla republicana de la publicidad de los mencionados pronunciamientos, en razón de la importancia de dichos valores (Fallos: 316:1632, votos de los jueces Boggiano y Petracchi, considerando 8º).

24) Que los jueces, sobre quienes pesa la obligación de atender al interés superior del niño, no pueden dejar de ponderar —como en el caso— aquellos supuestos en los que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva (art. 25 del pacto), atento a la insuficiencia de las "responsabilidades ulteriores" para reparar eventuales agravios derivados de la divulgación de la identidad del menor que reclama por su filiación en juicio. Como bien lo destaca en su dictamen el señor Procurador General, "una vez conocido públicamente este secreto tan íntimamente guardado, son imprevisibles los efectos perniciosos que esa circunstancia puede causar en su personalidad, por lo que, dado que la situación de incertidumbre señalada se genera respecto de un incapaz, mal puede sostenerse la posibilidad de que una reparación ulterior subsane el daño que dicha divulgación provoque". Ello máxime cuando no se ha invocado que la intervención periodística responda al esclarecimiento de asuntos

vinculados con la cosa pública, móvil que podría justificar la existencia de un interés social en la intromisión de la esfera privada.

25) Que a ello no empece que, para conciliar ambos derechos —libertad de expresión y derecho de intimidad de un menor— el control preventivo se adopte con cautela limitando sus alcances a lo estrictamente necesario e indispensable para satisfacer su finalidad tuitiva. Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, y conforme al principio de buena fe de los tratados internacionales en juego (arts. 31 y 32 de la Convención de Viena), esta Corte entiende que es posible armonizar en el caso de autos el "conflicto de derechos" traído por las partes, sin necesidad de violentar ninguno de los elementos en juego.

26) Que, en el caso, un modo de conciliar ambos derechos —evitando darles un sentido que los ponga en pugna destruyendo unos por otros, y adoptando como verdadero el que los concilie y deje a todos con valor y efecto— **es restringir la difusión de cualquier información relacionada con el juicio de filiación que permita identificar al menor, lo que incluye la difusión de su nombre e imagen así como el de su madre, domicilio, o de cualquier otro extremo que previsiblemente pueda conducir a su identificación**.

27) Que, por último, cabe poner de relieve la tutela preventiva de la índole de la dispuesta —ordenada a evitar la ocurrencia de un daño cierto o en extremo verosímil, e irreparable en sus consecuencias— no es equiparable cualitativamente a la censura que despertó las más vivas reacciones de los hombres libres —las provenientes de los Poderes Legislativo o Ejecutivo—. "La intervención preventiva de los jueces —que impropiamente podría denominarse censura—, supone siempre la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa, y que toma sus decisiones observando el derecho de defensa en juicio de los involucrados" (Fallos: 315:1943, voto del juez Boggiano, considerando 9º; voto del juez Barra, considerando 8º).

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia con el alcance indicado. Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada. Notifíquese y devuélvase. EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — GUILLERMO A. F. LÓPEZ.

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ANTONIO BOGGIANO Y DON ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ

Considerando:

1º) Que en el presente juicio de filiación la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión de "hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia" (fs. 3/3 vta.). Apelada dicha resolución por la agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN), la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la modificó "limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de la menor de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados".

2º) Que, en lo sustancial, el tribunal sostuvo que cuando, como en el caso, están en aparente conflicto el derecho de intimidad de un menor y el de expresión, la jerarquía de los valores

en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños a aquéllos, por tratarse de personas que están en plena formación y que carecen de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad. Señaló en tal sentido, que los arts. 3 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño garantizan a los menores la protección de la ley para repeler las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, estableciendo como pauta corroborante de las decisiones que se adopten al respecto, que los actos emanados de cualquiera de los poderes de Estado deben atender a sus intereses primordiales. Consideró que el derecho a la prevención asegurado por la Constitución como garantía implícita, en el derecho privado juega como un mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar, tanto más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios causados. Agregó que, por su situación de inferioridad, "los incapaces merecen una tutela preventiva mayor que los adultos por parte de los jueces, porque así se les permite nivelar sus derechos más elementales y básicos con los de aquéllos".

3º) Que contra tal decisión "Diarios y Noticias S.A." interpuso recurso extraordinario con sustento en que la sentencia contradice la prohibición de censura previa, de carácter absoluto, que consagran el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de las normas mencionadas en el considerando precedente y la decisión impugnada es contraria al derecho que el apelante pretende fundar en ellas (art. 14, inc. 3 de la ley 48). Por otra parte, la sentencia es equiparable a definitiva, puesto que es ésta la ocasión pertinente para la tutela del derecho constitucional cuya lesión aduce el recurrente.

5º) Que la cuestión a resolver reside en determinar si la prohibición de la censura previa contenida en el art. 14 de la Constitución y en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) —que ostenta jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994— constituye un principio de alcances absolutos, o si, por el contrario, reconoce excepciones en aquellos casos en que los jueces disponen medidas restrictivas o impeditivas de la libertad de expresión con el fin de prevenir una lesión a otros bienes jurídicos, como es el derecho de intimidad de un menor, protección que ha sido reconocida en preceptos de igual jerarquía, como es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por nuestro país por la ley 23.849.

6º) Que el Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse acerca de los alcances de la censura previa consagrada en el art. 14 de la Constitución Nacional así como del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, al consagrar el principio de libertad de expresión, declara que su ejercicio no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores (inc. 2). La única limitación se relaciona con los espectáculos públicos, los que pueden ser sometidos por la ley a la censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2 (Fallos: 315:1943 —votos concurrentes—).

7º) Que, en efecto, en dicho precedente se destacó que el sentido de la libertad de expresión y su importancia para una sociedad democrática fueron elementos valorados con similar alcance tanto en la Constitución como en el referido pacto, haciendo especial énfasis en que la diferencia radicaba en la mayor precisión de las normas del pacto, que define el ámbito irreductible de tal derecho al conjurar cualquier tipo de interdicción previa en asuntos que

puedan afectar el derecho al honor o a la intimidad. Sobre tal base se destacó que el honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, para lo cual habrá que apreciar en cada caso si la eventual intromisión arbitraria en la vida ajena encuadra en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (voto del juez Boggiano en la causa citada).

8º) Que, cabe entonces indagar si corresponde hacer extensiva la doctrina allí expuesta al caso de autos, en los que, a diferencia de dicho precedente, se halla en juego el derecho de intimidad de un menor, el cual encuentra protección especial en la Convención del Niño —que también ostenta jerarquía constitucional—, y sobre tal base analizar si la interdicción de la jueza, en aras de preservar la protección del menor en una cuestión de estricta índole familiar, vulnera la censura previa consagrada en las normas invocadas por el recurrente.

9º) Que, de manera preliminar, cabe poner de relieve que no corresponde encuadrar el caso en la doctrina invocada por el recurrente respecto a la libertad de expresión cuando involucra personalidades públicas pues, en el caso, la intromisión a la vida privada que alega la peticionaria —a través de sus representantes legales— no lo es respecto a su presunto padre —figura pública conocida— sino en su propio interés, alegando que se encuentra sometida a un constante acoso por parte de medios televisivos, gráficos y radiales apostados en su domicilio particular.

10) Que, en segundo lugar, cabe tener presente la doctrina de Fallos: 315:1943, en la que se expresó que aun considerando los riesgos que puede traer aparejado establecer ex ante la existencia de un abuso de la libertad de expresión, la señalada censura judicial no es equiparable cualitativamente a la censura que despertó las más vivas reacciones de los hombres libres inspirando proposiciones jurídicas análogas a las examinadas, esto es, a la que pudiese provenir de los poderes legislativo o ejecutivo. La intervención preventiva de los jueces —que impropiamente podría denominarse censura— supone siempre la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa y que toma sus decisiones observando el respeto al derecho de defensa en juicio de los involucrados. Allí se expresa "No es la oportunidad o conveniencia política lo que guía la conducta del juez, sino la justicia del caso que llega a sus estrados, por lo que los recelos que despertó en los convencionales bonaerenses las intenciones del titular del Poder Ejecutivo no tienen justificación plena en estos supuestos" (confr. considerando 9 del voto del juez Boggiano).

11) Que, en el precedente citado también se destacó que el honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agraviante de la noticia —incertidumbre que el juez despeja una vez sustanciado el proceso— y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta. Pero si ese margen de incertidumbre no se verifica, si la conducta de quien intenta dar a conocer sus ideas no suscita dudas sobre su ilicitud, no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión: máxime en los supuestos en que el daño al honor o a la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios. Tal como se señaló en el precedente citado "La interdicción de la censura previa, en la Constitución Nacional, no llega al extremo de convertir al juez en mero espectador de un daño inexorable".

12) Que, sobre tal base es que corresponde analizar la cuestión planteada.

13) Que el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica —invocado por el recurrente— dispone que:

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2".

14) Que, por su parte el art. 3º, punto 1. de la Convención del Niño establece que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Asimismo, el art. 16º.1 de la mencionada convención estatuye que "Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación" y 2. "El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

15) Que, en forma concordante, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 14º.1 que "...toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores".

16) Que como pauta para la interpretación de los tratados es necesario acudir al principio de buena fe conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos —que comprende además del texto el preámbulo y anexos— y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena). Asimismo, en lo que concierne al caso sometido a estudio es dable recurrir a las pautas hermenéuticas específicas que contienen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

17) Que, en este sentido cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su art. 29 que "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de

cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados...d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros pactos internacionales de la misma naturaleza". Por su parte el art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en a) el derecho de un estado parte o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

18) Que, por otra parte, este Tribunal en numerosos precedentes ha expresado que los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que éstas imponen o que en otras se establecen, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se logre darles aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 277:213; 279:128; 296:372; 319:3241, entre muchos otros).

19) Que el art. 75 inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquéllos "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. En tales condiciones, se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente (Fallos: 319:3148; 321:885; 322:875).

20) Que los niños gozan, además de los derechos de toda persona, derechos específicos indispensables para su formación, que requieren del adulto y de la sociedad —incluidos los medios de difusión—, comportamientos que los garanticen; tal es el sentido de la limitación que prevé el Pacto de San José de Costa Rica a la libertad de expresión al disponer que los espectáculos públicos pueden ser sometidos a censura previa con el objeto de proteger la moral de la infancia y la adolescencia.

21) Que, por otra parte, algunos derechos fundamentales no pueden ser derogados aun en tiempo de guerra o de otras emergencias que amenacen a la Nación. La convención Americana establece que los derechos a la personalidad jurídica, a la vida y trato humanitario, libertad de esclavitud, libertad de leyes ex post facto, libertad de conciencia y religión, los derechos de la familia, al nombre, los derechos del niño, de la nacionalidad y de la participación en el gobierno son inderogables —arts. 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18, 19, 20, 23 y 27— (confr. R. Higgins, Derogation Under Human Rights Treaties, 48 British Yearbook of International Law, 1976-7, pág. 281).

22) Que, en tales condiciones, la Convención Americana misma confiere un lugar especial en la jerarquía interna del tratado a los derechos del niño. Así la Convención Americana y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño guardan sustancial armonía y ambas confieren especialísima e inderogable tutela a los derechos del niño y sólo una lectura o interpretación parcializada o dudosamente regionalista de la Convención Americana podría hallar un conflicto de derechos cuando su misma normativa expresamente lo resuelve o previene.

23) Que, en consecuencia, pierde sustento la crítica que el recurrente efectúa a la ley 20.056 a la que tacha de inconstitucional, no sólo por ajustarse a los principios que emanan del pacto sino por conformarse a las pautas hermenéuticas señaladas por el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica y el 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establecen que deberá

prevalecer cualquier disposición de derecho interno que sea más conducente a la realización de los derechos de los menores. Esta norma prohibe en todo el territorio de la república la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de 18 años, que se encuentren, entre otros supuestos, en peligro moral o material a efectos de evitar que el menor pueda ser identificado, y le otorga a los jueces la facultad de autorizar la difusión cuando lo estimen conveniente. Dicha normativa es aplicable a casos como el presente, en los que está en discusión el emplazamiento en un determinado estado de familia, cuyo resultado es incierto y su contenido forma parte de la esfera reservada del individuo.

24) Que la "protección especial" enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3º —dirigida a los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos—, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, teniendo en consideración aquella solución que resulte de mayor beneficio para el menor. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del menor por ser un interés débil frente a otros, aun cuando se los considere no menos importantes.

25) Que no hay duda de que el niño tiene derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de sus representantes (art. 12.2 de la Convención del Niño) y la solicitud de protección judicial para que no se ventilen aspectos que hacen a su filiación encuentra sustento en los tratados examinados.

26) Que, en efecto, en primer lugar, en el art. 16 que lo habilita para repeler cualquier injerencia arbitraria o intromisión abusiva en su vida privada. En segundo lugar, cabe señalar que si bien es cierto que, de acuerdo a la Convención del Niño, el menor tiene un indiscutible derecho a conocer su verdadera identidad (arts. 7º y 8º), también lo es que el tratado citado obliga a los Estados Partes a preservar su identidad...sin injerencias ilícitas (art. 8º.1). El Pacto de San José de Costa Rica, también pone especial énfasis en la protección de los menores al expresar que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (art. 19).

27) Que, en el caso, es evidente el derecho del niño, ejercido por su madre, a establecer su identidad en un proceso rodeado de la mayor delicadeza y discreción en el cual sea posible hacerle justicia acerca del aspecto más interno de su personalidad, sin que la notoriedad del presunto padre justifique la publicidad de una controversia que indudablemente interesa más a las partes que a la sociedad, pese a que el resultado del litigio trascienda al interés público en cuanto constituya con certeza el estado de familia del niño, pues establecida la filiación, confluirán en vigorosa armonía los derechos de informar y del niño en dar a conocer su filiación definitiva. Mientras dure el proceso, la información habrá de aguardar. Los detalles y vicisitudes del proceso pertenecen, hasta el fallo, a la intimidad del niño. La publicidad de tales circunstancias, además de lesionar irreparablemente la intimidad del niño, puede hacer peligrar la objetividad del juicio y, por ende, la defensa de los derechos del menor, por el peligro más o menos concreto de la influencia de prejuicios anticipados sobre la decisión final de la causa (confr. en el mismo sentido art. 64, inc. b), del Reglamento para la Justicia Nacional).

28) Que a tal conclusión también se llega por vía de aplicación analógica del art. 40-2. inc. b, VII, de la Convención del Niño en cuanto se establece "que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento". En este sentido —como sostuvo el a quo— si la convención ha concedido una protección especial a los menores aun en el caso en que la

sociedad podría estar interesada en conocer detalles sobre la comisión de delitos, tanto más en el de su propia filiación.

29) Que según la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados Partes se obligan a impedir la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos (art. 34, inc. c). Ello demuestra que los estados se obligan en determinados supuestos a subordinar los derechos de la libertad de expresión a los del niño. Tal norma halla clara armonía con el art. 13.4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

30) Que, en sentido concordante, el Comité de los Derechos del Niño, al evaluar el informe inicial de la Federación de Rusia acerca de la aplicación de la convención (art. 44) se expidió positivamente respecto a la legislación de esa federación, a la que consideró como innovadora al garantizar los derechos de intereses de los niños. En relación al art. 16 destacó la normativa dirigida a impedir la difusión ilícita de información sobre la vida privada de un menor, sin su consentimiento, o la difusión de esa información en los medios de comunicación cuando ello se realice con ánimo de lucro o para satisfacer otros intereses personales, causando daño a los intereses morales y legales de los niños (Informes periódicos de los Estados Partes correspondientes a 1995-CRC/65/Add.5 20 de noviembre de 1998).

Asimismo, al evaluar el informe presentado por Georgia se destacó que las normas jurídicas en vigor se ajustaban en grado suficiente a las exigencias de la convención. Con relación al art. 16 se puso de relieve las normas relativas a los intereses de los niños encaminadas a impedir las interferencias arbitrarias en la intimidad del niño, así como toda conducta perjudicial para su dignidad y fama y también aquellas relativas al derecho de rechazar por vía judicial las informaciones o fotografías, incluidas las publicadas por los medios de comunicación, que vulneren el propio honor y dignidad, la vida privada, la inviolabilidad personal o la fama —disposiciones incorporadas al Código Civil, con arreglo a lo que establece la Constitución— (Informes Iniciales que los Estados Partes debían presentar en 1996 CRC/C/4/Add.4 Rev.1 15 de septiembre de 1998).

31) Que los jueces, a quienes el art. 3º dirige una petición expresa de atender el interés superior del niño, no pueden dejar de ponderar en cada caso cuándo la prevención del daño es preferible a la reparación ulterior. Tratándose de la intimidad de un menor no es difícil descubrir que su agravio genera un daño irreparable, porque no es mensurable y porque producida la información lesiva a los intereses del menor ésta no se puede retrotraer. En estos casos resulta importante reconocer al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión pues el daño a la intimidad puede "adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios" (doctrina de Fallos: 315:1943 voto del juez Boggiano). Es cierto que si la tutela preventiva de los jueces se extralimita, puede agraviar el derecho de información y no ser constitucionalmente aceptable. Pero lo que es carente de razonabilidad es que la tutela preventiva judicial pueda equiparase a la censura administrativa —en el sentido de la Constitución y los tratados de derechos humanos— hasta el límite que en su nombre se pueda eliminar el ejercicio de un derecho constitucional como es el de solicitar y obtener la tutela judicial efectiva de otros derechos fundamentales, donde la gravedad e irreparabilidad de los perjuicios se presentan de modo mucho más acentuado que en los daños que pueden darse en otros ámbitos del derecho.

32) Que a ello no empece que, para conciliar ambos derechos —libertad de expresión y derecho de intimidad de un menor— el control preventivo se adopte con cautela limitando sus alcances a lo estrictamente necesario.

33) Que, sobre la base de lo hasta aquí expuesto, y conforme al principio de buena fe de los tratados internacionales en juego (arts. 31 y 32 de la Convención de Viena), esta Corte entiende que es posible armonizar en el caso de autos el "conflicto de derechos" traídos por las partes, sin necesidad de violentar ninguno de los elementos en juego. En efecto, tal como se señaló, la tutela preventiva dirigida a hacer efectiva la protección a la intimidad del menor, no obsta a que ésta pueda limitarse a lo estrictamente indispensable, permitiendo de este modo el derecho de informar, pero evitando que a través de la publicación pueda provocarse un daño irreparable a un menor.

34) Que esta conclusión coincide con la interpretación que la Corte Interamericana otorga a la libertad de expresión al afirmar que "las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas" (OC 5/85). Ello significa que la prohibición de censura no es absoluta sino que puede ser restringida en supuestos especialísimos, como ocurre en autos.

35) Que, en el caso, un modo de conciliar ambos derechos —evitando darles un sentido que los ponga en pugna destruyendo unos por otros y adoptando como verdadero el que los concilie y deje a todos con valor y efecto— es restringir la difusión que permita identificar al menor, lo que incluye la difusión de su nombre e imagen así como el de su madre, domicilio, o cualquier otro extremo que previsiblemente pueda conducir a su identificación.

36) Que el control preventivo de los jueces, a fin de evitar un daño irreparable a un menor no implica, por cierto que el Poder Judicial avasalle la prensa, sino la utilización de una herramienta eficaz para la protección de derechos fundamentales brindándole un amparo adecuado.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia con el alcance indicado. Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada. Notifíquese y devuélvanse. ANTONIO BOGGIANO — ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que en el presente juicio de filiación, la juez de primera instancia dispuso "hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general, que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia" (fs. 3/3 vta.). La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modificó esa decisión, "limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de la menor de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de los terceros afectados" (fs. 164). Contra este pronunciamiento, Diarios y Noticias S.A. interpuso la apelación federal, que fue concedida.

2º) Que la apelante sostiene en el caso, al que atribuye gravedad institucional, que la sentencia de cámara desconoce la prohibición de censura previa, a la que asigna carácter absoluto, con base en el art. 14 de la Constitución Nacional y en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Postula que si el ejercicio del derecho de prensa lle-

gara a vulnerar otras libertades constitucionales, sólo procederían reparaciones ulteriores. Sostiene que el derecho a la intimidad de las personas no es absoluto, y que si su titular decidió someterlo a la consideración pública mediante un proceso judicial, —y más aun cuando la causa involucra a una personalidad pública— no puede negarse el derecho a ejercer la libertad de expresión. Expresa que el pronunciamiento apelado omitió la aplicación de la citada convención; que invocó una ley derogada, como es la 20.056 —cuya inconstitucionalidad planteó en subsidio— y que se apartó de la jurisprudencia de esta Corte. Por último, señala que están "fuera de duda las buenas intenciones que inspiraron a V.E., aunque ellas no se compadecen con nuestra Ley Fundamental, con un sistema democrático constitucional y con la realidad tecnológica en materia de comunicación" y, por último, propicia "un profundo cambio cultural...[que]...en materia de libertad de expresión, debe erradicar toda forma de restricción o censura y, simultáneamente, propender al desarrollo de una política educacional que permita transformar en una idea social dominante a la responsabilidad ética, así como también a la eliminación de falsos prejuicios sociales basados sobre la hipocresía" (fs. 193 vta./194).

3º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas constitucionales y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la decisión impugnada resultó contraria a los derechos que el recurrente pretende fundar en aquéllas. Cabe recordar que cuando se debaten cuestiones como la presente, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones de la cámara ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente otorga al derecho federal involucrado.

4º) Que en primer lugar, y a la luz del texto constitucional y de los tratados de igual jerarquía, corresponde establecer con toda nitidez la inteligencia que esta Corte ha trazado respecto de la prohibición de censura previa, esto es, genéricamente, la garantía que impide a las autoridades públicas controlar las ideas antes de su difusión.

Como criterio rector, se ha establecido que el derecho de prensa goza de una posición de excepción, toda vez que la Constitución asegura su ejercicio sin censura previa y prohíbe al Congreso dictar leyes que lo limiten. Así, se ha reconocido el principio según el cual cualquier restricción o censura previa contiene "una fuerte presunción de inconstitucionalidad" (doctrina de Fallos: 315:1943).

También se ha dicho que las garantías que rodean el derecho de prensa en el sistema constitucional argentino tienen un sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa (Fallos: 257:308). Estas impiden a las autoridades públicas controlar las ideas antes de su impresión, como así toda acción u omisión que restrinja la publicación y circulación de la prensa. Se ha expresado, asimismo, que la libertad de prensa estaría gravemente comprometida si después de reconocer y admitir en todo hombre el derecho de publicar libremente lo que crea conveniente, la autoridad pública pudiera reprimirlo y castigarlo por publicaciones de carácter inofensivo (Fallos: 270:268, 289; 312:916, entre otros).

5º) Que en el mismo sentido se ha postulado que la concepción del derecho de prensa como un valor absoluto rodeado de inmunidades y privilegios, encuentra su justificación en la protección de la esencia democrática "contra toda desviación tiránica" (Fallos: 248:291 y 321:2250, entre otros) y ostenta, en la sociedad contemporánea, una situación estratégica sin la cual la participación resultaría imposible. Tiene por función política, mediante la información, transmitir la voluntad de los ciudadanos a los gobernantes; permitir a aquéllos

vigilar el funcionamiento del gobierno; servir de escudo a los derechos individuales contra los excesos de los funcionarios y hacer posible a cualquier ciudadano colaborar con la acción de gobierno. Y como función social, contribuir mediante la crónica a dar noticias de la ciencia, la cultura, la educación, el deporte y el entretenimiento, los acontecimientos cotidianos y cuanto ocurre en el mundo que nos rodea y que tenga interés público (doctrina de Fallos: 315:1943).

Se ha expresado, asimismo, que el derecho de información, de naturaleza individual, adquiere conexión de sentido con el derecho a la información, de naturaleza social, al garantizar a toda persona el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos políticos, gubernamentales y administrativos, los recursos de la cultura y las manifestaciones del espíritu como un derecho humano esencial (Fallos: 314:1517). La acción de informar ha de ser preservada al máximo, a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de información que constituye al periodismo escrito en el reducto privilegiado para el pleno ejercicio de la libertad de expresión autónoma (Fallos: 313:740, disidencia del juez Fayt).

De igual modo, se ha resaltado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es categórica cuando proscribe toda forma de censura previa (Fallos: 316:2845). Este instrumento internacional establece que las "reparaciones ulteriores" son la única restricción ante al abuso de la libertad de expresión y prevé, a su vez, que las excepciones a esa prohibición consisten solamente en que la ley puede someter a censura previa los espectáculos públicos con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, y dispone la prohibición por ley de toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial y religioso, con las especificaciones de la norma (art. 13, incs. 4 y 5 de la convención). Por otra parte, también se ha pronunciado esta Corte en el sentido de que ese especial reconocimiento constitucional no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos, pues no existe el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 310:508 y 316:703, entre otros). Si la publicación es de carácter perjudicial y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace apología del crimen, se incita a la rebelión o la sedición, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones (Fallos: 167:121, 138).

6º) Que con base en todo lo reseñado, puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal ha sido consecuente con el principio rector según el cual el derecho de prensa goza en nuestro ordenamiento de una posición privilegiada.

Y esto no podría ser de otro modo, puesto que la sociedad contemporánea respira a través de la información y de la comunicación, de modo tal que en un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso (Alexis de Tocqueville, "La democracia en América", traducción de Luis R. Cuéllar, F.C.E., México, 1957, págs. 202 y sgtes.).

7º) Que en tales condiciones, corresponde resolver si esos principios fundamentales fueron desconocidos en la causa, como postula el apelante. Esto es, si lo decidido impide la discusión pública sobre las cuestiones debatidas en el expediente principal, y si así se afecta a la prensa, como el más poderoso baluarte de opinión y de información que hace a la esencia de los principios republicanos.

8º) Que teniendo en cuenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que sirve de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514), debe reco-

nocerse que la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 5-85 ha sido terminante cuando expresó que el Pacto de San José de Costa Rica "evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el art. 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto [de Derechos Civiles y Políticos] (art. 19), demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas" (número 50).

En verdad, la Convención Europea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana, estos dos últimos de jerarquía constitucional —como se ha recordado en el precedente registrado en Fallos: 315:1943, voto del juez Fayt—, establecen que los derechos que consagran pueden ser objeto de restricciones. Sin embargo, el alcance de esas limitaciones, en materia de libertad de prensa, es marcadamente más riguroso en la Convención Americana. Tan así es, que en la misma oportunidad, esa Corte expresó que la comparación entre aquélla y otros tratados internacionales, si bien es útil como pauta interpretativa "no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier tratado internacional".

También puede mencionarse que en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Nº 11/96 se reafirmó que las restricciones autorizadas en el art. 13.2 del Pacto de San José de Costa Rica sólo generan responsabilidades ulteriores, y en tanto fuesen necesarias para proteger los bienes que ese instrumento internacional enumera.

9º) Que en relación con lo anterior, corresponde examinar los contenidos de los principios establecidos en los ordenamientos fundamentales de los estados modernos.

En los regímenes constitucionales latinoamericanos conviven con genéricas prohibiciones a la censura previa —como en el caso de Costa Rica y Colombia, entre otros países—, regímenes que prevén esa proscripción para determinados supuestos. Esto último sucede con claridad en la Constitución Política de la República de Honduras, que establece la posibilidad de censura previa a fin de proteger, entre otros valores, "los derechos de las personas, especialmente de la infancia, de la adolescencia y de la juventud" (art. 75). El Salvador, de su lado, prevé que los espectáculos públicos pueden estar sujetos a censura, conforme a la ley (art. 6º de la Constitución de la República de El Salvador).

Por otra parte, del innegable aserto según el cual la Convención Americana reduce al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas (conf. Opinión Consultiva ut supra mencionada), no se sigue sin más que los países signatarios de la Convención Europea hayan desconocido un hórrido pasado de despotismo extremo con gobiernos que se mantuvieron en el poder merced —entre otras cosas— a la propaganda política, imponiendo largos períodos de censura.

Como evidente reacción ante esa realidad, los países miembros del Consejo de Europa declararon en el Convenio Europeo de 1950, que entre sus objetivos debía prevalecer la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Por tal razón, establecieron que ninguna de sus disposiciones debía ser "interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían

ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o cualquier otro Convenio, del que ésta sea Parte" (art. 60). Ese carácter subsidiario que se asigna el Convenio Europeo obliga a examinar con mayor detenimiento los ordenamientos internos de los países firmantes.

Así, la Constitución de la República Italiana (1947), prescribe en su art. 21 que "la prensa no puede ser sujeta a autorización o censura"; la Ley Fundamental alemana (1949) establece en su art. 5º, inc. 1, tercer supuesto, que no se ejercerá censura —"eine Zensur findet nicht statt"—; y la Constitución Española (1978) prevé en su art. 20, inc. 2, que la libertad de expresión "no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa".

Si bien algunos ordenamientos reconocen limitaciones al derecho de prensa, resulta necesario puntualizar qué valor le ha sido asignado a aquéllas. Así, en el derecho alemán, se establecen "límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal" (art. 5º inc. 2 de la Constitución alemana); sin embargo, de ello no se sigue que se encuentre autorizada la censura previa; sólo se describe el ámbito preciso en el que la vulneración de esos derechos es fuente de "medidas de control y represión posterior" (nachträgliche Kontroll - und Repressionmasshahmen). En efecto, con base en la ubicación sistemática de la prohibición de la censura, se ha afirmado que la existencia de censura previa fundada en estas previsiones "debe ser rechazada" sin más (Pieroth/Schlink, Grundrechte, ed. Müller, Heidelberg, 1998, págs. 145 y sgtes.).

10) Que la derrota del autoritarismo y la consiguiente protección de los derechos del individuo no se cristalizó exclusivamente en la por cierto preexistente prohibición de censura previa, tan celosamente defendida a escala mundial.

Nuestra Constitución sumó a sus principios fundacionales nuevos derechos y garantías que fueron construidos también sobre un reciente pasado autoritario. Lo ha hecho mediante diversas previsiones que regulan las relaciones de quienes viven en nuestro país, las que deben interpretarse como una estructura coherente y sistemática, de modo tal que cada disposición ha de ser entendida de acuerdo con el contenido de las demás.

Es por ello que todo anclaje fragmentario y dogmático en la prohibición de la censura previa como única herramienta valedera en el presente caso, en primer lugar, no resulta sino de una construcción que desconoce y vacía de contenido las demás previsiones constitucionales.

En segundo lugar, pasa por alto que otros derechos merecieron protecciones específicas que también encuentran fundamento en la preservación y el desarrollo de los principios republicanos.

11) Que, en efecto, de la prohibición de censura previa que establece nuestra Constitución, no se sigue, sin más, que otros derechos queden anulados o reducidos a meras articulaciones declamatorias.

La Convención sobre los Derechos del Niño, al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros, goza de jerarquía constitucional.

Establece la primera que "los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"; que "ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación"; y que "el niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques" (arts. 8º y 16, incs. 1 y 2).

12) Que ese claro mandato erige en un deber ineludible el de proteger —con la fuerza misma de la Constitución— la intimidad de la menor de autos. Desde esta perspectiva, la publicación de las cuestiones que se ventilan presenta un serio reparo en la Ley Fundamental, que consagra derechamente la protección de la privacidad del niño como un compromiso estatal ineludible.

De allí que pueda afirmarse que en la presente causa el censor no se ha encarnado en la justicia. Esta ha debido asumir los mandatos superiores de tutela a los niños, sin discrecionalidad, a fin de establecer frente a ellos el ámbito que le es propio a los derechos involucrados en el derecho de expresión: informar e informarse.

13) Que el derecho a la intimidad consagrado en el art. 19 de la Constitución, por cierto, no es absoluto. Pero si su protección está garantizada en ella para todas las personas, los niños merecen especial tutela por su vulnerabilidad, aspecto que está considerado expresa o implícitamente en profusos instrumentos internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 8 y 16; la Convención Americana, arts. 11 y 19; Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, arts. 23 y 24, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10).

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su preámbulo, con cita de la Declaración de los Derechos del Niño, que éste "por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento". También dispone que los niños deben "recibir la protección y asistencias necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad" y reconoce que "para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe(n) crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión".

Estas singularidades en torno a la situación de los niños, ya fueron señaladas por la Corte en la causa "Arenzón"; al valorarse entonces la figura de los docentes, se reconoció que éstos "trabajan sobre una circunstancia humana particularmente sensible", lo que los convierte en modelo de identificación para los niños, a quienes "estampan significativamente en su futuro comportamiento social" (Fallos: 306:400, voto de los jueces Belluscio y Petracchi).

14) Que cabe destacar que estas circunstancias han sido valoradas de manera categórica por los países latinoamericanos, los que por un lado ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño poco tiempo después de su aprobación, y por otro, establecieron en sus ordenamientos internos normas que los protegen especialmente. Tal es el caso de la República Federativa de Brasil, cuyo Estatuto del Niño y del Adolescente (ley 8069 del 13 de julio de 1990) dispone que éstos tienen derecho al respeto (art. 15), entendiéndose por tal, entre otras cosas, la preservación de la imagen e identidad (art. 17). De igual modo, se reconoce el ejercicio del derecho al reconocimiento de la filiación "observándose el secreto de justicia" (art. 27).

De manera contundente, la Constitución de la República del Paraguay, garantiza la libre expresión y difusión del pensamiento y la opinión "sin censura alguna, sin más limitaciones

que las dispuestas en esta Constitución" (art. 26). Y como clara restricción de jerarquía constitucional dispone que "los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente" (art. 54).

15) Que la citada convención también ha sido suscripta por los países europeos, en cuyos ámbitos internos, los gobiernos han dictado normas tuitivas de la intimidad de los niños y adolescentes.

En este sentido, advirtiendo a los países en los que la protección se considera insuficiente, el Informe Anual sobre el Respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea del año 1995 (Parlamento Europeo, Comisión de Libertades públicas y Asuntos interiores), señaló que "todos los países europeos tienen que ratificar solemnemente el derecho ilimitado del niño a la niñez, el derecho al libre desarrollo, el derecho a una vida digna de vivirse y humana. Ya no hay posibilidad alguna de eludir la inclusión de disposiciones sobre la protección de los niños en el Tratado de la Unión Europea".

16) Que similar cuestión a la que aquí se resuelve ha sido materia de recientes pronunciamientos del Tribunal constitucional alemán, dictados el 31 de marzo de 2000. En ellos se afirmó que los niños gozan de una protección especial contra los peligros que se derivan cuando son objeto de la información a través de los medios, toda vez que se puede afectar el desarrollo de su personalidad de un modo más grave que en el caso de los adultos: el ámbito en el cual los niños deben sentirse y desarrollarse libres de la observación pública debe ser protegido de un modo mucho más amplio.

Esto se fundamenta —sostuvo ese tribunal— en el propio derecho del niño a un desarrollo de la personalidad sin perturbaciones, las que se generarían mediante la publicación de asuntos que resulten "indecorosos", "vergonzantes" o que impliquen "reacciones adversas" alrededor del niño. Con base en estos argumentos se confirmó la sentencia que ordenaba a una editorial de revistas el cese en la publicación de artículos y fotografías que involucraban a un menor. Cabe señalar que no fue objeto de consideración por ese tribunal si se estaba o no ante un supuesto de censura previa. Se perseguía, en definitiva, lograr "la protección eficaz de la personalidad".

La decisión no se fundó, entonces, en las limitaciones a la libertad de prensa que la Ley Fundamental alemana establece (art. 5º, inc. 2), pues —como ya se afirmó— éstas sólo describen el ámbito en el que puede generarse la responsabilidad ulterior. Por el contrario, el citado tribunal se basó exclusivamente en el art. 2º, inc. 1, en función del art. 1º, inc. 1, de la Constitución alemana (derecho al libre desarrollo de la personalidad en función del principio de intangibilidad de la dignidad humana), enfatizándose el derecho de todo niño a "ser una persona" (Person-werden) y destacándose que su intimidad comprende tanto la esfera privada como el desenvolvimiento infantil (Urteile des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts, 1 BvR 1353/99; 1454/97).

El tribunal constitucional alemán distingue, a su vez, el concepto de privacidad, según se trate de un niño o de un adulto. En el precedente 1 BvR 653/96, del 15 de diciembre de 1999, se consideró que no podía aceptarse que las publicaciones que involucraban a una personalidad pública europea, afectaran el derecho a la intimidad con la misma intensidad que en el caso del hijo menor de edad de aquélla, a quien sí se le reconoció —como se expresó en el considerando precedente— la pretensión del "cese de publicar". Ello es así —aclaró en

el fallo BvR 1454/97 ya citado— independientemente de su condición de hijo de una figura pública.

17) Que en síntesis, es un valor aceptado que el adulto cuenta con mayores herramientas que el niño para sobreponerse a la afectación que a su intimidad se cause, lo que obliga a reflexionar con especial cuidado acerca de la eficacia de reparaciones ulteriores.

Ya en un caso vinculado con la publicidad de una sentencia —que no involucraba a menores— esta Corte expresó que "el órgano judicial del que emana la decisión impondrá limitaciones a su publicación —más o menos extensas por 'razones de decoro' o en resguardo de 'la intimidad de las partes o de terceros' (conf. art. 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)". Se dijo que "éstas son las excepciones a la regla republicana de la publicidad de los mencionados pronunciamientos, en razón de la importancia de dichos valores [y que] sólo compete a los jueces que dictan las sentencias evaluar si su difusión lesiona 'el decoro' o 'la intimidad'" (del voto de los jueces Boggiano y Petracchi en Fallos: 316:1632).

Es claro que la irrupción de un daño de esta naturaleza al niño —máxime si este último es protagonista de un conflicto familiar— atentará, inevitablemente, contra el libre desarrollo de una personalidad en plena formación, de conformidad con la inteligencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es por ello que se ha entendido que la identidad, nombre y relaciones de éstos merecen la tutela prevista por el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la ley 23.849, norma que veda su publicidad a través de "versiones periodísticas" (doctrina de Fallos: 318:541, disidencia de los jueces Petracchi y Fayt).

Asimismo, en oportunidad de pronunciarse en un caso que involucraba a un menor al que se atribuía ser hijo de padres desaparecidos, la mayoría del Tribunal enfatizó que "las cuestiones suscitadas en el incidente de disposición tutelar [debían ser juzgadas] de acuerdo con la verdad objetiva y los intereses del menor y resueltas sin descuidar lo que resulte mejor para su persona y desarrollo espiritual, mental y psicológico". Así se entendió que, entre otros vicios, la transgresión del carácter secreto de las actuaciones configuraba causal de nulidad (Fallos: 312:1580). La minoría, por su parte, si bien no consideró tal extremo como causal de nulidad de lo actuado, entendió que esa sanción no hubiera reparado "el eventual perjuicio que la menor haya podido sufrir al respecto" (disidencia de los jueces Petracchi y Fayt).

18) Que, justamente, proteger es resguardar de un perjuicio o peligro; de modo tal que sólo un desconocimiento de ese contenido —en los términos de la Convención del Niño y de otros instrumentos internacionales— podría justificar una conclusión que limitara a una reparación ulterior el alcance de esa protección. Nada más desacertado: proteger al niño es preservarlo, no indemnizarlo.

De modo tal, las reparaciones ulteriores que como principio proceden ante el ejercicio inadecuado de la libertad de prensa, resultan, ante un niño vulnerado en el libre desarrollo de su personalidad, irremediablemente antifuncionales.

Y ello es así porque las construcciones técnicas como la postulada, como así también las doctrinas generales no impuestas por la Constitución, valen en la Corte Suprema sólo en principio. Todo en la Corte es en principio, salvo la Constitución misma, que ella sí y sólo ella, vale absolutamente (Alfredo Orgaz, "El recurso de amparo", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1961, págs. 37/38).

19) Que del mismo modo, el paradigma del pleno y armonioso desarrollo de la personalidad desde la infancia constituye, entre otras cosas, la plataforma básica para la construcción de la ciudadanía en un estado democrático, y libre de toda manipulación autoritaria.

El logro de ese objetivo no supone desconocer el interés general que puede suscitar la discusión pública de cuestiones como las de esta causa.

Sin embargo, esta Corte considera que la sola reserva de aquellos datos que pudieran conducir a la identificación de la menor en nada afecta el pleno debate público en un Estado democrático, a la par que conjura el inconmensurable daño que podría causar a la niña la exposición de su padecer. Este simple cotejo demuestra que la extrema rigidez de la posición del recurrente sólo trasunta la aparente preservación de un dogma.

Igualmente entiende que la prohibición formulada por el a quo de difundir "cualquier noticia vinculada a la filiación de autos" excede la tutela que requiere la Convención sobre los Derechos del Niño, a la par que restringe la posibilidad del debate público. Ambos valores quedarían asegurados —en cambio— con la sola abstención de publicar todo dato que pudiera conducir a la identificación de la niña. En suma: la menor tiene derecho a no ser convertida en un objeto mediático.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca, con el alcance indicado, la resolución recurrida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítanse. CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que en el curso de este juicio de filiación la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de la primera instancia, en concepto de medida esencialmente tuitiva o tutelar preventiva, la decisión de hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general que "deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia" (fs. 3/3 vta.). En consecuencia, ordenó librar los pertinentes oficios al COMFER y a la Secretaría de Información Pública a efectos de su pertinente comunicación, como así también a los diferentes medios de prensa involucrados. Apelada la resolución por la agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil limitó la prohibición a "la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de la menor de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados". Contra tal pronunciamiento, Diarios y Noticias S.A. interpuso el recurso extraordinario federal, que fue concedido mediante el auto de fs. 215.

2º) Que la recurrente solicitó la apertura de la instancia extraordinaria sobre la base de que los jueces de la causa han desconocido sus derechos amparados por la Constitución Nacional y por el art. 13, inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sostuvo que la prohibición de la censura previa era una garantía absoluta y que cuando el ejercicio de la libertad de expresión vulneraba arbitrariamente otras libertades constitucionales, sólo podía acarrear responsabilidades ulteriores fijadas expresamente por la ley. Afirmó que el derecho a la intimidad tampoco era absoluto y que cuando su titular decidía someterlo a la consideración pública mediante la promoción de un proceso judicial —y máxime cuando la causa involucraba a una personalidad pública— no se podía negar el derecho a ejercer la libertad de expresión sobre el particular. Argumentó que los arts. 3º y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño no autorizaban la censura previa. El recurrente invocó, asimismo, gravedad institucional, que estaría configurada por la estrecha relación del tema litigioso con la forma republicana de gobierno, y arbitrariedad de sentencia, por cuanto los magistrados habrían sustentado la resolución en una ley derogada, cuya inconstitucionalidad planteó subsidiariamente.

3º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible por cuanto se ha cuestionado la inteligencia y aplicación de normas constitucionales y de tratados internacionales con jerarquía constitucional, y la decisión apelada es contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48). A los fines del recurso federal, la sentencia apelada es equiparable a definitiva puesto que es ésta la ocasión pertinente para la tutela de los derechos cuya lesión aduce el recurrente.

4º) Que el punto central a dilucidar es la alegada contradicción entre la prohibición de censura previa consagrada en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional por voluntad de los constituyentes de 1994, por una parte, y, por la otra, el principio del interés superior del niño y el derecho del niño a preservar su identidad y sus relaciones familiares sin injerencias ilícitas, tal como están consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional que también goza de jerarquía constitucional conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

5º) Que si bien es doctrina del Tribunal que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía, y que la coordinación es el verdadero criterio hermenéutico, de manera que todos los derechos subsistan en armónica coherencia (doctrina de Fallos: 272:231; 308:789 considerando 5º; entre muchos otros), ello es así en tanto no haya sido el constituyente quien atribuyera específicamente a ciertos derechos una importancia superior. Ello es lo que sucede con el derecho de expresarse libremente por la prensa, a punto tal que el constituyente no se conformó con consagrar en el art. 14 el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino que añadió en el art. 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa (Fallos: 315:1943, voto del juez Belluscio, considerando 10).

6º) Que la prohibición de censura previa es absoluta en la Constitución Nacional, del mismo modo que lo es la prohibición al Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa. La Constitución veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección de la dignidad y de la intimidad de las personas está en la responsabilidad civil y penal de quienes, desvirtuando la libertad que la Constitución les reconoce, utilizan la prensa para cometer de-

litos o actos ilícitos civiles (Fallos: 306:1892, voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 5º; 308:789; 310:508; 315:1943, voto del juez Belluscio, considerando 11). Cuanto mayor es la libertad, mayor será también la responsabilidad.

7º) Que la distinción entre la prohibición de censura previa y la responsabilidad ulterior por el abuso, han sido aceptadas también por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que refleja la tradición constitucional latinoamericana, y que consagra sin matices en el art. 13, inc. 2: "el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (la libertad de pensamiento y de expresión) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley...". Sólo admite la censura previa de los espectáculos públicos "con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2". Es decir, ni aun para esos elevados fines admite la censura impeditiva de la exhibición, sólo la acepta para regular el acceso de los menores a las representaciones (Fallos: 315:1943, voto del juez Belluscio, considerando 13).

8º) Que el respeto a los derechos humanos es un elemento esencial de la forma republicana de gobierno e inspiró a nuestros constituyentes para redactar el primer capítulo del texto fundamental (Fallos: 321:885, disidencia del juez Belluscio). Ante una eventual imposibilidad de coordinar estos derechos y los consagrados en los textos incorporados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, tras la reforma de 1994, la correcta hermenéutica obliga a dar primacía a los primeros. Ello es así no sólo porque los tratados que comprometen a la República Argentina deben estar conformes a "los principios de derecho público establecidos en esta Constitución" (art. 27 de la Carta Magna), sino en razón de que los constituyentes de 1994 expresaron claramente que los tratados enunciados en el inc. 22 del art. 75 "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, **no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución** y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (el énfasis no está en el texto) (Fallos: 321:855, considerando 7º, disidencia del juez Belluscio).

9º) Que la absoluta prohibición de la censura previa es inescindible del presupuesto que justifica la rigidez de la norma, es decir, el ejercicio de la libertad de prensa propia de un estado republicano de derecho. No cubre el delito ni alienta su comisión.

En el sub examine, es equivocado el argumento del apelante en cuanto a que el derecho a la intimidad se diluye cuando su titular decide promover un proceso judicial; esa interpretación conduciría a limitar el acceso a la jurisdicción de quienes persiguen esclarecer su estado de familia. La imposibilidad de prohibir una información o idea antes de que se imprima o emita no significa abrir juicio sobre el carácter lícito o ilícito de los actos que realicen los medios. Las normas y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño dan el criterio para que una conducta se califique de acto ilícito civil, sin perjuicio de su tipificación penal si correspondiera. Coartar la libertad antes de la publicación o de la emisión de las ideas significa prejuzgar sobre la incapacidad de los medios de prensa de ejercer responsablemente su función, y entrañaría desconocimiento sobre el efecto disuasivo de la sanción ulterior que el ordenamiento jurídico prevé para quien vulnere la intimidad de un menor o tenga indebida injerencia en su vida privada y familiar.

10) Que el art. 3º, ap. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño orienta la interpretación y aplicación de todo el plexo normativo, tarea en la cual se ha de tener como considera-

ción primordial el interés superior del menor. Nuestro país ha conocido una dramática historia de ocultamientos en la filiación de los niños como para creer que necesariamente es de su mejor interés que la prensa permanezca ajena a toda información y no sea capaz de fijar por sí los límites de su función dentro de la ley.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario, se revoca la decisión apelada y se rechaza la pretensión deducida por la parte actora (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión planteada. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que en el presente juicio de filiación la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión —incluida por la magistrado dentro de las "vías esencialmente tuitivas o tutelares preventivas"— de "hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia" (fs. 3/3 vta.). A renglón seguido se ordenó librar "los pertinentes oficios al COMFER y a la Secretaría de Información Pública, a efectos de su pertinente comunicación, como así también a los diferentes medios de prensa involucrados".

2º) Que la mencionada resolución fue apelada por el apoderado de "Diarios y Noticias S.A." (DYN), agencia de noticias que —al decir de aquél— "fue constituida y está integrada, con el carácter de accionistas, por las más importantes empresas editoras de diarios del país, tanto en el orden nacional como provincial" (fs. 88).

3º) Que en oportunidad de pronunciarse sobre el recurso, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió "modificar la resolución de fs. 3, limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de la menor de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados" (fs. 164).

El a quo expresó, entre otras cosas, que "la prevención, como mecanismo para neutralizar perjuicios no causados...constituye una efectiva preocupación y anhelo de los juristas...este derecho a la prevención, asegurado por la Constitución como garantía implícita, en el derecho privado juega como un mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar, tanto o más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios causados...en especial tratándose de derechos personalísimos la prevención del daño es preferible a su reparación..." (fs. 161/161 vta.). Para concluir que, por su situación de inferioridad, "los incapaces merecen una tutela preventiva mayor que los adultos por parte de los jueces, porque así se les permite nivelar sus derechos más elementales y básicos con los de aquéllos" (fs. 162 vta.). Sostuvo, finalmente, que la protección preventiva a la intimidad se encuentra prevista en derechos como el español y el francés (fs. 162 vta./163 vta.).

4º) Que contra esa decisión "Diarios y Noticias S.A." interpuso recurso extraordinario en el que alegó que el pronunciamiento contradecía la prohibición de censura previa, de carácter absoluto, que consagran el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (fs. 172/194).

5º) Que el recurso fue bien concedido por el a quo, pues en el caso existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria de esta Corte. En efecto, ha sido cuestionada la inteligencia de las normas mencionadas en el considerando precedente y la decisión impugnada es contraria al derecho que el apelante pretende fundar en ellas (art. 14, inc. 3, de la ley 48). La sentencia es —además— equiparable a definitiva, puesto que es ésta la ocasión pertinente para la tutela del derecho constitucional cuya lesión aduce el recurrente.

6º) Que la Constitución Nacional veda expresamente la censura previa en su art. 14: "**Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos...de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...**".

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) —que ostenta jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994— establece en su art. 13:

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2º".

7º) Que el texto del pacto, al regular de modo detallado y preciso el tema sub examine, entronca claramente con la filosofía que inspiró la Ley Fundamental.

A pesar de que los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional aluden a la "prensa" y a la "imprenta", respectivamente, la evolución jurisprudencial llevó a considerar comprendidas dentro de la garantía constitucional a expresiones que, por ejemplo, no encuadraban en el concepto de prensa escrita (conf. **Fallos: 282:392 y 295:215**). La voz "prensa", en verdad, no había sido entendida en su acepción propia ni siquiera por los constituyentes. Así, la Comisión Examinadora de la Constitución Federal consideraba, en 1860, a "la palabra escrita o hablada uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar" (conf. **Fallos: 315:1943, pág. 1992; íd., pág. 2035**).

El pacto impide, en cambio, toda duda sobre el ámbito que comprende su regulación: el art. 13 se refiere a la expresión oral, escrita, impresa, artística o formulada "por cualquier otro procedimiento de su elección".

Por otra parte, al puntualizar que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir **informaciones e ideas** de toda índole",

hace imposible toda interpretación que pretendiera circunscribir el derecho a las "ideas", con exclusión de lo meramente "informativo".

8º) Que, en consecuencia, el sistema normativo que resulta de los recordados artículos de la Constitución y del pacto puede sintetizarse así: categórica prohibición de la censura previa y admisión de las responsabilidades ulteriores.

Por otra parte, la veda expresa de la censura previa es un rasgo común del constitucionalismo latinoamericano. En los textos constitucionales vigentes al año 1992, contenían esa prohibición las constituciones de Bolivia (art. 112 in fine); Brasil (Título II, art. 5. IX); Colombia (art. 20); Costa Rica (art. 29); Chile (art. 19, ap. 12); El Salvador (art. 6); Guatemala (art. 35); Honduras (art. 72); México (art. 7); Nicaragua (art. 67); Panamá (art. 37); Paraguay (art. 26); Perú (Título I, art. 2, ap. 4); República Dominicana (art. 8, ap. 6); Uruguay (art. 29); y Venezuela (art. 66) (conf. **"Las Constituciones de Iberoamérica"**, edición preparada por Luis López Guerra y Luis Aguiar de Luque, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992).

Esto demuestra que los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13 del pacto son, en cuanto a la terminante proscripción de la censura previa, el resultado de una poderosa tradición constitucional latinoamericana que no tiene parangón en otros continentes.

9º) Que así lo destacó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la **Opinión Consultiva 5/85**, del 13/11/85, cuando expresó: "La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea [de Derechos Humanos], que está formulado en términos muy generales...En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo pacto, **sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa**" (parágrafo 45, las negritas no pertenecen al original).

A su turno, en la citada Opinión Consultiva 5/85, el juez Rodolfo E. Piza Escalante expresó en su opinión separada: "Como se ve, el artículo 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al artículo 13.2 de la Convención Americana, **salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa** y a que sustituyó, de modo expreso, la posibilidad de 'ciertas restricciones' del primero, por la de 'responsabilidades ulteriores', sustitución que no puede considerarse accidental o semántica sino intencional y de fondo" (parágrafo 8, las negritas no pertenecen al original).

A su vez, el juez Pedro Nikken declaró en la citada O.C. 5/85. "...lo que es legítimo según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o según la Convención Europea de Derechos Humanos, puede ser ilegítimo en América, por apartarse de la Convención Americana [...] mientras menos diferencias culturales y políticas existan entre los Estados que los negocian, es más fácil concluir tratados más avanzados. No es sorprendente, pues, que la Convención Americana, firmada casi veinte años después que la Europea y que sólo abarca a las Repúblicas Americanas sea más avanzada que ella y también que el Pacto, que aspira a ser un instrumento que comprometa a todos los gobiernos del planeta" (parágrafo 5).

10) Que en igual sentido se manifestó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 11/96, aprobado el 3-5-96 (caso 11.230, "**Martorell**"): "La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párr. 4 del art. 13 es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación

de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma" (conf. La Ley 1996-D-1687, 1691). Y más adelante: "El art. 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior", pues "la censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el art. 13 de la Convención" (págs. 1692 y 1693).

11) Que la prohibición de la censura previa tiene rasgos más categóricos en nuestra Constitución y en el Pacto de San José de Costa Rica que los que presenta en el régimen constitucional norteamericano. Ello otorga singularidad a esta materia pues es conocida por todos la influencia que la Constitución de los EE.UU. tuvo en nuestra Ley Fundamental.

Para empezar, aquella prohibición no aparece sancionada expresamente en el texto norteamericano, aunque se admite casi unánimemente que el propósito principal de la Primera Enmienda fue impedir todas aquellas restricciones previas sobre las publicaciones tal como habían sido practicadas por el antiguo régimen (**Patterson v. Colorado ex rel. Attorney General**, 205 U.S. 454, 462 — 1907).

Hay coincidencia, sí, en que toda restricción previa (**prior restraint**) sobre una determinada expresión adolecerá de una fuerte presunción de inconstitucionalidad, la que será muy difícil de evitar (**Organization for a Better Austin v. Keefe**, 402 U.S. 415, 418/420 — 1971), pero no hay consenso sobre cuán riguroso debe ser el estándar aplicable para juzgar la restricción (confr. sobre este último punto los votos de los distintos jueces de la Suprema Corte en **New York Times Co. v. United States**, 403 U.S. 713, caso "De los Documentos del Pentágono", año 1971; confr. también "**Nebraska Press, Assn. v. Stuart, Judge**", 427 U.S. 539 - 1976).

12) Que esas diferencias entre las tradiciones constitucionales norteamericana y latinoamericana —**no tanto en lo que hace a la aversión a la censura previa, sino en lo relativo a la intensidad de su prohibición**— se pusieron en evidencia durante el proceso de gestación del Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, en la Conferencia Interamericana celebrada en Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, al ponerse en consideración el que luego sería art. 13, ap. 2, el delegado estadounidense observó que debía evitarse la redacción de aquél en "términos absolutos" e hizo referencia a la censura en su país. Su postura mereció el rechazo de otros delegados —entre ellos el argentino— que no compartieron esa posición menos estricta en materia de censura previa y se negaron a morigerar el texto. La propuesta estadounidense fue rechazada en la votación y la norma, finalmente, quedó sancionada, en ese punto, como se la había propuesto (**Actas y Documentos de la Conferencia**, publicación oficial de la Secretaría General de la O.E.A., reimpresión de 1978, acta de la octava sesión de la Comisión I del 13-11-69, pág. 213).

13) Que, hechas estas aclaraciones, cabe puntualizar que es propia a la censura previa (y eso la distingue de la responsabilidad ulterior) su aptitud para **interrumpir el proceso comunicativo antes de que éste se haya desarrollado**. Por eso la actividad del censor ha sido caracterizada, a veces, recurriendo a metáforas como la de aquél que tiene la posibilidad de interrumpir el proceso expresivo "de un plumazo" o "haciendo girar la perilla", según el tipo de expresión a la que se refiera (**Ward v. Rock Against Racism**, 491 U.S. 781, 808-1989). Esa censura se lleva a cabo **antes** de que aquélla haya llegado a los destinatarios y **antes** de que se pongan en funcionamiento las garantías propias de un proceso. Comprende —como lo dijo la Corte en **Fallos: 217:145, 161**— no sólo el examen previo del contenido de las publicaciones

que se van a efectuar sino también una censura practicada con respecto a la decisión o iniciativa de ejercitar el derecho de que se trata. En otro precedente, la Corte caracterizó a la censura previa como "el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir" (**Fallos: 269:189**, considerando 4º).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de España expresó: "como censura hay que entender, al margen de otras acepciones, la intervención **preventiva** de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales" (Tribunal Constitucional de España, sentencia Nº 176/95 del 12-12-95, en "Jurisprudencia Constitucional", Tº 43, pág. 547, las negritas no están en el original).

Es destacable la posición adoptada por la Suprema Corte de los EE.UU., según la cual una sociedad libre prefiere penar a los pocos que abusan del derecho a expresarse **después** que han infringido la ley, en vez de sofocarlos —a ellos y a todos los demás— de antemano. Es siempre difícil saber por adelantado qué dirá una persona y la línea entre el discurso legítimo e ilegítimo está, muchas veces, tan finamente trazada que los riesgos de dar rienda suelta a la censura son temibles (**Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad**, 420 U.S. 546, 559-1975).

Un caso que, en nuestro país, ilustra elocuentemente el carácter **previo** de la censura proscripta fue la medida —después revocada por la Corte— por la que se ordenó a un canal de televisión y a un conocido cómico que se abstuvieran de emitir imágenes o conceptos relacionados con una juez federal, bajo apercibimiento de desobediencia (**Fallos: 315: 1943**, caso "Servini de Cubría").

14) Que la prohibición de censurar en forma previa alcanza también a los órganos judiciales, que no pueden alzarse contra aquélla invocando su facultad de dictar medidas cautelares o preventivas (conf. el ya citado **Fallos: 315:1943**, voto del juez Petracchi, considerandos 15-20; voto del juez Belluscio, considerando 14; voto del juez Boggiano, considerandos 18 y 23; disidencia del juez Fayt en **Fallos: 312:916**, considerando 11).

Es igualmente relevante el ya citado dictamen de la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** en el caso "Martorell", ocasión en la que consideró que la Corte Suprema de Justicia de Chile, que había prohibido el ingreso, distribución y circulación del libro "Impunidad diplomática", violaba el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (La Ley, loc. cit., especialmente págs. 1694/1695).

En este punto no hay diferencias con la jurisprudencia constitucional norteamericana: ésta ha resuelto que tanto "**injuntions**", como "**restrictive orders**" (todas ellas expresiones de típicos mandatos judiciales) pueden perfectamente caer dentro de la categoría de **prior restraint** y padecer, por lo tanto, la fuerte presunción de inconstitucionalidad que, en el derecho estadounidense, la caracteriza (conf. **Near v. Minnesota ex rel. Olson**, 283 U.S. 697-1931; **Organization for a Better Austin v. Keefe**, 402 U.S. 415-1971); **New York Times Co. v. United States**, 403 U.S. 713-1971; **Nebraska Press, Assn. v. Stuart, Judge**, 427 U.S. 539-1976). En este último caso —por ejemplo— se revocó una decisión de la Suprema Corte de Nebraska por la cual se impedía tanto la información sobre ciertas confesiones que el acusado de un grave delito habría hecho con antelación al juicio, como así también la de cualquier otro hecho que pudiera comprometerlo fuertemente.

Se ha sostenido en los EE.UU. que es un fundamental y benéfico mandato constitucional el que establece que la discusión de los asuntos públicos en una sociedad libre no pueda depen-

der de la gracia preliminar de los censores judiciales (**Nebraska Press** cit., 427 U.S. 539, 573, voto del juez Brennan, al que adhirieron los jueces Stewart y Marshall).

La Suprema Corte de ese país ha reiterado, más recientemente, que el término **prior restraint** es usado para describir órdenes administrativas y judiciales que prohíben ciertas comunicaciones con antelación al momento en que éstas debían haberse exteriorizado (**Alexander v. United States**, 509 U.S. 544-1993).

15) Que prohibida, como regla, la censura previa —incluso la de origen judicial— cabe examinar si existe alguna excepción a ella, en nuestro sistema constitucional.

Al interpretar el art. 14 de la Constitución Nacional ha sido destacado el carácter absoluto que reviste la prohibición de la censura previa (conf. voto del juez Petracchi en **Fallos: 306:1892**, considerando 9 y sus citas; voto del juez Belluscio en **Fallos: 315:1943**, considerando 11 y sus citas).

También el texto del art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica evidencia el carácter rígido de la prohibición de la censura previa, que —como fue dicho— hunde sus raíces en la tradición latinoamericana. "**El ejercicio del derecho... no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores...**". Estas últimas (las ulteriores), deben: 1º) estar fijadas expresamente por la ley, y 2º) ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Como se advierte incluso la tutela de la "seguridad nacional" queda diferida, según el pacto, a la responsabilidad ulterior (sin perjuicio, claro está, de la suspensión de garantías que autoriza el art. 27 y que puede afectar al derecho del art. 13).

La sola excepción prevista es la del ap. 4 que expresa: "**Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2º**".

En los debates previos —como se reseñó— se habían resaltado los "términos absolutos" de la norma (términos que la mayoría de los delegados acordó mantener).

Con posterioridad a su sanción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: "Estipula [el art. 13.2 del pacto], en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es **siempre** incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, **incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión**. En esta materia **toda** medida preventiva significa, **inevitablemente**, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención" (Opinión Consultiva 5/85, del 13/11/85, parágrafo 38, las negritas no pertenecen al original).

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dijo: "La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párr. 4 del art. 13 es absoluta" (caso "Martorell" ya citado).

Existe coincidencia, entonces, entre el texto del pacto —que es de una claridad no susceptible de distorsión—, las intenciones de quienes lo redactaron y la interpretación de aquellos órganos interamericanos que, debe suponérselo, le adjudican su cabal sentido (conf. **Fallos: 318:514**, considerando 11). Texto, antecedentes e interpretación coinciden en atribuir a

la prohibición de censura previa del art. 13.2. el carácter de "absoluta", con la única excepción contemplada en el art. 13.4. y siempre con la salvedad del art. 27 (suspensión de garantías).

16) Que resta examinar si la prohibición de censura previa establecida en los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13.2 del Pacto de San José de Costa Rica puede encontrar excepción en un precepto genérico como es el art. 3.1 de la **Convención sobre los Derechos del Niño**. Esta norma establece: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Parece claro que la norma transcripta sólo impone —en lo que interesa— el criterio inspirador que deberá guiar la actuación de los órganos de los distintos poderes del Estado, que —como se indica— tendrán que atender primordialmente al "interés superior del niño". La señalada actuación deberá ser, obviamente, **conforme a derecho**, pues no podría considerarse a la citada norma como una autorización para hacer tabla rasa con cualquier institución jurídica so capa de que así se tutelarían mejor los intereses del menor.

En el caso específico de los tribunales, casi es innecesario puntualizar que el citado art. 3º.1. no puede ser leído como si concediera una implícita y genérica habilitación para fallar siempre contra legem (menos aún si la ley es —como en el caso del Pacto de San José— también de jerarquía constitucional). Su alcance es el de priorizar el mentado "interés superior" en el marco de interpretaciones y aplicaciones jurídicas posibles. No, en cambio, el de subvertir todo derecho (público o privado) en aras del aludido interés.

17) Que, por otro lado, cabe reparar en que los textos de los arts. 16 (incs. 1º y 2º) de la **Convención sobre los Derechos del Niño** y 11 (incs. 2º y 3º) de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, son casi idénticos. El primero establece que: "1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia...2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques". La segunda norma (la del Pacto de San José) dispone: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia...3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

La gran semejanza permite afirmar que, **en el ámbito de las responsabilidades ulteriores**, ambas convenciones (no una sola, sino las dos) estatuyen sistemas similares y persiguen tutelar parecidos derechos. Empero, la diferencia decisiva aparece en el **ámbito de la censura previa**; aquí, contrariamente a lo que sucede en los otros textos internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo), la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una prohibición categórica, ausente en aquéllos. Ello debe ser reconocido y responde —como ha sido desarrollado— a una singularidad propia del derecho constitucional latinoamericano y a la expresa voluntad de quienes concurrieron a la redacción del art. 13 del Pacto de San José.

Desconocer los alcances que en esta materia tiene la Carta Regional de los Derechos Humanos —trayendo a colación la permisividad censoria que se advierte en otras latitudes— no sólo reflejaría una hermenéutica errónea sino que borraría uno de los rasgos más peculiares del sistema americano, en aras de no se sabe qué vaga homogeneización.

18) Que algunos pueden pensar que, en vez del sistema descripto, hubiera sido preferible adoptar otro que no proscribiera de raíz todo acto de censura sino que permitiese su ejerci-

cio en determinadas circunstancias y a determinada clase de personas. Estas, seleccionadas por su probidad y conocimiento (léase, jueces), ponderarían en cada caso —balance **ad hoc** e **inaudita parte**— los valores o intereses en pugna: de un lado, la eventual expresión de que se trata, del otro, los derechos que podrían verse afectados por su exteriorización. Así podrían determinar cuál de los dos imaginarios platillos de la balanza tendría más peso o entidad para resolver si procede, o no, una supresión (total o parcial) de la expresión antes de que ésta se manifieste.

A ello debe responderse que, en materia de censura, el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. La aversión a los sistemas de censura no se basa en la presunta deshonestidad o ignorancia de quienes los ejercen. Los probos y los doctos han sido, históricamente, los censores más eficazmente represivos al momento de ejercer la actividad censoria. La propia dinámica del sistema de censura es la nociva —con su tutela paternalista que controla anticipadamente lo qué se puede decir, oír o ver—, no las personas llamadas a ejecutarlo.

19) Que, de todos modos, no es en el terreno de la polémica donde la cuestión debe dirimirse, sino en el de la simple constatación de cuál es el sistema adoptado por la Ley Fundamental. Como resulta de los textos analizados en los considerandos precedentes surge claramente que aquél ha proscripto (con las salvedades indicadas) a la censura previa como categoría. Por ello es innecesario —o, más bien, improcedente— considerar si el concreto acto de censura importó un ejercicio "bueno" o "malo" de la facultad censoria. Es ésta la que no existe como posibilidad jurídica.

Esto concluye la cuestión. No hay que formular ninguna elección, porque ésta ya ha sido hecha. Puede también aquí decirse que "esta es precisamente la clase de opciones...[que la ley constitucional] hizo por nosotros" (425 U.S. 748, 770-1976).

20) Que las medidas judiciales tomadas en el sub examine han consistido en impedir **anticipadamente** determinadas expresiones, por el temor de que algunos daños a ciertas e individualizadas personas fueran a producirse si aquéllas llegaran a efectivizarse. No están comprendidas en la excepción del art. 13.4. del Pacto de San José de Costa Rica y son de naturaleza igual a las que fueron juzgadas en "Servini de Cubría" y "Nebraska Press" (considerandos 13 y 14). Como ellas, deben ser dejadas sin efecto.

En este tema el temor no es buen consejero, porque es la Ley Fundamental la que ha optado por asumir riesgos. Como dijo esta Corte en **Fallos: 270:268 y 289**: "**...**la Constitución ha proscripto el recurso de la censura previa, prefiriendo correr el peligro del posible abuso de la libertad de imprenta". Esta es la simple doctrina que impide aplicar —en este ámbito— el "derecho a la prevención" invocado por el a quo. Frente a la seguridad que otorga el silencio impuesto preventivamente para que nadie resulte lesionado a raíz de lo que pueda decirse, nuestro sistema ha preferido correr el albur de la libertad. Desde luego —y sería casi innecesario recordarlo— quien actúe en libertad será responsable por el uso que haga de ella.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario, se revoca la decisión apelada y se rechaza la pretensión deducida por la parte actora (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

---

3) LIBERTAD DE PRENSA - DERECHO DE RÉPLICA.

Derecho de réplica - Supremacía - Tratados Internacionales - Medios de comunicación.

Ekmekdjián, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros - 7/07/1992 - Fallos: 315:1492.

✎ ***Antecedentes:*** (15)

La Cámara de Apelaciones rechazó el amparo interpuesto por Miguel Angel Ekmekdjián, contra Gerardo Sofovich en ejercicio del derecho de réplica, para que se lo condenara a leer una carta contestando a Dalmiro Sáenz, quien expresó frases que consideraba agraviantes en relación a Jesucristo y a la Virgen María.

La Corte, por mayoría, declaró procedente el remedio federal, dejó sin efecto el pronunciamiento de grado y condenó a Sofovich a leer en su programa la primera hoja de la carta.

Los Jueces Petracchi y Moliné O'Connor (16), en disidencia, sostuvieron que si bien el Pacto de San José de Costa Rica integraba el ordenamiento jurídico argentino y en virtud de su art. 14 lo hacía operativo, Ekmekdjián carecía de legitimación para ejercer el derecho que pretendía, ya que la información que originara el derecho de rectificación o respuesta debía referirse a la persona directamente aludida en la noticia, poniendo de ese modo en cuestión la mismidad intransferible de aquélla.

Por su parte, el juez Levene, también en disidencia, sostuvo que el perjuicio que autorice a demandar con fundamento en el instituto del derecho de réplica o rectificación, debe provenir de un ataque directo al honor (17), la dignidad y la intimidad sin que las aflicciones o sentimientos que produzcan las expresiones ideológicas, políticas o religiosas vertidas públicamente, puedan considerarse como tales cuando no están dirigidas a persona determinada sino contra el patrimonio común de un grupo que, por más respetable que sea, escapa a la tutela del derecho de respuesta.

El juez Belluscio, en disidencia, afirmó que al derecho de réplica no puede encontrársele operatividad directa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos pues lo remite a "las condiciones que establezca la ley". Este derecho trata de permitir la respuesta o rectifi-

---

(15) **Nota de Secretaría:** En la causa "**Cerrutti, Armando H. c/ Zampaterra, Eugenio" (Fallos: 208:78)** se invocó por primera vez ante la Corte Suprema la aplicación de tratados internacionales, en esta causa la Corte reafirmó la doctrina por la cual las manifestaciones verbales o escritas del pensamiento no están comprendidas en el concepto de actos hostiles a que se refiere el art. 219 del C. Penal, rechazando el recurso extraordinario.

(16) **Nota de Secretaría:** Si bien la Corte por mayoría rechazó el recurso extraordinario por falta de fundamentación, ver, en similar sentido, la disidencia del juez Moliné O'Connor en la causa "Rozenblum, Horacio Bernardo c/ Vigil, Constancio Carlos y otros." (Fallos: 321: 2314).

(17) **Nota de Secretaría:** en la causa **"Fernández Valdéz, Manuel Guillermo s/ amparo" (Fallos: 284:345**) la Corte sostuvo que al cometerse públicamente un delito contra el honor o por otro medio de difusión, el art. 114 del Código Penal faculta a los jueces a disponer la publicación de la sentencia en un periódico ajeno al hecho, llenando de ese modo, el vacío existente en la legislación para los supuestos en que el ofendido se encontraba privado de un acto reparatorio al que tenía derecho, sin que ninguna razón de equidad lo justificara.

cación a quien fue directamente aludido y no abrir un debate en el cual cada habitante de la Nación pueda rebatir las ideas expresadas por otro en un medio de difusión.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Derecho de réplica (Mayoría: Considerandos 10 y 13; Disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor: Considerando 25; Disidencia del juez Levene: Considerandos 9º y 21 y Disidencia del juez Belluscio: Considerando 6º)

b) Tratados internacionales - Operatividad (Mayoría: Considerandos 15 y 22; Disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor: Considerandos 13 a 17; Disidencia del juez Levene; Considerando 5º, 8º, 10, 11 y Disidencia del Juez Belluscio: Considerando 5º)

c) Derecho a réplica - Libertad de prensa - Censura previa. (Mayoría: Considerando 23; Disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor: Considerando 19; Disidencia del juez Levene: Considerando 17, 19 y 22 y Disidencia del juez Belluscio: Considerando 6º).

d) Representación colectiva - Ejercicio (Mayoría: Considerando 25; Disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor: Considerandos 19 y 24; Disidencia del juez Levene: Considerandos: 17, 21 y 22 y Disidencia del juez Belluscio: Considerando 6º)

Estándar aplicado por la Corte:

- Entre las técnicas de prevención y de seguridad para evitar, atenuar y reparar los abusos y excesos en que incurren los medios de comunicación se encuentra el ejercicio de los derechos de respuesta y rectificación, en tutela de la libertad de expresión y la adecuada protección de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores.

- En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta o rectificación ha sido establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por la ley 23. 054 es ley suprema de la Nación según lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional. Entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales pudiendo determinar las características con que este derecho se ejercitará (18).

(18) **Nota de Secretaría:** Con anterioridad, la Corte, en el caso "**Costa, Héctor Rubén c/ M. C. B. A." (Fallos: 310:508)",** sostuvo que resulta procedente la reparación de los daños causados toda vez que el "derecho de réplica o rectificación" consagrado en la Convención sobre Derechos Humanos, aprobado por la ley 23.054 no ha sido objeto aun de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno sin que exista obstáculo alguno en orden imperativo en que, frente a la notable vinculación existente entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor, éste encuentre una protección adicional en el art. 1071 bis del Código Civil que permite como forma de reparación no excluyente la publicación de la sentencia; y análogamente el art. 114 del Código Penal consagra también esta forma de tutela. Ver pág. 193 del presente suplemento.

En la causa **"Conesa Monez Ruiz, Horacio c/ Diario Pregón S.R.L." (Fallos: 316:1606)** la Corte, por mayoría, resolvió que era arbitrario el pronunciamiento que desestimó el recurso de inconstitucionalidad en el que se había

- Todos los habitantes tienen el derecho de expresar y difundir, sin censura previa, su pensamiento —ideas, opiniones, críticas— por cualquier medio de comunicación; y aquellos que por causa de una información inexacta o agraviante sufra un daño en su personalidad tiene derecho a obtener mediante trámite sumarísimo una sentencia que le permita defenderse del agravio moral mediante la respuesta o rectificación, sin perjuicio del ejercicio de las restantes acciones civiles y penales que le pudieren corresponder.

- A diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 7 de julio de 1992.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Miguel Angel Ekmekdjián c/ Sofovich, Gerardo y otros", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó el amparo interpuesto por Miguel Angel Ekmekdjián, en ejercicio del derecho de réplica, contra Gerardo Sofovich. Contra dicho pronunciamiento el actor dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja.

2º) Que de acuerdo a lo expuesto por el recurrente, lesionado profundamente en sus sentimientos religiosos, a fs. 84/85 promovió demanda de amparo contra Gerardo Sofovich, para que se lo condenara a leer en el programa "La Noche del Sábado", —que se emitía por el canal 2 de televisión—, una carta documento que le remitiera contestando a Dalmiro Sáenz, quien expresó frases que consideraba agraviantes en relación a Jesucristo y a la Virgen María, en la audición del Sábado 11 de junio de 1988. Que, como la carta no fue leída, debió iniciar juicio de amparo, fundado en el derecho de réplica que, según su criterio, le concede el art. 33 de la Constitución Nacional y el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica aprobado por ley 23.054 y vigente para la República Argentina desde el depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984.

---

planteado la contradicción entre el art. 23, inc. 4º de la Constitución de Jujuy y lo dispuesto por los arts. 14, 17 y 32 CN pues de la simple lectura del escrito respectivo surgía una expresa referencia de tales normas como así también de los planteos referentes a que el derecho de rectificación o respuesta previsto por la Constitución provincial afecta la libertad de expresión por obligar al responsable de un medio de prensa a publicar algo en contra de su voluntad o criterio editorial; y que al mismo tiempo menoscaba el patrimonio de la empresa periodística cualquiera que sea la magnitud de los perjuicios económicos que pudiera ocasionar la publicación gratuita. Los jueces Levene y Nazareno, disidentes, lo declararon inadmisible (art. 280 CPCCN).

Ver en similar sentido con lo establecido en el presente fallo respecto de derecho de réplica **"Horacio Conesa Mones Ruiz c/ Diario Pregón s/ recurso de inconstitucionalidad y casación" (Fallos: 319:459)**.

3º) Que el fundamento central utilizado por el *a quo* para rechazar las pretensiones del actor consiste en considerar que el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica consagra el derecho de respuesta "en las condiciones que establezca la ley", razón por la cual el propio tratado inhibe la autofuncionalidad de la respuesta normada en él mientras no se reglamenten sus requisitos sustanciales y se regule procesalmente su ejercicio. Considera, en consecuencia, que el derecho de respuesta no tiene carácter operativo, como lo resolviera esta Corte en el caso E. 60. XXII "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/amparo", el 1 de diciembre de 1988. A este fundamento el *a quo* agrega que el propio actor reconoció no ser titular de un derecho subjetivo a la respuesta que reclama sino que tiene un interés de carácter difuso, lo que obsta a su legitimación, pues conforme a la índole del derecho de respuesta o rectificación, éste sería un derecho de la personalidad o personalísimo, lo que involucra en su titularidad a un determinado sujeto —persona física— y excluye a los de carácter difuso o colectivo, concluyendo que el actor no está habilitado para obtener una sentencia estimatoria.

4º) Que en el caso existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria del Tribunal, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica y la decisión impugnada resulta contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas (arts. 31 y 33, Constitución Nacional y 14 Pacto de San José de Costa Rica).

5º) Que, por otra parte, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos 308:647, cons. 5º y sus citas).

6º) Que, de manera preliminar, cabe dejar claramente sentado que en esta causa no se encuentra en tela de juicio que la libertad de prensa, en su acepción constitucional, es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio idóneo para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad de los poderes públicos. En tal carácter es un adecuado instrumento de ordenación política y moral en la Nación. Este pensamiento responde en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta, ya que no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de las autoridades intervinientes. Dentro de ese marco, las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social, ya que su actividad está dirigida al bien de la sociedad y por tanto de todos y cada uno de sus miembros. En tal sentido, esta Corte ha dicho que "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de la prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica" (Fallos: 248:291).

7º) Que en este caso, por el contrario, el núcleo de la cuestión a decidir radica en la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona de cuanto lesiona el respecto a su dignidad, honor e intimidad; y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido por medio de la prensa, la radio y la televisión. Es decir, se trata del equilibrio y armonía entre derechos de jerarquía constitucional, y en definitiva, de la tutela de la dignidad humana, en tanto se vea afectada por el ejercicio abusivo de la información. En particular, corresponde decidir si el denominado "derecho de réplica o respuesta" integra nuestro ordenamiento jurídico como

un remedio legal inmediato a la situación de indefensión en que se encuentra el común de los hombres frente a las agresiones a su dignidad, honor e intimidad cuando son llevadas a cabo a través de los medios de comunicación social.

8º) Que a lo largo de los siglos XVII y XVIII y hasta fines del siglo XIX la cuestión de pensar y expresar el pensamiento se resolvía en la lucha de los individuos frente al Estado por la conquista de la libertad de expresión y la consagración del derecho de prensa. Estas reivindicaciones individuales, verdaderas conquistas del liberalismo, se encuentran consagradas en el art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre: "la libre comunicación de pensamientos y expresiones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo individuo puede escribir, hablar, imprimir libremente". Pero en nuestro tiempo —se aduce— por obra y gracia de la revolución técnica, los contendientes en la lucha por el dominio y control de los medios de comunicación han cambiado. El individuo como sujeto activo está virtualmente eliminado. Quienes se enfrentan son el Estado y los grupos; y los grupos entre sí.

No siempre se movilizan las pasiones por la reivindicación de un derecho. Se lucha por los más eficaces y poderosos medios técnicos de formación del pensamiento, las actitudes y comportamientos humanos. Las nuevas técnicas suponen financiamiento, gastos y costos que están fuera de las posibilidades del común de los hombres. A éstos les queda la posibilidad de elegir el diario, la estación de radio, o el canal de televisión cuyas palabras e imágenes habrán de incorporarse al mundo de sus representaciones, condicionarán sus opiniones, formarán sus hábitos y comportamientos. Del derecho activo de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, es decir, del derecho de información, poco le queda al hombre de nuestro tiempo; le resta el derecho pasivo a saber, a conocer, a que le digan lo más verazmente posible lo que ocurre, es decir, el derecho social a la información.

En consecuencia ¿qué derecho tiene el común de los hombres cuando es ofendido y difamado por el ejercicio abusivo, inexacto o agraviante de la información periodística, radial o televisiva?. Ya no están a su alcance —se afirma— los medios con que contaba en los siglos XVIII y XIX. Las salas de los directores de las empresas periodísticas, de radio o televisión están fuera de su acceso; y en ellas se reúnen los que tienen en su mano irrumpir en su destino individual, difamarlo o ridiculizarlo o exponer su intimidad a la mirada de todo el mundo. Son seres distantes, que manejan un poder inconmensurable en una civilización audiovisual que tiene como accesorio a la letra impresa (Rivero, J., Le Statut des techniques le formatión de l'opinion, l'opinion publique, Presses Universitaires de France, 1957, p. 113 y sgts.). Se manifiesta así un injusto reparto de los poderes sociales que exige ser corregido a través de mecanismos razonables y apropiados.

9º) Que estos cambios, que han modificado la situación de la prensa, han sido reconocidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América. En Miami Herald Publishing Col., División of Knight Newspapers, Inc. v. Tornillo (418 U. S. 241 —1974—), la Corte Suprema de los Estados Unidos dijo "...la prensa de hoy es en verdad muy diferente de aquella que existió en los primeros años de nuestra existencia nacional". "En la última mitad del siglo una revolución de las comunicaciones permitió la introducción de la radio y la televisión en nuestras vidas. La promesa de una comunidad global cobró realidad a través del uso de los satélites de comunicación, y el espectro de una nación 'cableada' a través de la expansiva red de cables de televisión. La prensa impresa, se dice, no ha escapado a los efectos de esta revolución. Los periódicos se han transformado en grandes empresas y son ahora muchos menos para servir a una mucho más grande población alfabeta. Cadenas de periódicos, periódicos nacionales, cables nacionales, servicios de noticias y periódicos únicos en un pueblo, son las caracterís-

ticas dominantes de una prensa que se ha transformado en no competitiva y enormemente poderosa; influye en su capacidad para manipular la opinión popular y cambiar el curso de los acontecimientos".

"La eliminación de la competencia entre periódicos es mayor en las grandes ciudades, y la concentración del control de los medios que resulta de que el único periódico pertenece a los mismos intereses que también posee una estación de radio y televisión, son componentes en este camino hacia la concentración de la información. El resultado de estos grandes cambios ha sido el colocar en pocas manos el poder de informar a la población americana y de formar la opinión pública. Muchas de las opiniones vertidas en editoriales y comentarios que se imprimen, provienen de estas redes nacionales de información, y como resultado, en temas nacionales y mundiales tiende a haber una homogeneidad de estas opiniones. Los abusos de estos reportajes manipulados, se dice que son el resultado de la gran acumulación de poder irrevisable de estos modernos imperios de comunicación".

"En efecto, se aduce, el público ha perdido la capacidad de responder o contribuir de una manera significativa en el debate de los distintos temas. El monopolio de los medios de comunicación permite poco o casi ningún análisis crítico, excepto en las publicaciones de profesionales, que tienen un limitado número de lectores". "Esta concentración de organizaciones de noticias a nivel nacional —como otras grandes instituciones— se ha transformado en algo muy remoto y algo irresponsable frente al basamento popular de que depende, y que a su vez depende de él". "La solución obvia, que era accesible a los disidentes en una época temprana, cuando ingresar al negocio de la publicación era relativamente barato, hoy en día sería la de tener periódicos adicionales. Pero los mismos factores económicos que han provocado la desaparición de un vasto número de periódicos metropolitanos, han hecho que el ingreso a ese mercado de ideas que se sirve de la prensa, resulte algo casi imposible. Se dice que el reclamo de los diarios de ser 'subrogantes del público' acarrea con ello una obligación fiduciaria concomitante de estar a la altura de dicho mandato. Desde esta premisa se razona que el único modo efectivo de asegurar justicia, certeza y de otorgar responsabilidad, es que el gobierno intervenga positivamente. El fin de la Primera Enmienda de que el público sea informado, está hoy en peligro porque 'ese mercado de ideas' es ahora un monopolio controlado por los dueños del mercado".

10) Que, como ya se señalara, en el análisis valorativo del denominado "derecho de respuesta", no sólo se encuentra en juego la tutela de la libertad de expresión o el derecho de imprimir sin censura previa, sino también la adecuada protección de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad, garantía que puede encontrar un medio apto de ejercicio a través de la rectificación, respuesta o procedimientos que se aproximen a ese objeto. Ambos valores deben ser debidamente sopesados, sin perder de vista que, con la respuesta, se trata de asegurar el derecho natural, primario, elemental a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad. A que la vida del común de los hombres no sea convertida en materia de escándalo por el periodista, el comentarista o el locutor de turno. A que su vida, su privacidad, su honra siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo.

11) Que está fuera de discusión que los que manejan los medios de comunicación social —los medios técnicos de información—, ejercen influencia sobre la opinión pública y que el extraordinario poder de sugestión de estas técnicas en la elaboración de estructuras mentales, condiciona la vida humana.

Por otra parte, nadie puede negar ni desconocer la influencia enorme de signo positivo que han ejercido y ejercen los medios de información y la comunicación colectiva. La humanidad ha entrado en una nueva era iluminada, precisamente, por los progresos técnicos y científicos.

La información colectiva pone el mundo a disposición de todo el mundo. La universalidad e instantaneidad de la noticia, de lo que sucede a los hombres en el mundo entero y en el orden nacional o local, ese flujo diario ininterrumpido de cuanto acontecimiento ha ocurrido y pueda interesar a la vida humana, amplía el horizonte social y cultural poniendo a disposición de todos, sin distinción objetiva de ninguna especie, el conocimiento del ritmo del acontecer humano. Ha creado lazos de solidaridad esencial en escala mundial. El hombre se ha habituado a ver el mundo como cosa propia, pues la comunicación colectiva lo ha reducido a los términos de una comarca. Los límites geográficos han perdido significación y sentido. Una nueva dimensión tiene su soporte en este hecho incontrastable: lo universal tiene cabida en la mente humana como un dominio propio.

12) Que todo lo expuesto permite una mayor comprensión del derecho de prensa. El acrecentamiento de influencia que detentan los medios de información tiene como contrapartida una mayor responsabilidad por parte de los diarios, empresas editoriales, estaciones y cadenas de radio y televisión, las que se han convertido en colosales empresas comerciales frente al individuo, pues "si grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad" (Fallos 310:508).

La prensa de nuestro país debe ser objeto de la máxima protección jurisdiccional en todo cuanto se relacione con su finalidad de servir leal y honradamente a la información y a la formación de la opinión pública, es decir, a la función que le compete en servicio de la comunidad.

No obstante, ese especial reconocimiento constitucional no significa impunidad (Fallos: 310:508) ni elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos, pues en nuestra Constitución no ha existido el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. Si la publicación es de carácter perjudicial y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión o la sedición, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones (Fallos: 167:138).

Así entonces, frente a los avances y al uso que se dé a los medios de comunicación no parece inapropiado considerar que el porvenir de la sociedad contemporánea depende del equilibrio entre el poder de los medios y la aptitud de cada individuo de reaccionar ante cualquier intento de manipulación.

13) Que entre las técnicas de prevención y de seguridad para evitar, atenuar y reparar los abusos y excesos en que incurren los medios de comunicación se encuentra el ejercicio de los derechos de respuesta y de rectificación. En este sentido, resulta un antecedente relevante de la creación normativa de este derecho, el proyecto de Código de Honor de periodistas de las Naciones Unidas, admitido por una comisión de la Asamblea General de 1952, que estableció en su art. 2º que "la buena fe con respecto al público constituye el fundamento de todo periodismo auténtico. Cualquier información que, una vez hecha pública se revelase incorrecta o nociva, deberá ser rectificada espontáneamente y sin demora. Las opiniones y las noticias no confirmadas serán presentadas como tales y tratadas en consecuencia". El Código de Etica del Círculo de Antioquía de 1970, en su art. 3º establece como obligación del periodista el "poner todo su empeño en buscar la verdad y, cuando haya incurrido en error, toda su capacidad en

enmendarlo". La Carta del Periodista de Francia de 1965, categoriza las faltas profesionales y considera como las de máxima gravedad "la calumnia, las acusaciones no probadas, la alteración de documentos, la deformación de los hechos". La Carta de Chile (1969) amplía el contenido de la réplica, bastando con que la persona afectada crea necesario dar una respuesta o aclarar una situación como para que nazca el derecho y pueda ser ejercido. La Unión Europea de Radiodifusión (1969) recomendó a sus asociados que transmitieran rectificaciones. La Sociedad Suiza de Radiodifusión (1981) dio directivas sobre las condiciones y formas de las respuestas.

Asimismo, además del agraviado, también gozan de este derecho los parientes en Bélgica (ley de 1961), Dinamarca (ley 330 de 1976), Francia (le droit de reponse de 1881), Uruguay (art. 7º, ley 16.099). Otras legislaciones lo otorgan a las personas morales: Austria (1981), Suiza (ley 1937), Chile (ley 15.479), Uruguay y Francia. La Convención sobre Derecho de Rectificación de las Naciones Unidas de 1952, lo instituye para los Estados.

Pero hay coincidencia universal, de que el mismo no puede ser reconocido a partidos o ideologías políticas, para evitar que paralice la función esencial que cabe a la prensa, en un país que comulga con ideales democráticos.

14) Que, en ese orden de ideas, el derecho de respuesta o rectificación se encuentra incorporado en varias constituciones provinciales; así en la de Catamarca, art. 15; en la de Formosa, art. 12; en la de Jujuy, art. 23; en la de La Pampa, art. 8º; en la de Neuquén, art. 22; en la de Salta, art. 23; en la de San Juan, art. 25; en la de San Luis, art. 21; en la de Santa Cruz, art. 15; en la de Santa Fe, art. 11; en la de Santiago del Estero, art. 20 y en la de Tierra del Fuego, art. 47. Actualmente ha sido reconocido, con excepción de Cuba, en la mayor parte de los países de América Latina y también en Europa Occidental.

En el ámbito nacional, a su vez, existen procedimientos que se correlacionan con el derecho de respuesta. El derecho a la intimidad y al honor tienen una estructura tutelar en el art. 1071 bis del Cód. Civil, que establece que "el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad y el hecho no fuere un delito penal", podrá pedir al juez, "de acuerdo con las circunstancias, la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación". Esto se complementa, en cuanto al honor, con lo dispuesto por el art. 114 del Cód. Penal, que determina que "cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa... el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción".

15) Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta, o rectificación ha sido establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5 de setiembre de 1984, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional. Cabe, entonces, examinar si —como afirma el recurrente— aquella disposición resulta directamente operativa en nuestro derecho interno o si, por el contrario, es menester su complementación legislativa.

16) Que, en tal sentido, la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; di-

cho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse.

17) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional).

18) Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

19) Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.

Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente.

20) Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.

En el supuesto del art. 14.1 su redacción es clara y terminante en cuanto otorga, en las situaciones que allí se describen, el derecho de rectificación o respuesta, aunque remitiendo a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación. La norma expresa: 1. "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley". 2. "En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido". 3. "Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".

La interpretación textual según la cual toda persona "tiene derecho a..." despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad. No sucede lo mismo en otros artículos en los que se establece que "la ley debe reconocer" (art. 17) o "estará prohibido por la ley" (art. 13, 5).

21) Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1º). Ante la consulta hecha a dicho tribunal acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá "en las condiciones que establezca la ley", quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" (Opinión Consultiva OC-7/86, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta" (arts. 14.1, 1.1 y 2), Serie A, Nº 7, pág. 13, par. 14). Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el art. 14.1, "reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible" (Ibídem, p. 19, letra A) y que la frase "en las condiciones que establece la ley" se refiere a cuestiones tales como "si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc." (Ibídem, p. 14, par. 27), pero que "el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído conforme el art. 1.1

... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención" (p. 15, par. 28).

22) Que en dicha opinión consultiva la Corte Interamericana sostuvo que "todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin".

Que las palabras "en las condiciones que establezca la ley" se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales,

pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas (confr. Fallos: 302:1284, entre otros).

Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto.

23) Que, el derecho de respuesta o rectificación tiene por finalidad la aclaración, gratuita e inmediata frente a informaciones que causen daño a la dignidad, honra e intimidad de una persona en los medios de comunicación social que los difundieron. En cuanto a su encuadre jurídico, no se reduce a los delitos contra el honor ni requiere el ánimo de calumniar o de injuriar, ni el presupuesto de la criminalidad delictiva. No se trata de la querella por calumnias o injurias, ni la acción por reconocimiento de daños y perjuicios.

La información difundida puede afectar la dignidad, la honra o la reputación de una persona y sus más profundas convicciones y la justicia tiene el deber de permitirle defenderse con inmediatez y eficacia. Se trata de una garantía para la efectiva protección de la dignidad humana, de la que forman parte la honra, la reputación y la privacidad afectadas por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de una publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión (arts. 14, 1º y 3º, Pacto de San José de Costa Rica). Este también es el carácter que le asigna la Comisión Lüchinger, en Suiza, para la que "el derecho de respuesta es la expresión y la consecuencia de los derechos de la personalidad en general. Toda persona debe poder justificarse a los ojos de la opinión pública, cuando los medios han divulgado, a su respecto, alegaciones que atentan contra sus intereses personales" ("Commission d'expert pour l'examen de la protection de la personalité en droit civil", Rapport final, Berna, 1974, p. 21).

Es decir, que así como todos los habitantes tienen el derecho de expresar y difundir, sin censura previa, su pensamiento —ideas, opiniones, críticas— por cualquier medio de comunicación; así también todo habitante —que por causa de una información inexacta o agraviante sufra un daño en su personalidad— tiene derecho a obtener mediante trámite sumarísimo una sentencia que le permita defenderse del agravio moral mediante la respuesta o rectificación, sin perjuicio del ejercicio de las restantes acciones civiles y penales que le pudieren corresponder.

24) Que corresponde ahora tratar el tema de la legitimación del actor. Parece obvio señalar que una respuesta afirmativa a la cuestión constituye condición esencial para que el Tribunal pudiera haber afrontado la trascendente temática desarrollada en este pronunciamiento. Efectivamente, en un orden lógico de la decisión, ante el señalamiento del a quo de negar legitimación al demandante, si la Corte compartiera ese razonamiento debería desestimar sin más el recurso. De lo contrario, las reflexiones del tribunal acerca del derecho de rectificación o respuesta, no tendrían la autoridad de un "fallo o sentencia" (arg. art. 2º de la ley 27). Empero, no es menos cierto que la falta de legislación en el orden nacional sobre la materia, el carácter de primer pronunciamiento sobre el asunto, y la trascendencia jurídica e institucional de la cuestión, proporciona a los fundamentos de la legitimación del demandante carácter provisional, susceptible de sufrir mutaciones de acuerdo a la evolución del instituto.

25) Que cualquiera sea el nombre que se le hubiese asignado a la acción intentada en estos autos, por aplicación del principio iura curia novit, esta Corte está facultada a superar óbices formales cuando se trata, como en el sub examine, de una persona que se ha sentido

mortificada en sus sentimientos más profundos por expresiones ínsitamente agraviantes para su sistema de creencias, considerando la presencia de un acto ilícito o en su caso, de un abuso del derecho. En sentido estricto, Dalmiro Sáenz con sus expresiones vertidas en la audición de Gerardo Sofovich —quien posibilitó el uso del medio—, interfirió en el ámbito privado del señor Miguel A. Ekmekdjian, conmoviendo sus convicciones más profundas. Esta conducta —reconocida por el demandado a fs. 102/105— ha interferido arbitrariamente en la vida ajena, mortificando sus sentimientos, lo que implica un verdadero agravio a un derecho subjetivo tutelado por el legislador.

Así, en el derecho norteamericano, a los efectos de considerar la habilitación de la revisión judicial se distinguen los intereses "materiales", los "ideológicos" y los que se refieren a la vigencia efectiva de la ley (Richard B. Stewart, "The Reformation of American Administrative Law", Harvard Law Review, vol. 88, Nº 8, junio de 1975, pág. 1669). Se destacan aquí los denominados "intereses ideológicos", que son aquellos que buscan "la afirmación de principios morales o religiosos" (pág. 1734) y aunque *prima facie* no deben ser acogidos a los efectos de la revisión judicial ("standing", pág. 1638) si son triviales o insustanciales, esto no supone una exclusión absoluta cuando dicho interés alcanza suficiente fuerza y compromiso en la persona que la invoca. Nótese que esta admisión (si bien por vía de excepción) del "interés ideológico" como habilitante de la tutela judicial lo es, en el derecho comentado, para accionar en orden a revisar la acción u omisión de las agencias administrativas. Cuanto más entonces cuando, como en el caso, se trata simplemente de admitir la "réplica" en reparación de un fuerte sentimiento religioso ofendido, sentimiento que encuentra en nuestra sociedad sustanciales raíces culturales e institucionales.

Debe advertirse —con relación al caso planteado— que se trata de un derecho subjetivo de carácter especial y reconocimiento excepcional, que requiere —para habilitar el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta— una ofensa de gravedad sustancial, es decir, no una mera opinión disidente con la sostenida por el afectado, sino una verdadera ofensa generada en una superficial afirmación sin siquiera razonable apariencia de sustento argumental. En estas condiciones, la afirmación que provoca la rectificación o respuesta invade, como ya se dijo, los sentimientos más íntimos del afectado, convirtiéndose así —y tratándose de un sentimiento o creencia de sustancial valoración para el derecho— en un agravio al derecho subjetivo de sostener tales valores trascendentales frente a quienes, sin razón alguna, los difaman hasta llegar al nivel del insulto soez, con grave perjuicio para la libertad religiosa. Estos extremos quedarán sujetos a la severa valoración del juez de la causa, aunque no cabe duda de que, en tales condiciones, la ofensa afecta la honra personal, por tanto a uno de los derechos subjetivos que mayor protección debe recibir por parte del ordenamiento jurídico.

Ejercido este derecho de responder a los dichos del ofensor, su efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, en las condiciones que el legislador establezca —o el juez, frente a la omisión del legislador, estime prudente considerar— a los efectos de evitar que el derecho que aquí se reconoce se convierta en un multiplicador de respuestas interminables.

A diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora.

Así entonces, se logran armonizar la indudable dimensión personal de la ofensa a las profundas creencias, sentimientos o valores reconocidos como sustanciales, con la practicidad de un sistema que no está dirigido a complicar, en un nivel de absurdo, el ejercicio de la libertad de prensa y de los derechos del sujeto propietario del órgano de comunicación masiva de donde partió la ofensa.

26) Que en los autos "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/amparo", esta Corte por voto mayoritario reiteró el criterio expuesto en la sentencia dictada in re "Costa, Héctor Rubén c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros", C. 752 XIX y C. 753 XIX, del 12 de marzo de 1987, según el cual "el derecho a rectificación o respuesta, contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno" y que toda restricción a la prensa "debía estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo" (in re "Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otros", Fallos 311:2553, Considerandos 9º y 10 y sus citas). Si bien por las razones expuestas fundamentalmente en los anteriores considerandos 15 a 20, en su actual composición este Tribunal no comparte los precedentes citados, resulta útil señalar que aquéllos guardan sólo analogía formal con el presente. En efecto, en el primero de ellos, el actor trataba de obtener un espacio para replicar opiniones emitidas por el ex Presidente Dr. Arturo Frondizi. En cambio, en el *sub examine*, el recurrente en su carácter de católico militante, se sintió agraviado en lo profundo de su personalidad y de sus convicciones por las expresiones vertidas sobre Jesucristo y la Virgen María, por Dalmiro Sáenz, en la audición del demandado y remitió la carta que obra a fs. 61/67 solicitando su lectura en ejercicio del derecho de respuesta. No se trata pues de una cuestión vinculada con juicios públicos sobre materias controvertibles propias de las opiniones, sino de la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan lo más profundo de su personalidad por su conexión con su sistema de creencias.

27) Que la defensa de los sentimientos religiosos, en el caso a través del ejercicio del derecho de respuesta, forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución en su art. 14. Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación —a través de los medios de difusión— de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva.

Por ello las sociedades que más se destacan en la protección del pluralismo religioso, no han dejado de atender a esta delicada cuestión, estableciendo regulaciones apropiadas a aquella finalidad. Así en el Código de la Televisión, de los Estados Unidos, en el capítulo referido a "Normas generales para los programas" punto 5 se expresó que "no están permitidos los ataques contra la religión y las creencias religiosas... El oficio de pastor, sacerdote o rabino no debe ser presentado de tal suerte que ridiculice o menoscabe su dignidad". También el código de la Radio de la Asociación Nacional de Radiodifusoras señaló, en su capítulo referido a Religión y Programas Religiosos, punto 2 que "deben evitarse los ataques contra las confesiones religiosas". El Código de Autorregulación —Asociación Cinematográfica de Norteamérica— prevé que "se debe respetar y defender la dignidad y valores básicos de la vida humana". "La religión no debe ser degradada. Las palabras o símbolos que desprecien a grupos raciales, religiosos o nacionales no deben ser utilizados para instigar el fanatismo o el odio..." (Confr. Rivers W. y Schramm W., "Responsabilidad y Comunicación de masas", 1973).

En distintos ordenamientos jurídicos, por lo demás, se ha otorgado especial protección al sentimiento religioso "en su aspecto de valor, de un bien de tal importancia para ciertos sujetos que una lesión en el mismo puede comportar para el afectado una grave pérdida y aflicción" (confr. Vitale, Antonio, "Corso di Diritto Ecclasiastico", Milán, 1992, pág. 393 ss.).

"Nuestro ordenamiento —continúa el autor citado refiriéndose a la legislación italiana— considera tan importante a aquel bien, y tan graves ciertas lesiones que puede recibir de determinados comportamientos sociales, que interviene sobre estos comportamientos lesivos a través de sanciones drásticas y aflictivas, en cuanto directa o indirectamente inciden sobre la libertad personal, tal cual son las sanciones penales".

"El bien a proteger es identificado con el sentimiento religioso: el título IV del segundo libro del Código Penal está dedicado a los delitos contra el sentimiento religioso... que es en sustancia, aquel sentimiento de intenso respeto y de veneración que cada fiel nutre por la doctrina, los símbolos y las personas de la propia religión, de manera que una ofensa a aquellos provoca en el fiel un profundo sufrimiento por el hecho de ver dañado un bien al que considera de gran valor, y que la Corte Constitucional considera como 'entre los bienes constitucionalmente relevantes' (Corte Cost. 8 de julio de 1975, n 188, Giur. Cost. 1975. p. 1508 ss.)".

Por otra parte, la House of Lords sostuvo una decisión de la Court of Appeals que, en el caso *"R. v. Gay News"* (1979) 1 QB 10 consideró delito de blasfemia a una publicación de contenido "desdeñoso, vituperante, grosero o ridiculizante en materias relativas a Dios, Jesucristo, la Biblia, o la Iglesia de Inglaterra...". Sin embargo se aclaró que "no es blasfemar hablar o publicar opiniones hostiles a la religión cristiana, o negar la existencia de Dios, si la publicación es expresada en un lenguaje decente y temperado. El test a ser aplicado se vincula a la manera en la cual la doctrina es sostenida y no a la sustancia de la doctrina en sí misma. Todo aquél que publique un documento blasfemo es culpable del delito de publicar un libelo Blasfemo. Todo aquél que se expresa en un lenguaje blasfemo es culpable del delito de blasfemia" (Lord Denning, "Landmarks in the law", pág. 298 s.s. esp. p. 304).

28) Que resta, por fin, formular algunas precisiones sobre la forma de ejercicio del derecho de respuesta. En tal sentido, se reitera que la importancia que los medios de comunicación social tienen en la sociedad contemporánea, y la situación estratégica que se reconoce a la prensa escrita dentro del sistema constitucional argentino, los obliga moral y materialmente a cumplir con responsabilidad sus funciones, para beneficio de los mismos y de la comunidad; y evitar, corregir y reparar los abusos y excesos que pudieren cometer. En particular, cuando la información afecta la reputación, la honra y el honor de las personas violando el derecho que todo hombre tiene a su intimidad, fama y estima, toda vez que no puede quedar la personalidad humana a merced del poder de los medios. Esto los obliga a tomar conciencia de que la conciencia de la propia dignidad no se silencia ni satisface con indemnizaciones pecuniarias ni con publicaciones extemporáneas dispuestas por sentencias inocuas por tardías. "La cruda noción anglosajona de vindicar el honor 'by getting cash' ha llegado a ser insatisfactoria para mucha gente decente. Esta quiere un proceso menos sórdido y más conveniente, que enfoque su atención en lo que más importa: los errores de las declaraciones de los demandados" (Chafee Jr., Zacharie, "Government and Mass Communications", Chicago, The University of Chicago Press, 1947, I-145).

29) Que, asimismo, la respuesta o rectificación tutela bienes de naturaleza civil, no política ni electoral. La mayoría de las noticias contestables no son ilícitas y la respuesta es sólo un modo de ejercicio de la misma libertad de prensa, que presupone la aclaración razonablemen-

te inmediata y gratuita en el mismo medio que publicó la información considerada ofensiva, en trámite simple y expeditivo, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles o penales que pudieran corresponder al afectado.

30) Que, en efecto, no cabe confundir las consecuencias de una condena criminal sustentada en el artículo 114 del Código Penal —que presupone la tramitación de todo un proceso judicial ordinario con amplitud de debate y prueba— con el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Aquella disposición tiende a que se repare el honor en la misma forma, modo o semejanza que la conferida por el ofensor en los casos en que la ofensa hubiere sido propalada por la prensa. Es así que, en tal supuesto, la reparación deberá hacerse en el mismo periódico, en el mismo lugar y con los mismos caracteres que la noticia injuriosa. Más aún, si la sola publicación del escrito de retractación fuera insuficiente para reparar el honor del ofendido, se ha considerado necesario que sea precedido por el comentario injurioso y que la declaración se refiera a él.

31) Que la vía sumarísima del amparo elegida por el accionante, ante la negativa del requerido de difundir la respuesta, resulta adecuada frente a la naturaleza del derecho que busca ser protegido judicialmente. En tal sentido, corresponde una vez más evocar que esta Corte estableció "que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias" ("Siri, Angel", Fallos: 239:459).

32) Que, por tal razón, y por su propia naturaleza, el espacio que ocupará la respuesta no debe exceder del adecuado a su finalidad, y en modo alguno debe ser necesariamente de igual extensión y ubicación que el que tuvo la publicación inicial; ello, desde luego, en un contexto de razonabilidad y buena fe, pero evitando una interpretación extensiva del instituto que lo torne jurídicamente indefendible y ponga en peligro el regular ejercicio del derecho de información, pilar básico de las instituciones republicanas (Fallos 311:2553). En el caso, resulta suficiente con la lectura de la primera hoja de la carta del actor obrante a fs. 61.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Se condena al demandado, Gerardo Sofovich, a dar lectura únicamente a la primera hoja de la carta del actor obrante a fs. 61, en la primera de las audiciones que con ese nombre u otro similar actualmente conduzca el demandado (art. 16, segunda parte, ley 48). Costas por su orden en razón de la complejidad de la causa. Agréguese la queja al principal y remítase. RICARDO LEVENE (H) *(en disidencia)* — MARIANO AUGUSTO. CAVAGNA MARTÍNEZ — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO *(en disidencia)* — ENRIQUE S. PETRACCHI *(en disidencia)* — RODOLFO C. BARRA — JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR *(en disidencia)* — ANTONIO BOGGIANO.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR.

1º) Que el actor promovió demanda contra Gerardo Sofovich y "Canal 2 de Televisión", con el objeto de que se los condenara a la lectura de una carta documento en el programa "La noche del sábado", que emitía el mencionado canal bajo la producción y dirección de Sofovich. Señaló que el 11 de junio de 1988 Dalmiro Sáenz, en el aludido programa, "se expresó con una serie de frases agraviantes que el respeto y el buen gusto me impiden repetir, en relación a Nuestro Señor Jesucristo y a su Santísima Madre" (fs. 84/84 vta., de los autos principales). Destacó, además, que el 4 de julio de 1988 había remitido a los codemandados la citada carta

documento, solicitando su lectura en "La noche del sábado". Al no obtener respuesta alguna de aquéllos, el actor dedujo la presente demanda. Fundó su petición en que lo dicho por Dalmiro Sáenz lesionaba profundamente su "sentimiento de católico y cristiano" y en el "derecho de réplica" que, a su entender, le asistía (fs. 84 vta.).

2º) Que Gerardo Sofovich contestó la demanda (fs. 102/106 vta., de acuerdo a la nueva foliatura ordenada a fs. 180) y a fs. 108/114 hizo lo propio "Rafiodifusora El Carmen S.A.", en su carácter de licenciataria de LS 86 TV Canal 2 de La Plata, quienes pidieron el rechazo de aquélla.

El juez de primera instancia desestimó la demanda (fs. 181/183 vta.), decisión que fue confirmada por la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (fs. 200/202). Contra este último pronunciamiento el actor interpuso recurso extraordinario (fs. 206/218), cuya denegación dio motivo a la presente queja.

3º) Que si bien es cierto que este recurso de hecho no cumple con el requisito de fundamentación autónoma, las particularidades del caso autorizan a prescindir de dicho recaudo.

La ley 23.774 ha introducido una importante modificación en el ámbito del recurso extraordinario. Tal es la reforma del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: "La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia".

La finalidad más significativa del nuevo texto es la de destacar el emplazamiento que esta Corte posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando que —de una manera realista— su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional. Cometido éste que, desde temprana hora, el Tribunal ha reconocido como el más propio de su elevado ministerio (Fallos: 1:340, del 17 de octubre de 1864).

La reforma tiende, pues, a reforzar el criterio de especialidad que orienta a las funciones de este Tribunal, al hacerle posible ahondar en los graves problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente ligados a su naturaleza institucional.

Ello, a su vez, tributa a la vertiente jurisprudencial según la cual el recurso extraordinario ha sido instituido como el instrumento genérico para el ejercicio de la función jurisdiccional más alta de la Corte, la que se satisface cabalmente cuando están en juego problemas de singular gravedad. Esto es así en razón de que el fallo del Tribunal es precisamente el fin de la jurisdicción eminente que le ha sido conferida, aun cuando su ejercicio puede promoverse en cuestiones entre particulares (Fallos: 248:61, considerando 4º; 248:189, considerando 3º).

Por su propósito y su índole, traducidos en su nombre, dicha apelación es un medio excepcional cuyo alcance debe delimitarse de un modo severo, para no desnaturalizar su función y convertirlo en una nueva instancia ordinaria de todos los pleitos que se tramitan ante los tribunales del país (Fallos: 48:71; 97:285; 179:5, entre otros).

4º) Que, consecuentemente, más que una inteligencia pormenorizada de cada uno de los términos expresados en la norma (falta de agravio federal suficiente, cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia), debe rescatarse el carácter análogo de éstos y su convergencia en una misma finalidad: la de preservar a esta Corte a fin de que, "según su sana discreción", pueda centrar su tarea en los asuntos que pongan en juego su relevante función.

5º) Que el mencionado criterio se compadece, además, con el establecido en el derecho comparado respecto de tribunales de similares características y parejos problemas.

Así, luego de un detenido estudio e investigación sobre diversos altos tribunales del mundo, y al tratar la "corte suprema ideal", sostiene André Tunc que, para dichos órganos, la selección de los asuntos que examinarán atentamente y sobre los que pronunciarán una decisión motivada, parece imponerse necesariamente. "Si uno se esfuerza en despojarse de sus hábitos para observar objetivamente el problema de trabajo de esos tribunales, parece que resulta irresistiblemente llevado a la idea de selección. Al aceptar, dentro de un espíritu de dar —quizás— una mejor justicia, el examen de todos los casos que le son planteados, la Corte se impide a sí misma ejercer en buenas condiciones su misión que le incumbe en interés de todos —no de todos los litigantes, sino de todos los ciudadanos—" (La Cour Judiciaire Suprême, une enquête comparative", Paris, 1978, págs. 440 y 443).

6º) Que, en procura de tal finalidad, el rumbo trazado por el nuevo texto legal se vincula estrechamente, aunque con modalidades propias, con el que rige la competencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, tal como se desprende del Mensaje que acompañó al proyecto del Poder Ejecutivo, hoy ley 23.774. En efecto, allí se califica al citado art. 280 como una "innovación" que "se apoya en el Proyecto de Reformas a la ley 48 elaborado por la Comisión creada por la resolución del Ministerio de Educación y Justicia Nº 772, del 9 de abril de 1984" (Mensaje Nº 771, párrafo penúltimo), el cual preveía un precepto análogo al ahora vigente, con el expreso señalamiento de que entrañaba "la innovación de mayor trascendencia", y que "sin duda" consistía "en la incorporación al derecho positivo argentino del 'writ of certiorari' del derecho norteamericano" (Exposición de Motivos del Proyecto de Reformas, cit., VI, c. 2), conclusión, respecto de este instituto, que corroboran los debates parlamentarios.

Y, desde esta perspectiva, es apropiado recordar la Regla 17 dictada por ese Alto Tribunal sobre el writ of certiorari: la revisión por ese medio, "no es una obligación legal, sino materia del sano arbitrio judicial (judicial discretion), y solamente será otorgada cuando existan para ello razones especiales e importantes...".

Con base en ello, ha sido expresado que esa Corte no se reúne para satisfacer un interés académico ni tampoco para el beneficio particular de los litigantes. Razones especiales e importantes mueven a resolver un problema que va más allá de lo académico o episódico —Justice Frankfurter, en "Rice v. Sioux City Cemetery, 349 U.S. 70, 74 (1954).

Es asimismo reveladora la reforma al United States Code, aprobada el 27 de junio de 1988, tendiente a conferir a la mencionada Suprema Corte un mayor grado de discrecionalidad en la selección de los litigios (Public Law, 100-352).

7º) Que, en esta tesitura, corresponde precisar que el art. 280 cit., no debe ser entendido como un medio que sólo consienta la desestimación de los recursos que no superen sus estándares. Si, como ha quedado asentado, aquél constituye una herramienta de selección dirigida a que la Corte posea un marco adjetivo que le haga posible un acabado y concentrado desarrollo de su papel institucional, deberá reconocerse, al unísono, que esa disposición también habilita a considerar admisibles las apelaciones que entrañen claramente cuestiones de trascendencia, no obstante la inobservancia de determinados recaudos formales, a efectos de que el rito de los procedimientos no se vuelva un elemento frustratorio de la eficiencia con que dicho rol debe desenvolverse.

Este aserto, por lo demás, se entronca con una consolidada tradición jurisprudencial tendiente a no impedir el esclarecimiento de relevantes temas constitucionales y federales por los eventuales "ápices procesales" que puedan obstaculizarlos (Fallos: 167:423; 182:293; 185:188; 188:286; 194:284; 197:426; 243:496; 247:601; 248:612 y 664; 250:699; 251:218; 253:344; 256:62, 94, 491 y 517; 257:132; 260:204; 261:36; 262:168; 264:415; 265:155; 266:81; 286:257; 295:95 y 296:747).

8º) Que, desde luego, fórmulas como las escogidas por el Congreso no son susceptibles de resumirse en definiciones exhaustivas que, por lo demás, son propias de la doctrina y ajenas a la función judicial.

Sin perjuicio de ello, es innegable que el Tribunal tiene hoy la grave autoridad de seleccionar por imperio de la ya citada norma, los asuntos que tratará sustancialmente. Ello deberá ser cumplido antes que con una ilimitada discrecionalidad, con arreglo a la "sana" discreción que la norma le impone y que la razonabilidad le exige, sin olvidar los arts. 14 y 15 de la ley 48, y 6 de la ley 4055, y las pautas o estándares del art. 280 cit.

9º) Que, por consiguiente, así como la Corte se encuentra habilitada para desestimar los asuntos que carezcan de trascendencia, así también lo está para intervenir cuando de un modo claro aparezca dicha trascendencia, aunque, como ocurre en el *sub lite*, el recaudo de fundamentación no se encuentre suficientemente cumplido.

10) Que lo trascendente del caso resulta manifiesto por hallarse en debate la interpretación de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, 'el Pacto' o 'la Convención'), en lo que atañe al derecho de réplica, rectificación o respuesta. De tal manera, la solución de este caso repercutirá, por un lado, en la comunidad nacional y por el otro, en la comunidad internacional puesto que se encuentra en juego el cumplimiento de buena fe de obligaciones internacionales asumidas por la Argentina.

11) Que estas circunstancias determinan la existencia de cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria del tribunal, pues ha sido cuestionada la inteligencia del art. 33 de la Constitución Nacional y del art. 14 del Pacto y la decisión impugnada resulta contraria al derecho que el apelante pretende fundar en esas normas (Fallos: 165:144; 189:375 y 216:395).

12) Que, en cuanto al fondo del asunto, la primera advertencia a formular es que excluida su consagración expresa por la Constitución, el derecho de réplica, rectificación o respuesta, tampoco se encuentra contenido entre los implícitos que reconoce el art. 33 de aquélla (confr. sentencias del 1 de diciembre de 1988, in re: S. 454 XXI. "Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro" y E. 60. XXII. "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/amparo").

13) Que, en segundo término, cabe señalar que el Pacto de San José de Costa Rica integra el ordenamiento jurídico argentino (art. 31 de la Constitución Nacional), puesto que se trata de una convención vigente de la que Argentina se ha hecho parte mediante el oportuno depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984 (art. 74.2 de la Convención). Ello es así, independientemente del carácter operativo o programático de las normas que integran el Pacto.

Lo expuesto en el párrafo precedente modifica el criterio expresado por este Tribunal en los casos "Costa, Héctor Rubén c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros", registrado en Fallos: 310:508, considerando 16, primera parte, "Eusebio, Felipe Enrique", publicado

en Fallos 310:1080, en particular la doctrina que surge de páginas 1087/1088 y en las sentencias in re: "Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro", cit., considerando 7º y "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/amparo", cit., considerando 3º.

14) Que, en consecuencia, descartados los aspectos aludidos, debe ahora examinarse si la norma que prevé el derecho de rectificación o respuesta (art. 14 del Pacto) exhibe naturaleza operativa o programática.

La Corte considera que esta cuestión se esclarece si se la estudia desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, una de las características de ese derecho establece la necesidad de distinguir los tratados internacionales sobre derechos humanos de los tratados de otra especie. El fundamento jurídico de esta posición reside en que los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los estados sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios. Esta posición jurídica es compartida en Europa y América. Efectivamente, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha expresado en el caso *Austria vs. Italia* "que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea de Derechos Humanos) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las altas partes contratantes" (confr. Application num 788/60 European Yearbook of Human Rights —1961—, vol. 4, pág. 140; ver, en igual sentido, Cancado Trindade, Antonio Augusto, "A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas", Brasilia, Revista de Informaciones Legislativas, Senado Federal, ed. Técnica, año 19, núm. 73, enero-marzo, 1982, pág. 262, segundo párrafo). Asimismo, la Corte Internacional de Justicia ha dicho que en los tratados sobre Derechos Humanos "no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derecho y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención (sobre el Genocidio) es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones" (confr. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime and Genocide, Advisory opinion* del 28 de mayo de 1951, I. C. J., pág 12 *in fine*). De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que los tratados sobre Derechos Humanos no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al vincularse mediante estos tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal en el cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (confr. opinión consultiva —en adelante, 'OC'— num. 2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —arts. 74 y 75—" serie A y B, num. 2, del 24 de setiembre de 1982, párrafo 29 y, en similar sentido, OC-1/81, "Otros tratados, objeto de la función consultiva de la Corte —art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—", serie A y B, núm. 1, párrafo 24). La particularidad de esos derechos y su indudable jerarquía, determinan que los Estados puedan ser objeto de reproche ante instancias internacionales de protección, aun por iniciativa de sus propios nacionales. A mayor abundamiento, es ilustrativo señalar que el carácter especial de los aludidos tratados, también ha sido reconocido por las Constituciones de Perú del 18 de julio de 1979 (art. 105) y de Guatemala del 31 de mayo de 1985 (art. 46).

15) Que, sentada la diferencia entre las dos categorías de tratados citados, corresponde señalar que es consecuencia de esta distinción la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. En otros términos, el Tribunal considera que las normas aludidas establecen derechos que —se presume— pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna. Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, es importante advertir que la mencionada presunción cede cuando la norma bajo examen revista un carácter nítidamente programático (ver, en similar sentido, Haba, Enrique P., "Tratado básico de Derechos Humanos", San José de Costa Rica, ed. Juricentro, 1986, 1º edición, tomo I, pág. 458 *in fine*); carácter éste que, a título de ejemplo, tienen los derechos económicos, sociales y culturales, a cuyo desarrollo progresivo se comprometen los Estados, entre otras circunstancias, "en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados" (art. 26 de la Convención).

16) Que, toda vez que el Pacto de San José de Costa Rica es un tratado internacional sobre Derechos Humanos, le resulta aplicable la citada presunción de operatividad.

Cabe agregar a las razones enunciadas en tal sentido, el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que se sostuvo que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" (confr. OC-7/86, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta —arts. 14.1, 1º.1 y 2º—", del 29 de agosto de 1986, serie A, número 7, párrafo 24.; OC-2/82, cit., párrafo 33; y, con similar alcance, ver el preámbulo del Pacto, 2º párrafo).

17) Que el aludido marco conceptual es útil para esclarecer el interrogante planteado en el considerando 14 sobre la modalidad con la que ha sido incorporado a nuestro ordenamiento el derecho previsto en el art. 14 del Pacto.

En efecto, esta Corte entiende que la norma que regula el derecho de rectificación o respuesta es operativa puesto que a la presunción en tal sentido debe sumarse una serie de fundamentos. Por un lado el art. 14 del Pacto es una norma de la cual es posible derivar en forma directa el mencionado derecho, ya que sus perfiles centrales se encuentran limpiamente establecidos (confr. infra considerando 19).

Por otro lado, de una interpretación gramatical del texto del art. 14.1 también se arriba a la conclusión de que esta norma es operativa. Efectivamente, el art. 14.1 expresa "Toda persona (...) tiene derecho a (...)", y posteriormente, se señala "(...) en las condiciones que establezca la ley".

De la primera parte transcripta, se observa que el tiempo verbal elegido es presente indicativo —"tiene derecho"— y no futuro imperfecto —"tendrá derecho"-. Ello es un indicio de que su "ser (...) no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados partes" (confr. OC-7/86, cit., opinión separada del juez Gros Espiell, párr. 6, segunda parte).

En cuanto a la segunda parte transcripta —"(...) en las condiciones que establezca la ley"—, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que tal expresión comprende a "(...) *todas las disposiciones* internas que sean adecuadas, según el sistema jurídico de que se trate, para garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho" de rectificación o respuesta (OC-7/86,

cit., opinión vertida en el punto C; el subrayado no es del original). Asimismo sostuvo que "la tesis de que la frase 'en las condiciones que establezca la ley' utilizada en el art. 14.1 solamente facultaría a los Estados parte a crear por ley el derecho de rectificación o respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule, no se compadece ni con el 'sentido corriente' de los términos empleados ni con el 'contexto' de la Convención" (OC-7/86, cit., párrafo 23).

En consecuencia, la expresión "ley" es utilizada en sentido amplio y tiene por finalidad establecer las condiciones de menor entidad relacionadas con el ejercicio del derecho en cuestión. Ello se debe a que los requisitos de mayor entidad, se encuentran ya previstos en el art. 14 del Pacto (confr. infra considerando 19).

18) Que esta Corte no ignora los argumentos —algunos, muy atendibles— en sustento de la programaticidad de la norma que establece el derecho de réplica. Sin embargo, dicha posición es ya insostenible. Se ha tornado injusta. Efectivamente, si por hipótesis se afirmara que el art. 14 del Pacto es programático y que sólo el Congreso Nacional puede reglamentarlo, parece evidente que dicha reglamentación debe ser hecha en un plazo razonable, pues de lo contrario no se habría incorporado a nuestro ordenamiento un derecho, sino su perdurable sombra.

Desde este enfoque, no es dudoso sostener que el aludido plazo razonable ha sido largamente excedido, pues desde que el Pacto integra el ordenamiento jurídico han transcurrido más de siete años sin que el Congreso Nacional haya reglamentado el derecho de réplica.

Al examinar el problema desde esta perspectiva, el Tribunal entiende que corresponde aplicar el citado derecho, siempre que concurran los precisos requisitos previstos en el art. 14 del Pacto. Ello se funda en las razones aludidas y en que esta Corte, como poder del Estado —en su rol de supremo custodio de los derechos individuales—, no puede permanecer inmóvil ante la demora del Congreso Nacional en otorgar eficacia a un derecho internacionalmente exigible, contenido en un tratado sobre Derechos Humanos (confr. doctrina de la resolución de la Sala I del Tribunal Federal de Constitucionalidad de la República Federal de Alemania —1 BvR 26/66—, del 29 de enero de 1969, registrada en "EVerfGE", tomo 25, entrega 2º, pág. 167 y siguientes. Ver, asimismo, Zeidler, Wolfgang, *"Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande",* publicada en el *"Annuaire International de Justice Constitutionnelle"*, III, 1987, en especial, págs 44 y siguientes, *Presses Universitaires d'Aix — Marseille,* 1989).

19) Que, como ya fuera indicado, es posible derivar en forma directa del art. 14 del Pacto el derecho de rectificación o respuesta, puesto que se trata de una norma que establece con nitidez sus perfiles principales. En efecto, el art. 14.1 dispone que "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tienen derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley".

Al interpretar de buena fe el texto transcripto, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Pacto en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (confr. art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), parece evidente que este derecho procede frente a informaciones inexactas o agraviantes que, además, causen un perjuicio actual y concreto a la persona aludida.

De lo expuesto se desprende que el tipo de información que da origen al derecho de rectificación o respuesta es aquel que se refiere directamente al presunto afectado o, al menos, lo

alude de modo tal que resulte fácil su individualización. El fundamento de esta posición reside en que si —por vía de hipótesis— se reconociera este derecho sin el mencionado "requisito de individualización", se abriría la posibilidad de infinitos cuestionamientos a expresiones ideológicas o conceptuales que, en definitiva, afectarían a la libertad de prensa. Libertad cuyo especial resguardo ha asumido la Corte al grado tal de efectuar cuidadosas precisiones —entre ellas— la establecida en el caso "Costa", cit., considerando 12.

Con base en todo lo dicho, los precisos términos del Pacto en modo alguno sustentan la posición del recurrente. Ello es así en razón de que éste en ningún momento fue aludido en el programa "La noche del sábado", de modo tal que pudiera ser individualizado por los telespectadores (confr. infra, considerando 24).

20) Que, asimismo, cabe puntualizar que el apelante no ha comprendido lo que es derecho de réplica, pues le asigna un alcance que no encuentra apoyo, ni en la Convención (como se ha visto), ni en el derecho comparado ni en las Constituciones de varios estados provinciales (confr. infra, considerandos 21, 22 y 23). Efectivamente, su institución no ha tenido el propósito de crear un foro al que pueda abordar todo aquel que crea ver atacados valores, figuras o convicciones a los que adhiera. Aunque sea muy comprensible el disgusto (o aun la conmoción) que tales ataques —a veces desaprensivos— puedan producir, lo cierto es que lo que este derecho procura instituir es un modo de proteger ámbitos concernientes al honor, identidad e intimidad de personas que han sido aludidas en algún medio de comunicación, permitiéndoles acceder gratuitamente a ellos para dar su propia versión de los hechos.

21) Que, sin que ello implique agotar el tema, pueden reseñarse algunos casos de regulaciones de la mencionada naturaleza. Así, por ejemplo, el *droit de réponse* consagrado por el artículo 13 de la ley francesa del 29 de julio de 1881, permite a toda persona, nombrada o designada en un periódico, reclamar al responsable de éste, la inserción de su respuesta (gratuita, en ciertas condiciones), en el mismo lugar y caracteres que tenía el artículo que la provocó (Barbier, Georges, *"Code expliqué de la presse"*, Paris, 1887, tomo I, pág. 117 y ss.). Es considerado como uno de los modos de protección de las personas contra la alteración pública de su personalidad. Si bien es cierto que también se lo otorga a los herederos, esposos o legatarios universales de quien ha fallecido, lo es a condición de que este último haya sido difamado o injuriado, no resultando suficiente que sólo se lo haya cuestionado. El legislador no ha querido trabar la libertad del historiador por la amenaza del derecho de respuesta (confr. Kayser, Pierre, *"La protection de la vie privée"*, Paris, 1984, tomo I, pág. 85). Las personas morales pueden invocar este derecho, pero a condición de haber sido nombradas o designadas. No sería suficiente que sea designada una categoría de personas entre las cuales una asociación recluta sus miembros (Pinto, Roger, *"La liberté d'opinion et d'information"*, Paris, 1955, pág. 167).

El derecho de respuesta, en la radio y en la televisión, ha sido reglado en Francia tratando de adaptarlo a un público que se cuenta por millones, en tanto que el de la prensa lo es por millares (Debbasch, Charles, *"Les émissions de radiodiffusion et les droits des tiers: á propos de l'obligation de conservation des émissions"*, citado por Kayser, Pierre, op. cit., pág. 86). En el ámbito de la comunicación audiovisual, el *droit de réponse* sólo existe cuando han mediado imputaciones susceptibles de lesionar el honor o la reputación de una persona (concepto más restringido que la *mise en cause* de la ley de prensa). Si muere la persona difamada, el derecho sólo puede ser ejercido por sus herederos en línea directa o por su cónyuge (confr. Kayser, Pierre, op. cit., págs. 86/89).

En Alemania el derecho a la contra-exposición (*Gegenan-stellung*) también es interpretado como un modo de protección de la persona, una manera de garantizar el "*Audiatur et altera pars*" (Weitnaur, H., "*Problemes de droit civil relatifs a la protection de la personnalité*", cit. en Kayser, Pierre, op. cit., pág. 85). La República Federal de Alemania había reglado el punto en el tratado interestatal que creó el segundo canal de televisión: cabe señalar que la obligación de difundir la respuesta del afectado por una emisión, existe sólo en tanto aquél tenga un "interés legítimo" (Debbasch, Charles, "*Le droit de la radio et de la télévision*", pág. 103). Es oportuno subrayar que el tema del "interés legítimo" también aparece en la res. 74-26 por la cual el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomienda la adopción de reglas mínimas relativas al derecho de respuesta. Esas reglas apuntan a proteger al individuo contra las injerencias en su vida privada y los atentados a su dignidad, honor o reputación y, desde esa óptica, autorizan a las leyes nacionales a prever que los medios de comunicación podrán negarse a publicar la respuesta en seis supuestos, el último de los cuales es, justamente, el caso en el que el individuo aludido no justifique la existencia de un "interés legítimo" (Pinto, Roger, "*La liberté d'information et d'opinion en droit international*", Paris, 1984, pág. 183. La resolución mencionada es "*On the right of reply — Position of the individual in relation to the press*", 1974, registrada en *European Convention on Human Rights*, Volumen II, 1982).

Italia legisló sobre las *risposte e rettifiche* en el artículo 8º de la ley 47 sobre *stampa* (8 de febrero de 1948), texto sustituido por el art. 42 de la ley 416 (5 de agosto de 1981). Según dicha norma, el director o responsable está obligado a insertar gratuitamente en el periódico las declaraciones o las rectificaciones de los sujetos de los cuales se hubieran publicado imágenes o atribuido actos o pensamientos o afirmaciones que ellos estiman lesivos a su dignidad o contrarios a la verdad, aunque las declaraciones o las rectificaciones no tengan contenido susceptible de incriminación penal.

La ley española Nº 841 (27 de marzo de 1984), acuerda a toda persona "el derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que la aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio" (art. 1º).

En la U. R. S. S. se contemplaba que el ciudadano o la organización perjudicados pudieran reclamar "la refutación de las versiones que denigren su honor o dignidad, si quien difundió tales versiones no demuestra que ellas corresponden a la realidad". La parte responsable tiene la obligación de desmentir las versiones agraviantes. "Si éstas hubieran sido difundidas a través de la prensa, también por intermedio de la misma, siempre que no correspondan a la realidad, deben ser refutadas" (Gribanov, Korneev y otros, en "Derecho civil soviético", La Habana, 1987 tomo I, págs. 145/147).

22) Que, en nuestro continente, la Constitución peruana de 1979 dispone en su art. 2º, apartado 5º: "Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley".

La ley brasileña Nº 5250 (9 de febrero de 1967) establecía en su artículo 29 el derecho de respuesta para toda persona acusada u ofendida por publicaciones periodísticas o transmisiones radiofónicas o respecto de la cual los medios de información o divulgación difundieran hechos no verídicos o erróneos. A su vez, en el año 1964, se sancionó en Chile la ley 15.476, que sustituyó el artículo 8º del decreto-ley 425/25, por el siguiente: "Todo diario, revista, escrito periódico o radiodifusora o televisora, está obligado a insertar o difundir gratuitamente las aclaraciones o rectificaciones que les sean dirigidas por cualquier persona material o jurídica

ofendida o infundadamente aludida por alguna información publicada, radiodifundida o televisada...".

Por fin, la República Oriental de Uruguay regló el tema en el decreto-ley 15.672 (año 1984), cuyo artículo 7º otorgaba a "toda persona física o jurídica, de derecho público o privado" el "derecho de responder a una publicación o cualesquiera otros medios de comunicación pública, que la haya aludido o mencionado". Posteriormente, la ley 16.099 derogó el mencionado decreto-ley e instituyó un nuevo régimen. El artículo 7º de la actual ley dispone: "Toda persona física o jurídica de derecho público o privado puede ejercer ante el juzgado competente el derecho de responder a una publicación o cualesquiera otros medios de comunicación pública que la haya afectado por informaciones inexactas o agraviantes...". Es interesante destacar que el informe de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, que elevó a la Cámara de Representantes el proyecto de ley, manifestó: "el nuevo texto del artículo 7º ajusta la normativa actualmente vigente en materia de derecho de respuesta en una forma que a todos los integrantes de la Comisión nos ha parecido sumamente positiva. En efecto, mientras la normativa vigente establece que la sola mención o referencia a una persona genera un derecho a que se publique una respuesta en un medio de prensa, en el nuevo texto que ahora se pone a consideración de la Cámara se establece que solamente se generará el derecho de respuesta cuando la mención a una persona se haga en perjuicio de la misma o a través de la mención de hechos falsos. Quiere decir que, sin eliminarse el derecho de respuesta, éste se ha restringido" (Preza Restuccia, Dardo, "Comentarios a la nueva ley de prensa", República Oriental del Uruguay, Ed. Universidad, 1990, pág. 118).

23) Que las normas que en varias provincias regulan el tema —sin que esto importe abrir juicio sobre la competencia con que han sido dictadas— traslucen un enfoque que no difiere sustancialmente del que resulta de compulsar la legislación extranjera. Así, por ejemplo, otorgan la acción cuando una persona fuere afectada en su reputación, las Constituciones de 1986 de Santiago del Estero (art. 20), de 1957 de Neuquén (art. 22), de 1960 de La Pampa (art. 8º), de 1991 de Formosa (art. 12), de 1957 de Chubut (art. 15) y de 1987 de San Luis (art. 21). La Constitución de 1986 de Jujuy la consagra cuando exista afección en la intimidad, honra y dignidad, por informaciones "inexactas o agraviantes" (art. 23, apartado 4º). Este tipo de informaciones da lugar a la rectificación o respuesta cuando cause perjuicio al afectado, según las constituciones de 1986 de Salta (art. 23), del mismo año de San Juan (art. 25) y de 1991 de la nueva provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 47). En parecidos términos se pronuncia la Constitución de 1988 de Río Negro (art. 27).

La ley 302 de Santa Cruz (año 1961) menciona a la persona "señalada o notoriamente aludida con un hecho difamatorio, injurioso u ofensivo" (art. 1º).

24) Que lo reseñado resulta suficiente para concluir que también en el derecho comparado y en las legislaciones provinciales examinadas, por regla se exige —como requisito mínimo— que éstas contengan la alusión o mención a una persona que, justamente por ello, es facultada a "responder" o "rectificar".

Resulta, entonces, imprescindible que la persona esté directamente aludida en la noticia, que, de ese modo, pone en cuestión la mismidad intransferible de aquélla. Se advierte fácilmente que esto hace al meollo del remedio que se otorga, al que se sacaría de su quicio si se permitiera su utilización para refutar ataques genéricos a creencias o a valores, con el único requisito de que alguien adhiriera a ellos.

No valdría alegar que, al atacarlos, se afecta profundamente a la persona adherente. Esta afirmación sólo es verdadera si se limita a traducir los explicables sentimientos que invaden al hombre cuando se impugna lo que ama, pero no lo habilita a considerar lesionado el núcleo de su personalidad toda vez que, genérica e indeterminadamente, se embiste contra las convicciones que profesa. En todo puede el ser humano depositar sus afectos. Nada hay —en ese sentido— que le sea ajeno. Pero esa constatación no puede justificar la artificiosa utilización de un instrumento al que diversos ordenamientos conciben como un remedio singular para situaciones bien determinadas, en las que lo específico de cada individualidad resulta comprometido. Por consiguiente, si lo estricta y directamente personal no ha sido puesto en juego, el interesado deberá obtener satisfacción por otros medios.

En el *sub lite* el actor expresa que se ha sentido dolido como consecuencia de expresiones vertidas en un programa de televisión que habrían sido lesivas para la fe católica. Esta sería, en verdad, la eventual atacada. No lo ha sido, en cambio, el recurrente: éste no alega que se lo haya mencionado o aludido en el mencionado programa. En consecuencia, es palmaria la ausencia de legitimación del actor para ejercer el derecho de rectificación o respuesta en el presente caso.

Resultan aplicables, *mutatis mutandis*, las afirmaciones del Tribunal Superior de España en la causa en la cual una superviviente de un campo de concentración reclamó daños y perjuicios contra un ex-oficial nazi, a raíz de las manifestaciones realizadas por éste en la revista "Tiempo" y la Televisión Española. El tribunal negó legitimación a la demandante "aun comprendiendo el impacto moral, la indignación e incluso irritación que hayan podido producir a quienes como la actora padeció personalmente los desatinos de una época como a la que se refiere la demanda". En efecto, el demandado se había pronunciado "sobre unos hechos que hoy son historia", en ejercicio "del derecho fundamental a la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones que consagra el art. 20.1, a) de la Constitución", por lo cual sus manifestaciones "desafortunadas como se ha dicho mas no ofensivas para el honor de ninguna persona" no podían dar origen a condena alguna (STS 5 de diciembre de 1989 en "Anuario de Derecho Civil", ed. Centro de Publicaciones, Madrid, tomo XLIII, fascículo IV, año 1990, pág. 1337).

25) Que el olvido de los señalados principios en materia de legitimación para rectificar o responder, se traducirá en una inevitable mengua de la libertad de expresión que tutela la Constitución Nacional. En efecto, si se admitiese que cualquiera pueda exigir el acceso gratuito a los medios de comunicación con el único propósito de refutar los hipotéticos agravios inferidos a las figuras a las que adhiere o a las opiniones que sustenta, es razonable prever que innumerables replicadores, más o menos autorizados, se sentirán llamados a dar su versión sobre un sinfín de aspectos del caudal informativo que —en un sentido psicológico, mas no jurídico— los *afectarán*.

Un periódico o una emisora no son una plaza pública en donde cualquiera puede levantar su tribuna. Lo decisivo es que los responsables de los medios de difusión son los que determinan el contenido de las informaciones, noticias o programas que publican o emiten. A este principio sólo hacen excepción motivos de orden público o institutos como el derecho de rectificación o respuesta, este último con los alcances que se han expuesto *supra*.

Por el contrario, si se obligara a los medios a costear toda opinión adversa a lo que han difundido, se llegaría rápidamente al absurdo de que sólo sería posible expresarse libremente a través de aquéllos, a condición de poder financiar igual posibilidad a todos los eventuales contradictores. Parece innecesario abundar en la sinrazón de la postura. Impracticable eco-

nómicamente e incoherente del punto de vista lógico, tal pretensión importaría un claro menoscabo al derecho de libre expresión. La realidad desmentiría a la utopía: no habría muchas voces, habría silencio.

26) Que lo hasta aquí expuesto resulta suficiente para resolver el *sub examine* y hace innecesario abordar los restantes temas propuestos por el apelante en su recurso.

Asimismo, toda vez que no se encuentra en cuestión un conflicto entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y una ley nacional (por hipótesis, contraria a aquélla), tampoco es necesario abordar el punto relativo a cuál de los dos ordenamientos prima sobre el otro.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LEVENE (H.)

Considerando:

1º) Que la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó la demanda interpuesta por Miguel Angel Ekmekdjian, en ejercicio del derecho de réplica, contra Gerardo Sofovich y Canal 2 de Televisión, respecto del cual posteriormente desistió. Contra ese pronunciamiento el actor dedujo el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que el demandante solicitó que se condenara a los codemandados a la lectura de una carta documento en el programa "La noche del sábado" que emitía el mencionado canal bajo la producción y dirección de Sofovich. Señaló que el 11 de junio de 1988 Dalmiro Sáenz, en el aludido programa, "se expresó con una serie de frases agraviantes que el respeto y el buen gusto impiden repetir, con relación a Nuestro Señor Jesucristo y a su Santísima Madre" (fs. 84/84 vta. de los autos principales). Destacó, además, que el 4 de julio de 1988 remitió a los codemandados la citada carta documento, solicitando su lectura en "La noche del sábado" y al no obtener respuesta de aquéllos, dedujo la presente demanda. Fundó su pretensión en que lo dicho por Dalmiro Sáenz demostraba su intención de agraviar los sentimientos de quienes —como el presentante— pertenecían a la Iglesia Católica e incluso a los de los cristianos no católicos (fs. 84 vta.) y en el derecho a réplica que, a su entender, le asistía; a lo que agregó que sintió profundamente lesionado su "sentimiento de católico y cristiano".

3º) Que el *a quo*, al confirmar el fallo dictado en la instancia anterior que rechazó la demanda, consideró que el derecho a réplica no puede considerarse comprendido entre los derechos implícitos consagrados en el art. 33 de la Constitución Nacional. Asimismo, estimó que el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica carece de operatividad por no haber sido reglamentado por ley del Congreso, con cita del precedente de este Tribunal recaído en los autos E.60.XXII "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros", con fecha 1 de diciembre de 1988. Por último, sostuvo que el actor no está legitimado para intentar la acción iniciada pues, como él mismo lo advirtió no poseía un derecho subjetivo a la respuesta y sólo tenía un interés de carácter difuso; lo cual era insuficiente para obrar como lo hizo, ya que de acuerdo con la naturaleza del derecho de respuesta o rectificación, de carácter personalísimo, éste involucra en su titularidad a un determinado sujeto persona física y excluye a los intereses de carácter difuso o colectivo.

4º) Que en estos autos existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria del Tribunal, pues ha sido cuestionada la inteligencia del art. 33 de la Constitución Nacional y art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley 23.054, y la decisión impugnada resulta contraria al derecho que el apelante pretende fundar en esas normas (Fallos: 256:424; 257:99 y 127; entre otros).

5º) Que esta Corte en su actual integración mantiene el criterio sostenido en sus sentencias del 1 de diciembre de 1988, in re: S.454.XXI "Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S. A. y otro" y E. 60.XXII. "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo", según el cual el derecho a réplica, rectificación o respuesta, no se encuentra comprendido entre los implícitos que reconoce el art. 33 de la Constitución Nacional, a cuyos fundamentos sobre el punto cabe remitirse por razones de brevedad.

6º) Que la ley 23.054 dispuso en su art. 1º "Apruébase la Convención americana sobre derechos humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, cuyo texto forma parte de la presente ley", con lo cual incorporó al derecho positivo de nuestro país el texto íntegro de la Convención, que había sido firmada sin reservas por el Estado Argentino (art. 31, Constitución Nacional), y que cobró vigencia en nuestro medio a partir del depósito del instrumento de ratificación efectuado el 5 de setiembre de 1984 (art. 74.2 del Pacto).

7º) Que aceptada la vigencia del citado Tratado en nuestro ordenamiento jurídico se hace necesario analizar si el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14.1 de aquél, se encuentra en condiciones de ser tutelado por esta Corte pese a la ausencia de reglamentación legislativa, para lo cual han de tenerse en cuenta los distintos elementos de juicio que, valorados armónicamente en su conjunto, permitan llegar a una solución justa y compatible con la naturaleza del derecho invocado.

8º) Que, en ese sentido, corresponde destacar que la primera de las pautas a tener en cuenta es si la norma en cuestión contiene una descripción suficientemente concreta de los supuestos de hecho en ella contemplados, como para que este Tribunal pueda reconocer, dentro de límites precisos, el derecho en que el demandante ha fundado su pretensión.

Al respecto cabe señalar que la redacción del art. 14.1 es clara y sencilla, en cuanto otorga a quienes se encuentren en las situaciones allí previstas, el derecho de rectificación o respuesta, aunque sujetándolo a la ley que establezca la reglamentación. En efecto, la norma aludida expresa "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión, legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta, en las condiciones que establezca la ley".

No hay duda pues que tanto el tiempo verbal utilizado por la cláusula del tratado, hoy convertido en ley de la Nación, así como la descripción de las prerrogativas concedidas a las personas que allí se indican, importan una determinación del derecho reconocido en forma suficientemente definida.

9º) Que dicha conclusión se concilia con lo establecido en el Preámbulo de la Convención, en cuanto allí se afirma "su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado, en el respeto de los derechos esenciales del hombre", reconociéndose que éstos "no nacen del hecho de ser nacional de un determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos

de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos", postulados éstos que han sido aceptados por el legislador al incorporar el texto completo de la convención al derecho nacional, como surge del debate parlamentario de la ley.

Por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la Convención Americana constituye un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción y que dichos instrumentos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al probar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Pedro Nikken, "La protección internacional de los derechos humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, pág. 91/92).

Así cabe concluir, que el carácter del derecho de réplica, rectificación o repuesta, como derecho esencial de la persona, tendiente a proteger su honra y dignidad, le confiere a éste una naturaleza distinta de otros derechos de índole económica o social que hacen necesaria una tutela más intensa y una interpretación siempre favorable a su existencia.

10) Que, asimismo, la citada Corte, entre cuyas funciones se encuentra la interpretación del Pacto, ante una consulta que se le hiciera acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá "en las condiciones que establezca la ley", quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" (Opinión Consultivo OC 7/86, exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1 1.1 t. 1.2), serie A, Nº 7, pág. 13, párrafo 14). Asimismo, llegó a la conclusión de que el art. 14.1 "reconoce un derecho exigible internacionalmente" (Ibídem, p. 19, letra A) y que la frase "en las condiciones que establece la Ley" se refiere a cuestiones tales como "si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc." (Ibídem, p. 14, párrafo 27), pero que "el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído conforme con el art. 1.1.".

11) Que de todo lo expuesto se desprende que el derecho de réplica, rectificación o respuesta contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, como parte integrante de la ley 23.054 que la incorporó al ordenamiento jurídico vigente de nuestro país, constituye un derecho suficientemente definido como para merecer la tutela de este Tribunal a quien la Constitución ha constituido en custodio final de ese ordenamiento. A ello cabe agregar que por la esencia de derecho inherente a la persona que el propio legislador le ha otorgado al ratificar en su totalidad el Pacto y por los antecedentes jurisprudenciales de los organismos internacionales antes transcriptos, que refuerzan la convicción de este Tribunal acerca de su vigencia, no cabe otra solución que reconocer y amparar el citado derecho, aun a

falta de reglamentación legal sobre aspectos vinculados a su ejercicio, pues como ya lo decía Von Ihering "el verdadero valor del derecho descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica... La función del derecho, en general, es la de realizarse: lo que no es realizable, nunca podrá ser derecho".

12) Que para lograr la vigencia efectiva de ese derecho reconocido, única solución valiosa que resulta compatible con el bien común cuya realización concierne al órgano judicial como integrante del Estado, este Tribunal se ve en la obligación de ejercer su competencia implícita que emana de la Constitución Nacional, mediante la cual no sólo se le ha conferido la facultad de reconocer la existencia de los derechos fundamentales del hombre sino que también se le ha otorgado la prerrogativa de, actuando con suma prudencia, establecer los medios por los cuales aquéllos han de cobrar efectiva vigencia.

13) Que ya en el precedente de Fallos: 239:459, esta Corte sostuvo que la sola circunstancia de la comprobación inmediata de que una garantía constitucional ha sido violada basta para que sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias... A lo que agregó recordando palabras de Joaquín V. González: "no son, como puede creerse, las "declaraciones, derechos y garantías", simples fórmulas teóricas" cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina" (Manual de la Constitución Argentina, en Obras Completas, vol. III, Buenos Aires, 1935, Nº 82; confr., además, Nº 89 y 90).

14) Que a su vez en el recordado caso "Kot" (Fallos: 241:291) se sostuvo que nada hay, en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" —porque son esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad... Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos".

15) Que si bien en los casos citados se trató de reconocer una garantía a los efectos de tutelar de manera efectiva derechos reconocidos en la Constitución Nacional, tal doctrina resulta aplicable al *sub lite* porque aquí, como en esos precedentes estaban en juego derechos humanos provenientes de la propia naturaleza de la persona y el Poder Judicial como órgano máximo de protección de esos derechos posee la inclaudicable misión de tutelarlos en forma concreta y efectiva, supliendo si fuere necesario la omisión legislativa reglamentaria.

Y ello es así pues el control del órgano jurisdiccional no sólo atiende a la protección de los derechos individuales sino al proceso jurídico político en sí, que forma parte integrante del bien jurídico tutelado por dicho control. Los ideales básicos de la Constitución son la libertad y la dignidad del hombre y el sistema democrático el mejor medio para hacer efectivos principios, propósito este último reafirmado en el primer apartado del Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagró como derecho personalísimo el derecho a réplica, rectificación o respuesta.

No puede la acción u omisión de los restantes órganos del Estado impedir que el judicial cumpla con el mandato impuesto por la propia Constitución, pues los jueces como realizadores de la justicia poseen a su alcance las prerrogativas y facultades necesarias para que la totalidad del ordenamiento jurídico vigente sea de efectiva realización evitando la existencia nominal de derechos impedidos de concreción.

16) Que a partir de que se ha reconocido la posibilidad de que el demandante apoyara su pretensión en el derecho de réplica, respuesta o rectificación contenido en el art. 14.1 del Pacto, resta analizar si, además se encontraba legitimado para ello, lo cual requería necesariamente el estudio previo de la vigencia de la norma invocada.

17) Que, en principio, en la medida en que el reconocimiento del derecho de réplica, rectificación o respuesta, puede llegar a colisionar con el ejercicio de la libertad de prensa, toda interpretación que del art. 14.1 del Pacto se efectúe ha de serlo con carácter restrictivo. Y ello es así porque los arts. 14 y 32 de nuestro texto constitucional, así como la Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos, han jerarquizado la libertad de prensa otorgándole el carácter de derecho preferido, que además de su condición de derecho individual ampliamente protegido por las garantías constitucionales que genéricamente amparan a todos los derechos de ese carácter, le confiere el empinado rango inherente a una "libertad institucional" que hace a la esencia del sistema representativo y republicano.

18) Que en ese sentido esta Corte ha dicho en Fallos: 248:291 que "...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmembrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (considerando 25). Por otra parte, el Tribunal ha sostenido que la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa y que, por tanto, la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales (Fallos 257:313; considerandos 8º y 10).

19) Que sobre la base de ese criterio restrictivo, impuesto por nuestra Carta Magna, cabe señalar que el art. 14.1 de la Convención, cuando establece "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio ...tiene derecho a efectuar... su rectificación o respuesta...", ha fijado los límites del ejercicio de ese derecho mediante la enumeración de dos condiciones indispensables: a) la afectación debe provenir de informaciones inexactas o agraviantes, y b) esa afectación debe causar al afectado un perjuicio.

20) Que de acuerdo a los antecedentes obrantes en autos y que fueran expuestos en el considerando 2º) de la presente, en el caso no se han vertido informaciones sino expresiones que más allá de la intencionalidad con que las mismas fueron expuestas en modo alguno pueden caracterizarse como informaciones y, menos aún, respecto del recurrente, quien ni siquiera fue aludido durante la emisión del citado programa.

21) Que, por lo demás, en la medida en que el instituto del derecho de réplica o rectificación ha sido concebido como un medio para la protección del honor, la dignidad y la intimidad de las personas, el perjuicio que autorice a demandar con fundamento en él, debe provenir de un ataque directo a esos derechos personalísimos, sin que las aflicciones o sentimientos que produzcan las expresiones ideológicas, políticas o religiosas vertidas públicamente, puedan considerarse

como tales cuando no están dirigidas a persona determinada sino contra el patrimonio común de un grupo que, por más respetable que sea, escapa a la tutela del derecho de respuesta.

22) Que a la luz de lo expuesto ha de concluirse que la falta de legitimación del actor para interponer la presente demanda, pues extender el derecho de réplica al campo de las opiniones, críticas o ideas, importaría una interpretación extensiva del mismo que lo haría jurídicamente indefinible y colisionaría con los principios sobre libertad de prensa consagrados en nuestra Constitución Nacional.

Por todo lo expuesto, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas en el orden causado en atención a la naturaleza y complejidad del tema debatido. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. RICARDO LEVENE (H.).

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

1º) Que el actor promovió demanda contra Gerardo Sofovich y "Canal 2 de Televisión", en la cual solicitó que se los condenara a leer —en el programa "La Noche del Sábado" que emitía el mencionado canal y dirigía el otro codemandado— la carta documento que acompañó. A tal efecto, señaló que el 11 de junio de 1988 el señor Dalmiro Sáenz, durante el programa dirigido por Sofovich, se había expresado con una serie de frases agraviantes "en relación a Nuestro Señor Jesucristo y a su Santísima Madre" (fs. 84/84 vta., de los autos principales). Días después, el 4 de julio de 1988, el reclamante remitió a los codemandados la aludida carta documento, solicitando su lectura en el programa citado. Fundó su petición en que las expresiones de Sáenz "agraviaban profundamente" sus "sentimientos de católico y cristiano" y en el derecho de réplica que, a su entender, le asistía. Al no haber sido leída la misiva ni tener noticia alguna de los codemandados, el actor dedujo la presente demanda.

2º) Que Gerardo Sofovich contestó la demanda a fs. 102/106 de acuerdo a la nueva foliatura ordenada a fs. 180 y a fs. 108/114 lo hizo Radiodifusora El Carmen S. A., en su carácter de licenciataria de LS86 TV Canal 2 de La Plata, quienes pidieron su rechazo. El juez de primera instancia desestimó la demanda (A FS. 181/183 VAT.), decisión que fue confirmada por la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (fs. 200/202). Contra este último pronunciamiento, el actor interpuso recurso extraordinario (fs. 206/218), cuya denegación dio motivo a la presente queja.

3º) Que existe en autos cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria, pues se ha cuestionado la inteligencia del art. 33 de la Constitución Nacional y del art. 14 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la decisión impugnada resulta contraria al derecho que el apelante pretende fundar en esas normas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

4º) Que en las causas S. 454.XXI "Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S. A. y otro" y E. 60.XXII "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo", del 1 de diciembre de 1988, cuyos fundamentos comparte esta Corte en su actual composición, se ha dejado establecido que el derecho de réplica, rectificación o respuesta no tiene consagración expresa en la Constitución ni se encuentra entre los implícitos que reconoce su art. 33.

5º) Que, descartado que el mencionado derecho pueda ser considerado como una de las garantías comprendidas en el art. 33 de la Constitución, no puede encontrársele operatividad directa en el marco de la citada convención —que integra el derecho argentino— pues ella lo remite a "las condiciones que establezca la ley, (art. 14.1), de manera

que mientras tal ley no sea dictada no podrá adquirir operatividad. En tanto ello no ocurra —cuestión ésta de política legislativa, ajena a los órganos jurisdiccionales—, rige el principio de reserva consagrado por el art. 19 de la Constitución, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda" (voto del juez Belluscio en la causa: E. 60 citada, considerando 4º).

6º) Que, por otra parte, en el caso lo que se pretende va mucho más allá que el derecho, reconocido por la convención internacional. En efecto, su ya mencionado art. 14.1 reconoce el derecho de rectificación o respuesta a "toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio", y es evidente que no es tal el caso de autos, pues el actor no ha sido aludido, agraviado ni directamente afectado por las expresiones impugnadas, requisito de aplicación del derecho invocado que no sólo resulta del Pacto sino que también ha sido establecido en las constituciones provinciales argentinas que regulan la institución. La circunstancia de que todo cristiano haya podido sentirse molesto o agraviado por expresiones hirientes para los valores que alienta su fe religiosa no significa que pueda abrirse una acción ejercitable indistintamente por cualquier persona que profese el cristianismo, pues de lo que se trata es de permitir la respuesta o rectificación al directamente aludido y no de abrir un debate en el cual cada habitante de la Nación pueda rebatir las ideas expuestas por otro en un medio de difusión. Una comprensión diferente del derecho de réplica no sólo se apartaría inequívocamente de los términos en que lo reconoce la Convención internacional sino que lesionaría gravemente —además de la reserva consagrada por el art. 19— la libertad de expresión y el derecho de propiedad consagrados por los arts. 14 y 17 de la Constitución, pues obligaría a todo propietario de un medio de difusión a admitir un debate abierto sobre cualquier tema que se hubiera hecho público mediante su utilización, anulando de ese modo su propia libertad de expresión o la de quienes con su consentimiento utilizan su medio, y poniendo su propiedad individual al servicio de cualquier miembro de la comunidad. La pretensión deducida resulta, pues, desde todo punto de vista inaceptable.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal, notifíquese y oportunamente devuélvase. AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

Derecho a réplica - Convención Americana sobre Derechos Humanos - Prensa.

Petric, Domagoj Antonio c/ diario Página 12. 16/04/1998 - Fallos: 321:885.

✐ ***Antecedentes:***

El actor inició demanda contra el diario Página 12 al rechazarle el pedido del derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por un artículo en el cual se le atribuía el carácter de asesor del presidente de la Nación y el desarrollo de actividades de reclutamiento y organización de grupos de mercenarios para enviarlos a combatir junto a las fuerzas croatas en la guerra de Bosnia-Herzegovina.

La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia que había admitido la demanda. El diario interpuso recurso extraordinario que denegado motivó el recurso de queja.

La Corte Suprema —por mayoría— hizo lugar parcialmente a la queja, declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia.

El juez Belluscio, en su disidencia, reiteró la no operatividad del art. 14.1 de la Convención.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Derecho de respuesta - Medios gráficos - Convención Americana sobre Derechos Humanos (Mayoría: Considerando 9º; Voto del juez Nazareno: Considerando 5º; Voto del juez Moliné O'Connor: Considerando 9º; Voto del juez Fayt: Considerandos 6º, 18 y 23; Voto del juez Boggiano: Considerando 3º; Voto del juez Vázquez: Considerandos 6º y 20 y Disidencia del juez Belluscio: Considerando 6º)

b) Límites - Derecho de rectificación (Mayoría: Considerando 9º; Voto del juez Nazareno: Considerando 9º; Voto del juez Boggiano: Considerandos 10 y 11; Voto del juez Vázquez: Considerandos 6º y 13)

c) Derecho de respuesta - Características (Mayoría: Considerandos 11 y 12; Voto del juez Nazareno: Considerando 9º; Voto del juez Moliné O'Connor: Considerando 10; Voto del juez Fayt: Considerandos 19 y 25; Voto del juez Boggiano: Considerandos 6º, 8º, 10, 11, 12 y 15; Voto del juez Vázquez: Considerandos 11, 14 y 20)

Estándar aplicado por la Corte:

- El inc. 3º del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace expresa mención de las "publicaciones", precepto destinado a regir sobre el derecho de rectificación o respuesta, lo que impide aceptar la exclusión de los medios gráficos del ámbito de aquél (19).

- Queda excluido del derecho de rectificación o respuesta el amplio sector en el cual lo decisivo no es lo atinente a los hechos, sino más bien a su inter-

(19) **Nota de Secretaría:** En la causa **"Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo" (Fallos: 311:2497)** Ekmekdjián solicitó judicialmente un espacio para replicar consideraciones emitidas por el ex Presidente Frondizi en el programa televisivo conducido por Neustadt para lo cual sostuvo que el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa no debe quedar reservado a personas o empresas propietarias de medios de comunicación; y que el derecho de réplica es el efectivo ejercicio de la libertad de prensa para el ciudadano. La Corte por mayoría confirmó el pronunciamiento de grado y sostuvo que el derecho a réplica o respuesta, contenido en el art. 14, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —aprobada por la ley 23.054— no ha sido aún objeto de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno. Asimismo resolvió que la importancia fundamental que la libertad de prensa posee para nuestro sistema democrático de gobierno, y la necesidad de respetar el principio de legalidad previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional, determina que toda restricción de aquélla deba estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo y concluyó que la falta de un criterio unívoco sobre los alcances del derecho de rectificación o respuesta y la consecuente inexistencia de pautas susceptibles de ser determinadas o interpretadas judicialmente, impide tener a dicho derecho —reconocido en el llamado Pacto de San José de Costa Rica—, como incorporado implícitamente (art. 33, Constitución Nacional), a nuestro derecho positivo interno.

pretación: es el campo de las ideas y creencias, las conjeturas, las opiniones, los juicios críticos y de valor. Este límite vale tanto para las "informaciones inexactas" como para las "agraviantes" cuyo carácter debe provenir de los hechos en sí mismos de los que se da noticia y no de la formulación de juicios de valor descalificantes.

- Una importante característica del derecho de respuesta o rectificación es que requiere que la información sea inexacta y perjudicial, persigue proteger "ámbitos concernientes al honor, identidad e intimidad de personas que han sido aludidas en algún medio de comunicación" de las interferencias que podrían haber sufrido, dando al afectado la posibilidad de responder aquello que de él se ha dicho, —esto es permitir que el afectado diga "su" verdad frente a la "del" medio y que público conozca las "dos" verdades— es por ello que además de tributar a la tutela de derechos personalísimos ensancha el marco reflexivo de la opinión pública.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 16 de abril de 1998.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Petric, Domagoj Antonio c/ diario Página 12", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que Antonio Petric Domagoj invocó ante el diario Página 12, el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con motivo de un artículo que el periódico publicó el 20 de junio de 1993, en el que se le atribuía el carácter de asesor del presidente de la Nación Argentina y el desarrollo de actividades de reclutamiento y organización de grupos de mercenarios para enviarlos a combatir junto a las fuerzas croatas en la guerra de Bosnia-Herzogovina. En síntesis, el actor sostuvo que lo único verídico de la nota cuya rectificación pretendía, era que colaboraba honorariamente en la "Representación de Croacia", en prensa y cultura, mientras que las falsedades lo presentaban como un eventual transgresor de las normas que rigen la comunidad internacional. El diario rechazó el pedido sobre la base, en resumen, de que la información había sido escrita luego de una profunda tarea de investigación, que describió en una carta que había dirigido a Petric.

En tales condiciones, el actor inició la demanda que da origen a estas actuaciones, fundado en las razones expuestas. A su turno, el diario añadió a las defensas que ya había esgrimido, el planteo de inconstitucionalidad del art. 14 de la convención pues, en la medida en que esa norma obligara al periódico a publicar lo que no deseaba publicar, transgrediría los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

2º) Que la demanda fue admitida en ambas instancias. En efecto, la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —al confirmar la decisión del juez de grado— sostuvo que: a) el derecho contenido en el citado art. 14 de la convención era operativo no obstante la falta del dictado de la ley reglamentaria, de acuerdo con lo resuelto por esta Corte in re: "Ekmekdjian c/ Sofovich" (Fallos: 315:1492); b) la aplicación de la respuesta debe hacerse en forma restrictiva a fin de evitar la violación de la libertad de prensa garantizada por el art. 14

de la Constitución Nacional, presupuesto básico del régimen republicano de gobierno; c) el "encuadre jurídico (de la respuesta) no se reduce a los delitos contra el honor ni requiere el ánimo de calumniar o de injuriar, ni el presupuesto de la criminalidad delictiva", y tampoco "se trata de la querella por calumnias e injurias, ni la acción por reconocimiento de daños y perjuicios" y d) "la publicación efectuada es susceptible de afectar el honor, de perturbar la paz y la tranquilidad de espíritu del actor, al atribuirle una ilícita actividad, sin elemento de juicio corroborante" dado que de las pruebas aportadas no surgiría que el actor hubiera realizado las conductas que le atribuye la información.

3º) Que contra dicho pronunciamiento, la vencida interpuso recurso extraordinario en el que sostiene: a) la no operatividad del art. 14 de la Convención dada la ausencia de reglamentación; b) la inaplicabilidad de la respuesta en el caso, en atención a la naturaleza política o ideológica de la publicación; c) que el derecho de respuesta sólo procede respecto de los "medios de difusión legalmente reglamentados", esto es: "cuando se trata de medios de propiedad del Estado" y no de particulares; d) que la prueba habría sido arbitrariamente apreciada por el a quo; e) la ya mencionada inconstitucionalidad del art. 14 de la convención.

4º) Que el recurso extraordinario fue denegado por la alzada al considerar que no debía pronunciarse sobre la arbitrariedad de su propio pronunciamiento, al tiempo que sostuvo que la recurrente sólo cuestionaba circunstancias de hecho y prueba que no habilitan la instancia de excepción. Esa decisión motivó el presente recurso de hecho.

5º) Que los agravios reseñados en los puntos a y d son inadmisibles. Esto es así, respecto del primero, por cuanto el apelante ha omitido hacerse cargo de los fundamentos expresados por el a quo que, como se anticipó, recogen la doctrina del tribunal expuesta en Fallos: 315:1492. En cuanto al segundo, cabe señalar que el agravio no excede de la mera discrepancia con la apreciación de los elementos de juicio hecha por la alzada, lo cual es insuficiente para habilitar esta instancia federal de acuerdo con conocida jurisprudencia.

6º) Que, más allá de la oportunidad de su introducción, los agravios reseñados en el considerando. 3º) **sub b)** y **sub c)** no pueden ser acogidos.

En cuanto al primero (**sub b**), cabe distinguir dos aspectos. Por un lado está el carácter eminentemente fáctico que tienen los datos contenidos en la nota publicada por Página 12, que Petric pretende responder porque, según aduce, le "atribuye inexactamente actividades anteriores, recientes y presentes, que son totalmente falsas e inexistentes" (fs. 14) y lo involucra en "hechos ajenos" a él (fs. 19). Por otro lado, está la repercusión política que la nota periodística podría suscitar, atento a la clase de "actividades" y "hechos" de que se trata.

Esta última consecuencia —la repercusión política— no tiene la virtud de convertir a la señalada cuestión en algo así como un mero choque de opuestas concepciones ideológicas, en el cual se enfrentarían distintas concepciones políticas (la del autor de la nota y la de Petric).

No es así. Lo central consiste en la atribución de actividades y hechos al actor, que éste niega. Pertenece, por lo tanto, al mundo de lo comprobable y no de lo meramente valorativo u opinable, ámbito este último que sí sería ajeno al derecho de rectificación o respuesta, como se tratará infra.

La apelante confunde ambos planos —la índole de la nota y su eventual repercusión— y esto la lleva a adjudicar a la cuestión una supuesta "naturaleza política o ideológica" de la cual carece.

Con relación al agravio **sub c)**, aun cuando cabe reconocer que la expresión "medios de difusión legalmente reglamentados" —utilizada en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— presenta dificultades de interpretación, la que al respecto realiza la apelante es inadecuada. En efecto, no se advierte que el texto transcripto haga siquiera alusión a la propiedad de los medios; la norma habla de los órganos legalmente reglamentados y no de los que son del dominio del reglamentador.

Tampoco variaría la solución aunque se alegara que el derecho de rectificación o respuesta es imposible de invocar frente a los medios de difusión gráficos, por no encontrarse éstos "legalmente reglamentados" en el ámbito nacional. Esto es así, pues el inc. 3 del mismo art. 14, vale decir, uno de los tres incisos que —junto con el 1 ya citado— integran el artículo que lleva por título "derecho de rectificación o respuesta", dispone que "para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial" (énfasis agregado). Es fácil advertir que la expresa mención de las "publicaciones" en un precepto destinado a regir sobre el derecho de rectificación o respuesta, arroja luz más que suficiente sobre el punto e impide aceptar la exclusión de los medios gráficos del ámbito de aquél.

Conviene recordar, además, que el derecho de respuesta nació y, en buena mediado, se difundió, debido exclusivamente a la existencia, multiplicación y relevancia de los medios informativos gráficos. Por lo tanto, la supuesta exclusión de éstos del ámbito del derecho reglado en el art. 14 de la convención hubiese requerido una expresión normativa clara y concluyente. Empero, a la ausencia de esta última, se suma la inequívoca mención ya transcripta del inc. 3º.

7º) Que, por el contrario, el cuestionamiento de la validez constitucional del derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica (en adelante el Pacto), plantea una cuestión federal. En consecuencia, encontrándose reunidos los restantes requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario, corresponde hacer lugar a la queja con estos alcances.

8º) Que el art. 14 del Pacto expresa, bajo el título "Derecho de rectificación o respuesta":

"1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos —y los demás tratados mencionados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional— "tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

A su vez, el art. 14 de la Carta Magna dispone que "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa..." y el art. 32

establece que "El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

9º) Que, en la medida de las cuestiones planteadas en el presente juicio, corresponde interpretar los alcances del derecho establecido en el art. 14 del Pacto a fin de poder dar respuesta a su impugnación constitucional. Sólo así se podrá determinar si aquél es o no compatible con la Ley Fundamental.

Corresponde, en primer término, subrayar que el derecho de rectificación o respuesta se circunscribe a las "informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio [del afectado]". Puesto que informar es, según el Diccionario de la Real Academia Española, "enterar, dar noticia de una cosa", la clara terminología del precepto limita el derecho al ámbito de lo fáctico, lo relativo a hechos cuya existencia (o inexistencia) puede ser objeto de prueba judicial. Queda así excluido el amplio sector en el cual lo decisivo no es atinente a los hechos, sino más bien a su interpretación: es el campo de las ideas y creencias, las conjeturas, las opiniones, los juicios críticos y de valor. En este último campo de las ideas y creencias, las conjeturas, las opiniones, los juicios críticos y de valor. En este último campo también existen —es cierto— elementos de hecho, pero lo esencial es la aceptación o repulsa que la base fáctica provoca en el autor de la expresión.

Lo dicho vale tanto para las "informaciones inexactas" como para las "agraviantes". También en estas últimas el carácter de "agraviante" debe provenir de los hechos en sí mismos de los que se da noticia —que el afectado pretenderá eventualmente responder— y no de la formulación de juicios de valor descalificantes. Una expresión fuertemente crítica podrá dar lugar a otro tipo de respuestas legales (por ejemplo, si cae en el insulto gratuito e injustificado), pero nunca dará ocasión al ejercicio del derecho previsto en el art. 14 del Pacto.

No sólo la letra del precepto "sub examine" impone la exclusión de la clase de expresión indicada precedentemente. También el sentido común. Desde esta perspectiva, se dijo en **Fallos: 315:1492, 1538:** "Un periódico o una emisora no son una plaza pública en donde cualquiera puede levantar su tribuna. Lo decisivo es que los responsables de los medios de difusión son los que determinan el contenido de las informaciones, noticias o programas que publican o emiten. A este principio sólo hacen excepción motivos de orden público o institutos como el derecho de rectificación o respuesta, este último con los alcances que se han expuesto supra. Por el contrario, si se obligara a los medios a costear toda opinión adversa a lo que han difundido, se llegaría rápidamente al absurdo de que sólo sería posible expresarse libremente a través de aquéllos, a condición de poder financiar igual posibilidad a todos los eventuales contradictores. Parece innecesario abundar en la sinrazón de la postura. Impracticable económicamente e incoherente desde el punto de vista lógico, tal pretensión importaría un claro menoscabo al derecho de libre expresión. La realidad desmentiría a la utopía: no habría muchas voces, habría silencio" **(disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, considerando 25).**

Excluir de la rectificación o respuesta lo que genéricamente pueden denominarse **opiniones** no es una peculiaridad exclusiva del Pacto. Lo mismo sucede en otros ordenamientos. Así, por ejemplo, el **Tribunal Constitucional de España** afirmó que "Por su naturaleza y finalidad, el derecho de rectificación... normalmente sólo puede ejercerse con referencia a datos de hecho (incluso juicios de valor atribuidos a terceras personas), pero no frente a opiniones cuya responsabilidad asume quien las difunde..." (**Sentencia 35/1983**, del 11 de mayo). En otro caso, expresó que "...la inserción de la réplica sólo procede en la medida en que se pretende rectificar

hechos no opiniones y cuando los hechos publicados afectan perjudicialmente a los intereses del demandante aludido por la información" (**Sentencia 168/1986**, del 22 de diciembre).

El alcance del derecho reglado en el art. 14 del Pacto no autorizaría a imponer a los medios, con fundamento en esa norma, la obligación que la Federal Communications Commission de los Estados Unidos puso sobre las emisoras radiotelevisivas en virtud de la llamada "political editorial rule". Según esa regulación, cuando una emisora en su editorial sostenía o se oponía a un candidato político, debía notificar esa circunstancia al candidato opuesto o a los oponentes del candidato apoyado, para que tuvieran una razonable oportunidad de manifestar su postura en el mismo medio (conf. Stone, Geoffrey R. y otros, "Constitutional Law", second. edition, Little, Brown and. Co. 1991, p. 1413).

10) Que una segunda limitación proviene de que el citado art. 14 del Pacto impone que la información que da origen a derecho de rectificación o respuesta se refiera directamente al presunto afectado —tal como sucede en el sub examine— o, al menos, lo aluda de modo tal que resulte fácil su individualización. "El fundamento de esta posición reside en que si —por vía de hipótesis— se reconociera este derecho sin el mencionado 'requisito de individualización', se abriría la posibilidad de infinitos cuestionamientos a expresiones ideológicas o conceptuales que, en definitiva, afectarían a la libertad de prensa" [...] " ...su institución no ha tenido el propósito de crear un foro al que pueda abordar todo aquel que crea ver atacados valores, figuras o convicciones a los que adhiera" **(Fallos: 315:1492, 1532, disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, considerandos 19 y 20)**.

"[S]i se admitiese que cualquiera pueda exigir el acceso gratuito a los medios de comunicación con el único propósito de refutar los hipotéticos agravios inferidos a las figuras a las que adhiere... es razonable prever que innumerables replicadores, más o menos autorizados, se sentirán llamados a dar su versión sobre un sinfín de aspectos del caudal informativo que —en un sentido psicológico, mas no jurídico— los **afectarán" (Fallos: 315:1492, 1537, disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, consid. 25).**

En el derecho comparado se exige, por regla y como requisito mínimo, que las informaciones contengan la alusión o mención del supuesto afectado **(disidencia citada., considerando 24).**

11) Que, por fin, otra importante característica del derecho reglado en el art. 14 del Pacto es que —a diferencia del **droit de réponse** francés— requiere que la información sea **inexacta** (también en el caso de las "agraviantes", confr. supra, considerando 9º) y **perjudicial.**

Los señalados requisitos son desconocidos en el derecho francés, en el cual basta que alguien sea designado en un medio gráfico (el derecho es más restringido en materia audiovisual) para que tenga derecho a la respuesta, sea cual fuere el contenido del artículo, laudatorio o crítico, manifiestamente falso o verídico (Balle, Francis, **Médias et Sociétés**, 5ème. édition, Ed. Montchrestien, Paris 1990, p. 277; Casación Criminal, 21-V-1924, en **Recueil Dalloz-Sirey** 1924, 1, 97). El derecho es general y absoluto (C.A. Paris, 13-V-1991, en **Recueil Dalloz-Sirey** 1991, 18 cahier, IR, p. 120). Los aludidos por la nota son los únicos jueces de la conveniencia de su respuesta (nota de Josserand al precitado fallo de la Casación Criminal).

El sistema que instituye el art. 14 del Pacto es distinto. Si el diferendo llega a un tribunal, algo tiene que decir la prueba a producirse en el juicio sobre la inexactitud y el perjuicio, porque sería absurdo que la norma exigiera esos requisitos para luego diferir todo a la simple alegación de una de las partes.

Como el *a quo* ha concluido, después de valorar la prueba, en la existencia de ambos requisitos (fs. 195/196) —y lo ha hecho sin arbitrariedad— resulta innecesario adentrarse en la consideración de otros problemas que pueden presentarse dentro de la temática esbozada. Tales son, por ejemplo, la cuestión relativa a si el juzgador debe obtener certeza sobre los mencionados requisitos —o si basta un cierto grado de probabilidad y verosimilitud— y la atinente a las modalidades que puede presentar el onus probandi según la clase de los hechos consignados en la nota periodística.

Otro tema, también ajeno a esta causa, es la fuerza vinculante —si es que tiene alguna— de un pronunciamiento judicial sobre rectificación o respuesta, respecto de otra clase de procesos, en los que también esté en juego la inexactitud y el perjuicio de la misma información.

12) Que las reseñadas características del derecho de rectificación o respuesta lo muestran como un medio ceñido y acotado que persigue proteger "ámbitos concernientes al honor, identidad e intimidad de personas que han sido aludidas en algún medio de comunicación" (**confr. Fallos: 315:1492, 1532, disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, considerando. 20**) de las interferencias que prima facie podrían haber sufrido, dando al afectado la posibilidad de responder aquello que él se ha dicho.

No es un cauce para arrebatos polémicos y ofrece adecuadas garantías de que la respuesta, cuya inserción se pide, no está privada de todo sustento fáctico.

Nada hay en él que autorice a presentarlo como reñido con el debido respecto a la garantía de la libertad de prensa y de expresión, que esta Corte siempre celosamente ha preservado.

A fin de mantener el equilibrio del diseño constitucional, el respeto a aquella libertad debe ser conjugado con el que también merecen los derechos que, como los antes nombrados, hacen a la dignidad de los que habitan el suelo argentino.

Es simplista pensar que toda vez que se busca tutelarlos queda automáticamente comprometida aquella garantía fundamental: esa clase de postura importa un unilateralismo que desmerece la libertad que supuestamente busca amparar.

Cabe recordar lo dicho por el **Tribunal Constitucional español**, en la ya citada sentencia **168/1986,** en cuanto a que el derecho de rectificación "además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone ... un complemento a la garantía de la opinión pública libre...ya que el acceso a una versión diferente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege" (fundamento 5º).

Por último, nada indica que en los países en los que rige un derecho de características similares al reseñado precedentemente, se hayan producido efectos negativos para la libertad de expresión o se haya incrementado la autocensura de los medios periodísticos, lo que da por tierra con los pronósticos agoreros de los adversarios del instituto.

Por todo ello, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario con los alcances indicados y se confirma la sentencia apelada. Devuélvase el depósito, agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. JULIO S. NAZARENO *(por su voto)* — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR *(por su voto)* — CARLOS S. FAYT *(por su voto)* — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO *(en disidencia)* — ANTONIO BOGGIANO *(por su voto)* — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — GUILLERMO A. F. LÓPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ *(por su voto)*.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JULIO S. NAZARENO

Considerando:

1º) Que Domagoj Antonio Petric invocó ante el Diario Página 12, el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante la Convención— con motivo de un artículo que el periódico había publicado el 20 de junio de 1993, en el que se le atribuía el carácter de asesor del Presidente de la Nación Argentina y el desarrollo, entre otras, de actividades de reclutamiento y organización de grupos de mercenarios argentinos para enviarlos a combatir junto a las fuerzas croatas en la guerra de Bosnia-Herzegovina. En síntesis, lo único verídico de la nota, sostuvo Petric en el texto cuya publicación pretendía, era que colaboraba honoríficamente en la "Representación de Croacia", en prensa y cultura, y que las falsedades lo presentaban como un eventual transgresor de las normas que rigen la comunidad internacional. El diario rechazó el pedido sobre la base, en resumen, de que la información había sido escrita luego de una profunda tarea de investigación, que describió en una carta dirigida a Petric.

En tales condiciones, Petric inició la demanda origen de estas actuaciones, fundado en razones análogas a las indicadas. A su turno, la demandada añadió a las defensas recordadas, la de inconstitucionalidad del art. 14 de la Convención pues, en la medida en que esa norma la obligara a publicar lo que no deseaba publicar, transgrediría los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

La demanda fue admitida en primera y segunda instancia. A este respecto la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo: a) que el derecho contenido en el citado art. 14 de la Convención era operativo no obstante la falta de dictado de la ley reglamentaria, de acuerdo con lo resuelto por esta Corte en Fallos: 315:1492 ("Ekmekdjian c/ Sofovich"); b) que la aplicación de la respuesta debía hacerse en forma restrictiva a fin de evitar la violación de la libertad de prensa garantizada por el art. 14 de la Constitución Nacional, lo que resulta un presupuesto básico del régimen republicano de gobierno; c) que "el encuadre jurídico (de la respuesta) no se reduce a los delitos contra el honor ni requiere el ánimo de calumniar o de injuriar, ni el presupuesto de la criminalidad delictiva"; tampoco "se trata de la querella por calumnias e injurias, ni la acción por reconocimiento de daños y perjuicios"; y d) que "la publicación efectuada es susceptible de afectar el honor, de perturbar la paz y la tranquilidad de espíritu del actor, al atribuirle una ilícita actividad, sin elemento de juicio corroborante" dado que de las pruebas aportadas no surgía que el actor hubiera realizado las conductas que le atribuyó la información.

Contra dicho pronunciamiento, la vencida interpuso recurso extraordinario en el que sostiene: a) la no operatividad del art. 14 de la Convención, dada la ausencia de reglamentación; b) la inaplicabilidad de la respuesta en el caso, pues lo publicado era de naturaleza política o ideológica; c) que el derecho de respuesta sólo procede respecto de los "medios de difusión legalmente reglamentados", esto es: "cuando se trata de medios de propiedad del Estado" y no de particulares; d) que la prueba habría sido arbitrariamente apreciada por el a quo; e) la ya mentada inconstitucionalidad del art. 14 de la Convención; a ello suma, que no osta a tal conclusión la "jerarquía constitucional" que se le ha otorgado a ese instrumento internacional en la reciente reforma de la Constitución Nacional, puesto que, en definitiva y por propio mandato del nuevo texto de la Ley Fundamental, la Convención "no deroga artículo alguno de la primera parte de esta Constitución" (art. 75, inc. 22).

El recurso extraordinario fue denegado al entender la alzada que no debía pronunciarse sobre la arbitrariedad de su anterior decisión y, además, por estar en juego cuestiones de hecho y prueba. Ello originó la presente queja.

2º) Que los agravios reseñados sub a) y sub d) son inadmisibles. Esto es así, respecto del primero, por cuanto el apelante ha omitido hacerse cargo de los fundamentos expresados por el a quo que, como se anticipó, recogen la doctrina del Tribunal ("Ekmekdjian c/ Sofovich" cit.). En cuanto al segundo, cabe señalar que el agravio no excede de la mera discrepancia con la apreciación de los elementos de juicio hecha por la alzada, lo cual es insuficiente para habilitar esta instancia federal de acuerdo con conocida jurisprudencia.

3º) Que las impugnaciones señaladas en sub b) y sub c) tampoco son admisibles toda vez que no fueron introducidas, habiendo sido ello posible, en las instancias anteriores.

4º) Que, por lo contrario, el cuestionamiento de la validez del derecho de rectificación respuesta contenido en el art. 14 de la Convención, promueve cuestión federal. Por ende, encontrándose reunidos los restantes requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario, corresponde hacer lugar a la queja en este punto y examinar los agravios del recurrente.

5º) Que el art. 14 de la Convención expresa, bajo el título "Derecho de rectificación o respuesta": "1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".

Ahora bien, cualesquiera hayan sido los motivos que originariamente llevaron a la consagración del derecho de rectificación o respuesta, más que centenario, lo cierto es que, por lo menos a partir de la consolidación de las sociedades democráticas modernas y del correlativo esclarecimiento de los fundamentos sobre los que éstas reposan y de las finalidades que persiguen, por un lado, y, por el otro, del progresivo y particular desarrollo de los procesos de elaboración y difusión de la información, el citado art. 14 de la Convención encuentra su razón de ser y el campo de su proyección principal, aunque no exclusivamente, en dos ámbitos. Por lo pronto, el individual: se trata de un instituto que tiende a proteger determinados bienes de las "personas" ante informaciones "inexactas" que pudieran perjudicarlos, vertidas por los medios de difusión y dirigidas al público en general. Es, por ende, una garantía de la persona y para la persona. Empero, se yuxtapone a esa dimensión, la social: es preciso que dicho público, en el supuesto anterior, pueda llegar a conocer la expresión contradictoria de la noticia, proveniente del afectado. La garantía, desde este punto de vista, sigue siendo de la persona, pero no ya para beneficio exclusivo de ésta, sino también para la comunidad en general.

6º) Que, por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la rectificación "se corresponde con el art. 13.2a) sobre libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al 'respeto a los derechos o a la reputación de los demás (ver La colegiación obligatoria de los periodistas...); con el art. 11.1 y 11.3 según el cual: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 3. Toda persona tiene derecho

a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques; y con el art. 32.2 de acuerdo con el cual: los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática" (Opinión Consultiva OC-7/86, sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta de la Convención).

Cabe recordar en este contexto, que es pauta segura para la hermenéutica de la Convención, atenerse a que su "propósito" ha sido y es, el de "consolidar" determinados derechos "dentro del cuadro de las instituciones democráticas" (Convención, Preámbulo, considerando. 1; asimismo: arts. 29 y 32). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone, a su turno, que "los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de lo demás... por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático" (art. XXVIII).

7º) Que síguese de ello que el derecho de rectificación puede ser entendido, desde una de sus perspectivas, como el medio jurídico que autoriza a que la persona afectada por una información pueda expresar y, de ese modo, el público conocer, su desacuerdo con la exactitud de dicha información. En otras palabras, la respuesta hace posible que cuando un órgano de difusión sostenga la existencia o inexistencia de hechos que afecten a una persona, ésta pueda controvertir, por el mismo medio, la exactitud de lo sostenido por el primero. El instituto, de tal suerte, tributa a la tutela de derechos personalísimos al paso que ensancha el marco reflexivo de la opinión pública.

En el mentado precedente "Ekmekdjian c/ Sofovich", tuvo oportunidad la Corte de recordar, a propósito del derecho bajo estudio, que el acrecentamiento de la influencia que detentan los medios de información tiene como contrapartida una mayor responsabilidad por parte de los diarios, empresas editoriales, estaciones y cadenas de radio y televisión, las que se han convertido en colosales empresas comerciales frente al individuo, pues "si grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad" (Fallos: 310:608). Así entonces —fue también dicho— frente a los avances y al uso que se dé a los medios de comunicación no parece inapropiado considerar que el porvenir de la sociedad contemporánea depende, en buena medida, del "equilibrio" entre el poder de los medios y la aptitud de cada individuo para actuar en la liza a la que es llevado por la información.

8º) Que si a todo lo que ha sido dicho, se suma el deber de verdad que pesa sobre todo informador, debería convenirse, con mayor razón, en que el respondiente es caracterizable menos como un adversario del medio que como un colaborador de éste, en una mutua y solidaria búsqueda de la verdad (v. Biolley, Gérard, Le droit de réponse en matiére de presse, París, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, 1963, p. 168). La respuesta se proyectaría, de esta manera, a un ámbito que se sumaría a los dos ya enunciados, al constituirse en ayuda de esa suerte "de derecho que tiene el informador a que se le corrija y se le ayude a realizar el deber de corregir toda información incorrecta" (v. Bel Mallen, I., Corredoira y Alfonso, L., y Cousido, P., "Derecho de la información" Ed. Colex, Madrid, 1992, t. I, p. 137). En este respecto, cabe recordar el proyecto de Código de Honor de Periodistas de las Naciones Unidas, admitido por una comisión de la Asamblea General de 1952: "cualquier información que, una vez hecha pública se revelase incorrecta o nociva, deberá ser rectificada espontáneamente y sin demora"; también el Código de Etica del Círculo de Antioquía, de 1970, en cuanto establece como obligación del periodista el "poner todo su empeño en buscar la verdad y, cuando haya incurrido en error, toda su capacidad para enmendarlo" (art. 3; v. asimismo, "Ekmekdjian c/ Sofovich" cit., considerando 13). El Consejo de Europa ha recomendado la universalización del derecho

de contestación y lo ha justificado por el derecho a la verdad del sujeto universal (v. Bel Mallen y otros, op. y loc. cits., p. 139).

"Un publicista, consciente de su misión y de sus responsabilidades, se siente en el deber de restablecer la verdad si ha divulgado el error" (Pío XII, discurso del 7 de agosto de 1940). Juan XXIII, de su lado, en oportunidad de dirigirse a los directores de radio, advirtió: "A veces se oye decir que los periodistas no siempre están acostumbrados a rectificar un error o una exageración conforme a las exigencia de una perfecta lealtad. A vuestra conciencia profesional corresponde quitar todo fundamento a este alegato" (mensaje al Congreso de Directores de Radio, del 28 de mayo de 1962; v. "El derecho a la verdad", edición preparada por Jesús Iribarne, Bac, Madrid, 1968, págs. 91 y 333).

9º) Que en la estructura constitucional existen determinados principios de carácter indudablemente arquitectónicos. Uno de éstos es, a las claras, ese aspecto de la libertad de expresión que autoriza a no expresar lo que no se quiera expresar. Los medios de comunicación son, en consecuencia, quienes deciden sobre sus mensajes y, también, sobre sus silencios. Empero, de tan precioso postulado, sobre el que descansa y se nutre en buena medida la libertad y el futuro de la República, no puede derivarse un rechazo en globo del derecho sub exámine. Dicha libertad puede ser armonizada con la protección de derechos de indudable raíz constitucional como son los aludidos por el art. 14 de la Convención, máxime cuando el medio elegido se exhibe, al par, como enriquecedor de la convivencia democrática.

Es jurisprudencia constante y bien afirmada de la Corte, la que sostiene la inexistencia de derechos constitucionales absolutos (Fallos: 290:83; 297:201; 304:319 y 1524, entre otros). Luego, la demandada no puede sostener con éxito la invalidez indiscriminada de la rectificación o respuesta a menos de conferir a la libertad que invoca el carácter precedentemente indicado.

En este sentido, el tribunal no comparte la opinión del recurrente en cuanto a que el derecho de respuesta es censurable por cuanto "lesiona la línea editorial del medio de prensa". El criterio se afirma en dos razones que traducen sendos recaudos para el ejercicio de la respuesta. La primera, relativa a que el asunto sobre el que gire la respuesta no puede ser diverso del considerado previamente por la propia publicación; la rectificación no propicia oportunidades para las plumas sin editores. La segunda y quizá más relevante razón, reside en que la rectificación debe recaer sobre los aspectos fácticos del asunto, vale decir, sobre los hechos que hacen a la noticia; sólo los mensajes de hechos o noticias, pueden dar origen a la respuesta. La esfera de esta última es ajena a los campos de la opinión, las ideas, las valoraciones. De ahí que esta Corte no admita el mencionado planteo. El derecho de rectificación no impone al diario a que ingrese en asuntos que no hubieran sido ya escogidos y difundidos por el propio medio; ni lo constriñe a dar a conocer ideas, opiniones o juicios de valor, que no quisiera publicar.

En suma, lo expresado pone en claro, a juicio del tribunal, que nada hay en la primera parte de la Constitución Nacional que se oponga al derecho de rectificación o respuesta previsto en el art. 14 de la Convención en el aspecto que ha sido considerado precedentemente, razón por la cual se impone desestimar la invalidez alegada por la demandada.

Por ello, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario con los alcances indicados en el considerando 4º, y se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia del agravio resuelto. Devuélvase el depósito (fs. 1), agréguese la queja al principal, hágase saber y, oportunamente, remítase. JULIO S. NAZARENO.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR

Considerando:

Que el suscripto coincide con los considerandos. 1º a 8º del voto de los jueces Petracchi, López y Bossert.

9º) Que, según ha expresado esta Corte, los términos del citado art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, indican que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir (confr. causas M.399.XXXII, "Monges, Analía M. c/ U.B.A. - res. 2314/95", del 26 de diciembre de 1996 y C.278.XXVIII, "Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad", del 27 de diciembre de 1996).

10) Que al margen de la básica compatibilidad que cabe predicar de los tratados incorporados a la Constitución con el plexo de derechos salvaguardados en nuestra Ley Fundamental, lo cierto es que —en la especie— las características del derecho de rectificación o respuesta lo muestran como un medio ceñido y acotado que persigue proteger "ámbitos concernientes al honor, identidad e intimidad de personas que han sido aludidas en algún medio de comunicación" (confr. Fallos: 315:1492, 1532, disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, considerando 20) de las interferencias que prima facie podrían haber sufrido, dando al afectado la posibilidad de responder aquello que de él se ha dicho. Nada hay en él que autorice a presentarlo como reñido con el debido respeto a la garantía de la libertad de prensa y de expresión, que esta Corte siempre celosamente ha preservado.

A fin de mantener el equilibrio del diseño constitucional, el respeto a aquella libertad debe ser conjugado con el que también merecen los derechos que, como los antes nombrados, hacen a la dignidad de los que habitan el suelo argentino.

Es simplista pensar que toda vez que se busca tutelarlos queda automáticamente comprometida aquella garantía fundamental: esa clase de postura importa un unilateralismo que desmerece la libertad que supuestamente busca amparar.

Cabe recordar lo dicho por el **Tribunal Constitucional español**, en la ya citada sentencia **168/1986**, en cuanto a que el derecho de rectificación "además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone ... un complemento a la garantía de la opinión pública libre ... ya que el acceso a una versión diferente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege" (fundamento 5º).

Por último, nada indica que en los países en los que rige un derecho de características similares al reseñado precedente, se hayan producido efectos negativos para la libertad de expresión o se haya incrementado la autocensura de los medios periodísticos, lo que da por tierra con los pronósticos agoreros de los adversarios del instituto.

Por todo ello, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario con los alcances indicados y se confirma la sentencia apelada. Devuélvase el depósito, agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que Antonio Petric Domagoj invocó ante el diario Página 12, el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con motivo de un artículo que el periódico publicó el 20 de junio de 1993, en el que se le atribuía el carácter de asesor del Presidente de la Nación Argentina y el desarrollo de actividades de reclutamiento y organización de grupos de mercenarios para enviarlos a combatir junto a las fuerzas croatas en la guerra de Bosnia-Herzogovina. En síntesis, el actor sostuvo que lo único verídico de la nota cuya rectificación pretendía, era que colaboraba honorariamente en la "Representación de Croacia", en prensa y cultura, mientras que las falsedades lo presentaban como un eventual transgresor de las normas que rigen la comunidad internacional. El diario rechazó el pedido sobre la base, en resumen, de que la información había sido escrita luego de una profunda tarea de investigación, que describió en una carta que había dirigido a Petric.

En tales condiciones, el actor inició la demanda que da origen a estas actuaciones, fundado en las razones expuestas. A su turno, el diario añadió a las defensas que ya había esgrimido, el planteo de inconstitucionalidad del art. 14 de la convención pues, en la medida en que esa norma obligara al periódico a publicar lo que no deseaba publicar, transgrediría los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

2º) Que la demanda fue admitida en ambas instancias. En efecto, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —al confirmar la decisión del juez de grado— sostuvo que: a) el derecho contenido en el citado art. 14 de la convención era operativo no obstante la falta del dictado de la ley reglamentaria, de acuerdo con lo resuelto por esta Corte in re: "Ekmekdjian c/ Sofovich" (Fallos: 315:1492); b) la aplicación de la respuesta debe hacerse en forma restrictiva a fin de evitar la violación de la libertad de prensa garantizada por el art. 14 de la Constitución Nacional, presupuesto básico del régimen republicano de gobierno; c) el "encuadre jurídico (de la respuesta) no se reduce a los delitos contra el honor ni requiere el ánimo de calumniar o de injuriar, ni el presupuesto de la criminalidad delictiva", y tampoco "se trata de la querella por calumnias e injurias, ni la acción por reconocimiento de daños y perjuicios" y d) "la publicación efectuada es susceptible de afectar el honor, de perturbar la paz y la tranquilidad de espíritu del actor, al atribuirle una ilícita actividad, sin elemento de juicio corroborante " dado que de las pruebas aportadas no surgiría que el actor hubiera realizado las conductas que le atribuye la información.

3º) Que contra dicho pronunciamiento, la vencida interpuso recurso extraordinario en el que sostiene: a) la no operatividad del art. 14 de la convención dada la ausencia de reglamentación; b) la inaplicabilidad de la respuesta en el caso, en atención a la naturaleza política o ideológica de la publicación; c) que el derecho de respuesta sólo procede respecto de los "medios de difusión legalmente reglamentados", esto es: "cuando se trata de medios de propiedad del Estado" y no de particulares; d) que la prueba habría sido arbitrariamente apreciada por el a quo; e) la ya mencionada inconstitucionalidad del art. 14 de la convención.

4º) Que el recurso extraordinario fue denegado por la alzada al considerar que no debía pronunciarse sobre la arbitrariedad de su propio pronunciamiento, al tiempo que sostuvo que la recurrente sólo cuestionaba circunstancias de hecho y prueba, que no habilitan la instancia de excepción. Esa decisión motivó el presente recurso de hecho.

5º) Que los agravios reseñados en los puntos a y d son inadmisibles. Esto es así, respecto del primero, por cuanto el apelante ha omitido hacerse cargo de los fundamentos expresados por el a quo que, como se anticipó, recogen la doctrina del tribunal expuesta en Fallos: 315:1492. En cuanto al segundo, cabe señalar que el agravio no excede de la mera discrepancia con la apreciación de los elementos de juicio hecha por la alzada, lo cual es insuficiente para habilitar esta instancia federal de acuerdo con conocida jurisprudencia.

6º) Que la impugnación señalada con la letra c tampoco es admisible toda vez que no fue introducida, habiendo sido ello posible, en las instancias anteriores.

Con todo, y aun cuando sea preciso reconocer que el concepto de "medios de difusión legalmente reglamentados" presenta dificultades para el intérprete tampoco la argumentación expuesta por la demandada es convincente. En efecto, no se advierte que el texto transcripto haga siquiera alusión a la propiedad de los medios; la norma habla de los órganos legalmente reglamentados y no de los que son del dominio del reglamentador.

Tampoco variaría la suerte de la defensa si se la entendiera fundada en que el derecho de rectificación o respuesta no sería invocable frente a medios de difusión gráficos por no encontrarse éstos, en la Nación, "legalmente reglamentados" (inc. 1º, art. 14 de la convención). Esto es así, puesto que el inc. 3 del mismo art. 14 dispone que "para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni esté protegido por fuero especial". De esta suerte, la expresa mención de las "publicaciones" en un precepto destinado a regir sobre el derecho en juego, arroja luz más que suficiente sobre el punto disputado. Es más, no cabe olvidar que el derecho de respuesta nació y en buena medida se difundió, debido exclusivamente a la existencia, multiplicación y relevancia de los medios informativos gráficos. Síguese de esto, que una exclusión como la pretendida hubiese requerido una expresión normativa clara y concluyente.

7º) Que, por el contrario, el cuestionamiento acerca de la validez constitucional del derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como las alegaciones relativas a la interpretación de la norma, promueven cuestiones federales. Por ende, encontrándose reunidos los restantes requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario, corresponde hacer lugar a la queja con estos alcances.

8º) Que, al hallarse en discusión la interpretación que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647 y sus citas).

9º) Que el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa, bajo el título "Derecho de rectificación o respuesta" que: "1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en las que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protec-

ción de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".

10) Que en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la rectificación o respuesta, tal como ha sido regulada, "se corresponde con el art. 13.2.a sobre libertad de pensamiento y expresión, que sujeta esta libertad al "respeto de los derechos o a la reputación de los demás"; con el art. 11.1 y 11.3 según el cual: 1. toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; 3. toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques; y con el art. 32.2 de acuerdo al cual: los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (Opinión Consultiva OC-7/86, sobre la exigibilidad del derecho de respuesta de la convención).

11) Que en la sentencia que se registra en Fallos: 315:1492, este Tribunal tuvo oportunidad de reconocerle operatividad al art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la base de considerar que "cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata". Ahora bien, los inconvenientes interpretativos que pudieran haber existido en torno de la compatibilización de las previsiones de la convención con las normas de nuestro ordenamiento han sido definitivamente zanjados en razón de la modificación introducida en el art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental —cuestión que se hallaba debidamente habilitada para su reforma—.

12) Que el Tribunal ha tenido ocasión de señalar la necesidad de practicar una interpretación dinámica de la Constitución Nacional para facilitar el adecuado progreso de la comunidad nacional que debe acompañar y promover la Ley Fundamental. A ello debe agregarse que esa lógica interpretativa resulta imperiosa cuando —como en la especie— a la clásica consagración de las garantías individuales y jurídicas, se agregan cláusulas de contenido social que requieren la exégesis concertada del conjunto (Fallos: 264:416 y sus citas).

13) Que la aludida reforma impone considerar que la Constitución Nacional en su actual redacción prescribe que los tratados que expresamente enumera —entre los que se encuentra la convención— "tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". De ahí que las previsiones de los arts. 14 y 32 de su texto deban armonizarse con lo prescripto por el art. 14 del tratado internacional, de acuerdo a la doctrina del Tribunal, según la cual, la interpretación de las normas constitucionales ha de realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para obtener esa unidad, la recta inteligencia de sus cláusulas no alterará el equilibrio del conjunto dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás (Fallos: 167:121; 190:571; 194:371; 240:311; 306:303, voto concurrente), pues se trata de privilegiar las opciones hermenéuticas que maximicen su eficiencia.

14) Que también es jurisprudencia constante de este Tribunal, la que sostiene la inexistencia de derechos constitucionales absolutos (Fallos: 290:83; 297:201; 300:700; 304:319 y 1524, entre muchos otros). Luego, la demandada no puede aducir con éxito la invalidez indiscriminada de la rectificación o respuesta frente a la libertad de prensa, a menos de conferir a esta última el carácter precedentemente indicado.

En esta materia —así como en otras referidas a diversas garantías de igual rango— se han reconocido como respetuosos del orden constitucional límites al ejercicio de ese derecho con el debido resguardo de su naturaleza y de sus objetivos (Fallos: 310:508; 312:1114; 315:632 y 316:703).

15) Que la libertad de prensa es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio idóneo para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad de los poderes públicos. Es un instrumento esencial de la ordenación política y moral de la Nación. Este pensamiento responde en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta, ya que no basta que un gobierno dé cuenta de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de las autoridades intervinientes.

En tal sentido, esta Corte ha dicho que entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de la prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (confr. Fallos: 248:291; 310:1715; 311:2553; 315:1943 y 318:1114, disidencia de los jueces Fayt y Boggiano, entre otros). Es por ello que debe imponerse "un manejo cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales" (Fallos: 257:308; 308:789).

Claro que si grande es la libertad, grande también debe ser la responsabilidad (Fallos: 310:508).

16) Que para comprender el sentido del derecho de respuesta, basta recordar que a lo largo de los siglos XVII y XVIII el debate acerca de la expresión del pensamiento se resolvió exclusivamente en la arena del antagonismo entre los individuos y el Estado. Las reivindicaciones individuales en ese campo se cristalizaron en el art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando allí se sostuvo que "la libre comunicación del pensamiento es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo individuo puede escribir, hablar e imprimir libremente".

17) Que la idea de instaurar el derecho de respuesta aparece en Francia durante los años de la revolución, época en que la prensa escrita aumentó sustancialmente su tiraje, adquirió una diferente dimensión económica y en consecuencia incrementó su influencia. En el año VII (1796) el diputado Delaure presentó ante la "Asamblea de los Quinientos" un proyecto de ley que pretendía instaurar el derecho de respuesta en favor de los ciudadanos que hubiesen sido víctimas de "difamaciones", con la intención de que se les permitiese expresar su punto de vista y posibilitar que el público pudiese formarse una opinión autónoma sobre el hecho informado. Los actores del debate al que se hacía alusión en el considerando anterior —el Estado y el ciudadano individual— habían aumentado y se sumaba como sujeto pasivo de la controversia con el lector, el medio de prensa.

Aunque el proyecto Delaure fue rechazado, la necesidad de una regulación sobre la cuestión se mantuvo latente hasta 1819, momento en el que la prensa pudo liberarse parcialmente de la "tutela estatal" que había regido su destino durante el "imperio". Pocos años más tarde se reconoció este derecho a los particulares con una limitación genérica. En efecto, su ejercicio no podría exceder la difusa valla de "la legítima defensa".

18) Que más allá de la evolución que siguió este instituto, los sucesos históricos que condicionaron su origen primario, presentaron los trazos esenciales de su naturaleza.

Es posible afirmar que sólo en una sociedad pluralista, que tiende a la plena libertad de prensa —pues no se puede sostener que se trate de una situación estática y consagrada— se plantea la necesidad de una regulación como la del art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, así como no tenía sentido estudiar la incorporación del derecho de respuesta en Francia durante el imperio napoleónico, tampoco lo tuvo durante los períodos de nuestra historia en los que el Estado era el propietario de los medios de comunicación o ejercía sobre ellos un control poco menos que implacable.

19) Que si bien en toda reflexión relativa al derecho de respuesta se halla en juego la adecuada protección de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad del común de los hombres que decidieron habitar nuestro suelo (Fallos: 315:1492, considerando 10) la cuestión traída a conocimiento de esta Corte excede ese mero interés, el del Estado, o el del periódico, pues responde al derecho a la información de quienes participan de la vida social. En palabras de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre sancionada por las Naciones Unidas en 1948, "Todo individuo tiene derecho a la libre expresión de la opinión, lo que implica el derecho a buscar... recibir y difundir... la información y las ideas..." (art. 19).

20) Que como lo ha dicho el Tribunal en innumerable cantidad de casos, la tarea de informar importa tender a la verdad objetiva, en tanto la comunicación está destinada a servir al ciudadano para que éste construya su propia visión de la cuestión que se comunica. Lo que se exige al periodista —y hoy más que nunca al medio de prensa— no es la objetividad metafísica, sino honestidad profesional, es decir veracidad; fin que se alcanza al presentar todas las facetas posibles de una realidad cada día más compleja e incomprensible.

Por esa razón es que "rectificando el artículo que lo concierne, quien responde actúa en beneficio personal, pero contribuye igualmente a mejorar la calidad de las noticias publicadas; él no utiliza necesariamente su derecho como un 'arma defensiva' contra el diario. En estas condiciones ... quien responde aparece más como un colaborador del diario, que como su adversario" (Biolley, Gerard, Le droit de réponse en matière de presse", Paris, These pour le doctorat en droit, Université de Paris, Faculté de Droit et Sciences Economiques, p. 168 in fine, 1963).

21) Que las mutaciones ocurridas en el campo de la prensa en estos últimos siglos han obligado a precisar el alcance de las libertades y garantías que aseguran su cumplimiento. Los medios materiales y técnicos, las redes de información, la multiplicación exponencial de la producción, la difusión nacional e internacional de algunos medios, la publicidad y la propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en que se encuentran las empresas contemporáneas. "La prensa ha seguido el movimiento que, de la empresa artesanal, ha desembocado en la sociedad capitalista" (Burdeau, Georges, "Les libertés publiques", 12va. Ed., Paris, 1961, p. 206).

22) Que, al decir de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso "Miami Herald Publishing Co. División of Knight Newspapers Inc. vs. Tornillo" "el público ha perdido la capacidad de responder o contribuir de una manera significativa en el debate de los distintos temas. El monopolio de los medios de comunicación permite poco o casi ningún análisis crítico... Esta concentración de organizaciones de noticias a nivel nacional —como otras grandes instituciones— se ha transformado en algo muy remoto y algo irresponsable frente al basamento popular de que depende, y que a su vez depende de él. La solución obvia

que era accesible a los disidentes de una época temprana, cuando ingresar al negocio de la publicación era relativamente barato, hoy en día sería la de tener periódicos adicionales. Pero los mismos factores económicos que han provocado la desaparición de un vasto número de periódicos metropolitanos, han hecho que el ingreso a ese mercado de ideas que se sirve de la prensa, resulte algo casi imposible. Se dice que el reclamo de los diarios de ser "subrogantes del público" acarrea con ello una obligación fiduciaria concomitante de estar a la altura de dicho mandato. El fin de la Primera Enmienda de que el público sea informado; está hoy en peligro porque "ese mercado de ideas" es ahora un monopolio controlado por los dueños del mercado" (418 U.S. 241).

23) Que de todo lo expuesto se sigue que "la respuesta no depende de una falta que hubiera cometido el redactor del artículo que la suscita. La información más legítima y más objetiva puede dar lugar al ejercicio de este derecho pues no se trata ni mínimamente de una sanción" (Cámara de Casación Francesa, Crim., 6 de noviembre de 1956; Bull. Crim. Nº 712; Gaz. du Pal. 1957, 1, 151; JCP 56 ed. G. IV; D. 1957, sum. 50). El derecho de respuesta existe no solamente cuando el artículo cuestionado contiene críticas, difamaciones o injurias, sino también cuando sin contener, ninguna imputación mal intencionada, apreciación desfavorable, inexactitud o laguna afecta a un individuo (Cámara de Casación Francesa, Civ., 21 de mayo de 1924; D. 1924, 1, 97). La mayoría de las noticias contestables no son ilícitas y la respuesta es sólo un modo de ejercicio de la misma libertad de prensa, que presupone una aclaración razonablemente inmediata y gratuita en el mismo medio que publicó la información que dio origen a la respuesta, en trámite simple y expeditivo (Fallos: 315:1492, antes citado).

24) Que lo dicho hasta aquí no importa consagrar un derecho que mediante un ejercicio desmedido lesione el delicado equilibrio que debe primar entre el ciudadano y el medio periodístico. En efecto, es de toda evidencia que "se trataría de un abuso de derecho el prolongar indefinidamente por respuestas sucesivas un debate que el propio lector provocó" (Cámara de Casación Francesa, Crim., 25 de mayo de 1982; S. 85, 1, 397, D. 83, 1, 48).

25) Que interesa destacar que este Tribunal ha seguido las pautas sentadas por su par norteamericano en el caso "New York Times vs. Sullivan" (373 U.S. 254) (véanse Fallos: 310:508; 314:1417 y M.442.XXXI "Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias", fallada el 12 de noviembre de 1996). Las afirmaciones erróneas —dijo— son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir. De allí que proteger ese debate, justifique encontrar vías para evitar una controversia judicial "muda" que en nada enriquezca al sujeto pasivo de la información, el ciudadano común.

26) Que, en resumidos términos, el derecho de respuesta es un medio instrumental idóneo para que todo aquel que se sienta afectado por la difusión de noticias o hechos que lo conciernan y a los que considere falsos, erróneos, tergiversados o lesivos a sus valores esenciales, pueda difundir por el mismo medio, gratuitamente y en condiciones análogas, su propia versión de la noticia. En presencia del inmenso poder del que dispone la prensa, se ha querido establecer una herramienta que pueda devolver el prudente equilibrio que trazó la Constitución Nacional.

Cuestionando a un ciudadano, un periódico asume el riesgo de verse obligado a dialogar con él.

Por ello, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario con los alcances indicados y se confirma la sentencia apelada. Devuélvase el depósito, agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, remítase. CARLOS S. FAYT.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que Domagoj Antonio Petric invocó ante el Diario Página 12, el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante la Convención— con motivo de un artículo que el periódico publicó el 20 de junio de 1993, en el que se le atribuía el carácter de asesor del Presidente de la Nación Argentina y el desarrollo, entre otras, de actividades de reclutamiento y organización de grupos de mercenarios argentinos para enviarlos a combatir junto a las fuerzas croatas en la guerra de Bosnia-Herzegovina. En síntesis, lo único verídico de la nota, sostuvo Petric en el texto cuya publicación pretendía, era que colaboraba honorariamente en la "Representación de Croacia", en prensa y cultura, y que las falsedades lo presentaban como un eventual transgresor de las normas que rigen la comunidad internacional. El diario rechazó el pedido sobre la base, en resumen, de que la información había sido escrita luego de una profunda tarea de investigación, que describió en su carta dirigida a Petric.

En tales condiciones, Petric inició la demanda origen de estas actuaciones, fundado en razones análogas a las indicadas. A su turno, la demandada añadió a las defensas recordadas, la de inconstitucionalidad del art. 14 de la Convención pues, en la medida en que esa norma la obligara a publicar lo que no deseaba publicar, transgrediría los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

La demanda tuvo favorable acogida en primera y segunda instancia. A este respecto, la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo: a) que el derecho contenido en el citado art. 14 de la Convención era operativo no obstante la falta de dictado de la ley reglamentaria, de acuerdo con lo resuelto por esta Corte in re, "Ekmekdjian c/ Sofovich" (Fallos: 315:1492); b) que la aplicación de la respuesta debe hacerse en forma restrictiva a fin de evitar la violación de la libertad de prensa garantizada por el art. 14 de la Constitución Nacional, lo que resulta un presupuesto básico del régimen republicano de gobierno; c) que "el encuadre jurídico (de la respuesta) no se reduce a los delitos contra el honor ni requiere el ánimo de calumniar o de injuriar, ni el presupuesto de la criminalidad delictiva"; tampoco "se trata de la querella por calumnias e injurias, ni la acción por reconocimiento de daños y perjuicios"; y d) que "la publicación efectuada es susceptible de afectar el honor, de perturbar la paz y la tranquilidad de espíritu del actor, al atribuirle una ilícita actividad, sin elemento de juicio corroborante" dado que de las pruebas aportadas no surgía que el actor hubiera realizado las conductas que le atribuye la información.

Contra dicho pronunciamiento, la vencida interpuso recurso extraordinario en el que sostiene: a) la no operatividad del art. 14 de la Convención dada la ausencia de reglamentación; b) la inaplicabilidad de la respuesta en el caso, pues lo publicado era la naturaleza política o ideológica; c) que el derecho de respuesta sólo procede respecto de los "medios de difusión legalmente reglamentados", esto es: "cuando se trata de medios de propiedad del Estado" y no de particulares; d) que la prueba habría sido arbitrariamente apreciada por el a quo; e) la ya mentada inconstitucionalidad del art. 14 de la Convención; a ello suma, que no obsta a tal conclusión la "jerarquía constitucional" que se le ha otorgado a ese instrumento internacional en la reciente reforma de la Constitución Nacional, puesto que, en definitiva y por propio mandato del nuevo texto de la Ley Fundamental, la Convención "no deroga artículo alguno de la primera parte de esta Constitución" (art. 75, inc. 22). Agréganse a estos puntos, los vinculados con los requisitos de "inexactitud" y "perjuicio" mentados en la Convención (f).

El recurso extraordinario fue denegado al entender la alzada que no debía pronunciarse sobre la arbitrariedad de su propio pronunciamiento y, además, por estar en juego cuestiones de hecho y prueba. Ello originó la presente queja.

2º) Que los agravios reseñados sub a y sub d son inadmisibles. Esto es así, respecto del primero, por cuanto el apelante ha omitido hacerse cargo de los fundamentos expresados por el a quo que, como se anticipó, recogen la doctrina del Tribunal ("Ekmekdjian c/ Sofovich" cit.). En cuanto al segundo, cabe señalar que el agravio no excede de la mera discrepancia con la apreciación de los elementos de juicio hecha por la alzada, lo cual es insuficiente para habilitar esta instancia federal de acuerdo con conocida jurisprudencia.

3º) Que la impugnación señalada sub c tampoco es admisible toda vez que no fue introducida, habiendo sido ello posible, en las instancias anteriores.

Con todo, y aun cuando sea preciso reconocer que el período normativo —"medios de difusión legalmente reglamentados"— presenta dificultades para el intérprete, tampoco la argumentación expuesta por la demandada es convincente. En efecto, no se advierte que el texto transcripto haga siquiera alusión a la propiedad de los medios; la norma habla de los órganos legalmente reglamentados y no de los que son del dominio del reglamentador.

Tampoco variaría la suerte de la defensa si se la entendiera fundada en que el derecho de rectificación o respuesta no sería invocable frente a los medios de difusión gráficos por no encontrarse éstos, en la Nación, "legalmente reglamentados" (inc. 1º, del art. 14, de la Convención). Esto es así, puesto que el inc. 3 del mismo art. 14, vale decir, uno de los tres incisos que, junto con el 1 ya citado, integran el artículo que lleva por título "derecho de rectificación o respuesta", dispone: "para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial"(énfasis agregado). De esta suerte, la expresa mención de las "publicaciones" en un precepto destinado a regir sobre el derecho en juego, arroja luz más que suficiente sobre el punto disputado. Es más; no cabe olvidar que el derecho de respuesta nació y en buena medida, se difundió, debido exclusivamente a la existencia, multiplicación y relevancia de los medios informativos gráficos. Luego, una exclusión como la pretendida hubiese requerido una expresión normativa clara y concluyente. Empero, a la ausencia de esta última, se suma la inequívoca mención ya transcripta del inc. 3.

De su lado, el agravio sub b exhibe la misma extemporaneidad que el procedentemente tratado. Además, carece de toda consistencia por cuanto, en rigor, traduce poco más que un "juego de palabras", tal como llamó el justice Brennan al argumento según el cual por el mero hecho de que el pleito intente proteger un derecho político se configuraría una cuestión política (Baker v. Car, 369 U.S. 186). Es evidente que los mensajes de hechos o noticias no pierden esa índole a causa de que tengan repercusión o estén entrelazados con el ámbito de la política o de la controversia ideológica.

4º) Que, por lo contrario, el cuestionamiento de la validez del derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la Convención (e), así como las alegaciones indicadas sub f relativas a la interpretación de esa norma, promueven cuestiones federales, ya que se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional de un tratado celebrado con naciones extranjeras, así como la inteligencia de sus cláusulas (causa R.165.XXXII, "Riopar S.R.L. c/ Transportes Fluviales Argenrío S.A.", del 15 de octubre de 1996, considerando 3º).

5º) Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados enumerados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional "tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

Según ya lo ha expresado esta Corte, los términos del citado artículo, indican que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir (confr. causas M.399.XXXII, "Monges, Analía M. c/ U.B.A. — resol. 2314/95", del 26 de diciembre de 1996; C.278.XXVIII, "Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad", del 27 de diciembre de 1996).

6º) Que el art. 14 de la Convención expresa, bajo el título "Derecho de rectificación o respuesta": "1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".

Ahora bien, cualesquiera hayan sido los motivos que originalmente llevaron a la consagración del derecho de rectificación o respuesta, más que centenario, lo cierto es que, por lo menos a partir de la consolidación de las sociedades democráticas modernas y del correlativo esclarecimiento de los fundamentos sobre los que éstas reposan y de las finalidades que persiguen, por un lado, y, por el otro, del progresivo y particular desarrollo de los procesos de elaboración y difusión de la información, el citado art. 14 de la Convención encuentra su razón de ser y el campo de su proyección, principal aunque no exclusivamente, en dos ámbitos. Por lo pronto, el individual: se trata de un instituto que tiende a proteger determinados bienes de las "personas" ante informaciones "inexactas" que pudieran perjudicarlos, vertidas por los medios de difusión y dirigidas al público en general. Es, por ende, una garantía de la persona y para la persona. Empero, se yuxtapone a esa dimensión, la social: es preciso que dicho público, en el supuesto anterior, pueda llegar a conocer la expresión contradictoria de la noticia, proveniente del afectado. La garantía, desde este punto de vista, sigue siendo de la persona, pero no ya para beneficio exclusivo de ésta, sino también para el de la comunidad en general.

Y esta última circunstancia es la que, precisamente y por así decirlo, descubre un singular rasgo del nexo que media entre determinados aspectos del derecho de respuesta o rectificación y el derecho de dar información (también contenido en la Convención: art. 13).

La convivencia social es algo poco menos que impensable sin información. Dar y recibir información constituye un asunto vital para la convivencia y para la democracia, porque sólo merced a dicho intercambio los hombres forman y transmiten sus juicios e interpretaciones

de la realidad, y pueden llegar a hacerse del conocimiento de esa inmensa parte de ésta, que es la no vivida directamente. Está "fuera de discusión que los que manejan los medios de comunicación social —los medios técnicos de información— ejercen influencia sobre la opinión pública y que el extraordinario poder de sugestión de esas técnicas en la elaboración de estructuras mentales, condiciona la vida humana" ("Ekmekdjian c/ Sofovich" cit.). Por todo ello, uno de los supuestos del vínculo entre informador y receptor es la veracidad: el receptor espera (necesita) del emisor una información veraz, y este último espera (necesita) ser creído por el primero. "La función de la prensa en una república democrática persigue entre otros objetivos principales, informar tan objetiva y verídicamente al lector como sea posible... La prensa tiene un deber de veracidad" (v. "Vago c/ Ediciones de La Urraca S.A. y otros" —Fallos: 314:1517—; voto de los jueces Fayt y Barra).

Empero, la verdad, la objetividad, el conocimiento de la realidad, por lo menos en la arena de las cosas públicas, no es —ni es deseable que lo sea— obra de gobernantes, ni de iluminados, tampoco de determinadas mayorías o minorías. Es comprobable con evidencia cómo los miembros de una comunidad se consideran, sinceramente, portadores de criterios de validez de sus diferentes afirmaciones e interpretaciones de la realidad. De ahí que una sociedad democrática, no pueda eludir el reconocimiento —y la necesidad— de esa, por así decirlo, polifonía. Y de ahí también que una sociedad democrática, no deba olvidar que las búsquedas de verdad, objetividad y conocimiento de la realidad, son tareas colectivas, son construcciones participativas.

"¿Qué sentido tendría la libertad de información, o incluso la mera existencia de más de un canal de radio y televisión, en un mundo en el que la norma fuera la reproducción exacta de la realidad, la perfecta objetividad y la total identificación del mapa con el territorio?". La realidad, en tal perspectiva, pareciera ser, más bien, "el resultado del entrecruzarse, del 'contaminarse' (en el sentido latino) de las múltiples imágenes, interpretaciones y reconstrucciones que compiten entre sí..." (Vattimo, Gianni, "La sociedad transparente", Barcelona, 1990, pág. 81).

El objetivo, si democracia y pluralismo son términos inescindibles, es el de aproximarse, que no distanciarse, a una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que pudiera ejercerse fuese la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos (v. Habermas, J., "Escritos sobre moralidad y eticidad", Paidós, Barcelona, 1991, págs. 162/163).

7º) Que lo expresado pone en evidencia la ligazón antes señalada. Es por ello que los conceptos antedichos integran los fundamentos de la doctrina de la Corte en determinados aspectos del régimen de responsabilidad civil derivada del ejercicio del derecho de dar información (sentencia del 27 de diciembre de 1996 in re R.134.XXXI, "Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros"). La respuesta tributa a la tutela de determinados aspectos de la persona; mas, al unísono, es vehículo para el entrecruzamiento y difusión de datos e interpretaciones diversas de la realidad, lo cual revela el reconocimiento de que, en clave democrática, la objetividad y la verdad sobre los hechos son empresas cooperativas, bien que, para el caso de la respuesta, el aporte esté limitado a quienes se hallen legitimados para responder.

La rectificación o respuesta —tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos— "se corresponde con el art. 13.2 a) sobre libertad de pensamientos o expresión, que sujeta esta libertad al 'respeto a los derechos o a la reputación de los demás' (ver La colegiación obligatoria de periodistas...); con el art. 11.1 y 11.3 según el cual: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 3. Toda persona tiene derecho a la

protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques; y con el artículo 32.2 de acuerdo con el cual: Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática" (opinión consultiva OC-7/86, sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta de la Convención).

Cabe recordar en este contexto, que es pauta segura para la hermenéutica de la Convención, atenerse a que su "propósito" ha sido y es, el de "consolidar" determinados derechos "dentro del cuadro de las instituciones democráticas" (Convención, Preámbulo, considerando 1º; asimismo: arts. 29 y 32). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone, a su turno, que "los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás... por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático" (art. XXVIII).

8º) Que síguese de ello que el derecho de rectificación puede ser entendido, desde una de sus perspectivas, como el medio jurídico que autoriza a que la persona afectada por una información pueda expresar y, de ese modo, el público conocer, su desacuerdo con la exactitud de dicha información. En otras palabras, la respuesta hace posible que cuando un órgano de difusión sostenga la existencia o inexistencia de hechos que afecten a una persona, ésta pueda controvertir, por el mismo medio, la exactitud de lo sostenido por el primero. El instituto, de tal suerte, tributa a la tutela de derechos personalísimos de las personas, al paso que ensancha el marco reflexivo de la opinión pública.

En el mentado precedente "Ekmekdjian c/ Sofovich", tuvo oportunidad la Corte de recordar, a propósito del derecho bajo estudio, que el acrecentamiento de influencia que detentan los medios de información tiene como contrapartida una mayor responsabilidad por parte de los diarios, empresas editoriales, estaciones y cadenas de radio y televisión, las que se han convertido en colosales empresas comerciales frente al individuo, pues "si grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad" (Fallos: 310:508). Así entonces —fue también dicho— frente a los avances y al uso que se debe a los medios de comunicación no parece inapropiado considerar que el porvenir de la sociedad contemporánea depende, en buena medida, del "equilibrio" entre el poder de los medios y la aptitud de cada individuo para actuar en la liza a la que es llevado por la información (asimismo "Servini de Cubría s/amparo" —Fallos: 315:1943— voto del juez Fayt, considerando 22).

9º) Que si a todo lo que ha sido dicho, se suma que el deber de verdad que pesa sobre todo informador "es, más bien, el deber de buscar la verdad, sincera y empeñosamente" ("Ramos c/ LR3 Radio Belgrano" cit.), debería convenirse, con mayor razón, en que el respondiente es caracterizable menos como un adversario del medio que como un colaborador de éste, en una mutua y solidaria búsqueda de la verdad (v.: Biolley, Gérard, Le droit de réponse en matière de presse, Paris, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, 1963, p. 168). La respuesta se proyectaría, de esta manera, a un ámbito que se sumaría a los dos ya enunciados, al constituirse en ayuda de esa suerte "de derecho que tiene el informador a que se le corrija y se le ayude a realizar el deber de corregir toda información incorrecta" (v. Bel Mallen, I., Corredoira y Alfonso, L., y Cousido, P., "Derecho de la información", Ed. Colex, Madrid, 1992, t. I, p. 137). En este respecto, cabe recordar el proyecto de Código de Honor de Periodistas de las Naciones Unidas, admitido por una comisión de la Asamblea General de 1952: "cualquier información que, una vez hecha pública se revelase incorrecta o nociva, deberá ser rectificada espontáneamente y sin demora"; también el Código de Etica del Círculo de Antioquía, de 1970, en cuanto establece como obligación del periodista el "poner todo su empeño en buscar la verdad y, cuando haya

incurrido en error, toda su capacidad en enmendarlo" (art. 3; v. asimismo, "Ekmekdjian, c/ Sofovich", cit., considerando 13). El Consejo de Europa ha recomendado la universalización del derecho de contestación y lo ha justificado por el derecho a la verdad del sujeto universal (v. Bel Mallen y otros, op. y loc. cits., pág. 139).

"Un publicista, consciente de su misión y de sus responsabilidades se siente en el deber de restablecer la verdad si ha divulgado el error" (Pío XII, discurso del 7 de agosto de 1940). Juan XXIII, de su lado, en oportunidad de dirigirse a los directores de radio, advirtió: "A veces se oye decir que los periodistas no siempre están acostumbrados a rectificar un error o una exageración conforme a las exigencias de una perfecta lealtad. A vuestra conciencia profesional corresponde quitar todo fundamento a este alegato (mensaje al Congreso de Directores de Radio, del 28 de mayo de 1962; v. "El derecho a la verdad", edición preparada por Jesús Iribarne, BAC, Madrid, 1968, ps. 91 y 333).

Si bien como será considerado infra, la inserción de una respuesta no entraña para el medio reconocimiento alguno en favor del respondiente, no cabe descartar que aquélla puede contribuir, de haberse deslizado una inexactitud, a la rectificación del mensaje.

10) Que en la estructura constitucional existen determinados principios de carácter indudablemente arquitectónico. Uno de éstos es, a las claras, ese aspecto de la libertad de expresión que autoriza a no expresar lo que no se quiera expresar. Los medios de comunicación son, en consecuencia, quienes deciden sobre sus mensajes y, también, sobre sus silencios. Empero, de tan precioso postulado, sobre el que descansa y se nutre en buena medida la libertad y el futuro de la República, no puede derivarse un rechazo en globo del derecho sub examine. Dicha libertad puede ser armonizada con la protección de derechos de indudable raíz constitucional como son los aludidos por el art. 14 de la Convención, máxime cuando el medio elegido se exhibe, al par, como enriquecedor de la convivencia democrática.

Es jurisprudencia constante y bien afirmada de la Corte, la que sostiene la inexistencia de derechos constitucionales absolutos (Fallos: 290:83; 297:201; 304:319 y 1524, entre otros). Luego, la demandada no puede sostener con éxito la invalidez indiscriminada de la rectificación o respuesta a menos de conferir a la libertad que invoca el carácter precedentemente indicado.

El derecho sub examine, dada su escasa antigüedad en el ordenamiento jurídico nacional, no ha recibido, todavía, un tratamiento jurisprudencial vasto y consolidado; tampoco la comunidad parece haberlo elaborado, aún, en términos que lo integren a su acervo cultural. Sí fue, y desde un tiempo muy anterior a su recepción en el derecho positivo, un instituto que originó encendidas polémicas. De ahí que dicha recepción sea vista, por algunos, con inquietante entusiasmo, y, por otros, al menos con desconfianza. La Corte, que no juzga sobre el acierto de las normas, entiende que la rectificación o respuesta satisface levantados requerimientos, dado que provienen tanto del plano de los derechos humanos, cuanto del relativo al funcionamiento y perfeccionamiento de la sociedad democrática. Hay, por lo tanto, un interés estatal consistente y proporcionado para reglar la materia. Empero, el tribunal tampoco había de olvidar que, como bien fue dicho en "Ekmekdjian c/ Sofovich" cit., "un periódico o una emisora no son una plaza pública en donde cualquiera puede levantar su tribuna" (disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor). La respuesta, en tal sentido, es instrumento grave y delicado desde que configura, cabe repetirlo, una verdadera excepción a un principio de la mayor importancia constitucional y política: son los propios medios de difusión los que deciden acerca de lo que expresarán o callarán. Incluso más: todo exceso en los alcances que le sean concedidos a la contestación puede generar una peligrosa invitación al silencio informativo.

En efecto, es inocultable que la difusión de la respuesta obliga al informante a movilizar medios personales y materiales, cuando no a modificar la distribución o extensión de los espacios gráficos. Es por ello, que la admisión del derecho sub examine requiere de la mayor prudencia pues, como se dijo, el riesgo de tener que afrontar incesante e irrazonablemente los esfuerzos antedichos puede conducir a que los órganos de difusión, a fin de evitar esos trances, prefieran lisa y llanamente abstenerse de informar en un número creciente de casos. Las lamentables consecuencias que tal situación irrogaría para la salud de la República han sido repetidamente señaladas in re "Ramos c/ LR3 Radio Belgrano" cit. Sólo correspondería agregar, en esta oportunidad, que dicho resultado no encontraría justificativo, ni siquiera aproximadamente, en los fundamentos y valores que sustentan a la respuesta. El tribunal no puede dejar de advertir, p. ej., que el honor de las personas es tutelable por la respuesta, pero que también lo es mediante otros instrumentos jurídicos. La respuesta entraña, si se quiere, una extensión al abanico de institutos que apuntan a tan relevante fin. Por lo contrario, el efecto enmudecedor que pudieran sufrir los informadores, derivado de una deficiente limitación de la respuesta, no encontraría compensación ni equilibrio en ningún otro arbitrio; en esas situaciones sólo restaría hacer cesar la causa de la afasia.

En este sentido, el Tribunal no comparte la opinión del recurrente en cuanto a que el derecho de respuesta es también censurable por cuanto "lesiona la línea editorial del medio de prensa". El criterio se afirma en dos razones que traducen sendos recaudos para el ejercicio de la respuesta. La primera, relativa a que el asunto sobre el que gire la respuesta no puede ser diverso del considerado previamente por la propia publicación; la rectificación no propicia oportunidades para las plumas sin editores. La segunda y, quizá, más relevante razón, reside en que la rectificación debe recaer sobre los aspectos fácticos del asunto, vale decir, sobre los hechos que hacen a la noticia; sólo los mensajes de hechos o noticias, pueden dar origen a la respuesta. La esfera de este último es ajena a los campos de la opinión, las ideas, las valoraciones. De ahí que esta Corte no admita el mencionado planteo. El derecho de rectificación no impone al diario a que ingrese en asuntos que no hubieran sido ya escogidos y difundidos por el propio medio; ni lo constriñe a dar a conocer ideas, opiniones o juicios de valor, que no quisiera publicar.

En suma, lo expresado pone en claro, a juicio del tribunal, que nada hay en la primera parte de la Constitución Nacional que se oponga al derecho de rectificación o respuesta previsto en el art. 14 de la Convención, sea considerado en globo, o bajo los aspectos discriminados de los que se ha hecho mérito. Si bien ello impone desestimar la invalidez alegada por la demandada, también sienta determinadas pautas que, a falta de la reglamentación infraconstitucional por parte del Congreso, servirán de guía para la elaboración pretoriana.

11) Que cabe continuar, entonces, con el estudio de uno de los requisitos del ejercicio de la respuesta, objeto de agravios, cual es el relacionado con que la información deba ser inexacta.

Es oportuno puntualizar, por lo pronto, que el fin protectorio de la respuesta es buscado por medio de que el afectado pueda dar su propia versión de los hechos" ("Ekmekdjian c/ Sofovich", cit., disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, considerando 20). En palabras del juez de la ya citada Corte Interamericana, Héctor Gros Espiell, el objetivo es garantizar a la persona la posibilidad de expresar "sus puntos de vista y su pensamiento" respecto de la información emitida en su perjuicio, que "contradiga o discrepe" con el mensaje (opinión consultiva OC-7/86 cit.).

En consecuencia, no será preciso para el ejercicio de la rectificación, acreditar que la noticia propalada haya sido realmente inexacta; ni se requerirá que el respondiente aporte los elementos de prueba que respaldarían su mentís. El presupuesto de la respuesta no es la necesaria y demostrada inexactitud del mensaje de hechos y la simétrica y no menos necesaria y demostrada veracidad de la primera. El propósito de la contestación, por lo regular, es ampliar el debate, no clausurado; es permitir que el afectado diga "su verdad, frente a la otra verdad", la "del" medio informativo; es, también, posibilitar que el público conozca las "dos" verdades.

El derecho de respuesta —observa F. Terrou— "acrecienta el volumen de la información, multiplica las fuentes, facilita la controversia" (cit. en: Pinto, Roger, La liberté d'information et d'opinión en Droit International,, Ed. Económica, Paris, 1984, p. 183).

La Convención ha seguido, en este aspecto, un criterio que se acercaría, en alguna forma, al de la legislación francesa y alemana, entre otras, en cuanto al derecho a la "contra-exposición" (droit au contreexposé"; "gegenanste-llung), como un modo de tutela de la persona en el sentido del viejo brocárdico audiatur et altera pars, y de restablecimiento de la "igualdad de las armas" entre los particulares y la prensa, que ejerce un poder considerable sobre la formación de la opinión pública (Kayser, Pierre, La Protection de la Vie Privée, París, 1984, pág. 85). Aproximación ésta que, desde luego, no debe pasar por alto que en el caso de la Convención, es requisito, entre otros, que se trate de información inexacta, por lo menos con los alcances anteriormente indicados. En el derecho italiano, también pareciera observarse que "el ámbito de operatividad de la tutela... tiende a caracterizarse por un más marcado valor subjetivo de la pretensión recurriendo a la valoración personal del solicitante" (Perlingieri, Pietro, "Información, libertad de prensa y dignidad de la persona", en Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, 1987, Nº 2, cap. 4º, pág. 294).

12) Que el segundo tema relativo al ejercicio de la rectificación, atañe al recaudo de perjuicio: el derecho de respuesta está concedido a toda persona "afectada" por determinadas informaciones emitidas en su "perjuicio" (art. 14, Convención). La sencillez del enunciado, con todo, encubre numerosas dificultades, algunas de las cuales son propias de esta causa.

En tal sentido y liminarmente, cabe subrayar, y no sólo para el punto sub examine, que las reglas jurídicas que gobiernan a la contestación no deben ser confundidas con las que lo hacen respecto de la responsabilidad jurídica.

Es menester que dicha distinción resulte tenida muy especialmente en cuenta. La falta de deslinde entre uno y otro tema puede, por un lado, distorsionar seriamente el derecho de respuesta, volviéndolo poco menos que irreconocible, cuando no inservible, y, por el otro, sembrar de peligros el desempeño de los medios. La contestación no presupone ni obrar ilícito, ni culpabilidad, por parte del órgano; la respuesta no es sanción, ni reproche, quien la pide no exige responsabilidad jurídica ni tampoco la asume el que la concede. Publicar una respuesta no conlleva, para el órgano, retractación alguna, ni rectificación, ni implícito reconocimiento de la inexactitud de la información que difundió. Lo que ha sido expuesto en el considerando anterior impone esta conclusión, so color de erigir entre medios y afectados un desequilibrio intolerable en favor de estos últimos. En suma, la contestación no consagra vencedores ni derrotados. Y si los hubiera, el veredicto provendría del "público en general".

Es por ello que la procedencia de la respuesta no exige la producción de un perjuicio cierto. Es suficiente, en tal sentido, que la información posea un potencial dañoso, vale decir, que pudiera llegar a lesionar un interés jurídicamente protegido.

13) Que los requerimientos relativos a la existencia de un daño cierto, así como los vinculados con la intencionalidad del agente (el informador) y la infracción de un deber jurídico, conciernan a la teoría general de la responsabilidad civil; tienden a determinar en qué supuestos una persona debe reparar los daños inferidos a un derecho de otra persona. Pero la respuesta, como ya ha sido expresado, no tiene esa finalidad. Podrá evitar o atenuar la configuración de un perjuicio, mas es extraña al ámbito sancionatorio en el que se emplaza el régimen de responsabilidad por daños. Es revelador, en este punto, el inc. 2º del art. 14, de la Convención: "en ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido".

14). Que, asimismo, los caracteres de los que se ha hecho mérito se corresponden con otra de las notas del derecho de respuesta. Es éste, en sustancia, una herramienta rápida para que se conozca la "otra" versión los hechos, la del afectado; la aclaración ha de ser "razonablemente inmediata", fruto de un "trámite simple y expeditivo" ("Ekmekdjian c/ Sofovich", cit., considerando. 29 y pássim). Hay en el comentario de los autores e, incluso, en la legislación extranjera, una llamativa coincidencia en cuanto a que la inserción de la respuesta ha de guardar una estrecha proximidad temporal con la difusión de la noticia contestada. La razón principal, en síntesis, no es otra que la de evitar o reducir los perjuicios que la nueva pudiera producir, posibilitando que el público se anoticie de la respuesta teniendo fresca la información que la motiva. No se requiere un espíritu muy agudo para advertir que dicha inmediatez es predicable del trámite —incluso extrajudicial— de la respuesta precisamente por la innecesariedad de la acreditación de los dos recaudos antes examinados, por lo menos en los términos que han sido expresados. De no ser esto así, el proceso de respuesta —de ser llevada la cuestión a los tribunales— se convertiría en un poco provechoso remedo de, p. ej., un juicio de daños —"Deben establecerse límites temporales razonables: a) para efectuar el reclamo ante el órgano de difusión; b) para que éste le dé satisfacción; c) para el ejercicio de la acción judicial", y preverse, para esto último, la vía "más urgente y de máxima celeridad que sea adecuada para la tutela de los derechos afectados". Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, 1987, Comisión Tercera, conclusiones, 9ª y 7ª—).

15) Que, cuadra precisarlo, la orientación seguida por el tribunal no hace del derecho de contestación una suerte de derecho automático, esto es, uno de aquellos para cuya actuación bastara la mera y exclusiva apreciación del respondiente acerca de la inexactitud de la información y de su potencial dañoso. La respuesta no ha sido consagrada para satisfacer el apetito de los buscadores de notoriedad, o el antojo por las letras de molde. De lo contrario, ninguna armonía se habría logrado entre la libertad de expresión de los medios y el derecho de respuesta. El saldo vendría a dar, con seguridad, una peligrosa reducción de la ancha y bien oxigenada atmósfera que debe rodear a los procesos de dar información, sobre lo que tanto se ha insistido en el recordado antecedente "Ramos c/ LR3 Radio Belgrano", y un injustificable y desmedido debilitamiento del principio mencionado supra, que bueno es repetirlo: son los órganos de difusión quienes deciden sobre sus mensajes y, también, sobre sus silencios.

Síguese de esto que corresponda reconocer a los medios un margen de examen de las dos circunstancias antedichas, de tal manera que pudieran negarse válidamente a la inserción de la respuesta cuando ésta, v. gr., sostuviera hechos manifiestamente inexactos o inverosímiles, o se relacionara con noticias que en manera alguna pudieran encerrar potencial dañoso. Se trata, por cierto, de una facultad del medio, de manera que tampoco la inserción traduciría manifestación alguna de aquél al respecto.

En las presentes actuaciones, como se infiere de lo dicho supra, la demandada contó con la oportunidad de ofrecer y producir la prueba referente a su defensa fundada en la exactitud de la nota en cuestión.

16) Que, finalmente, es conveniente expresar que los delicados bienes y libertades que entrelaza el derecho de rectificación o respuesta, reclama a los medios y a los eventuales afectados, un uso ponderable de la virtud de la prudencia. Y esto es así porque, además de ello, es por demás deseable que los conflictos que se sucedan entre dichas partes sean resueltos por éstas, vale decir, sean superados en el terreno extrajudicial, evitándose así que el tiempo que inevitablemente insume todo trámite ante los tribunales, termine conspirando contra los propósitos de una herramienta jurídica plenamente útil, si ágil.

Por ello, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario con los alcances indicados en el considerando. 4º, y se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia de los agravios resueltos. Devuélvase el depósito (fs. A), agréguese la queja al principal, hágase saber y, oportunamente, remítase. ANTONIO BOGGIANO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ

Considerando:

1º) Que Domagoj Antonio Petric invocó ante el Diario Página 12, el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con motivo de un artículo que el periódico publicó el 20 de junio de 1993, en el que se le atribuía el carácter de asesor del Presidente de la Nación Argentina y el desarrollo de las actividades de reclutamiento y organización de grupos mercenarios para enviarlos a combatir junto a las fuerzas croatas en la guerra de Bosnia-Herzegovina. En síntesis, el actor sostuvo que lo único verídico de la nota cuya rectificación pretendía, era que colaboraba honorariamente en la "Representación de Croacia", en prensa y cultura, mientras que las falsedades lo presentaban como un eventual transgresor de las normas que rigen la comunidad internacional. El diario rechazó el pedido sobre la base, en resumen, de que la información había sido escrita luego de una profunda tarea de investigación, que describió en una carta que había dirigido a Petric.

En tales condiciones, el actor inició la demanda que da origen a estas actuaciones, fundado en las razones expuestas. A su turno, el diario añadió a las defensas que ya había esgrimido, el planteo de inconstitucionalidad del art. 14.1. de la convención pues, en la medida en que esta norma obligada al periódico a publicar lo que no deseaba publicar, transgredía los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

2º) Que la demanda fue admitida en ambas instancias. En efecto, la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —al confirmar la decisión del juez de grado— sostuvo que: a) el derecho contenido en el citado art. 14.1. de la convención era operativo no obstante la falta de dictado de la ley reglamentaria, de acuerdo con lo resuelto por esta Corte "in re": "Ekmekdjian c/ Sofovich" (Fallos: 315:1492); b) la aplicación de la respuesta debe hacerse en forma restrictiva a fin de evitar la violación de la libertad de prensa garantizada por el art. 14 de la Constitución Nacional, presupuesto básico del régimen republicano de gobierno; c) el "encuadre jurídico (de la respuesta) no se reduce a los delitos contra el honor ni requiere el ánimo de calumniar o de injuriar, ni el presupuesto de las criminalidad delictiva", y tampoco se trata de la querella por calumnias e injurias, ni la acción por reconocimiento de daños y perjuicios; y d) "la publicación efectuada es susceptible de afectar el honor, de perturbar la paz

y la tranquilidad de espíritu del actor, al atribuirle una ilícita actividad, sin elemento de juicio corroborante" dado que de las pruebas aportadas no surgiría que el actor hubiera realizado las conductas que le atribuye la información".

3º) Que contra dicho pronunciamiento, la vencida interpuso el recurso extraordinario en el que sostiene: a) la no operatividad del art. 14.1. de la Convención dada la ausencia de reglamentación; b) la inaplicabilidad de la respuesta en el caso, en atención a la naturaleza política o ideológica de la publicación; c) que el derecho de respuesta sólo procede respecto de los "medios de difusión legalmente reglamentados", esto es, "cuando se trata de medios de propiedad del Estado" y no de particulares; d) que la prueba habría sido arbitrariamente apreciada por el tribunal a quo; e) la ya mencionada inconstitucionalidad del art. 14.1. de la convención.

4º) Que el recurso extraordinario fue denegado por la alzada al considerar que no debía pronunciarse sobre la arbitrariedad de su propio pronunciamiento, al tiempo que sostuvo que la recurrente sólo cuestionaba circunstancias de hecho y prueba que no habilitan la instancia de excepción. Esa decisión motivó el presente recurso de hecho.

5º) Que los agravios reseñados en los puntos a) y d), son inadmisibles. Esto es así, respecto del primero, por cuanto el apelante ha omitido hacerse cargo de los fundamentos expresados por el tribunal a quo que, como se anticipó recogen la doctrina de esta Corte expuesta en Fallos: 315:1492. En cuanto al segundo, cabe señalar que el agravio no excede de la mera discrepancia con la apreciación de los elementos de juicio hecha por la alzada, lo cual es insuficiente para habilitar esta instancia federal de acuerdo con conocida jurisprudencia.

6º) Que más allá de la oportunidad de su introducción, los agravios b) y c) reseñados en el consid. 3º no pueden ser acogidos.

En cuanto al primero (agravio b), cabe distinguir dos aspectos.

Por un lado, está el carácter eminentemente fáctico que tienen los datos contenidos en la nota publicada por Página 12, que Petric pretende responder porque, según aduce, le "atribuye inexactamente actividades anteriores, recientes y presentes, que son totalmente falsas e inexistentes" y lo involucra en "hechos ajenos" a él.

Por otro lado, está la repercusión política que la nota periodística podría suscitar, atento a la clase de "actividades" y "hechos" de que se trata. Esta última consecuencia —repercusión política— no tiene la virtud de convertir a la señalada cuestión en un mero choque de opuestas concepciones ideológicas, en la cual se enfrentarían distintas concepciones políticas (la del autor de la nota y la de Petric). Antes bien, lo central consiste en la atribución de actividades y hechos al actor, que éste niega. Pertenece, por tanto, al mundo de lo comprobable y no de lo meramente valorativo u opinable, ámbito este último que sí sería ajeno al derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, la apelante confunde ambos planos —la índole de la nota y su eventual repercusión— y esto la lleva a adjudicar a la cuestión una supuesta "naturaleza política o ideológica" de la cual carece.

Con relación al restante agravio identificado con la letra c), aun cuando cabe reconocer que la expresión "medios de difusión legalmente reglamentados" —utilizada en el art. 14.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— presenta dificultades de interpretación, la que al respecto realiza el apelante es inadecuada. En efecto, no se advierte que el texto transcripto haga siquiera alusión a la propiedad de los medios; la norma habla de los órganos legalmente reglamentados y no de los que son del dominio del reglamentador.

Tampoco variaría la solución aunque se alegara que el derecho de rectificación o respuesta es imposible de invocar frente a los medios de difusión gráficos, por no encontrarse éstos "legalmente reglamentados" en el ámbito nacional. Esto es así, pues el inc. 3º del mismo art. 14, vale decir, uno de los tres incisos que —junto con el 1º ya citado— integran el artículo que lleva por título "derecho de rectificación o respuesta", dispone que "para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial". Es fácil advertir que la expresa mención a "publicaciones" en un concepto destinado a regir sobre el derecho la rectificación o respuesta, arroja luz más que suficiente sobre el punto e impide aceptar la exclusión de los medios gráficos del ámbito de aquél.

Conviene recordar, además, que el derecho de respuesta nació y, en buena medida, se difundió, debido exclusivamente a la existencia, multiplicación y relevancia de los medios informativos gráficos. Por lo tanto, la supuesta exclusión de éstos del ámbito del derecho reglado por el art. 14.1. de la convención hubiese requerido una expresión normativa clara y concluyente. Empero, a la ausencia de esta última, se suma la inequívoca mención ya transcripta del inc. 3º.

7º) Que, por el contrario, el cuestionamiento de la validez constitucional del derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, plantea una cuestión federal. En consecuencia, encontrándose reunidos los restantes requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario, corresponde declarar formalmente admisible la queja en tal aspecto.

Cabe precisar que en el análisis constitucional reclamado la Corte no se encuentra limitada por las alegaciones de las partes. Asimismo, debe señalarse que en esta sentencia se aludirá al derecho de rectificación o respuesta, siguiendo la terminología adoptada por el Pacto de San José de Costa Rica, como también indistintamente al derecho de réplica, por ser una locución que se estima equivalente a la indicada en último término y que refleja "...el derecho de toda persona nombrada o designada en el artículo de un periódico a dar a conocer sus explicaciones o desacuerdos en las mismas circunstancias y condiciones que han provocado su designación" (confr. Roland Dumas, "Le droit de l'information", pág. 586, Paris, 1981), situación que es la que se presenta en la especie.

8º) Que la Constitución Nacional en su actual redacción prescribe que los tratados que expresamente enumera —entre los que se encuentra la aludida convención— "...tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". De ahí que las previsiones de los arts. 14 y 32 de su texto deban armonizarse con lo prescripto por el art. 14.1. del tratado internacional, de acuerdo con la doctrina del tribunal, según la cual, la interpretación de las normas constitucionales ha de realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para obtener esa unidad, la recta inteligencia de sus cláusulas no alterará el equilibrio del conjunto dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás (Fallos: 167:121; 190:571; 194:371; 240:311; 306:303; voto concurrente) pues se trata de privilegiar las opciones hermenéuticas que maximicen su eficiencia.

Que, además, esa necesaria armonización e interpretación integrativa que debe existir entre los derechos y garantías consagrados en la parte dogmática de la Constitución y aquellos enumerados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, importa una

pauta a seguir por los jueces que, valga señalarlo, expresamente fue considerada en el seno de la Convención Nacional Constituyente de 1994 (confr. "Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994", t. IV, págs. 4130 y sgtes. espec. págs. 4136/37, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1995).

Con lo que va dicho, entonces, que no podría ser una conclusión de hermenéutica constitucional válida aquella que sostenga que el derecho de respuesta consagrado por el Pacto de San José de Costa Rica se opone irreductiblemente a la libertad de prensa que garantizan los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional. Antes bien, entre ambos derechos hay una relación de necesaria complementación en el común marco protectorio de los derechos humanos fundamentales, según se verá.

9º) Que también es jurisprudencia constante de este tribunal, la que sostiene la inexistencia de derechos constitucionales absolutos (Fallos: 257:275; 258:267; 262:205; 268:364; 290:83; 297:201; 300:700; 304:319 y 1524, entre otros), pues todos deben operar atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen (Fallos: 255:293; 262:302; 263:460, etc.). Como ha precisado esta Corte ningún derecho esencial de los que la Ley Suprema reconoce puede esgrimirse y actuar aisladamente porque todos forman un complejo de operatividad concertada de manera que el Estado de Derecho existe cuando ninguno resulta sacrificado para que otro permanezca (Fallos: 256:241; 258:267; 259:403; 311:1438).

Que ello es así, de modo general, respecto de la libertad y todas sus formas de manifestación pues, como decía Alberdi, la libertad es esencialmente limitada, en tanto termina para cada hombre donde empieza la de su semejante (confr. Alberdi, Juan B., "Estudios Políticos — Obras Selectas", t. XVII, cap. II, pág. 26, Buenos Aires, 1920). Y, en lo que aquí interesa, lo es de modo particular respecto de la libertad de prensa, pues el papel fundamental y estratégico que a tal libertad depara nuestra Constitución Nacional, no alcanza sin embargo para colocarla en un ámbito protectorio menos relativo que el que corresponde a otros derechos y garantías constitucionales, ni implica que la prensa pueda escapar a límites que deben considerarse como propios y naturales a su existencia, entre los que se encuentra, por ejemplo, el régimen de responsabilidades civiles y penales ulteriores, y también el que proviene del ejercicio por terceros del derecho de rectificación o respuesta.

Desde tal punto de vista, la demandada no puede aducir con éxito la invalidez indiscriminada del derecho de rectificación o respuesta frente a la libertad de prensa, a menos de conferirle a esta última una condición de derecho constitucional absoluto que no posee.

10) Que, en este punto, no parece inapropiado recordar el sentido y alcance que el derecho de rectificación o respuesta tiene para la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz, precisamente, del art. 14.1. del Pacto de San José de Costa Rica, cuya inconstitucionalidad se plantea en autos.

Que, sobre el particular, en ocasión de emitir la Opinión Consultiva Nº 7 del 29 de agosto de 1986, la citada Corte señaló que el derecho de libertad de expresión sin censura previa que garantiza el art. 13 del Pacto "...no puede interpretarse de manera tan amplia que haga negatorio el derecho proclamado por el art. 14.1..." (confr. punto 25 de la referida opinión consultiva).

Es decir, tampoco, para el indicado tribunal internacional el derecho de libertad de expresión puede ser concebido en términos absolutos (como lo pretende el apelante), sino que po-

see limitaciones, una de las cuales cabe ciertamente reconocer en el derecho de rectificación o respuesta.

11) Que, por lo demás, lo vedado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional es la censura previa, y el derecho de respuesta no lo es.

En este sentido, así como no es posible sostener que la aplicación de la ley penal o civil para reprimir y resarcir, respectivamente, los abusos de la prensa puede ser considerada como una censura previa, la admisión del derecho de rectificación también queda al margen de tal concepto.

Que tampoco puede sostenerse que el derecho de respuesta quiebre la autodeterminación de empresas y periodistas para proceder a la selección y transmisión de la información, como tampoco que obligue a unas y otros a actitudes de autocensura, pues de lo que se trata sólo es de rectificar —concurriendo ciertas condiciones— una versión previamente difundida, en el entendimiento de que con ello se brinda a lectores, oyentes y espectadores un más amplio espectro informativo.

Y si la cuestión se mira desde el ángulo protectorio de los derechos personalísimos del honor y la intimidad, es evidente que el respeto por las personas que se exige de toda publicación no puede confundirse bajo ningún punto de vista con autocensura, sino que ese respeto es la condición necesaria —y única posible— del ejercicio de un periodismo responsable y serio.

Con tal entendimiento, bien se aprecia que el derecho de rectificación o respuesta no restringe la libertad de prensa, sino que por el contrario la enriquece, puesto que permite desinformar lo erróneo e informar lo que se considera correcto especialmente en cuanto se vincula a cuestiones con injerencia en aspectos de la personalidad de los individuos. Asimismo, casi huelga señalarlo con la admisión del derecho de respuesta no se indica cómo ni en qué oportunidad, ni cuál ha de ser la noticia que las empresas deben propalar, pero, en cambio, sí se brinda oportunidad de ver la otra cara de una verdad que intenta ser revelada, lo que, de tal manera, permite cumplir con mayor amplitud la acción positiva esperada de los comunicadores sociales.

Que, en este último sentido, el tribunal no comparte la opinión del recurrente en cuanto a que el derecho de respuesta es censurable por cuanto "lesiona la línea editorial del medio de prensa". Ello es así, porque como se desprende de lo dicho, el derecho de rectificación no impone al diario a que ingrese en asuntos que no hubieran sido ya escogidos o difundidos por el propio medio.

Al par, la admisión de la rectificación amplía la base subjetiva de las personas que en los hechos pueden hacer un efectivo ejercicio de la libertad de expresión, restableciendo la notable desigualdad que existe entre quienes tienen fácil acceso a los medios de prensa y quienes normalmente sólo son sujetos pasivos de la noticia.

Que, así entendido, el derecho de rectificación o respuesta posee un carácter eminentemente instrumental de la realización de una libertad esencial como es la de prensa que, necesario es recordarlo, ya que pocos parecen entenderlo, no reside ni es del dominio exclusivo y excluyente de los órganos periodísticos, de las megaempresas de noticias, o de los periodistas profesionales, sino que por el contrario, se trata de una libertad que ha sido establecida por la Constitución Nacional para ser ejercida por todos los habitantes en las condiciones en que natural y jurídicamente ello sea posible.

Insístese en la idea anterior: la libertad de prensa y, en general la libre comunicación de pensamientos y opiniones, no es un monopolio de los profesionales de la prensa sino un derecho reconocido a todos los ciudadanos (confr. Jean Rivero, "Les libertés publiques", vol. II, p. 240, P. U. F., Paris, 1980).

12) Que no debe verse tampoco agravio o lesión al derecho de propiedad o dominio que las empresas tienen sobre los medios de prensa o al uso que de ellos pueden hacer según su juicio y discreción.

El derecho de propiedad que nuestra Carta Fundamental garantiza en su art. 17, tampoco es absoluto, siendo claro que en esta materia ni siquiera una protección en grado máximo podría ir al punto de dejar desprotegido al perjudicado por una noticia agraviante o inexacta, sumiéndolo en el más angustioso silencio y sin oportunidad de una defensa por el mismo medio que injustamente lo agredió. Negar la oportunidad al afectado para que ejerza su réplica bajo la excusa de la propiedad del medio periodístico y de que sólo sus dueños son jueces de su uso, implica negar a dicha propiedad el fin social que le es innegablemente propio, haciendo prevalecer una posición dominante en la generación del fenómeno informativo, que lejos está de constituir un ejercicio regular del derecho amparado por la ley (arg. arts. 1071 y 2513 del Código Civil).

13) Que debe señalarse, asimismo, que la garantía relativa al libre ejercicio de toda industria lícita que consagra el art. 14 de la Constitución Nacional, tampoco forma óbice constitucional alguno a la admisión del derecho de rectificación o respuesta fundado en la circunstancia de que su implementación puede incidir en un costo económico adicional que ha de pesar sobre el órgano periodístico.

Que ello es así porque el eventual costo adicional que la admisión de una rectificación o respuesta supone, tiene causa y constituye un riesgo propio de la actividad periodística que se realiza; que exige el mayor de los cuidados al referirse a terceros. En este sentido, es ínsita a la actividad periodística la obligación de exponerse a la crítica de los eventuales afectados por noticias agraviantes o inexactas, y facilitarles a ellos la vía para la rectificación de aquellas informaciones infundadas que no generaron ni con sus hechos ni con sus conductas. Muy herido quedaría el intercambio comunicativo, y hasta dejaría de ser tal para convertirse en un monólogo de los medios de prensa, si estos últimos no admitiesen, a su propio costo, que terceros afectados por informaciones agraviantes o inexactas tuvieran acceso a la difusión de su réplica, en los casos en que así proceda, sea por iniciativa directa del medio ante el reclamo del replicante, sea por sentencia judicial dictada en forma sumarísima tendiente a evitar la extemporaneidad de la contestación del afectado.

14) Que, a esta altura, puede ser advertido que el derecho de respuesta nace de la intromisión de la prensa en el ámbito privado de las personas y en el derecho de ellas a disfrutar de sus derechos subjetivos, en particular su buen nombre, intimidad, honra, prestigio, etc. En este sentido, el derecho de rectificación se origina como consecuencia de un acto previo y gratuito del medio periodístico, que se lanzó a un terreno —considerado por el afectado como el del agravio y la inexactitud— que le estaba vedado. De no haber sido así, no aparecería, como el efecto de una causa, el derecho de respuesta.

15) Que, por otra parte, y desde la perspectiva que brinda el análisis constitucional comparado, cabe observar que el derecho de rectificación o respuesta no es una creación antojadiza o arbitraria de las legislaciones contemporáneas. Salvo el particular ejemplo norteamericano al

que más adelante se hará referencia, el derecho comparado ha reconocido en la rectificación o la respuesta una insustituible herramienta protectoria de los derechos humanos.

En Francia, por ejemplo, el derecho de respuesta fue implantado por ley del 25 de marzo de 1822, y confirmado por las leyes del 29 de julio de 1881 y del 29 de setiembre de 1919.

Al debatirse esta ley el diputado Mestadie señaló, en la sesión del 1 de febrero de 1822, que "...el procedimiento más satisfactorio para el hombre honesto, ya sea funcionario o no y el antídoto más eficaz contra un veneno cuyo efecto es rápido, es el de poder rechazar el ultraje, empleando las mismas armas y disipar así las sospechas, en el espíritu de las personas que han leído el artículo que lo ha herido. Muy a menudo un simple desistimiento, una simple explicación bastarán al hombre ofendido...".

Por su parte, cuando Portalis expuso los fundamentos de este derecho en la Cámara de los Pares, en la sesión del 27 de febrero, señaló que la ley que se pretendía sancionar aseguraba "...a toda persona que ha sido nombrada o designada en un diario, el derecho a insertar su respuesta. Este derecho está basado en las reglas de la más exacta justicia. Los periódicos sólo hablan a un sector de la opinión. Los lectores de una hoja no son generalmente los lectores de otra y por consiguiente la publicación se convertiría en un medio de opresión si se permitiera que se pudiera atacar la reputación de un ciudadano, sin que pueda defenderse en el mismo terreno de un agresor...".

La literatura francesa ha prestado particular atención al derecho de rectificación o respuesta no encontrando óbices constitucionales (confr. Fabreguette, "Traité des infractiones de la parole, de l'escriture et de la presse", 1881, t. I, p. 194, t. II, p. 291; Le Poittevin, "Traité de la presse, reglamentation de l'imprimerie, de la librairie et de la presse periodique", 1902, t. I, p. 119; Robert Vautard, "De la nature et de l'étandue du droit de réponse en matiére de presse", 1925). Asimismo, León Duguit considera que el derecho de respuesta es esencial para salvar el respeto entre los ciudadanos, y un arma eficaz contra las indiscreciones o las imputaciones mentirosas de la prensa mercenaria (confr. "Tratado de Derecho Constitucional", 1925, vol. V, p. 411).

Que la experiencia francesa muestra, además, que no es argumentativo decir que la libertad de prensa resulta jaqueada por el hecho de que los periódicos se vean obligados de vez en cuando a publicar rectificaciones a noticias de la índole enunciada. Los periódicos franceses aparecen desde 1822 sin sufrir mayores molestias, y la realidad es que el derecho en cuestión se ejerce frente a medios informativos de categoría, desdeñándose por su falta de trascendencia los de tono menor. Según una opinión, diarios como "Le Monde", "Le Figaro" y el "Paris Soir" publican cerca de 10 respuestas por mes y con bastante satisfacción, porque contribuyen a dar interés a sus páginas y a incitar a la curiosidad del público lo que redunda en una mayor circulación (confr. Mayer, "El derecho de respuesta", Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, segunda época, año XXI, Nº 24, ps. 81/82).

16) Que en España la Ley Orgánica Nº 2 del 26 de marzo de 1984, contiene la vigente regulación del derecho de rectificación o respuesta, fruto de una prolongada elaboración parlamentaria, pero aprobada casi por unanimidad. Junto a ella cabe nombrar también al Estatuto de Radio y Televisión, regulado por ley 4/1980, del 20 de enero, que con anterioridad lo preveía igualmente para su propio ámbito.

Que la validez constitucional de la ley orgánica 2/84 frente al ejercicio del libre derecho a la información que consagra el art. 20.1.d) de la Constitución Española de 1978, fue analizado

por el Tribunal Constitucional mediante sentencia Nº 168 del 22 de diciembre de 1986, en un caso en que una revista había sido condenada a publicar una rectificación de hechos que en opinión del editor eran ciertos pero que no lo eran según la visión subjetiva de la persona aludida en el informe. El Tribunal Constitucional condenó a la mencionada revista a insertar la debida rectificación, al considerar que éste no era un derecho contrario a la Constitución, y que la citada inserción no obligaba al medio de comunicación a declarar que su información no era cierta, ni le impedía mantener su versión de los hechos, sin que tampoco cupiera entender vulnerado el derecho de los ciudadanos a recibir información porque se hubieran publicado dos versiones contrapuestas de los mismos.

Que, en ese orden de ideas, el tribunal español mencionado declaró que "...no hay duda de que la rectificación, judicialmente impuesta, en los términos que establece la ley orgánica 2/1984, de una información que el rectificante considera inexacta y lesiva a sus intereses, no menoscaba el derecho constitucional proclamado por el art. 20.1. d) de la Constitución, ni siquiera en el caso de que la información que haya sido objeto de rectificación pudiera revelarse como cierta y ajustada a la realidad de los hechos. En efecto, el simple disentimiento por el rectificante de los hechos divulgados no impide al medio de comunicación social afectado difundir libremente la información veraz, ni puede considerarse tan poco la inserción obligatoria de la réplica como una sanción jurídica derivada de la inexactitud de lo publicado. Por el contrario, la simple inserción de una versión de los hechos distinta y contradictoria ni siquiera limita la facultad del medio de ratificarse en la información inicialmente suministrada o, en su caso, de aportar y divulgar todos aquellos datos que la confirmen o la avalen.

El ejercicio de derecho de rectificación tampoco limita el derecho de la colectividad y de los individuos que la componen a recibir libremente información veraz, pues no comporta una ocultación o deformación de la que, ofrecida con anterioridad, lo sea o pueda serlo. Aún más, como ya se ha dicho, la inserción de la rectificación interesada en la publicación o medio de difusión no implica la exactitud de su contenido, pues ni siquiera la decisión judicial que ordene esa inserción puede acreditar, por la propia naturaleza del derecho ejercitado y los límites procesales en que se desenvuelve la acción de rectificación, la veracidad de aquélla...".

Y más adelante el tribunal constitucional agregó que "...la difusión de informaciones contrapuestas, que no hayan sido formalmente acreditadas como exactas o desacreditadas como falsas, con efectos de cosa juzgada, no puede lesionar, por lo expuesto, el derecho reconocido en el art. 20.1.d) de la Constitución, en su doble faceta de comunicar y recibir libremente información veraz. Antes bien, el derecho de rectificación, así entendido, además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone ...un complemento a la garantía de la opinión pública libre que establece también el citado precepto constitucional, ya que el acceso a una versión disidente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege..." (confr. consid. 5º de la sentencia Nº 168/1986, del 22/12/86, dictada por la sala II del Tribunal Constitucional de España, registrada en la obra de J. Puyol Montero y M. F. Generoso Hermoso, "Manual Práctico de Doctrina Constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación", p. 369 y sigtes., Madrid, 1991).

Que, como ha sido destacado con propiedad, a lo que contribuye la doctrina constitucional española precedentemente reseñada, es a privar a los medios de comunicación del monopolio de una presunción a su favor de que la verdad tenga que ser la que necesariamente ellos publiquen y no lo que el afectado describe (confr. C. Carmona, Salgado, "Libertad de expresión e información y sus límites", pág. 267, Madrid, 1991).

17) Que el grupo de países que admiten el derecho de rectificación o respuesta no se agota en los ejemplos de Francia y España previamente considerados. Otras naciones lo regulan de modo expreso: Bélgica, Suiza, Grecia, Italia, Dinamarca, Austria, Luxemburgo, Bulgaria, Chile, Chipre, El Salvador, Etiopía, Guatemala, Marruecos, Polonia, Siria, Taiwan, Alemania, Portugal, Malta, Noruega, México, Finlandia, Brasil, Uruguay, Perú, Colombia, Nicaragua, República Dominicana, Venezuela, Canadá, Ecuador, Panamá, Paraguay, Costa Rica, etcétera.

Que el movimiento legislativo en la materia es tan amplio y vasto que difícilmente pueda sostenerse con seriedad que no va de la mano del constitucionalismo moderno, y de las ideas más arraigadas de origen liberal que cimentan las democracias occidentales.

18) Que suele citarse como excepción el caso norteamericano, pues un fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos ha declarado la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Florida que obligaba a los diarios que atacaban la reputación de un candidato político a suministrarle espacio gratis para la réplica, por ser contraria a la Primera Enmienda (del año 1791) de la Constitución aprobada por el Congreso de Filadelfia en 1787 (confr. caso "Miami Herald Newspaper Publishing Co. Division of Kinigth Newspaper Inc. c. Tornillo, Pat. I, 418 US 241, año 1974).

En el sub lite este precedente es citado por el apelante a fs. 200 vta/201.

Que, sin embargo, el referido no puede ser entendido como un antecedente, relevante a tener en cuenta en la comprensión del asunto, no sólo por la distinta realidad en que se desenvuelve el fenómeno periodístico en los Estados Unidos, sino especialmente por las particularidades que enmarcaban al caso indicado.

Que en orden a lo primero se debe tener presente como dato de la realidad que el análisis jurídico no puede ignorar, que en los Estados Unidos habida cuenta del gran número de los medios de difusión y de su competitividad, raramente una persona no encuentra lugar para contestar una información periodística adversa o que considera agraviante o inexacta, extremo que notoriamente no sucede en nuestro país. A modo de ejemplo, esta circunstancia se ve reflejada en el voto del justice Brennan en el famoso caso "New York Times Co. c/ Sullivan" (376 U.S. 254, año 1964), en el que se relata que el periódico había dado la posibilidad al actor de explicar cómo había sido afectado por la publicación que cuestionaba, extremo que en el presente caso, fue negado al actor por el diario Página 12.

Que, respecto de lo segundo, cabe referir que en el precedente indicado la Corte norteamericana no entendió que se trataba de una pretensión rectificatoria ejercida en defensa del derecho del honor de una persona como ocurre en el "sub lite", sino de la defensa que pretendía hacer un candidato a la Cámara de Representantes del Estado de Florida respecto de severas críticas que su nominación había recibido, es decir, una defensa de tinte político partidista. En ese contexto, y ponderando especialmente que la acción la llevaba adelante un candidato a un cargo público en pleno proceso electoral, se entendió que la aplicación de la ley de Florida podía obstaculizar o limitar la discusión política, reduciendo el vigor y los límites de la diversidad del debate público, entendiéndose asimismo que el tratamiento que debe darse a los acontecimientos públicos y funcionarios del gobierno, sea o no imparcial, comporta el ejercicio del control y discernimiento editorial (voto del Presidente del tribunal, Warren Burger). Especialmente se dijo que la inconstitucionalidad de la ley referida tenía raíz en tales particulares y específicas circunstancias, y no en el hecho de que la legislación cuestionada pudiera haber tenido por finalidad la protección del derecho del honor de las personas, que es otra cosa. En este último sentido, en opinión concurrente el juez J. White sostuvo que "...el

aspecto constitucionalmente objetable de la ley 104.38 no es que la legislatura de Florida pueda también haber puesto un gran interés en la protección de la reputación individual, ya que el gobierno tiene ciertamente un profundo y fuerte interés en la prevención y la represión de los ataques a la reputación ('Rosenblat v. Baer', 383 US 75. 86). Absolutamente por el contrario, esta ley está en colisión con la proposición elemental contenida en la Enmienda Primera, de que el gobierno no puede obligar a un periódico a publicar material que a su discreción periodística, haya decidido desechar... (pues), nunca hemos pensado que la Enmienda Primera permitiera a los funcionarios públicos imponer a la prensa el contenido de sus columnas y la doctrina de sus editoriales...".

En síntesis, el precedente jurisprudencial norteamericano resolvió una situación muy especial, en la que el derecho de respuesta se pretendía ejercer en un plano distinto que el que enmarca al "sub lite", el cual como se ha concluido en el considerando 6º, no se desenvuelve en el terreno político o electoral. En efecto, en el antecedente norteamericano no se trataba estrictamente de hacer jugar la réplica en defensa del honor de una persona, ni la inconstitucionalidad de la ley de Florida tenía relación con ello, sino que se vinculaba a la pretensión de sostener un debate político electoralista por una vía que se entendió contraria a la Primer Enmienda. Y, en este sentido, la doctrina del tribunal norteamericano no ha sido sustancialmente distinta de la que tiene adoptada esta Corte en Fallos: 315:1492, al decir que la respuesta o rectificación tutela bienes de naturaleza civil, no política ni electoral (considerando 29).

Por lo demás, como bien se ha señalado, la enorme tarea interpretativa que el tribunal norteamericano ha hecho en relación a la libertad de prensa y de expresión, no ha traspasado en materia de derecho de réplica el umbral de la concepción liberal-negativa-protectora de la libertad de expresión, a pesar de lo mucho que han cambiado las circunstancias y, sobre todo, lo mucho que han cambiado los medios de la libertad de expresión y la intervención del gobierno en la esfera social. Lo cual no deja de ser paradógico en un país que hace gala del respeto a los derechos y garantías individuales, así como de su pluralismo (confr. Sánchez González, s/ "La libertad de expresión", pág. 84, Madrid, 1992).

19) Que, más allá de la admisión que universalmente tiene el derecho de réplica o respuesta, no es ocioso recordar que nuestro país inclusive antes de la aprobación por ley 23.054 del Pacto de San José de Costa Rica, contaba con antecedentes orientados en tal sentido, demostrativos de que aquél no es ajeno ni contrario a nuestro sentir cultural y constitucional.

Que, en ese orden de ideas, varias constituciones provinciales lo han incorporado expresamente. Así, la de Santa Fe (art. 11), Chubut (art. 15), Formosa (art. 12), Tierra del Fuego (art. 47), Santa Cruz (art. 13), La Pampa (art. 8º), Catamarca (art. 15), San Juan (art. 25), San Luis (art. 21), Salta (art. 23), Neuquén (art. 22), Río Negro (art. 27), Jujuy (art 23) y Santiago del Estero (art. 20). De igual modo, cabe recordar las iniciativas legislativas y proyectos sobre la materia de: Bielsa, presentado a la Federación Argentina del Colegio de Abogados en 1929; Matienzo —1934—; Sánchez Sorondo —1934—; Cossio —1957—; Cheble —1964—; Massolo —1975—; etcétera.

Que la reforma constitucional de 1994 ha consolidado con todo vigor la apuntada orientación en favor del derecho de réplica, al otorgar jerarquía constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos, entre los que se encuentra el citado Pacto de San José de Costa Rica aprobado por ley 23.054 que expresamente lo contempla (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

20) Que no resulta inadecuado sostener que el derecho de rectificación o respuesta, además de tener fundamento en el sistema internacional protectorio de derechos humanos que

nuestro país ha abrazado, lo tiene también en la moderna teoría de la responsabilidad social de la prensa, según la cual la libertad de prensa es abordada con una conciencia más social y menos individualista que la propia de tiempos pasados. En este sentido; la actividad de la prensa se concibe hoy en función del público, cuya protección se percibe como una necesidad cada vez más urgente. Nuevo sentido de la responsabilidad que se traduce, asimismo, en la formulación de códigos morales o de conducta que reflejan obligaciones que acompañan al derecho de libertad de expresión, los que, a su vez, dan lugar a ciertas consecuencias jurídicas, sobre todo en aquellos casos que el derecho a la libertad de expresión se convierte en el privilegio de unos pocos frente a muchos por la misma naturaleza y forma de funcionamiento de los medios periodísticos. Y, en ese orden de ideas, uno de los rendimientos que la teoría de la responsabilidad social espera en la época de la prensa en masas es, según la Comisión sobre la Libertad de Prensa norteamericana, que la prensa se convierta en "un foro para el intercambio de comentarios y críticas" (confr. Th. Peterson, "The social responsability theory of the press, en F. Siebert y otros: "Four theories of the press", pág. 89, University of Illinois Press, Urbana, 1963). Ello significa que los grandes instrumentos de comunicación de masas deben ser contemplados como medios de discusión publicada, dando entrada a puntos de vista contrarios a los suyos. Puesto que el control de la prensa está en un número de manos cada vez menor, ésta debería ser un vehículo de expresión plural de ideas y opiniones, incluso cuando las ideas y opiniones sean contrarias al propietario del medio (confr. Saavedra López, M. "La libertad de expresión en el Estado de Derecho, entre la utopía y la realidad", p. 103, Barcelona, 1987). Consecuentemente, uno de los grandes principios y expresión misma de la teoría de la responsabilidad social de la prensa es que "...los medios de comunicación deben ser pluralistas y reflejar la diversidad de la sociedad, concediendo acceso a los distintos puntos de vista y al derecho de réplica..." (confr. Denis Mc Quail, "Introducción a la teoría de la comunicación de masas", p. 112 y sigtes., Barcelona, 1985).

21) Que el derecho de rectificación o respuesta tiene raíz inclusive en los procesos de legitimación democráticos, pues como agudamente ha sido destacado, desde "...Max Weber hemos aprendido que uno de los aspectos centrales de la transición de la sociedad tradicional a la sociedad moderna ha sido el cambio de una concepción de la legitimidad basada en un consenso determinado por la tradición a una concepción basada en un consenso que es obtenido comunicativamente, esto es, que es construido a través del debate público. El proceso de obtención del consenso por medio del debate público implica aceptar el dar razones a favor y razones en contra como el camino para resolver controversias... Esta práctica de evaluación crítica de razones ha sido considerada constitutiva de la idea de racionalidad...". Y es que "...el debate público es racional cuando los diferentes argumentos y opiniones que se exponen son evaluados y criticados. La racionalidad del debate exige el dar razones a favor y en contra de las ideas que se pretenden defender a través de los medios de comunicación...", objetivo para el cual se hace imprescindible "...la remoción de aquellos obstáculos, institucionales o no, que afecten la posibilidad de un debate racional..." (confr. Bouzat, G. "Libertad de expresión y estructura social: el derecho de réplica", Revista del Centro de Estudios Constitucionales Nº 3, ps. 88, 92 y 93, Madrid, 1989). En ese entendimiento, uno de los instrumentos para allanar el camino indicado es indudablemente el derecho de rectificación o respuesta.

22) Que si a todo lo expuesto se añade la idea de que la veracidad de la información es un mandato constitucional (confr. causa G.88 XXXI "Gesualdi, Dora Mariana c/ Cooperativa Periodistas Independientes Limitada y otros", sentencia del 17 de diciembre de 1996, considerando 15 del voto del juez Vázquez), debe convenirse que el respondiente es caracterizable menos como un adversario del medio que como un colaborador de éste, en una mutua y solidaria búsqueda de la verdad (confr. Gérard Biolley, "Le droit de réponse en matiére de presse",

p. 168, Paris, 1963). Con tal comprensión, la respuesta inclusive hace al derecho que tiene el informador a que se le corrija y se le ayude a realizar el deber de corregir toda información incorrecta" (confr. I. Bel Mallen, L. Alfonso y Correidora, y P. Cousido, "Derecho de la Información", t. I, p. 137, Madrid, 1992). En este aspecto, cabe recordar el proyecto de Código de Honor de Periodistas de las Naciones Unidas, admitido por una comisión de la Asamblea General de 1952: "...cualquier información que, una vez hecha pública, se revelase incorrecta o nociva, deberá ser rectificada espontáneamente y sin demora..."; y también el Código de Etica del Círculo de Antioquía, de 1970, en cuanto establece como obligación del periodista el "poner todo su empeño en buscar la verdad y, cuando haya incurrido en error, toda su capacidad de enmendarlo..." (citados en Fallos: 315:1492, considerando 13).

23) Que lo expresado pone en claro, a juicio del tribunal, que nada hay en la 1ª parte de la Constitución Nacional que se oponga al derecho de rectificación o respuesta previsto por el art. 14.1. del Pacto de San José de Costa Rica, razón por la cual se impone desestimar la invalidez alegada por la demandada.

Por ello, se hace lugar parcialmente a la queja y se declara admisible el recurso extraordinario con los alcances indicados, y se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia del agravio resuelto. Devuélvase el depósito (fs. 1), agréguese la queja al principal, hágase saber y, oportunamente, remítase. ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que el señor Domagoj Antonio Petric invocó ante el diario Página 12, el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante la Convención— con motivo de un artículo que el periódico había publicado el 20 de junio de 1993, en el que se le atribuía el carácter de asesor del presidente de la Nación Argentina y el desarrollo, entre otras, de actividades de reclutamiento y organización de grupos de mercenarios argentinos para enviarlos a combatir junto a las fuerzas croatas en la guerra de Bosnia-Herzegovina. En síntesis, lo único verídico de la nota, sostuvo Petric en el texto cuya publicación pretendía, era que colaboraba honoríficamente en la "Representación de Croacia", en prensa y cultura, y que las falsedades lo presentaban como un eventual transgresor de las normas que rigen la comunidad internacional. El diario rechazó el pedido sobre la base, en resumen, de que la información había sido escrita luego de una profunda tarea de investigación, que describió en una carta dirigida a Petric.

En tales condiciones, Petric inició la demanda origen de estas actuaciones, fundado en razones análogas a las indicadas. A su turno, la demandada añadió a las defensas recordadas, la de inconstitucionalidad del art. 14 de la Convención pues, en la medida en que esa norma la obligara a publicar lo que no deseaba publicar, transgrediría los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

La demanda fue admitida en 1ª y 2ª instancia. A este respecto la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo: a) que el derecho contenido en el citado art. 14 de la Convención era operativo no obstante la falta de dictado de la ley reglamentaria, de acuerdo con lo resuelto por esta Corte en Fallos: 315:1492 ("Ekmekdjian c/ Sofovich"); b) que la aplicación de la respuesta debía hacerse en forma restrictiva a fin de evitar la violación de la libertad de prensa garantizado por el art. 14 de la Constitución Nacional, lo que resulta un presupuesto

básico del régimen republicano de gobierno; c) que "el encuadre jurídico (de la respuesta) no se reduce a los delitos contra el honor ni requiere el ánimo de calumniar o de injuriar, ni el presupuesto de la criminalidad delictiva"; tampoco "se trata de la querella por calumnias e injurias, ni la acción por reconocimiento de daños y perjuicios" y d) que "la publicación efectuada es susceptible de afectar el honor, de perturbar la paz y la tranquilidad de espíritu del actor, al atribuirle una ilícita actividad, sin elemento de juicio corroborante" dado que de las pruebas aportadas no surgía que el actor hubiera realizado las conductas que le atribuyó la información.

Contra dicho pronunciamiento, la vencida interpuso recurso extraordinario en el que sostiene a) la no operatividad del art. 14 de la Convención dada la ausencia de reglamentación; b) la inaplicabilidad de la respuesta en el caso, pues lo publicado era de naturaleza política o ideológica; c) que el derecho de respuesta sólo procede respecto de los "medios de difusión legalmente reglamentados", esto es: "cuando se trata de medios de propiedad del Estado" y no de particulares; d) que la prueba habría sido arbitrariamente apreciada por el a quo; e) la ya mentada inconstitucionalidad del art. 14 de la Convención; a ello suma, que no obsta a tal conclusión la "jerarquía constitucional" que se le ha otorgado a ese instrumento internacional en la reciente reforma de la Constitución Nacional, puesto que, en definitiva y por propio mandato del nuevo texto de la Ley Fundamental, la Convención no deroga artículo alguno de la 1ª parte de esta Constitución" (art. 75, inc. 22).

El recurso extraordinario fue denegado al entender la alzada que no debía pronunciarse sobre la arbitrariedad de su anterior decisión y, además, por estar en juego cuestiones de hecho y prueba. Ello originó la presente queja.

2º) Que los agravios reseñados en los puntos a, c y e suscitan cuestión federal suficiente para su examen por esta vía, ya que se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional de un tratado celebrado con naciones extranjeras, así como la inteligencia de sus cláusulas (causa R.165.XXXII "Riopar S.R.L. c/ Transportes Fluviales Argenrio S.A." del 15 de octubre de 1996, considerando 3º).

Que ello es así inclusive respecto de la cuestión planteada en el punto c, pues por tratarse de un tema puramente jurídico —interpretación de una cláusula de un tratado cuya no vigencia se había sostenido sin éxito en 1ª instancia— su introducción en el memorial de agravios (fs. 160 vta.) ha de estimarse oportuna, ya que los jueces de las instancias ordinarias no se encuentran limitados en la aplicación del derecho por las alegaciones de las partes (principio iura novit curia recogido en el art. 163, inc. 6, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

3º) Que en cuanto a la alegada no operatividad del art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, corresponde —en principio— remitirse al voto del juez Belluscio en la causa de Fallos: 311:2497, considerando 4º, y a su disidencia en la de Fallos: 315:1492, según las cuales, a pesar de que la mencionada convención integra el derecho argentino, el mencionado artículo remite a las condiciones que establezca la ley, de modo que, mientras tal ley no sea dictada, la disposición carece de operatividad.

4º) Que la cuestión no cambia por la circunstancia de que el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional reformada en 1994 haya dado jerarquía constitucional a la convención. Pues, por lo que resulta de su texto, no por ello deja de constituir una cláusula de la Ley Suprema que continúa requiriendo de ley que la reglamente para que pueda considerarse en vigor.

5º) Que, no obstante lo expuesto, y dado que en la segunda de las causas citadas en el consid. 3º el tribunal ha sentado un criterio contrario al sostenido en los considerandos anteriores, cabe examinar los restantes argumentos que fundan el recurso federal.

6º) Que, en primer lugar, la recurrente afirma que, al referirse la cláusula convencional a los "medios de difusión legalmente reglamentados", contempla únicamente a los que son de propiedad del Estado y no a los que pertenecen a particulares.

La interpretación de esa expresión reviste particular dificultad por ausencia de un claro fundamento para su inclusión en la cláusula en examen. En efecto, ella fue añadida en la última etapa de redacción del texto, en la conferencia especializada de 1969, como propuesta del grupo de trabajo que redactó la versión final, sin que se señalara la razón o el sentido de su incorporación (Conferencia Especializada Intermericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7/22-11-1969, Actas y Documentos, O.E.A., Serie K, XVI, 1.2, Washington, 1973, ps. 280/82). A estar a la opinión del juez Héctor Gros Espiell, vertida en la opinión consultiva 7/86 del 29 de agosto de 1986 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión en cuestión "individualiza a todos los medios de difusión que, de una u otra forma, están regulados, por medio de la ley en el derecho interno de los Estados Partes", sin que se requiera una forma específica o concreta de reglamentación.

A la luz de esa explicación, resulta clara la inaplicabilidad de la norma convencional en nuestro régimen jurídico, puesto que la prensa escrita no es un medio de difusión regulado por la ley. Por otra parte, del contexto de los arts. 14 y 32 de la Constitución resulta que una regulación de tal índole carecería de validez, puesto que no se concibe reglamentación de la libertad de prensa que no contenga algún tipo de limitación de la libre expresión; y los prohombres que nos legaron el originario texto constitucional, por previsión basada en la amarga experiencia vivida, tuvieron el tino de incluir en la segunda de las disposiciones mencionadas la prohibición al Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta.

Es que la regla, curiosamente introducida en un texto internacional destinado a preservar los derechos humanos —preservación que es un elemento esencial de la forma republicana de gobierno y que también inspiró a nuestros constituyentes para redactar el primer capítulo del texto fundamental— denota un fuerte espíritu antidemocrático, ya que parece presuponer la legitimidad de reglamentaciones nacionales de la prensa que, en nuestro caso, son inadmisibles.

De ahí que, si bien no es aceptable la interpretación de la recurrente —distinción entre medios de difusión del Estado y particulares—, no por ello las normas convencionales referentes al derecho de respuesta son aplicables en el derecho argentino.

7º) Que, aun cuando esa inteligencia del texto internacional no fuese compartida, igualmente el art. 14 de la Convención sería inaplicable en nuestro país en virtud de las condiciones que el texto constitucional reformado ha puesto para que los tratados que menciona tengan alcance constitucional.

En efecto, los textos mencionados en el art. 75, inc. 22, si bien "tienen jerarquía constitucional", "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Configuran, pues, normas constitucionales de segundo rango, que prevalencen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la 1ª parte de la Constitución, que incluye los arts. 14 y 32 protectores de la libertad de prensa.

La admisión del derecho de rectificación, respuesta o réplica esta en pugna con esas normas fundamentales, especialmente con la segunda de ellas, pues implica una restricción de la libertad de imprenta. Aun cuando pudiera considerárselo justificado desde el punto de vista del afectado por una información errónea, en tanto no medie un delito contra el honor de derecho penal —caso en el cual el código respectivo presenta la solución en su art. 114— desde el ángulo de la libertad constitucional de prensa implicaría una indebida restricción de dicha libertad que está vedada al legislador. En nuestro texto constitucional, la libertad de prensa es absoluta, no puede ser objeto de restricciones o reglamentaciones. Y la finalidad de ese carácter absoluto no es la de tutelar a los propietarios de los medios de comunicación social sino a toda la sociedad, evitando los riesgos que genera su reglamentación. Pues si se comienza por recorrer el camino de obligar a publicar se puede llegar sin mucho esfuerzo al resultado de obligar a no publicar, cayendo en la violación de la también absoluta prohibición constitucional de la censura.

Es que, como expresaba Mitre, y esto es especialmente válido en lo que se refiere a la libertad de expresión, "en materia de libertad es preferible irse un poco más allá que quedarse más acá, o irse un poco más allá en materia de autoridad o despotismo. Los males que puede ocasionar la libertad se remedian por ella misma. Es como la lanza de Aquiles, que cura las heridas que abre".

Cabe destacar a este respecto que en un país de indudable tradición democrática —los Estados Unidos— la Suprema Corte, en el caso "Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo", del 25 de junio de 1974 (418 U.S. 241), por decisión unánime invalidó como violatoria de la Primera Enmienda la ley estadual de Florida que consagraba el derecho de respuesta, considerando inconstitucional que el gobierno —federal, estadual o local— (lo que implica comprender a cualquiera de los tres poderes) ejerza coacción para obligar a un periódico a publicar lo que no desea. Consideró la Corte, entre otros argumentos, que un periódico no puede ampliar infinitamente sus espacios dedicados a noticias para publicar las respuestas determinadas por una agencia gubernamental o un estatuto; que la obligación de publicar respuestas bajo amenaza de sanciones puede llevar a los editores a considerar más seguro evitar la controversia, por lo que el derecho a acceder a la prensa impuesto por el gobierno, inevitablemente apagaría el vigor y limitaría la variedad del debate público; que ello es así aun cuando el periódico no tenga que hacer frente a costos adicionales para cumplir la ley que impone el acceso obligatorio, pues un periódico es más que un receptáculo pasivo de noticias, comentarios y publicidad, y la elección del material constituye el ejercicio del control y el juicio editorial. Añadió, por su parte, el voto concurrente del juez White, que los periódicos no son empresas de servicios públicos sujetas a una regulación gubernamental razonable y que son desafortunadas las experiencias de otras naciones que han permitido que sus gobiernos se entrometan en los asuntos editoriales internos de los periódicos.

Corresponde concluir, entonces, que aun cuando no se aceptara la interpretación expuesta en el considerando 6º, igualmente el derecho de réplica resultaría violatorio de las libertades y garantías establecidas en los arts. 14 y 32 de la Constitución. Ello hace superfluo examinar los restantes argumentos invocados por la recurrente.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada, rechazándose la demanda. Costas de todas las instancias por su orden en razón de las discrepancias existentes en la jurisprudencia. Devuélvase el depósito de fs. 1, agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

4) LIBERTAD DE PRENSA - PUBLICACIONES - LÍMITES.

a) Requisitos para hacer pública la información - Fuente - Verbo potencial - Seudónimo

Libertad de expresión - Prensa - Fuentes - Responsabilidad - Real malicia.

Campillay, Julio César c/ La Razón y otros. 15/05/86 - Fallos: 308:789.

✎ *Antecedentes:*

La Cámara de Apelaciones, al confirmar la sentencia de primera instancia, admitió la responsabilidad por la publicación de una noticia errónea que involucraba al actor en diversos delitos y condenó a los demandados a abonar un resarcimiento en concepto de daño moral.

Dos de ellos dedujeron recursos extraordinarios que denegados originaron las quejas.

La Corte Suprema —por mayoría— declaró procedentes los recursos extraordinarios deducidos y confirmó la sentencia apelada.

El juez Caballero en disidencia, sostuvo que la prensa, el periódico como medio y el periodista como comunicador, no responden de las noticias falsas, cuando la calidad de la fuente los exonera de indagar la veracidad de los hechos, toda vez que la averiguación de la veracidad de la noticia limitaría el derecho de crónica, estableciendo una verdadera restricción a la libertad de información.

En su disidencia el juez Fayt, opinó que la reproducción literal de un comunicado policial sin modificarlo constituye el ejercicio regular del derecho de crónica lo que exime de ilicitud a la información y excluye la posibilidad de configurar un abuso del derecho por no existir dolo, culpa o negligencia porque la fuente convierte en confiable la veracidad y exactitud de la noticia objeto del derecho de crónica, sin dejar de señalar la responsabilidad del Estado por la falsedad de la noticia proporcionada.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Derecho al honor - Derecho de informar - Responsabilidad. (Mayoría: Considerandos 5º y 6º; Disidencia del Juez Caballero: Considerandos 4º y 5º y Disidencia del juez Fayt: Considerandos 6º a 8º).

b) Derecho de informar - Fuente - Responsabilidad. (Mayoría: Considerandos 7º y 8º; Disidencia del juez Caballero: Considerandos 6º y 7º y Disidencia del juez Fayt: Considerandos 5,º 6º y 10).

c) Prensa - Ejercicio (Mayoría: Considerando 9º; Disidencia del juez Caballero: Considerando 7º y Disidencia del juez Fayt: Considerando 5º).

🕮 ***Estándar aplicado por la Corte:*** (20)

- El honor de las personas no sólo puede verse afectado por los delitos de injurias o calumnias cometidas por medio de la prensa (art. 113 del Código Penal), al poder existir injustificada lesión a este derecho por un acto meramente culpable o a el ejercicio abusivo del derecho de informar por lo que el propietario o editor del periódico que da a conocer las falsas imputaciones no puede quedar exento de la responsabilidad (21) civil emergente de tales actos (art. 1109 del Código Civil).

- Un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas —admitida la imposibilidad práctica de verificar su exactitud— impone propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente (22),

---

(20) **Nota de Secretaría:** En la causa **"Perini, Carlos Alberto y otro c/ Herrera de Noble, Ernestina y otro" (Fallos: 326;4285**), la Corte, una vez desechada la aplicación de la doctrina del presente fallo, aclaró que ello no implica que la condena al órgano de prensa sea inevitable, sino que, por el contrario, corresponde examinar si se configuran los presupuestos generales de la responsabilidad civil, circunstancia particularmente exigible cuando otros medios gráficos y agencias de noticias difundieron —con diferentes matices— la misma noticia. Asimismo, agregó que "la posterior rectificación del diario no es una circunstancia que le sirva de excusa para liberarse de responsabilidad" y que la responsabilidad atribuida al diario es extensiva a su directora.

Respecto de la relevancia de la doctrina sentada en la presente causa, la Corte, en el fallo **"Roviralta, Huberto c/ Editorial Tres Puntos S.A. s/ daños y perjuicios" (Fallos: 327:789),** consideró arbitrario el pronunciamiento que no efectuó el mínimo tratamiento de la doctrina del fallo, si bien se trataba de una figura célebre pero no oficial. Ver, asimismo, **"Donatti, Claudio c/ Editorial Jornada S.A. y/u otro", (Fallos: 327:4376).**

(21) **Nota de Secretaría:** Ver en similar sentido **"Cancela, Omar Jesús c/ Artear SAI. y otros." (Fallos: 321:2637)** y **"Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ arts. 109 y 110 del CP" (Fallos: 319:2965).**

(22) **Nota de Secretaría:** En la causa **"Triacca, Alberto Jorge c/ Diario La Razón y otro s/daños y perjuicios", (Fallos: 316:2417)** se enfatizò que un diario no debía responder civilmente por una información que podía contener falsedades difamatorias para el actor dado que el órgano periodístico había atribuido la información a una fuente identificable y había transcripto fielmente lo manifestado por aquella. La "fuente" en el caso eran las declaraciones testimoniales de un tercero que se encontraban incorporadas a un expediente judicial.

Con relación al secreto de las fuentes de información periodística, en la causa **"Bruno, Arnaldo Luis c/ Sociedad Anónima La Nación" (Fallos: 324:2419),** la mayoría de la Corte aclaró que la exigencia de identificar la fuente, de manera precisa que permita individualizar en forma inequívoca el origen de la noticia propalada, a los fines de exonerar de responsabilidad al medio, no puede desvirtuarse mediante su ocultamiento al amparo del secreto de las fuentes de información, pues bastaría su simple invocación para conceder a los órganos de prensa una suerte de "bill de indemnidad" para propalar cualquier tipo de noticias sin importar si son verdaderas o falsas o si han afectado el honor o la intimidad de los aludidos en dicha información. En relación a la identificación de la fuente, en la causa "**Spacarstel, Néstor A. c/ El Día S.A.I.C.F. s/ daño moral" (Fallos:325:50)**, señaló el Tribunal que si el órgano de prensa identificó en forma precisa a la persona involucrada en el hecho ilícito investigado por la policía y la invocación de la fuente no se desprende explícitamente del texto periodístico, la conducta del medio resultó claramente antijurídica. Por el contrario, en la causa **"Caruso, Miguel Angel c/ Remonda, Luis Eduardo" (Fallos: 325:1846),** la Corte no consideró arbitraria la sentencia que eximió de responsabilidad a los querellados por entender que las expresiones calificadas como injuriosas no tenían su origen en la información suministrada por el medio de prensa sino que derivaban de los testimonios prestados en la causa penal, citados en la noticia. Ver, asimismo, **"Barreiro, Hipólito Carmelo c/ Fernández, Mario Alberto y otro" (Fallos: 326:4123).** Ver también **"Saucedo, Daniel Horacio c/ Editorial Sarmiento S.A. y otros s/ daños y perjuicios" (Fallos: 321:412)** donde la Corte sostuvo que es arbitrario el pronunciamiento que —mediante una afirmación genérica y dogmática que no se compadece con las constancias de la causa— atribuyó a una agencia de noticias la autoría de la información injuriante, con sustento en la existencia de presunciones, ya que el único periódico, entre los que publicaron el nombre del actor, que mencionó como exclusiva fuente a dicha agencia, no acompañó prueba de su afirmación. En la causa "**Canavesi, Eduardo Joaquín y otra c/ Diario 'El Día' Soc. Impr. Platense SACI s/ daños y perjuicios", 08/06/2010,** el Tribunal sostuvo que la simple reproducción de noticias proporcionadas para la difusión por las autoridades públicas —en este caso, una fuerza de seguridad—, aún cuando sean falsas, no excede el ejercicio regular del derecho de crónica, pues la calidad de la fuente exonera a la prensa de indagar la veracidad de los hechos.

utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito (23).

- No puede considerarse una obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales la exigencia de que su ejercicio resulte compatible con el resguardo de la dignidad individual de los ciudadanos, impidiendo la propalación de imputaciones que puedan dañarla injustificadamente (24). Por ello, resulta procedente la reparación de los daños causados en virtud de la violación del principio legal del alterum non laedere (art. 1109 del Código Civil) y, que no han reconocido el "derecho de réplica" o "derecho de rectificación" y tan sólo han admitido para casos excepcionales la publicación de la sentencia o reparación (art. 1113 del Código Penal y art. 1071 bis del Código Civil) (25).

Dictámenes del Procurador General

Suprema Corte:

Contra la sentencia dictada por la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil que confirmó la de primera instancia en cuanto hizo lugar a la demanda por indemnización de daños causados al actor a raíz de una publicación periodística que lo involucra erróneamente en un hecho policial, la codemandada S.A. La Razón dedujo recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a la presente queja.

Se agravia la recurrente porque considera que el fallo es violatorio de la libertad de prensa e importaría una intromisión en la esfera de acción del Poder Ejecutivo. Aduce arbitrariedad y considera que la cuestión debatida reviste gravedad institucional.

Pienso que los argumentos en que tales agravios se sustentan carecen de aptitud para habilitar la vía extraordinaria intentada.

---

(23) **Nota de Secretaría:** Respecto a los aspectos probatorios, en la causa "**González, Oscar Alberto c/Welsch de Bairos, Edgardo y otro" (Fallos: 329:5424),** la Corte consideró que "al mediar retractación en sede penal y haber quedado implícitamente reconocida la autoría del hecho, el carácter ofensivo de la publicación y la culpabilidad de los demandados, no cabe otro examen que aceptar la responsabilidad civil en tanto ya se han configurado en forma incontrastable los presupuestos que hacen a la admisión del reclamo indemnizatorio". En sentido similar ver **"Spinosa Melo, Oscar Federico y otros c/ Bartolomé Mitre y otros" (Fallos: 329:3775)**

En **"Antonio Zamora" (Fallos: 184:116)** la Corte consideró que los excesos de la libertad de prensa relativos al jefe de un estado extranjero que no reside ni está de tránsito en la República Argentina no constituyen delitos que comprometan la paz y la dignidad de la Nación (arts. 219 y 221 del Código Penal). En sentido similar **"Cardile, Mario c/ Bresso Amilcar y otros" (Fallos: 179:423).**

(24) **Nota de Secretaría:** Ver en similar sentido **"Gesualdi, Dora Mariana c/ Cooperativa periodistas independientes limitada y otros s/ cumplimiento ley 23.073" (Fallos: 319:3085)** y **"Pérez Arriaga, Antonio c/ Arte Gráfica Editorial Argentina S.A." (Fallos: 316:1623** y **"Tavares, Flavio Arístides s/ calumnias e injurias" (Fallos: 315:1699)**.

(25) **Nota de Secretaría:** En similar sentido ver **"Rudaz Bissón, Juan Carlos c/ Editorial Chaco S.A. s/ indemnización de daños y perjuicios. (Fallos: 321:667)**.

Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión en sentido amplio tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. En tal sentido ver **"Gutheim, Federico c/ Alemann, Juan" (Fallos: 316:703).**

En materia de "Real malicia" y en similar sentido ver **"Editor Responsable del Diario la Nación s/ art. 110 del CP" (Fallos: 316:1141).**

En efecto, aunque se invoque reiteradamente la libertad de expresión gráfica y el derecho a la información, surge de las actuaciones que las garantías constitucionales respectivas no tienen relación directa e inmediata con lo resuelto, conforme lo exige el art. 15 de la ley 48.

La sentencia dictada en el *sub lite* ha decidido un tema de responsabilidad extracontractual, y las conclusiones a que arribaron los jueces de la causa tienen fundamento en el análisis de los hechos y las pruebas producidas, así como en las normas de derecho común aplicables, sin que las discrepancias que al respecto plantea la apelante resulten suficientes para apoyar la tacha de arbitrariedad invocada.

Más aún, las acotaciones contenidas en el fallo en torno a la libertad de prensa tienden, precisamente, a poner de relieve que ella no está en juego aquí ni se encuentra afectada, pues se trata de establecer la responsabilidad derivada de actos ilícitos cometidos por medio de la prensa, en el caso imputables a quienes infirieron agravio al honor ajeno.

La apelante no ha rebatido adecuadamente las conclusiones del tribunal, limitándose a invocar como eximente el origen de la información publicada, proveniente de un comunicado emitido por la Policía Federal. Esa cuestión fue exhaustivamente analizada en el pronunciamiento recurrido. Pero ello no implica —como sostiene la apelante— una intromisión de los jueces en la esfera propia del Poder Ejecutivo, ya que no se hallaba en tela de juicio la conveniencia u oportunidad, ni la eficacia o los alcances de un acto emanado de aquél, sino tan sólo la incidencia que cabía atribuir al referido comunicado policial en la conducta de los accionados, bajo la óptica de las normas que rigen la responsabilidad civil.

Finalmente, toda vez que la cuestión debatida no excede el interés individual de las partes ni atañe de modo directo al de la comunidad, no se configura en autos un supuesto de gravedad institucional (cf. Fallos: 301:1045; 302:495, 795, 1138, y otros).

Por las razones expuestas, opino que corresponde desestimar esta presentación directa. Buenos Aires, 13 de junio de 1985. JUAN OCTAVIO GAUNA.

Suprema Corte:

Contra la sentencia dictada por la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil (fs. 589/594) que confirmó la de primera instancia en cuanto hizo lugar a la demanda por resarcimiento de los daños causados al actor a raíz de una publicación periodística que lo involucraba erróneamente en un hecho policial, el codemandado Federico C. Humbert Lan —titular del Diario Popular— dedujo recurso extraordinario (fs. 610/614), cuya denegatoria (fs. 619) dio lugar a la presente queja.

Sostiene el recurrente que el fallo ha errado en la apreciación de los hechos y en el derecho aplicable. Aduce violación de garantías constitucionales y arbitrariedad. En especial, se agravia porque considera que los jueces de ambas instancias no habrían valorado adecuadamente el origen de la información publicada en su periódico, proveniente de un comunicado emitido por la Policía Federal, lo que legitimaría el proceder de los medios periodísticos demandados.

Sin dejar de señalar que no se explicitan las razones por las cuales el apelante considera violadas diversas normas legales y constitucionales que cita, lo que compromete la fundamentación del recurso en punto a las exigencias del art. 15 de la ley 48, cabe reiterar aquí lo expues-

to al dictaminar en la queja C.184 de esta misma causa, en el día de la fecha, a cuyos términos me remito *brevitatis causae*.

Sólo resta agregar que la cuestión inherente a la responsabilidad que el recurrente atribuye al Estado Nacional —en virtud de la emisión del comunicado policial ya referido— fue analizada por el a quo, quien concluyó que no era excluyente de la que cabía imputar a los demandados. Las discrepancias con la valoración de los hechos y la interpretación legal en que se basó dicha conclusión carecen de aptitud para sustentar la vía extraordinaria elegida.

Opino, en consecuencia, que corresponde desestimar esta presentación directa. Buenos Aires, 13 de junio de 1985. JUAN OCTAVIO GAUNA.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 15 de mayo de 1986.

Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por S.A. La Razón y el codemandado Dr. Federico Camilo Humbertlan en la causa Campillay, Julio César c/La Razón, Crónica y Diario Popular", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmatorio del fallo de la instancia anterior que, al admitir la responsabilidad derivada de la publicación de una noticia errónea que involucraba al actor en la perpetración de diversos delitos —de los que fue sobreseído definitivamente en sede penal—, condenó a los demandados a abonar un resarcimiento en concepto de daño moral, dos de ellos dedujeron los recursos extraordinarios que, denegados, originan las quejas cuya acumulación corresponde disponer.

2º) Que en autos existe cuestión federal bastante, en los términos del art. 14, inciso 3º, de la ley 48, ya que si bien la sentencia impugnada se sustenta en las normas de derecho común que regulan la responsabilidad civil cuasidelictual, el tribunal a quo decidió en forma contraria a las pretensiones de los apelantes la cuestión constitucional fundada en los arts. 14 y 32 de la Carta Magna.

3º) Que, en efecto, el tema central del planteo se halla configurado, en el *sub lite*, al sostener las recurrentes que, al circunscribirse el artículo periodístico cuestionado a la transcripción del comunicado de la Policía Federal Nº 65 del 25 de febrero de 1980, la exigencia que impone el a quo de verificar la veracidad de su contenido con carácter previo a su difusión, y cuya omisión constituye la causa de atribución de responsabilidad, traduce una indebida restricción a la libertad de prensa y de información, al imposibilitar de hecho el correcto cumplimiento de la tarea periodística tal cual se desenvuelve en los tiempos actuales.

4º) Que si bien en la jurisprudencia del Tribunal, la libertad en que se funda el recurso aparece frecuentemente designada con las denominaciones literales que le da la Constitución, o sea, libertad de imprenta, libertad de publicar las ideas por la prensa sin censura previa y libertad de prensa (Fallos: 248:291, considerando 23; 248:664; 269:189, 195 y 200; 270:268; 293:560), en Fallos: 257:308, considerando 9º, la Corte, refiriéndose a la garantía de los arts. 14 y 32 de la Constitución, recalcó "las características del periodismo moderno, que responden al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático...", conceptos

que también fueron subrayados en el voto concurrente del juez Boffi Boggero, al afirmar que "...la comunidad, dentro de una estructura como la establecida por la Constitución Nacional, tiene derecho a una información que le permita ajustar su conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos; y la prensa satisface esa necesidad colectiva..." (voto citado, considerando 7º).

La libertad de expresión contiene, por lo tanto, la de dar y recibir información, y tal objeto ha sido especialmente señalado por el art. 13, inciso 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por la ley 23.054, que, al contemplar el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, declara como comprensiva de aquélla "la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección".

5º) Que, no obstante, el aludido derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, en el sentido amplio expuesto en el considerando precedente, tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189, considerando 4º; 269:195, considerando 5º). La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional).

6º) Que, por otra parte, el honor de las personas no sólo puede verse afectado a través de los delitos de injurias o calumnias cometidas por medio de la prensa (art. 113 del Código Penal), toda vez que puede existir injustificada lesión a este derecho que resulte de un acto meramente culpable o aun del ejercicio abusivo del derecho de informar —como ocurrió en el *sub lite*— por lo que el propietario o editor del periódico que da a conocer las falsas imputaciones no puede quedar exento —al igual que cualquier habitante de la Nación— de la responsabilidad civil emergente de tales actos (art. 1109 del Código Civil).

7º) Que, en el *sub lite*, las noticias en cuestión aparecen plagadas de subjetividades e inexactitudes respecto del actor, quien es calificado como integrante de una asociación delictiva dedicada al robo y al tráfico de estupefacientes, que gastaba su botín en casinos, hipódromos y en diversiones con mujeres. Tal proceder de los diarios demandados, implicó un ejercicio imprudente de su derecho de informar, toda vez que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas —admitida aún la imposibilidad práctica de verificar su exactitud— imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito, como bien lo señaló el *a quo*.

8º) Que el hecho de que tales publicaciones se hayan limitado a transcribir prácticamente el comunicado policial respectivo —al margen de la responsabilidad de dicha autoridad, extraña al marco del proceso— no excusa la atribuible a los editores involucrados, toda vez que éstos hicieron "suyas" las afirmaciones contenidas en aquél, dándolas por inexcusablemente

ciertas (Fallos: 257:316, voto del juez Boffi Boggero), pese a que un prudente examen de tal memorándum evidenciaba que la versión respectiva daba cuenta de que el actor no había sido oído ni juzgado por la autoridad judicial interviniente, la que concluyó, a la postre, con un sobreseimiento definitivo a su respecto.

9º) Que si bien ha señalado esta Corte que debe evitarse la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales (Fallos: 257:308), no puede considerarse tal la exigencia de que su ejercicio resulte compatible con el resguardo de la dignidad individual de los ciudadanos, impidiendo la propalación de imputaciones que puedan dañarla injustificadamente. De ahí que en tales casos resulte procedente la reparación de los daños causados, en virtud de la violación del principio legal del *alterum non laedere* (art. 1109 del Código Civil) y, a la luz de las normas vigentes en la legislación de fondo, que no ha reconocido el "derecho de réplica" o "derecho de rectificación" existente en otras legislaciones y que tan sólo ha admitido para casos excepcionales la publicación de la sentencia o reparación (art. 113 del Código Penal y art. 1071 bis del Código Civil).

10) Que, por lo demás, como bien destaca el señor Procurador General en su dictamen, no se advierte en qué medida dicha solución implica una intromisión indebida de los jueces en la órbita de acción del Poder Ejecutivo, puesto que el comunicado emanado de la Policía Federal fue analizado a los fines de valorar su incidencia en la conducta de los demandados a la luz de las normas que regulan la responsabilidad civil, y es ajena a la presente *litis* toda cuestión referente a la validez, mérito, oportunidad o conveniencia de dicho acto administrativo.

11) Que en lo atinente a la arbitrariedad que también se imputa a lo resuelto, al admitir la procedencia de la indemnización por daño moral, los reparos propuestos no resultan suficientes para configurarla, ya que las objeciones en ese sentido sólo trasuntan meras discrepancias con relación al alcance de las normas de derecho común aplicadas y a la valoración de las circunstancias de hecho debatidas en el proceso, aspectos que se encuentran al margen de esta vía excepcional que, según conocida jurisprudencia de este Tribunal, no tiene por objeto sustituir a los jueces de la causa en la resolución de las cuestiones que les son privativas ni habilitar una tercera instancia para debatir temas no federales (Fallos: 298:360; 301:909).

12) Que, en tales condiciones y admitida la procedencia formal del recurso, resulta inoficioso el tratamiento por este Tribunal de la supuesta "gravedad institucional" del caso examinado, a la luz de las apreciaciones genéricas formuladas en este aspecto por una de las agraviadas, toda vez que su interés ha quedado satisfecho mediante la consideración del fondo de la cuestión debatida.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor Procurador General, se declaran procedentes los recursos extraordinarios deducidos y se confirma la sentencia apelada en lo que ha sido materia de recurso.

JOSÉ SEVERO CABALLERO *(en disidencia)* — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT *(en disidencia)* — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JORGE ANTONIO BACCQUE.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JOSÉ SEVERO CABALLERO.

Considerando:

1º) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia, que condenó a los demandados a reparar el daño moral por la responsabili-

dad emergente de la publicación de una nota periodística, en la que se imputaba al actor la autoría de diversos delitos, respecto de los cuales, en sede penal, se lo sobreseyó definitivamente. Contra dicho fallo se interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 600/608 y 610/614 del principal, cuya denegación motiva esta queja y la C. 189 que corre agregada, en las que corresponde dictar un único pronunciamiento en atención a la similitud de los agravios traídos.

2º) Que los apelantes sostuvieron haber procedido sin intención de menoscabar al actor, y con la finalidad de informar al público sobre un hecho que realmente ocurrió, limitándose a transcribir el comunicado Nº 65 del 25 de febrero de 1980 que emitió la Policía Federal. Mencionaron que dieron por ciertos los hechos debido a la seriedad de la fuente, como asimismo, que ejercieron el derecho de información con prudencia y dentro de límites objetivos, ya que no podían comprobar, en ninguna otra fuente, la veracidad de la noticia. Además, alegaron que limitar el ejercicio del derecho de información al previo examen de la exactitud del parte, cuando éste proviene de una fuente jurídicamente autorizada para intervenir en los hechos que constituyen el contenido de la noticia, imposibilitaría el correcto cumplimiento de la tarea periodística y constituiría una restricción al derecho de prensa.

3º) Que en autos existe cuestión federal bastante en los términos del art. 14, inc. 3º, de la ley 48, ya que si bien la sentencia impugnada se sustenta en las normas del derecho común que regulan la responsabilidad civil cuasidelictual, el tribunal *a quo* decidió en forma contraria a la pretensión de los apelantes la cuestión constitucional fundada en los arts. 14 y 32 de la Carta Magna.

4º) Que en el caso *sub examine* se plantea un conflicto entre el derecho personal a la honra y el derecho individual de expresión del pensamiento a través de la palabra impresa; es decir, entre la honra y el derecho de crónica e información. En ese orden, es incuestionable el derecho que toda persona tiene a no ser difamada, y en caso de serlo, a recibir indemnización por los daños y perjuicios sufridos; también lo es el ejercicio autónomo de la prensa como medio de información colectiva a través de la compleja división del trabajo que requiere la producción cotidiana de un diario moderno, con el fin de resolver el problema cuantitativo del flujo de noticias, su rapidez, su carácter casi instantáneo con el acontecimiento o suceso objeto de la información. Estas y otras circunstancias, obligan a tener en cuenta pautas sociales o culturales en el ejercicio de esta actividad a las que se remite el art. 1109 del Código Civil por su propia estructura. Por último, existe también el derecho de la comunidad a ser bien informada y que encierra en sí el derecho del hombre a formar un pensamiento propio y actualizado sobre lo que ocurre en la sociedad en que vive. De aquí que se produzcan conflictos entre valores o bienes jurídicos contrapuestos, lo que obliga a los jueces a decidir prefiriendo los que tienen mayor jerarquía, con miras a asegurar los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución.

5º) Que los principios de la libertad y la responsabilidad de la prensa constituyen una larga y honrosa tradición a partir del artículo 11 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre en 1789, que bajo la fórmula "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los más preciosos derechos del hombre; por lo tanto, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad, en los casos determinados por la ley", consagró la libertad de prensa bajo reserva de la represión de los abusos, en los casos determinados por la ley. La Enmienda 1 a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica los tuvo en cuenta, y estableció que "El Congreso no dictará ley alguna ...que restrinja la libertad de palabra o de prensa...".

Estos principios, en su esencia, han sido recogidos por los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, de manera que en materia de prensa, ya se trate de la libertad de información o del derecho de crónica, está permitido publicar lo que se desee pero con la condición de responder por los abusos. En el sistema argentino la prensa no goza de impunidad, sino de seguridad por la función que desempeña y los riesgos a que está expuesta. De ahí surge como principio, la responsabilidad que tiene la prensa por los daños que hubiera causado mediante abuso o la represión penal de los sujetos que hubieran cometido delitos por su intermedio, pues la naturaleza jurídica de un hecho debe examinarse ya sea en relación a los elementos del delito (arts. 109 y 110 del Cód. Penal), a los elementos del daño culposo (art. 1109 del Cód. Civil), o al derecho a la intimidad (art. 1071 bis del Cód. Civil).

6º) Que, en el *sub lite*, la reproducción que los demandados efectuaron limitando un comunicado policial constituyó el ejercicio del derecho de crónica propio de los medios de prensa, circunstancia que exime de ilicitud a la información, máxime cuando la fuente de la noticia —autoridad policial con competencia funcional en la investigación y prevención de delitos y faltas— obliga en la práctica profesional periodística a considerar como objetivamente confiable la veracidad del contenido de esa noticia sobre la que se ejerció el derecho de crónica. En efecto, debe tenerse en cuenta que los demandados en la publicación obraron eliminando los calificativos criminológicos tales como "...depravado..." del carácter del sujeto, lo que revela intensión de no herirlo en su estructura personal; y se refirieron solamente al acto en sí, descartando partes del informe en las que se efectuaban apreciaciones sobre otras conductas de los detenidos y sus fines delictuosos, como ser, por ejemplo, en un caso, que "...también se dedicaban a efectuar salideras de Bancos, Financieras, etc., asaltos a comerciantes y a distintos particulares..."; y, en el otro, que "...no obstante lo apremiante de las circunstancias los sujetos no se amedrentaron y por el contrario intentaron confundir a los investigadores teniendo in mente las contestaciones necesarias..." (Confr. fs. 93/95 y 586/587). En estas condiciones, el obrar de los demandados no parece motivado por finalidades injuriosas o calumniosas, sino que constituye el ejercicio regular de un derecho conforme a la previsión del art. 1071 del Código Civil, porque lo regular no es otra cosa que remisión a pautas sociales o culturales vinculadas al ejercicio de una actividad.

7º) Que el derecho de prensa, reconocido como derecho de crónica en cuanto a la difusión de noticias que conciernen a la comunidad como cuerpo social y cultural, requiere para su ejercicio que las restricciones, sanciones o limitaciones deban imponerse conforme a razones definidas especialmente por la ley, aun cuando ésta pueda remitirse a pautas culturales. La prensa, es decir, el periódico como medio y el periodista como comunicador, no responden de las noticias falsas, cuando, como en el caso, la calidad de la fuente los exonera de indagar la veracidad de los hechos, y la crónica se reduce a la simple reproducción de la noticia, proporcionada para su difusión por la autoridad pública competente. La previa averiguación de la veracidad de la noticia en supuestos como el presente limitaría el derecho de crónica, estableciendo una verdadera restricción a la libertad de información.

8º) Que cabe recordar que los referidos artículos constitucionales no garantizan solamente la libertad personal, sino que también trascienden a la estructuración general de los derechos individuales, ya que en la Constitución Nacional, el régimen federal no tiene el alcance del norteamericano, en el cual cada Estado dicta su legislación común. Por lo tanto, si en la Nación existen un Código Civil y un Código Penal únicos, dictados por el Congreso, y a su vez, a éste se le prohíbe dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal, parece evidente que es mayor la limitación que tiene en la legislación común argentina la cláusula del art. 32 de la Ley Fundamental, pues es al mismo órgano legislativo al

que se le confiere la facultad y se le impone la restricción. En ese sentido, corresponde hacer notar que del juego de los arts. 17, 512 y 1109 del Código Civil surge la remisión hacia pautas sociales para valorar la conducta de imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de los deberes a su cargo en que pudieran haber incurrido los demandados. Su forma de proceder limitando la noticia según se ha establecido, revela que no han lesionado las pautas sociales corrientes en el periodista, haciendo uso de su derecho de crónica y de información.

9º) Que, por último, debe observarse que la figura del art. 109 del Código Penal es dolosa, y que la calumnia —también en el orden civil— se asienta en una subjetividad dirigida a un propósito menoscabante de la personalidad a través de una imputación que se sabe falsa, lo que no acontece en el *sub examine* por las circunstancias referidas *supra*, máxime cuando se reclamó el daño moral únicamente.

En consecuencia, cabe hacer lugar a los agravios planteados y dejar sin efecto la sentencia, pues es indudable la protección que les corresponde a los recurrentes en el ámbito de los arts. 512 y 1071 del Código Civil en relación a los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (art. 16, 2ª parte, ley 48). Costas por su orden en todas las instancias en atención a que el actor pudo considerarse con derecho a litigar. JOSÉ SEVERO CABALLERO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT.

Considerando:

1º) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a los demandados a la reparación del daño moral por la responsabilidad emergente de la publicación de una nota periodística en que se imputaba al actor la autoría de diversos delitos, siendo que en sede penal recayó sobreseimiento definitivo a su respecto. Contra dicho fallo, se interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 600/608 y 610/614 (del principal), cuya denegación motiva esta queja y la C. 189 que corre agregada y en las que corresponde dictar un único pronunciamiento en atención a la similitud de los agravios traídos en ambos.

2º) Que los apelantes sostienen haber procedido sin intención de menoscabar al actor y con la finalidad de informar al público sobre un hecho que realmente ocurrió, limitándose a transcribir el comunicado Nº 65 del 25 de febrero de 1980 que emitió la Policía Federal y dio por cierto los hechos debido a la seriedad de la fuente. Que ejercieron el derecho de información con prudencia y dentro de límites objetivos, ya que no podían comprobar, en ninguna otra fuente, la veracidad de la información. Que limitar el ejercicio del derecho de información a la previa verificación de la exactitud de la noticia, cuando proviene de una fuente jurídicamente autorizada para intervenir en los hechos que constituyen el contenido de la noticia, imposibilitaría el correcto cumplimiento de la tarea periodística y constituiría una restricción al derecho de prensa amparado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

3º) Que el actor, no obstante su condición de ex agente de la Policía Federal y agraviarse por haber sido separado de la institución por causa de ineptitud, descalifica por maliciosa la actitud de la Policía Federal y considera relativa su seriedad como fuente de información, por entender que "dicho organismo es uno de los más desprestigiados ante la opinión pública...". Sostiene que la libertad de prensa no puede ser más importante que la libertad y el honor de

las personas y que la actitud de los periódicos demandados hizo trizas, en más o en menos, no interesa el grado, la reputación y el honor del actor al involucrarlo con drogas, asalto y armas; y que no puede quedar sin reparación el daño ocasionado a quien fue víctima de una noticia falsa. Que la libertad de prensa no es un derecho supremo, al que tienen que supeditarse la libertad y el honor de las personas.

4º) Que habiendo sido cuestionado el alcance atribuido por el a quo a las cláusulas constitucionales que garantizan la libertad de prensa y la decisión es contraria al privilegio o exención que sostienen los recurrentes se funda en aquéllas, existe en autos cuestión federal suficiente como para habilitar la instancia extraordinaria (art. 14, inc. 3º, ley 48), por lo que se declaran procedentes los recursos extraordinarios interpuestos y, no siendo necesaria mayor sustanciación, se pasa a considerar el fondo del asunto.

5º) Que el derecho de prensa, reconocido como derecho de crónica en cuanto a la difusión de noticias que conciernen a la comunidad como cuerpo social y cultural, requiere para su ejercicio que las restricciones, sanciones o limitaciones deban imponerse únicamente por razones definidas solamente por la ley. Que la prensa, es decir, el periódico como medio y el periodista como comunicador, no responde a las noticias falsas, cuando la calidad de la fuente los exoneran de indagar la veracidad de los hechos y la crónica se reduce a la simple reproducción imparcial y exacta de la noticia, proporcionada para su difusión por autoridad pública competente. La previa averiguación de la veracidad y exactitud de la noticia, limitaría el derecho de crónica y afectaría el derecho de información convirtiendo al periodista en censor de lo que la sociedad tiene el derecho de conocer.

6º) Que este tipo de justificación, que en el derecho angloamericano tiene categoría de privilegio, exonera a la prensa de comprobar o verificar las noticias emanadas de órganos del poder público y, por consiguiente, de la responsabilidad por la falsedad total o parcial de la noticia. De ahí que el derecho de réplica y el de rectificación se constituyan en el medio idóneo para vivificar la prensa, como respuesta de la noticia que los interesados consideren falsa. Los periódicos están obligados por cánones de ética a publicar las afirmaciones, respuestas o versiones que los afectados soliciten o reclamen por cargos o acusaciones que menoscaban su honor, reputación o carácter moral. Ello es así, porque las noticias que puedan, de algún modo, afectar la reputación de las personas, hacen nacer el derecho de respuesta simultáneamente a su publicación y en plenitud el de su rectificación luego de comprobada su inexactitud, con lo que se acrece el ámbito de la información verídica. La rectificación debe aparecer en el mismo lugar y con el mismo tipo de letra con que se publicó la noticia inexacta y en la primera edición inmediata al envío de la misma. El bien protegido, que compromete a la libertad de prensa e interesa a la comunidad, es la exactitud informativa.

Aunque no sea de aplicación al *sub judice*, habida cuenta de que su entrada en vigencia es posterior al momento en que ocurrieron los hechos que originaron esta litis, es de destacar que el derecho de réplica de que se trata, ha sido incorporado a nuestro derecho interno, conforme lo normado por el art. 31 de la Constitución Nacional, mediante la aprobación por el art. 1º de la ley 23.054 del llamado "Pacto de San José de Costa Rica", cuyos arts. 13 y 14 protegen la libertad de pensamiento y de expresión, y el "derecho de rectificación o respuesta", respectivamente.

7º) Que en el caso *sub examine* se plantea un conflicto entre el derecho personal a la honra, el derecho individual de expresión de pensamiento a través de la palabra impresa y en concreto, el derecho de crónica; y el derecho a la información. En ese orden, como principio es

incuestionable el derecho que toda persona tiene a no ser difamada y en caso de serlo, a recibir indemnización por los daños y perjuicios sufridos; también lo es el ejercicio autónomo de la prensa como medio de información colectiva que en la actualidad debe realizarse a través de la compleja división del trabajo que requiere la producción cotidiana de un diario moderno, con el fin de resolver el problema cuantitativo del flujo de noticias, su rapidez, su carácter casi instantáneo con el acontecimiento o suceso, objeto de la información. Por último, el derecho de la comunidad a ser bien informada y que encierra en sí el derecho del hombre a formar un pensamiento propio y actualizado sobre lo que ocurre en la sociedad en que vive. Este conflicto entre valores o bienes jurídicos contrapuestos obliga a los jueces a realizar, en cada caso, una armónica ponderación axiológica con miras a determinar con precisión sus respectivos alcances y límites, a fin de asegurar los objetivos para los que fue dictada la Constitución que los ampara.

8º) Que los principios de la libertad y la responsabilidad de la prensa constituyen una larga y honrosa tradición a partir del art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre en 1789 que consagró la libertad de prensa bajo reserva de la represión de los abusos en los casos determinados por la ley.

En efecto, el citado artículo decía: "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre. Todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir, imprimir libremente, debiendo responder de los abusos de esta libertad, en los casos determinados por la ley". Es decir, que en materia de prensa, ya se trate del derecho de información o del derecho de crónica, está permitido publicar lo que se desee pero con la condición de responder por los abusos, los que únicamente pueden ser calificados por la ley y sancionados por los jueces. La prensa no goza de impunidad pero sí tiene el beneficio de la seguridad por la función que desempeña y los riesgos a que está expuesta. De ahí surge como principio, la responsabilidad que tiene la prensa por los daños que hubiera causado o la represión penal de los sujetos que hubieran cometido delitos por su intermedio.

9º) Que el fundamento jurídico de la reparación civil está constituido por la ilicitud del hecho dañoso, causado sin derecho a otro por dolo, negligencia o imprudencia. Que el criterio de negligencia está determinado por la naturaleza del acto y se corresponde, en cuanto a las noticias falsas, al hecho de haber examinado o no, seriamente y de buena fe, la fuente de la que emana la noticia y si esa fuente por el grado de responsabilidad que la ley le asigna y la función que cumple, hace que la información que suministra deba considerarse como verdadera. En todos los casos, máxime cuando se afecta con la publicación de una noticia falsa el derecho de la personalidad que corresponde al honor personal, el daño causado debe serlo intencionalmente o por negligencia y no por el ejercicio propio de un derecho.

10) Que en consecuencia, la reproducción literal efectuada por los demandados de un comunicado policial sin introducir modificaciones ni añadir calificativos constituye el ejercicio regular del derecho de crónica propio de los medios de prensa (art. 1071 del Código Civil), circunstancia que exime de ilicitud a la información y excluye la posibilidad de configurar un abuso del derecho, por no existir dolo, culpa o negligencia, precisamente porque la fuente de la noticia —autoridad policial con competencia funcional exclusiva en la prevención y represión de delitos y faltas—, convierte en objetivamente confiable la veracidad y exactitud del contenido de la noticia objeto del derecho de crónica, todo ello sin dejar de señalar la responsabilidad del Estado por la falsedad de la noticia proporcionada en los medios de prensa.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la Oficina de Prensa y Difusión de la Policía Federal emitió el comunicado Nº 65 del 25 de febrero de 1980 en uso de las atribuciones que le confiere el Reglamento Nº 17 del Registro de Reglamentos de esa institución (R.R.P.F. 17) aprobado por el decreto Nº 18.874/48, como así también que la misión para la cual aquélla fue creada es, justamente, la de "promover el conocimiento público de la obra y labor institucional por medio de la prensa y órganos de extensión cultural" (art. 13 del Reglamento citado).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (art. 16, 2ª parte, ley 48). Costas por su orden en todas las instancias en atención a que el actor pudo considerarse con derecho a litigar. CARLOS S. FAYT.

Libertad de prensa - Atribución de fuente - Fuente anónima.

Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ arts. 109 y 110 del C.P. -causa Nº 25.787 - 10/12/96 - Fallos: 319:2965.

Antecedentes

El matutino "La Prensa", cuyo director era uno de los imputados, publicó una nota firmada por Acuña en donde se decía que un diputado nacional con nombre y apellido había recibido un sobre con un anónimo. Una de las personas mencionadas en él inició querella contra el autor de la nota por infracción a los arts. 109 y 110 del C.P y contra el director del periódico como autor del delito previsto en el art. 113 del mismo código.

La Cámara confirmó la sentencia condenatoria. Contra dicho pronunciamiento el abogado defensor interpuso recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja.

La Corte Suprema revocó el pronunciamiento impugnado. El Juez Vázquez, en disidencia, desestimó el recurso por aplicación del art. 280 del C.P.C.C.N.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Información. Atribución a fuente identificable. Manifestación anónima. (Voto de la Mayoría: Considerandos 6º y 9)

b) Información. Atribución a fuente identificable. Obtención ilegítima. (Voto de la Mayoría: Considerando 11).

Estándar aplicado por la Corte:

- Cuando un órgano periodístico difunde una información que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no responde por ella en los supuestos en que omita revelar la identidad de los presuntamente implicados, o utilice un tiempo de verbo potencial o propale la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente.

- La exigencia de que la información debe atribuirse a una fuente identificable no sufre una real excepción por la circunstancia de que se haya admitido la reproducción de un anónimo, desde que la aclaración de tal carácter permite a los lectores formarse un juicio certero acerca del grado de credibilidad que merecían las imputaciones publicadas por el medio (26).

- La doctrina de la eximición de responsabilidad por atribución de la "fuente" no resultaría aplicable al caso en que aquélla habría sido obtenida ilegítimamente por el autor de la nota.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 10 de diciembre de 1996.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa de Máximo Ezequiel de Gainza contra Acuña, Carlos Manuel Ramón s/arts. 109 y 110 del C.P. - Causa Nº 25.787", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el 11 de agosto de 1988 el matutino "La Prensa", cuyo director era en ese momento el imputado Máximo Ezequiel de Gainza, publicó una nota firmada por Carlos Manuel Acuña, titulada "Muerte del sereno y tarea de los agentes de inteligencia". Dicha nota era la última de una serie de tres que, con el título "El robo de las manos de Juan Domingo Perón", se habían publicado en el mismo diario, los días lunes 8, martes 9 y jueves 11 de agosto de 1988.

En la parte de la nota que dio lugar a la presente querella se afirmaba que el entonces diputado nacional Herminio Iglesias había recibido un sobre con un anónimo que había sido incorporado a fojas 564 en la causa Nº 54.248, que tramitaba ante el Juzgado de Instrucción 27, Secretaría 106. A continuación, Acuña transcribió en su nota el anónimo que estaba redactado en los términos siguientes: "En los sótanos del Instituto de Restauración y Embalsamadores, en la calle [Chile] 324, primer piso, capital, vi cuando el dueño Domingo Telechea, borracho, mostraba un frasco con los genitales de la querida compañera Evita. Su concubina, Graciela Mazia, que hace contrabando en ómnibus al Brasil se reía y decía 'de ésto vamos a sacar por los menos 1.000.000 de dólares a su debido tiempo'" (fs. 120 de los autos principales agrega dos por cuerda).

2º) Que a fs. 1/12 Graciela Masia promovió querella contra Carlos Manuel Ramón Acuña, por infracción a los arts. 109 y 110 del Código Penal, y contra Máximo Ezequiel de Gainza como autor del delito previsto en el art. 113 del mismo código.

Respecto de Acuña, Masia consideró que en la nota redactada por el nombrado se le imputaba falsamente la comisión de los delitos de contrabando y extorsión, lo cual configuraba la comisión por parte del periodista del delito de calumnia.

Al fundar la responsabilidad de Gainza, la querellante sostuvo que "...Acuña no era mero colaborador o redactor, sino que tenía una columna en la sección de opinión y editoriales, la

---

(26) **Nota de Secretaría:** en el mismo sentido, ver "**Martínez Vergara, Jorge Edgardo y otro s/ querella por injurias —causa Nº 8672" (Fallos: 331:162).**

cual está destinada solo a algunos periodistas que se hacen acreedores a tener figuración en esas especiales páginas en virtud de su supuesto prestigio o desarrollo profesional. Por esa misma razón, por difícil que pudiera resultar el control de la publicación del matutino, el hecho de que la columna de Acuña se incluyera en la sección citada es el elemento fundamental que define el conocimiento previo de Gainza de los términos de la nota y su acuerdo y voluntad para publicarla..." (fs. 10).

3º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital (Sala VI) confirmó, en lo que a este punto interesa, la sentencia de primera instancia que había condenado a de Gainza a la pena única de dos años y dos meses de prisión, cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, y ordenado la publicación de la sentencia en el diario "La Prensa".

Para fundar la responsabilidad del imputado, el juez de cámara que llevó la voz en el acuerdo sostuvo, en primer lugar, que "...El reconocimiento del imputado de su función y del conocimiento de la nota que se publicó y con la cual se produce el agravio a la demandante me exime de las prevenciones que la defensa de la libertad de prensa me impone..." (fs. 349 vta.). También señaló que "...El Sr. De Gainza tuvo el control y eligió expedir el mensaje; ya no son solamente palabras, palabras, palabras, sino un hecho ilícito y por tal motivo pasible de sanción penal. La excusa intentada de la información, del interés público y del expediente penal se desmerece al enfrentarla con la gratuidad de la imputación formulada en el escrito publicado. El autor del anónimo, que con ligereza se reproduce, tuvo la capacidad de involucrar a quien se le ocurrió sin responsabilidad. Ahora bien, quien lo publica tiene semejante potestad de señalar lo que le parece o le importa, si imputa a alguien se asemeja al autor, con la diferencia que lo hace con una resonancia mayor, lo patentiza y lo potencia, es decir se coloca o asemeja al autor, y es por ello que debe responder..." (fs. 349 vta./350). Contra dicho pronunciamiento el abogado defensor de Gainza interpuso recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja.

4º) Que, entre otros agravios, el apelante sostiene, al reiterar un planteo formulado al expresar agravios ante la cámara, que la conducta de su cliente no podía ser objeto de reproche penal en razón que la noticia publicada por "La Prensa" era la transcripción de una fuente incorporada a un expediente judicial. Citó en apoyo de ese argumento, entre otros, el precedente de la Corte Suprema en el caso "Campillay" (Fallos: 308:789).

5º) Que el citado agravio es idóneo para habilitar la instancia extraordinaria pues involucra la inteligencia de los artículos 14 y 32 de la Constitución que tutelan el ejercicio de la libertad de expresión (art. 14, inc. 3º, ley 48).

6º) Que en el mencionado caso "Campillay" la Corte resolvió que un órgano periodístico que difunde una información que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no responde civilmente por ella en los supuestos en que omita la identidad de los presuntamente implicados, o utilice un tiempo de verbo potencial, o por fin, propale la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente (considerando 7º).

7º) Que esta doctrina fue reiterada, entre otras, en la causa T.159 XXIV, "Triacca, Alberto Jorge c/ Diario La Razón y otros s/ daños y perjuicios", del 26 de octubre de 1993, en la cual el Tribunal resolvió que un diario no debía responder civilmente por una información que podía contener falsedades difamatorias para el actor dado que el órgano periodístico había atribuido la información a una fuente identificable y había transcripto fielmente lo manifestado por aquélla (considerando 11, voto de la mayoría y voto concurrente de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi). La "fuente" en el caso eran las declaraciones testimoniales de un tercero que se encontraban incorporadas a un expediente judicial.

8º) Que el examen del fallo apelado indica claramente que la cámara ha desconocido la doctrina constitucional reseñada en el considerando anterior pues la aplicación de esta última al caso de autos debe llevar a concluir que la conducta del imputado no resulta antijurídica.

9º) Que, en efecto, resulta evidente la sustancial identidad entre las circunstancias fácticas del caso "Triacca" y el presente: en autos, el querellado publicó una noticia en la que se transcribía fielmente, citándose la fuente, las manifestaciones contenidas en una carta que se encontraba incorporada a un expediente judicial (confr. fs. 265 en donde se transcribe el texto de la citada misiva incorporada al expediente Nº 54.248 del Juzgado de Instrucción Nº 27).

Por lo demás, no resulta un obstáculo para la aplicación al caso de la doctrina de "Triacca" la circunstancia que en el citado precedente la fuente consistiera en la declaración de una persona física identificable y en el sub lite se trate, en cambio, de la reproducción de una carta anónima. Ello es así pues una de los objetivos que subyace a la exigencia de citar la fuente, contenida en la jurisprudencia de la Corte, consiste en que el informador, al precisar aquélla, deja en claro el origen de las noticias y permite a los lectores atribuirlas no al medio a través del cual las han recibido, sino a la causa específica que las ha generado (conf. caso "Triacca", considerando 10, voto de la mayoría y voto concurrente de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi).

Tal objetivo quedó ampliamente satisfecho en el caso en el cual la expresa mención que se hizo en el artículo mencionado acerca del carácter anónimo de la misiva permitió seguramente a los lectores de aquél formarse un juicio certero acerca del grado de credibilidad que merecían las imputaciones que allí se hacían respecto de la querellante.

10) Que, por otra parte, tampoco es óbice para aplicar la doctrina en cuestión al sub lite la circunstancia que aquélla haya sido desarrollada en el ámbito de demandas civiles por responsabilidad extracontractual en tanto que en el presente proceso se trata de una querella criminal con base en el art. 113 del Código Penal.

En efecto, la doctrina elaborada por la Corte no puede ser considerada de naturaleza "civil" o "penal": ella debe ser aplicada a cualquier tipo de proceso pues está destinada a establecer un ámbito lo suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión. La invocación de una fuente y la transcripción sustancialmente fiel de la noticia emanada de ella priva de antijuricidad a la conducta, razón por la cual el principio juega tanto en el ámbito de responsabilidad civil como en el penal.

11) Que, finalmente, tampoco cabe aceptar el argumento formulado por la querellante en el sentido de que la doctrina de la "fuente" no resultaría aplicable al caso porque aquélla habría sido obtenida ilegítimamente por el autor de la nota. Conforme a ese argumento —de suyo aceptable— dicha ilegitimidad se fundaría en la violación en el sub lite del art. 63 del Reglamento para la Justicia Nacional que autoriza a los periodistas la revisación de los expedientes con motivo del fallo definitivo de la causa, circunstancia ésta que no estaba configurada respecto del expediente en el que estaba agregada la carta anónima ya que éste se encontraba en trámite al momento de la publicación.

Cabe señalar, al respecto, que en forma alguna se ha probado en autos que la información que obtuvo el periodista Acuña acerca de dicha misiva (y que de Gainza publicó) hubiera sido obtenida a partir de la revisación — en forma contraria a lo dispuesto en el citado art. 63— por parte de Acuña del expediente en cuestión. Sólo esta última circunstancia hubiera determinado el carácter antijurídico de la obtención de la "fuente" por parte de Gainza

y la imposibilidad de que el nombrado pudiera invocar la doctrina elaborada en los casos "Campillay" y "Triacca".

12) Que, por todo lo expuesto, cabe concluir que la conducta del imputado de Gainza se encuentra amparada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, por lo cual deviene necesario descalificar en este punto el fallo apelado resolviendo, al mismo tiempo, el fondo del asunto.

Por ello, se hace lugar a la queja, se revoca la sentencia apelada con el alcance señalado y se absuelve libremente a Máximo Ezequiel de Gainza (art. 16, 2da. parte, ley 48). EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI— ANTONIO BOGGIANO — GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ *(en disidencia)*.

DISIDENCIA SEÑOR MINISTRO DOCTOR ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se la desestima. Declárase perdido el depósito de fs. 33. Hágase saber, devuélvanse los autos principales y archívese.— ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ.

---

b) INFORMACIÓN - FUNCIONARIO PÚBLICO - HONOR - INTIMIDAD - TEORÍA DE LA REAL MALICIA

Límites a la libertad de prensa - Honor - Responsabilidad - Real malicia - Réplica.

Costa, Héctor Rubén c/ M. C. B. A. y otros - 12/03/1987 - Fallos: 310:508

✎ ***Antecedentes:***

La Cámara de Apelaciones, revocó el fallo de primera instancia y admitió la responsabilidad civil derivada de la difusión de una noticia en la cual el actor aparecía involucrado en la comisión de un delito inexistente. Condenó a algunos de los codemandados al resarcimiento de daño moral y obligó a publicar la noticia. Dos de los codemandados dedujeron recurso extraordinario que denegados originaron las quejas.

La Corte Suprema, por mayoría, los declaró procedentes y confirmó la sentencia.

En su voto el juez Caballero coincidió con la mayoría pero en lo relativo a la publicación de la sentencia condenatoria sostuvo que el art. 1071 bis del CC, no apunta a tutelar el honor de todos los derechos personalísimos, sino que se refiere a los casos en que se perturbó la intimidad ajena.

Por su parte, el juez Fayt en disidencia, concluyó que la prensa se limitó a informar sobre los hechos tal cual ellos ocurrieron, las dudas que pudieran generarse en la opinión pública

sobre la conducta de sus protagonistas han de reputarse como consecuencias inmediatas y directas de lo ocurrido y no de la acción de informar que ha de ser preservada al máximo a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de información que constituye al periodismo escrito en reducto privilegiado para el pleno ejercicio de la libertad de expresión autónoma.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Honor - Calumnias e injurias - Responsabilidad penal y civil. (Mayoría: Considerando 7º; Voto del juez Caballero: Considerando 7º y Disidencia del juez Fayt: Considerando 10)

b) Prensa - Responsabilidad (Mayoría: Considerandos 9º y 11; Voto del juez Caballero: Considerando 9º y Disidencia del juez Fayt: Considerandos 20 y 21) (27).

c) Funcionario público - Ciudadano común - Protección (Mayoría: Considerandos 11 y 14)

d) Derecho de réplica (Mayoría: Considerando 16; Voto del juez Caballero: Considerando 11)

Estándar aplicado por la Corte:

- El honor de las personas aparece tutelado por medio del tipo penal previsto en el art. 114 del CP y en el ámbito del derecho privado con las normas que regulan la responsabilidad derivada de la comisión del delito civil de "calumnias e injurias" (arts. 1089 y 1090 CC) y que comprende al propietario o editor que publica o reproduce las falsas imputaciones; sin perjuicio de las otras formas menores de atribución de responsabilidad cuasidelictual por la comisión de actos culpables o abusivos.

- No se debe imponer a los responsables el deber de verificar en cada supuesto la exactitud de una noticia sino de adecuar la información a los datos suministrados por la realidad —máxime cuando se trata de noticias con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria— y difundir el informe atribuyendo directamente su contenido a la fuente, utilizando un tiempo de verbo potencial o guardando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito (28).

---

(27) **Nota de Secretaría:** Ver en sentido similar en cuanto al estándar de responsibilidad "Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario en autos: **"Gorvein, Diego Rodolfo s/ querella p/ calumnias e injurias c/ Amarilla, Juan H." (Fallos: 321:2558).**

(28) **Nota de Secretaría:** En la causa **"Vázquez, Enrique s/ comisión de delito de injurias previsto y penado en el art. 110 del Código Penal" (Fallos: 321:2137)** la Corte resolvió que no constituye sentencia definitiva o equiparable a tal el pronunciamiento que rechazó parcialmente el recurso de casación mediante el que se impugnaba la condena por injurias en perjuicio del presidente de la Nación y dispuso el reenvío de las actuaciones a efectos de que el juez interviniente individualizara fundadamente la pena. Por su parte, el juez Moliné O'Connor, resolvió por aplicación del art. 280 CPCCN. El juez Nazareno, en su disidencia sostuvo que corresponde reputar sentencia definitiva al pronunciamiento que, al condenar al procesado por el delito de injurias y disponer el reenvío para la fijación de la pena, determina que el gravamen esencial que es materia de agravio — basado en la ausencia de fundamentación exigible en una sentencia condenatoria — no pueda disiparse con una sentencia posterior, porque el tribunal de mérito

- Para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones relativas al ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia. En cambio, en el caso de particulares, basta la "negligencia precipitada" o "simple culpa" (29).

- Dentro de la "protección débil del funcionario público" frente a la "protección fuerte del ciudadano común", cabe efectuar una segunda división que es el grado de notoriedad pública del sujeto pasivo supuestamente vulnerado por la circulación de noticias referentes a su conducta, al no poder equipararse la situación de un ministro de gobierno con la de un anónimo empleado de una repartición estatal, si sólo se considera que el acceso a la opinión pública de este último son prácticamente escasas o nulas, por lo que cabría acordarle una mayor protección (30).

- Resulta procedente la reparación de los daños causados toda vez que el "derecho de réplica o rectificación" consagrado en la Convención sobre Derechos Humanos, aprobado por la ley 23.054 no ha sido objeto aun de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno sin que

---

carecería de competencia para revisar la condena. Agregó que es requisito ineludible de la responsabilidad penal la positiva comprobación de que la acción ilícita pueda ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente. Asimismo sostuvo que la doctrina de la real malicia impone al querellante la carga demostrar que el imputado, al difundir la expresión ofensiva, conocía la falsedad de la noticia o lo hizo con temerario desinterés acerca de su verdad o falsedad. Si el querellado reconoció que la fuente que le había suministrado la información por el difundida en ningún momento hizo referencia al querellante, ello pone en evidencia que la manifestación injuriosa no fue mas que una afirmación carente de todo respaldo objetivo, que justifica la condena impuesta y que determina el rechazo del agravio en la instancia extraordinaria.

(29) **Nota de Secretaría:** En la causa "**Ramos, Juan José c/LR3 Radio Belgrano" (Fallos: 319: 3428**), la Corte, en igual sentido, estableció las pautas jurisprudenciales adoptadas por la Corte Suprema estadounidense a partir del caso "New York Time v. Sullivan" receptando la doctrina de la real malicia señalando la necesidad de ratificación de esta doctrina toda vez que ella resulta ser el medio más idóneo para alcanzar "la mas amplia libertad de prensa" por medio de la cual puede conocerse la verdad e importancia de los actos de gobierno. Agregó que la libertad de expresión no comprende tan solo la tutela de las afirmaciones "verdaderas", sino que se extiende a aquellas que, aún no correspondiendo con la realidad, han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche de suficiente entidad. Ver, asimismo, **"Pandolfi, Oscar Raúl c/ Rajneri, Julio Raúl" (Fallos: 320:1272), "Guerineau, Horacio Laurindo c/ La Gaceta S.A. s/ daños y perjuicios" (Fallos: 327:943), "Bruno Arnaldo Luis c/S .A La Nación", Fallos: 324:241 y "Guazzoni, Carlos Alberto c/ El Día S.A." (Fallos: 324:4433), "Burlando, Fernando Andrés c/ Diario El Sol de Quilmes" (Fallos: 326:145), "Guerineau, Horacio Laurindo c/ La Gaceta S.A. s/ daños y perjuicios", (Fallos: 327:2168), "Vallejo, Guillermo Alberto c/ Editorial La Capital S.A.", (Fallos: 327:2168), "González, Adriana Ruth c/ Gorbato, Viviana" (Fallos: 327:3560), "Montejano, Ana Inés c/ Arte Gráfico Argentino S.A. y otro s/ daños y perjuicios" (Fallos: 329:1631).**

En igual sentido, la Corte, en los casos "**Jorge Horacio Granada c/ Diarios y Noticias" S. A (Fallos: 316: 2394), "Triacca Alberto Jorge c/ Diario La Razón y otro s/daños y perjuicios", (Fallos 316:2417) y "Pedro Francisco Espinosa c/ Ernestina Herrera de Noble", (Fallos: 317:1448);** extendió la doctrina de la real malicia requiriendo además que la fuente sea fidedigna y sincera, protegiendo así la reproducción fiel o neutra.

(30) **Nota de Secretaría:** Respecto a la diferencia en el factor de atribución de responsabilidad en aquellos casos en que se trata de un funcionario público de una persona privada, en la causa **"Menem, Amado Calixto c/ La Voz del Interior s/ sumario" (Fallos: 326:2491),** la Corte señaló que para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia, en cambio, basta la "negligencia precipitada" o "simple culpa" en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes. Concluyó que no correspondía aplicar al actor —que no era funcionario público ni figura pública— un estándar de "protección atenuada" del honor, concebido sólo para los casos en que aquéllos están comprometidos en temas de interés general. En sentido similar ver **"Spinosa Melo, Oscar Federico y otros c/ Bartolomé Mitre y otros" (Fallos: 329:3775).**

exista obstáculo alguno en orden imperativo en que, frente a la notable vinculación existente entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor, éste encuentre una protección adicional en el art. 1071 bis del CC que permite como forma de reparación (31) no excluyente la publicación de la sentencia; y análogamente el art. 114 del CP consagra también esta forma de tutela (32).

Texto del Fallo:

Dictámenes del Procurador General de la Nación

Contra la sentencia dictada a fs. 930 por la Cámara Nacional en lo Civil, Sala E, que revocó en parte la de 1ª instancia e hizo lugar a la acción resarcitoria promovida por el actor a raíz de publicaciones periodísticas donde se le atribuyera vinculación con hechos delictivos inexistentes, dedujo recurso extraordinario La Razón SA (fs. 956/962), codemandada a quien alcanza la condena impuesta en el fallo. El recurso fue denegado a f. 981, lo que motivó la presente queja.

La recurrente se agravia por entender que la sentencia es arbitraria e inconstitucional y aduce la violación de diversas garantías constitucionales, en especial, la libertad de prensa.

Las argumentaciones en que tales agravios se sustentan son análogas a las expuestas por otra recurrente en la misma causa, Editorial Atlántida SA., cuya queja tramita por expediente C. 753, por lo que cabe remitirse, *brevitatis causae*, a lo allí dictaminado. En esencia, las mismas razones obstan a la admisibilidad de ambos recursos, ya que las garantías constitucionales que se dicen vulneradas no guardan relación directa e inmediata con lo decidido en autos, y los fundamentos de orden fáctico y de derecho común contenidos en la sentencia no han sido adecuadamente rebatidos por la recurrente.

Además, y en cuanto concierne a la queja materia de dictamen, la tacha de arbitrariedad aducida por la apelante sólo traduce sus discrepancias con la interpretación del derecho común que aplica el tribunal o bien con la selección que éste efectuara del material probatorio en que fundó sus conclusiones sobre los hechos, divergencias que no dan suficiente apoyo a la descalificación del fallo, el cual cuenta con sólidos fundamentos que lo ponen a cubierto de la tacha mencionada.

Otro tanto cabe decir respecto de las regulaciones de honorarios insertas en la sentencia, basadas en normas arancelarias cuya inteligencia no cabe rever en esta instancia, ni concurren supuestos de excepción que habiliten la vía extraordinaria elegida (ver, asimismo, dictamen en la queja C. 753).

Finalmente, el desmedro a la igualdad que invoca la apelante debiera resultar del texto mismo de las normas aplicadas y no de su interpretación y aplicación al caso (cf. Fallos: 297:537;

---

(31) **Nota de Secretaría:** En similar sentido ver **"Rudaz Bissón, Juan Carlos c/ Editorial Chaco S.A. s/ indemnización de daños y perjuicios. (Fallos: 321: 667)**.

(32) **Nota de Secretaría:** En similar sentido ver **"Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro" (Fallos: 311:2553).**

302:315 y otros). Y, además, esa impugnación no es atendible sobre la sola base de que en la sentencia se haya resuelto en forma diversa el quantum de la condena respecto del recurrente que de otro litisconsorte quien, a juicio del primero, se encontraba en idéntica situación (ver doctrina de Fallos 302:1263, entre otros), máxime cuando no resulta que el tribunal hubiere excedido sus atribuciones en este punto.

Por los motivos expresados y lo dictaminado en estos mismos autos, recurso de hecho C. 753, opino que corresponde desestimar esta presentación directa.— JUAN O. GAUNA.

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala E, a fs. 930/941, revocó parcialmente la sentencia de 1ra. instancia e hizo lugar a la acción resarcitoria promovida por el actor a raíz de publicaciones periodísticas donde se le atribuyera una vinculación con hechos delictivos inexistentes. Una de las partes contra las que prosperó la demanda, Editorial Atlántida S.A., dedujo recurso extraordinario a fs. 963/974 contra el referido pronunciamiento, recurso que fue denegado a fs. 981, lo que dio lugar a esta queja.

Se agravia la recurrente porque considera arbitrario el fallo, respecto del cual aduce la violación de diversas garantías constitucionales, en particular, la libertad de prensa.

El examen de tales agravios muestra, a mi entender, su ineptitud para habilitar la vía extraordinaria intentada, la que ha sido bien denegada por el *a quo*.

En efecto, no obstante la presentación que se procura hacer de la cuestión en debate, poniendo como centro a la libertad de expresión gráfica y el derecho a la información, surge claramente de las actuaciones que las garantías constitucionales respectivas no tienen relación directa e inmediata con lo resuelto en el *sub examine*. La sentencia dictada por la Cámara Civil ha decidido un tema de responsabilidad extracontractual, y las conclusiones del vocal preopinante al respecto vienen precedidas de un meduloso análisis de los hechos y las pruebas vertidas así como de las normas de derecho común aplicables que, en esencia, no han sido rebatidas por la apelante.

Las acotaciones contenidas en el apartado 8 del voto que lidera el fallo y que el tribunal hizo suyas, en cuanto aluden a la libertad de prensa, tienden precisamente a poner de relieve que la misma no está en juego aquí ni se halla afectada, pues se trata de establecer la responsabilidad derivada de actos ilícitos cometidos por medio de la prensa, en el caso, imputable a quienes infirieron agravio al honor ajeno. Estas precisiones no han sido debidamente rebatidas en el recurso, toda vez que la apelante parte de la premisa que su obrar ha sido lícito o legítimo, sin hacerse cargo de las razones que condujeron al tribunal a la conclusión contraria.

Señalo, a mayor abundamiento, que la recurrente insiste en que su obrar se habría limitado a analizar, criticar, etc., una "situación fáctica incoherente y confusa de la que el actor de autos fue protagonista" (fs. 972). Sin embargo, no fue de ese modo ni con ese alcance que la referida "situación fáctica" fue presentada en las publicaciones respectivas, sino de una manera mucho más categórica, como se advierte en las constancias de fs. 15 a 18.

En síntesis, la condena impuesta por la sentencia cuenta con fundamentos no federales suficientes que la respaldan y que no fueron debidamente rebatidos, lo que determina la improcedencia del recurso y de la tacha de arbitrariedad en él invocada.

Análogas consideraciones merece lo dispuesto por el *a quo* en cuanto a la publicación del fallo que impone a los accionados y que también es materia de agravio. Sin perjuicio de que

—contrariamente a cuanto sostiene la apelante— en el apartado 3 *in fine* (fs. 935 y vta.) del voto que suscitó la adhesión de los restantes miembros de la Sala, se advierte sobre la compatibilidad de la situación analizada con la prevista en el art. 1071 bis del Código Civil, lo cierto es que en el ap. 11 (fs. 940) se fundó extensamente la aplicación analógica de dicho precepto, sin que la apelante se hiciera cargo de esos argumentos.

También se queja la apelante porque el fallo no dispone idéntica medida —publicación de su contenido— respecto de Dicón SA. —LS 84 Canal 11—, también condenada por los mismos hechos, lo que entiende afecta el principio de igualdad que consagra el art. 16 de la Constitución Nacional.

Sin dejar de señalar que el a quo fundó expresamente su proceder al respecto en razones de índole procesal, vinculadas a los alcances que atribuyó a las peticiones del actor (ver: ap. 11, último párrafo, fs. 940 vta.), cabe destacar que el agravio que se trae sobre este punto no incumbe personalmente a la apelante, sino a terceros —el actor en el caso— lo que obsta a la procedencia del recurso (cf. Fallos: 300:589, entre otros).

Por último, en cuanto a las regulaciones de honorarios, a cuyo respecto se agravia la apelante porque el *a quo* tuvo en cuenta la depreciación monetaria sobre el monto de la condena, pese a que ésta sólo comprendió el monto nominal pedido más sus intereses, pienso que la cuestión es ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte, por tratarse de un tema no federal y el fallo aparece fundado suficientemente en las constancias de la causa y en las disposiciones arancelarias respectivas, lo que excluye la tacha de arbitrariedad aducida. Máxime cuando no se alega la desproporción entre las regulaciones y las tareas realizadas y las aseveraciones referentes al valor considerado como monto del juicio no sustentan aquí esa tacha pues no es aquél la única pauta para obtener una retribución justa ni depende exclusivamente de él la validez constitucional de la regulación (cf. Fallos: 302:539 entre muchos otros). Por otra parte, las divergencias que articula la recurrente en cuanto a la interpretación del art. 22 de la ley 21.839 exceden el marco de revisión que corresponde a la Corte en esta instancia.

Por las consideraciones expuestas, opino que corresponde desestimar esta presentación directa. Buenos Aires, 20 de agosto de 1984. JUAN OCTAVIO GAUNA.

Buenos Aires, 12 de marzo de 1987.

1º) Que contra el pronunciamiento de la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al revocar el fallo de la instancia anterior y admitir la responsabilidad civil derivada de la difusión periodística de una noticia en la cual el actor aparecía involucrado en la comisión de un delito inexistente, condenó a varios de los codemandados al resarcimiento del daño moral ocasionado e impuso la obligación accesoria de publicar la sentencia, dos de ellos dedujeron los recursos extraordinarios que, denegados, originan las quejas cuya acumulación corresponde disponer.

2º) Que en autos existe cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, ya que si bien la sentencia impugnada. se apoya en las normas del derecho común que regulan la responsabilidad civil delictual, el tribunal a quo decidió en forma contraria a las pretensiones de los recurrentes la cuestión constitucional fundada en los artículos 14 y 32 de la Carta Magna (art. 14, inc. 3º de la ley 48).

3º) Que la promoción de la presente "litis" tuvo su origen en las derivaciones del hecho ocurrido el día 4 de mayo de 1978, en las inmediaciones del local municipal ubicado en la calle Leiva 4265 de Capital Federal, cuando el equipo de uno de los canales locales de televisión (LS 84 TV Canal 11) filmó la conversación ocasional del actor con un vendedor ambulante y procedió después a entrevistar a este último en un marco de serias sospechas acerca de la comisión por el primero del delito de cohecho. El acontecimiento tuvo inmediato eco en algunos sectores de la prensa local que dieron por ciertas la consumación del hecho delictivo y la cesantía de su autor en el empleo municipal por dicha causa, sin que tales imputaciones tuvieran sustento en la filmación del suceso ni el sumario administrativo respectivo, extremos reforzados con la declaración en sede municipal y judicial del comerciante ambulante, quien negó que se le hubiera requerido el pago de suma alguna de dinero y en el ámbito penal, con la causa instruida por autodenuncia que concluyó con un sobreseimiento definitivo del actor por inexistencia de delito (fs. 274/275, fs. 329/330 y fs. 374).

4º) Que como ha recordado esta Corte recientemente *in re* P. 256. XIX "Ponzetti de Balbín, I. c/ Editorial Atlántida s/ daños y perjuicios" del 11 de diciembre de 1984, si bien en la jurisprudencia del Tribunal, la libertad en que se funda el recurso aparece frecuentemente designada con las denominaciones literales que le da la Constitución, o sea, libertad de imprenta, libertad de publicar las ideas por la prensa sin censura previa y libertad de prensa (Fallos: 248:291 considerando 23; 248:664; 269:189, 195 y 200; 270:268; 293:560), en Fallos 257:308, considerando 9º, la Corte, refiriéndose a la garantía de los artículos 14 y 32 de la Constitución, recalcó "las características del periodismo moderno que responden al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático…", conceptos que también fueron subrayados en el voto concurrente del juez Boffi Boggero, al afirmar que "…la comunidad, dentro de una estructura como la establecida por la Constitución Nacional, tiene derecho a una información que le permita ajustar su conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos y la prensa satisface esa necesidad colectiva…" (voto citado, considerando 7º).

La libertad de expresión contiene, por lo tanto, la de dar y recibir información, ya tal objeto ha sido especialmente señalado por el art. 13, inc. 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por la ley 23.054, que, al contemplar el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, declara como comprensiva de aquélla "la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección" (considerando 4º *in re* "Ponzetti de Balbín" y considerandos 7º y 8º del voto del Juez Petracchi en la causa citada).

5º) Que, no obstante, el aludido derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión en el sentido amplio expuesto en el considerando precedente, tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 119:231; 155:57; 269:189, considerando 4º; 269:195, considerando 5º).

6º) Que, así, ha sostenido la Corte en Fallos: 167:138 que "…si la publicación es de carácter perjudicial, si con ella se difama o injuria a una persona… no puede existir duda acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa"; y recientemente, en la sentencia recaída en la causa "Campillay, Julio César c/ La Ra-

zón, Crónica y Diario Popular s/ daños y perjuicios" (C.184 y C.189.XX, fallada el 15 de mayo de 1986), que "la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (artículos 14 y 33 de la Constitución Nacional)" (Asimismo, considerando 5º *in re* "Ponzetti de Balbín" y voto del Juez Petracchi, considerandos 9º, 10 y 11).

7º) Que el honor de las personas afectado por medio de la prensa no sólo aparece tutelado por medio del tipo penal previsto en el artículo 114 del código respectivo sino que también encuentra adecuada protección en el ámbito del derecho privado con las normas que regulan la responsabilidad derivada de la comisión del delito civil de "calumnias e injurias" (arts. 1089 y 1090 del Código Civil) y que comprende al propietario o editor que publica o reproduce las falsas imputaciones; sin perjuicio, claro está, de las otras formas menores de atribución de responsabilidad cuasidelictual por la comisión de actos culpables o abusivos en este orden, como tuvo ocasión de señalarlo esta Corte en la causa ya citada, de fecha 15 de mayo del comente año.

8º) Que, en el *sub lite*, los dos artículos publicados en el diario "La Razón" y la nota contenida en la revista "Gente y la actualidad" (fs. 14/18) atribuyen al actor la comisión del delito de exacciones ilegales, información falsa a la luz de los antecedentes reseñados *ut supra* y que pudo ser comprobada con los elementos en conocimiento de las apelantes y existentes al momento de difundirse periodísticamente. Tal circunstancia fue puesta de manifiesto por el a quo en los considerandos 6º y 7º de la sentencia impugnada cuando calificó la conducta examinada como configurativa del delito civil de "calumnia" y sus conclusiones en este punto no han sido objeto de una refutación concreta y razonada por los recurrentes.

9º) Que, si no es dudoso que debe evitarse la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales (Fallos: 257:308), no puede considerarse tal la exigencia de que su desenvolvimiento resulte veraz, prudente y compatible con el resguardo de la dignidad individual de los ciudadanos, impidiendo la propalación de imputaciones falsas que puedan dañarla injustificadamente; proceder que sólo traduce un distorsionado enfoque del ejercicio de la importante función que compete a los medios de comunicación social tal cual debe desarrollarse en la sociedad contemporánea. Ello no implica imponer a los responsables —como ya se ha señalado en la causa "Campillay, Julio César c/ La Razón, Crónica y Diario Popular s/ daños y perjuicios"— 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 —lo que no ocurrió en el *sub examine*—, máxime cuando se trata de noticias con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria, y, en todo caso, difundir el informe "atribuyendo directamente su contenido a la fuente, utilizando un tiempo de verbo potencial o guardando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito"

10) Que, sobre el particular, la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, —cuya jurisprudencia resulta de innegable valor por el modo semejante en que su Constitución y la nuestra garantizan la libertad de prensa— ha consagrado también la responsabilidad de los medios informativos por la difusión de noticias inexactas y efectúa una distinción según la calidad del sujeto pasivo de la difamación, funcionario publico" o "ciudadano privado", confiriendo una protección más amplia a este último; criterio que se encuentra presente en la evolución jurisprudencial de este tribunal a la luz de lo decidido en Fallos: 257:308 (en el voto del Juez Petrac-

chi, *in re*: "Ponzetti de Balbín", considerandos 12 y 13) y en la causa C.184 y C.189. XX "Campillay, Julio César c/ La Razón, Crónica y Diario Popular s/ Daños y perjuicios" ya citada.

11) Que, en efecto, mientras para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia ("New York Times vs. Sullivan" 376 U. S. 254 del año 1964; "Herbert vs. Lando" 441 U. S. 153, 172, 176 (1979); en cambio basta la "negligencia precipitada" o "simple culpa" en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes; bien entendido que ante una situación potencialmente injuriosa o calumniosa de un ciudadano cualquiera, el editor o radiodifusor en sobreaviso debe ser particularmente cauto en cerciorarse del posible fundamento verídico del suceso o acontecimiento ("Gertz vs. Robert Welch Inc." - 418 U. S. 323/1974; "Time Inc. vs. Firestone, Mary Alice" - 424 U. S. 448/1976; "Laurence H. Tribe "American Constitucional Law" - Mineola, New York, 1978, ed. The Foundation Press, págs. 636/640 y pág. 644).

12) Que la razón de tal distinción radica en que las personas privadas son más vulnerables que los funcionarios públicos puesto que éstos tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y porque los particulares necesitan una amplia tutela contra los ataques a su reputación, mientras que los funcionarios públicos se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias ("Gertz vs. Robert Welch Inc." 418 U. S. 323/1974).

13) Que tal standard de responsabilidad —más riguroso frente a los particulares que ante los funcionarios del gobierno o asuntos de interés general— responde en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta ya que "...no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos, sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos..." (discurso del doctor Vélez Sársfield en la sexta sesión ordinaria de la Convención Constituyente del año 1860) y, en consecuencia, el retraimiento de la prensa en este ámbito causaría efectos más perniciosos que los excesos o abusos de la libertad de informar, incluso por la circulación anónima, clandestina o por la complicidad con irregularidades en la función publica (Fallos: 257:308, voto del Juez Boffi Boggero, considerando 7º). Este principio se encuentra también en Fallos: 269:200; especialmente en el dictamen del señor Procurador General en cuanto expone que "las criticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos cáusticos, vehemente, 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".

14) Que, sin embargo y dentro de lo que podría llamarse la "protección débil del funcionario público" frente a la "protección fuerte del ciudadano común", no escapa a la consideración de este Tribunal que cabe efectuar una segunda distinción fundada en el grado de notoriedad pública del sujeto pasivo supuestamente vulnerado por la circulación de noticias referentes a su conducta, toda vez que no puede equipararse la situación de un ministro de gobierno con la de un anónimo empleado de una repartición estatal circunstancialmente vinculado a un asunto público —como se verificó en el *sub examine*— si sólo se considera que las instancias de acceso a la opinión pública de este último son prácticamente escasas o nulas, no así en el otro supuesto considerado, por lo que cabría acordarle al primero una mayor protección en

esta esfera (véase al respecto "Laurence Tribe", op. y loc. cit., a propósito de las clasificaciones de las "personas públicas" efectuado en el precedente "Gertz vs. Robert Welch" ya citado).

15) Que, en la especie examinada, las publicaciones periodísticas en cuestión, apreciadas aun con el criterio más amplio en virtud de hacer alusión a la conducta de un "empleado publico", exceden los límites impuestos por la buena fe y traducen un propósito evidentemente malicioso al atribuir al actor —con absoluto menosprecio de la realidad de los hechos— la comisión lisa y llana de un delito doloso, circunstancia que —cabe reiterar— no surgía de la filmación efectuada ni mucho menos del sumario administrativo conocidos por las empresas recurrentes, puesto que si bien el afectado resultó cesanteado, tal resolución no tuvo por causa la realización del hecho ilícito que falsamente se le imputa, sino sus antecedentes personales y lo equívoco de la situación planteada. Por otra parte, no parece ocioso añadir el lenguaje denigratorio que acompañó las noticias aparecidas, vgr.: "Con las manos en la masa", "Por primera vez se filmó, una coima", todo lo cual importó, en el marco antedicho y a la luz de la índole y características del sujeto afectado, según la distinción efectuada en el precedente considerando, una conducta pasible de la responsabilidad que le atribuyó el a quo en la sentencia impugnada (conf.: considerando 8º del presente pronunciamiento).

16) Que, en función de lo expresado precedentemente y a la luz de las normas vigentes en la legislación de fondo, resultaba procedente la reparación de los daños causados (arts. 1089 y 1090 del Código Civil), toda vez que el "derecho de réplica o rectificación" consagrado en la Convención sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— aprobado por la ley 23.054 no ha sido objeto aun de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno (art. 2º); sin que exista obstáculo alguno de orden interpretativo en que, frente a la notable vinculación existente entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor, este último encuentre una protección adicional en el artículo 1071 bis del Código Civil que permite como forma de reparación no excluyente la publicación de la sentencia; conclusión particularmente válida en el caso, puesto que la figura penal análoga consagra también esta forma de tutela (art. 114 del Código Penal).

17) Que, en lo atinente a la arbitrariedad que también se imputa a lo resuelto —tanto en lo principal como en materia de honorarios regulados, en calidad de costas—, cabe remitirse a los fundamentos del señor Procurador General en sus dictámenes, excluyentes de la procedencia de la tacha invocada; sin que corresponda pronunciamiento alguno en punto a la "gravedad institucional" del caso examinado —a la luz de las apreciaciones genéricas formuladas por una de las agraviadas— toda vez que su interés ha quedado satisfecho con la consideración del fondo de la cuestión debatida.

18) Que, antes de concluir, y frente a las reacciones ajenas al verdadero sentido y alcance del reciente pronunciamiento dictado *in re* "Campillay", es deber de esta Corte, como tribunal de garantías constitucionales establecido en el interés de la comunidad cuyos valores salvaguarda (Fallos: 298:441), recordar la absoluta vigencia del célebre pensamiento de Hamilton que sintetiza la doctrina de dicho pronunciamiento y del que se emite en estos autos: "La libertad de prensa tutela el derecho de publicar impunemente, *con veracidad, buenos motivos y fines justificables*, aunque lo publicado afecte al gobierno, la magistratura o los individuos". Esta es la regla de oro que proporciona la tradición liberal y republicana a los responsables de los medios de comunicación, y que les da la exacta dimensión y jerarquía del deber y del derecho de informar, según los consagra la Ley Fundamental y, por lo tanto, encuentra amparo en la magistratura.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor Procurador General, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Agréguense las quejas al principal y reintégrense los depósitos. JOSÉ SEVERO CABALLERO *(por su voto)* — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT *(en disidencia)* — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JORGE ANTONIO BACQUE.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JOSÉ SEVERO CABALLERO

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que al revocar el fallo de la instancia anterior y admitir la responsabilidad civil derivada de la difusión periodística de una noticia en la cual el actor aparecía involucrado en la comisión de un delito declarado inexistente, condenó a varios de los codemandados al resarcimiento del daño moral ocasionado e impuso la obligación accesoria de publicar la sentencia, dos de ellos dedujeron los recursos extraordinarios que, denegados, originan las quejas cuya acumulación corresponde disponer.

2º) Que en autos existe cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, ya que si bien la sentencia impugnada se apoya en las normas del derecho común que regulan la responsabilidad civil delictual, el tribunal *a quo* decidió en forma contraria a las pretensiones de los recurrentes la cuestión constitucional fundada en los arts. 14 y 32 de la Carta Magna (art. 14, inc. 3º de la ley 48).

3º) Que la promoción de la presente litis tuvo su origen en las derivaciones del hecho ocurrido el día 4 de mayo de 1978, en las inmediaciones del local municipal ubicado en la calle Leiva 4265 de Capital Federal, cuando el equipo de uno de los canales locales de televisión (LS 84 TV Canal 11) .filmó la conversación ocasional del actor con un vendedor ambulante y procedió después a entrevistar a, este último en un marco de serias sospechas acerca de la comisión por el primero del delito de cohecho. El acontecimiento tuvo inmediato eco en algunos sectores de la prensa local que dieron por ciertas la consumación del hecho delictivo y la cesantía de su autor en el empleo municipal por dicha causa, sin que tales imputaciones tuvieran sustento en la filmación del suceso ni en el sumario administrativo respectivo, extremos reforzados con la declaración en sede municipal y judicial del comerciante ambulante, quien negó que se le hubiera requerido el pago de suma alguna de dinero y, en el ámbito penal, con la causa instruida por autodenuncia que concluyó con un sobreseimiento definitivo por inexistencia de delito, sin que se procesara a persona alguna (fs. 274/275, fs. 329/330 y fs. 374).

4º) Que como ha recordado esta Corte recientemente *in re* P. 256.XIX., "Ponzetti de Balbín, I. c/ Editorial Atlántida s/ daños y perjuicios", del 11 de diciembre de 1984 (Fallos: 306:1892), si bien en la jurisprudencia del Tribunal la libertad en que se funda el recurso aparece frecuentemente designada con las denominaciones literales que le da la Constitución, o sea, libertad de imprenta, libertad de publicar las ideas por la prensa sin censura previa y libertad de prensa (Fallos: 248:291 considerando 23; 248:664; 269:189, 195 y 200; 270:268; 293:560); en Fallos 257:308, considerando 9º, la Corte, refiriéndose a la garantía de los artículos 14 y 32 de la Constitución, recalcó "las características del periodismo moderno que responden al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático...", conceptos que también fueron subrayados en el voto concurrente del juez Boffi Boggero al afirmar que "... la comunidad, dentro de una estructura como la establecida por la Constitución Nacional, tiene derecho a una información que le permita ajustar su conducta a las razones

y sentimientos por esa información sugeridos y la prensa satisface esa necesidad colectiva...", voto citado, considerando 7º. La libertad de expresión contiene, por lo tanto, la de dar y recibir información, ya que tal objeto ha sido especialmente señalado por el artículo 13, inc. 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por la ley 23.054 que, al contemplar el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, declara como comprensiva de aquélla "la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección" (considerando 4º *in re* P. 256.XIX. "Ponzetti de Balbín" y considerandos 7º y 8º del voto del Juez Petracchi en la causa citada).

5º) Que, no obstante, el aludido derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión en el sentido amplio expuesto en el considerando precedente, tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 119:231; 155:57; 269:189, considerando 4º; 269:195, considerando 5º).

6º) Que, así, ha sostenido la Corte en Fallos 167:138 que "...si la publicación es de carácter perjudicial, si con ella se difama o injuria a una persona... no puede existir duda acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa"; y recientemente, en la disidencia del suscripto, en la causa "Campillay, Julio César c/ La Razón, Crónica y Diario Popular s/ daños y perjuicios" (C.184. y C.189.XX. fallada el 15 de mayo de 1986), que "...en materia de prensa, ya que se trate de la libertad de información o del derecho de crónica, está permitido publicar lo que se desee pero con la condición de responder por los abusos. En el sistema argentino la prensa no goza de impunidad, sino de seguridad por la función que desempeña y los riesgos a que está expuesta. De ahí surge como principio, la responsabilidad que tiene la prensa por los daños que hubiera causado mediante abuso o la represión penal de los sujetos que hubieran cometido delitos por su intermedio..." (asimismo, considerando 5º *in re* "Ponzetti de Balbín", y voto del Juez Petracchi, considerandos 9º, 10 y 11) (Fallos 306:1892).

7º) Que el honor de las personas afectadas por medio de la prensa no sólo aparece tutelado por medio del tipo penal previsto en el art. 114 del código respectivo, sino que también encuentra adecuada protección en el ámbito del derecho privado con las normas que regulan la responsabilidad derivada de la comisión del delito civil de "calumnias e injurias" (arts. 1089 y 1090 del Código Civil) y que comprende al propietario o editor que publica o reproduce las falsas imputaciones; sin perjuicio, claro está, de las otras formas menores de atribución de responsabilidad cuasidelictual por la comisión de actos culpables o abusivos en este orden, como tuvo ocasión de señalarlo en voto disidente del suscripto en la causa "Campillay" ya citada, de fecha 15 de mayo de 1986.

8º) Que, en el *sub lite*, uno de los dos artículos publicados en el diario "La Razón" y la nota contenida en la revista "Gente y la actualidad" (fs. 14/18) atribuyeron al actor la comisión del delito de cohecho, información falsa a la luz de los antecedentes reseñados *ut supra*, y que pudo ser comprobada con los elementos en conocimiento de las apelantes y existentes al momento de difundirse periodísticamente: Tal circunstancia fue puesta de manifiesto por el a quo en los considerandos 6º y 7º de la sentencia impugnada cuando calificó la conducta

examinada como configurativa del delito civil de "calumnia", y sus conclusiones en este punto no han sido objeto de una refutación concreta y razonada por los recurrentes.

9º) Que así como debe evitarse la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales (Fallos 257:308), cabe exigir que su desenvolvimiento se adecue a las pautas sociales o culturales vinculadas al ejercicio de dicha actividad, que permiten verificar si se ha ejercitado regularmente el derecho de informar. En este sentido, el suscripto ha señalado en su voto disidente en la causa "Campillay" que la simple reproducción de noticias proporcionadas para su difusión por las autoridades públicas competentes, aun cuando sean falsas, no excede el ejercicio regular del derecho de crónica, pues la calidad de la fuente exonera a la prensa de indagar la veracidad de los hechos, y porque la previa averiguación de la verdad de la noticia en tales supuestos limitaría ese derecho, estableciendo una verdadera restricción a la libertad de información. Bien entendido, sin embargo, que este derecho de información debe ejercitarse con prudencia y dentro de límites objetivos, y no aparecer motivado por finalidades injuriosas o calumniosas.

10) Que, en la especie examinada, las publicaciones periodísticas en cuestión exceden los límites fácticos y jurídicos reseñados en los considerandos precedentes, y traducen un propósito evidentemente malicioso al atribuir al actor —con absoluto menosprecio de la realidad de los hechos— la comisión lisa y llana de un delito doloso, asentándose en una subjetividad dirigida a una finalidad menoscabante de su personalidad, a través de una imputación que se sabía falsa. En efecto, cabe reiterar que la noticia no provino ni de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, ni de ninguna autoridad con competencia funcional de la investigación y represión de los delitos y faltas, aun administrativas; y que no surgía de la filmación efectuada ni mucho menos del sumario administrativo conocidos por las empresas recurrentes que el actor hubiera cometido el delito atribuido, puesto que si bien el afectado resultó cesanteado, tal resolución no tuvo por causa la realización del hecho ilícito que falsamente se le imputó, sino sus antecedentes personales y otros hechos que aunque vinculados a la situación planteada, resultaron ajenos a la falsa imputación delictiva. Por otra parte, no parece ocioso añadir que el lenguaje denigratorio que acompañó las noticias aparecidas, vgr.: "Con las manos en la masa"; "Por primera vez se filmó una coima"; importó, en el marco antedicho y a la luz de la índole y características del sujeto afectado, según las distinciones efectuadas, una conducta pasible de la responsabilidad que les atribuyó el a quo en la sentencia impugnada.

11) Que, en función de lo expresado, y a la luz de las normas vigentes en la legislación de fondo, resultó procedente la reparación de los daños causados (arts. 1089 y 1090 del Código Civil), toda vez que el "derecho de réplica o rectificación" consagrado en la Convención de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— aprobado por la ley 23.054 no ha sido objeto aun de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno (arts. 2 y 14, inc. 1). Sin embargo, cabe hacer lugar a los agravios referentes a que el *a quo* excedió sus facultades al disponer que, por aplicación analógica del art. 1071 bis del Código Civil, se publicara la sentencia condenatoria en los mismos órganos de prensa involucrados en la demanda. Ello es así, por cuanto esa norma no apunta a tutelar el honor ni todos los derechos personalísimos, sino que se refiere específicamente a los casos en que se hubiera perturbado la intimidad ajena, lo que las circunstancias del caso revelan, a todas luces, que no ocurrió. En efecto, aunque exista alguna corriente doctrinaria que sostenga la posición de la alzada, se requeriría la existencia de condiciones de hecho que, partiendo del ataque a la intimidad, contuviesen también de modo preponderante la lesión del honor, situación que no se da en estas actuaciones. Por lo demás, tampoco resulta admisible el argumento atinente a que el derecho penal (art. 114, Cód. respectivo) consagra tal forma de tutela, habida cuenta de que dicho precepto presupone que

exista un culpable de los delitos de calumnias o injurias, y un fallo de condena que involucre una sanción represiva, y en el *sub examine*, el único periodista procesado fue absuelto (confr. fs. 806).

12) Que, en tales circunstancias, lo decidido se aparte de expresas disposiciones del Código Civil que regulan la materia, por lo que corresponde descalificar el fallo en este aspecto, con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (causas L.418.XIX. "Lobo, José Luis c/ Terza Inmobiliaria S. A."; A.243.XX. "Agustínez, Rubén Darío c/ E.F.A. s/ daños y perjuicios"; y A.341.XX. "Artaza, María Teresa s/ casación (autos: 'Herrera de González, I. c. Pedro Benigno González y otros s/ nulidad')", falladas el 7 y el 14 de noviembre de 1985 y el 29 de julio de 1986). Cabe agregar a lo expuesto, que el rechazo de la pretensión se impone porque la publicación requerida no está prevista por la ley, ni el caso fue planteado ante una jurisdicción que —como la norteamericana— prevé la solución mediante la equidad (Art. III, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica), pues se desenvuelve con una extensión mayor a la establecida para esta Corte Suprema y los tribunales inferiores por los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional ("Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación...").

13) Que, en cuanto a los restantes planteos atinentes a la arbitrariedad que también se imputa a los resuelto —tanto en lo principal como en materia de honorarios regulados en calidad de costas—, cabe remitirse a los fundamentos del Procurador General en sus dictámenes, excluyentes de la procedencia de la tacha invocada; sin que corresponda pronunciamiento alguno en punto a la "gravedad institucional" del caso examinado —a la luz de las apreciaciones genéricas formuladas por una de las agraviadas— toda vez que su interés ha quedado satisfecho con la consideración del fondo de la cuestión debatida.

Por ello, y lo dictaminado en sentido concordante por el señor Procurador General, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se confirma la sentencia apelada, salvo en cuanto condena a los condemandados a publicarla, aspecto en el cual se la revoca y se rechaza la demanda (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Con costas. Agréguense las quejas al principal y reintégrense los depósitos. JOSÉ SEVERO CABALLERO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al revocar el fallo de la instancia anterior y admitir la responsabilidad civil derivada de la difusión periodística de una noticia en la cual el actor aparecía involucrado en la comisión de un delito inexistente, condenó a varios de los codemandados al resarcimiento del daño moral ocasionado e impuso la obligación accesoria de publicar la sentencia, dos de ellos dedujeron los recursos extraordinarios que, denegados, originan las quejas cuya acumulación corresponde disponer.

2º) Que la sentencia apelada se basa en disposiciones del derecho común que regulan la responsabilidad civil delictual. Los recurrentes aducen derechos fundados en la Constitución Nacional (arts. 14 y 32) resueltos por el *a quo* en forma contraria a sus pretensiones. En tales condiciones, acreditada *prima facie* la cuestión federal, resta determinar si ella guarda con lo que fue materia del pleito la relación directa e inmediata que exige el art. 15 de la ley 48.

3º) Que sólo podrá establecerse si se halla o no satisfecho tal requisito en las presentaciones directas *sub examine* tras un acabado análisis de la causa y de los argumentos de los recurrentes. Esta Corte ha interpretado el art. 15 citado, en el sentido de que es necesaria una relación directa e inmediata entre las normas de carácter federal invocadas y la cuestión materia del pleito (Fallos 165:62; 181:290; 276:365; 278:271; 294:466); tal relación debe ser estrecha (Fallos 275:551; 294:376), en el sentido de que debe ser tal que la solución de la causa dependa de la interpretación o alcance que quepa atribuir a la disposición federal (Fallos: 188:5; 187:624; 248:828).

4º) Que regularmente la Corte precisó que no cabía admitir recursos basados en cláusulas constitucionales, pero referidos a cuestiones no regidas de modo directo por normas federales, pues entendió que de tal modo se haría ilimitado el acceso a sus estrados, pues no hay derecho que en definitiva no tenga su raíz y fundamentó en la Constitución Nacional, aunque esté directa o indirectamente regido por el derecho común o local (Fallos 238:488; 268:247). Así se ha rechazado el recurso extraordinario por falta de relación directa, si se lo había fundado directamente en la violación de la legislación común y sólo indirectamente en pasajes de la Constitución Nacional (Fallos: 238:488; 295:335), o cuando no se había aducido y declarado la inconstitucionalidad de las normas de derecho no federal en que se basó la sentencia apelada (Fallos 238:488; 295:335). En el mismo sentido, declaró que frente a derechos constitucionales reglamentados por las leyes, no basta afirmar que en el caso se había violado la Constitución Nacional, si al mismo tiempo no se argüía que dichas leyes habían violado los términos constitucionales (Fallos 184:530); de ahí que por la sola invocación de una disposición constitucional por el recurrente no pudo prosperar el recurso, cuando la sentencia apelada había llegado a las conclusiones en que se basaba por la vía de una interpretación de la ley reglamentaria de aquélla (Fallos 270:124).

5º) Que, excepcionalmente, se admitió que otra era la situación cuando el debate no había versado simplemente sobre la aplicación de la ley común, si no que tuvo por objeto el conflicto de esa ley con normas de la Constitución Nacional, en razón del alcance que le atribuyó la sentencia recurrida. En tales supuestos se entendió que quedaba configurada una cuestión federal susceptible, en principio, de ser examinada en la instancia extraordinaria, si existía una relación directa e inmediata entre la materia del pronunciamiento apelado y las normas constitucionales invocadas, en grado tal que la solución de la causa dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley común aplicada, según la interpretación que judicialmente se le asignó (Fallos 125:580; 270:124 —voto de la minoría—; 304:471; 1664, 1711, 1912; votos de la mayoría y de la minoría en las causas P. 256.XIX. "Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida" del 11 de diciembre de 1984; C.184 y C.189.XX., "Campillay, Julio César c/ La Razón, Crónica y Diario Popular", del 15 de mayo de 1986).

6º) Que en consecuencia, para pronunciarse sobre la procedencia de esta queja, es menester previamente determinar la extensión y el sentido de los derechos constitucionales vinculados a la prensa, para a continuación analizar si la interpretación de derechos, tal como se los ha de precisar, es indispensable de efectuar en la causa para poder decidir el pleito que contiene, o si por el contrario basta para ello con el análisis de las normas de derecho común en juego, sin que ello afecte derecho constitucional alguno.

7º) Que nuestra Constitución se refiere a la prensa en el art. 14, donde reconoce a los habitantes el derecho de expresar sus ideas sin censura previa y en su art. 32, donde dispone que el Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal. Corresponde que esta Corte, en su condición de intérprete final

de la Constitución Nacional, efectúe una hermenéutica de los términos constitucionales, que recuerde los términos de la doctrina por ella señalada en el sentido de que la interpretación auténtica de aquélla no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad histórica, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad, que permite que no envejezca con el cambio de ideas, el crecimiento o la redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación (Fallos: 178:9).

La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu remanente de las instituciones o descubre en ellas aspectos no contemplados con anterioridad, a cuya realidad no puede oponérsele, en un plano de distracción, el concepto medio de épocas en que la sociedad actuaba de manera distinta. La Constitución Nacional, a la que con razón se ha calificado como un instrumento político previsto de extrema flexibilidad, de modo que pudiera adaptarse a tiempos y circunstancias futuras, no escapan a aquella regla ineludible de hermenéutica, la cual no implica deteriorar el orden constitucional alcanzado, sino que por el contrario hace a su perdurabilidad y a la del Estado Argentino, para cuyo pacífico gobierno ha sido instituido (Fallos: 211:162). Esto impide, por otra parte sentar reglas áureas, que al pretender regir por encima de las transformaciones históricas, conducirían a una cristalización de las normas y preceptos constitucionales, inadecuada a la realidad dinámica a la que deben aplicarse.

8º) Que el derecho de prensa es consagrado en la Constitución Nacional, como un aspecto de la libertad de pensamiento y de la libertad de expresión, conceptos más amplios, que exceden el empleo de la prensa como medio de comunicación y alcanzan a toda manifestación de las ideas por los múltiples medios que posee el espíritu humano, que llegan hasta el uso expresivo del silencio. Tal derecho es la especie política del derecho genérico de pensar y expresar el pensamiento, esto es, del derecho de expresión.

Tal consagración constitucional del derecho de prensa es consecuencia de las circunstancias históricas que condujeron a su sanción como norma fundamental, en una época en que aún la imprenta no se había alejado de su origen artesanal, de donde a través dé la garantía de su libre uso como técnica de difusión de ideas parecía no hallar otro peligro que la censura de la autoridad, que podría así acallar la crítica hacia ella. De ahí que su reivindicación, estuvo referida a la difusión y expresión de los "pensamientos y las opiniones", conforme lo estableciera la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789; se buscaba así garantir la libre publicación de las ideas, concebido como medio eficaz y accesible para su expresión.

Así, para el pensamiento liberal que motivó a nuestros constituyentes, la libertad de prensa es un derecho individual; cabe completarlo con otras disposiciones constitucionales que amparan la libertad de industria, con toda la extensión que este término tuvo para los hombres de 1853. Subyace en el sistema de garantías que establecieron una concepción noble y profunda de los elementos, esenciales de la autonomía humana, una confianza en la iniciativa individual y en la libertad de empresa, y una desconfianza en los grupos intermedios y en la intervención del poder estatal.

9º) Que es evidente que tales supuestos resultaron insuficientes al producirse las profundas transformaciones que caracterizan al mundo contemporáneo y que modificaron la realidad social y política en la que aquel tipo de actividad de la prensa se producía, y por consiguiente el público al que aquélla se dirigía.

En efecto, las primeras publicaciones periodísticas estaban destinadas a minorías, a un pequeño grupo de lectores, toda vez que estaban limitadas por el precio, la ignorancia del pueblo y las severas medidas de control y represión dispuestas por los distintos tipos de auto-

ridades. El primer periódico se publicó en Amberes en 1605, con motivo del sitio de la ciudad. Poco después aparecieron la Gaceta de España, en 1626; la Gaceta Oficial de Suecia, en 1644; Journal des Postes de Francfort, en 1658; la Gaceta de Liepzig en 1660 y la Gaceta de Londres, en 1665, entre otros, que no trataban cuestiones políticas, a excepción del publicado en Rotterdam en 1648 con el título de "Las noticias de la república de las letras", de Pedro Bayle. En cuanto a "Gazzetta" proviene del nombre de la moneda veneciana con la que debía pagarse el papel vendido en Venecia. Lo cierto es que la prensa de grandes tiradas recién apareció en el siglo XIX; y que fuera la técnica la que convirtió al impresor en industrial. Así nació la industria de la prensa, cuyos ingresos provienen de la publicidad, antes que de las ventas por número y suscripción.

Que su aparición obedeció, entre otras causas, a la consagración constitucional del derecho de prensa y la libertad de industria con la consiguiente supresión de trabas a la impresión y difusión; la disminución del analfabetismo y el deseo cada vez más generalizado de saber del pueblo, en correspondencia con los avances técnicos e industriales y los cada vez más profundos procesos de individualización y democratización. Que se pasó así de la impresión de la prensa fija, manual de molde fijo y del acoplamiento de dos prensas simples para el simultáneo tiraje de dos planas, a la rotativa, cuyo perfeccionamiento permitió aumentar el tiraje, el numero de páginas y la utilización de colores, en enormes cantidades, comparados con los 400 ejemplares por hora de la época artesanal. A la rotativa y los aparatos anexos de plegado y empaquetamiento y el abastecimiento para la distribución y expedición, deben agregarse los nuevos descubrimientos técnicos como las linotipos o monotipos, los adelantos de la industria del papel, las tintas de secado instantáneo, la composición fotomecánica y, ya que en la era tecnológica y electrónica, sumándose a la electricidad, el telégrafo, el teléfono, los tescriptores y teletipos; —los satélites— y cuantos más elementos han convertido en una "aldea planetaria" al mundo actual en materia informativa y, en lo que aquí interesa, al avance ininterrumpido de la técnica al servicio de la industria de la prensa. Corresponde señalar, por último, que un mapa que registrase el grado de difusión de la prensa coincidiría con el de los éxitos y fracasos del Estado liberal.

10) Que la prensa en nuestro país, en tanto medio de expresión referido, no a la máquina de impresión, sino a sus productos —el libro y el diario—, debe ser objeto de la máxima protección jurisdiccional en todo cuanto se relacione con su finalidad de servir leal y honradamente a la información y a la formación de la opinión publica, es decir, a la función que deben cumplir los diarios en servicio de la comunidad.

La prensa obliga al lector a la participación y al esfuerzo. Nada impide al lector que reflexione o razone acerca de lo que lee. Nada en el diario conduce a convertir al lector en un sujeto pasivo o receptivo. Por lo demás, no obstante sus modificaciones cualitativas y cuantitativas y el protagonismo de los grupos intermedios en la pugna por el poder de control social que se asigna a los medios de comunicación social, el derecho de prensa sigue siendo un precioso derecho individual, en esencial conexión con la autonomía individual que esta Corte, en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias del suceso, debe tutelar, cuando entre en colisión con la protección que se le debe a los individuos contra la calumnia y la difamación. En relación con las fuentes, mientras un diario diga la verdad persiguiendo un interés público, resulta claro que no puede merecer reproche judicial de ninguna especie ni estar obligado a pagar resarcimiento civil o pecuniario.

Esto no significa impunidad ni privilegio, ni erigir al derecho de prensa, y por extensión al de información, en un super derecho. De ahí que la difamación hecha por la prensa puede

perseguirse mediante acción civil o acción penal toda vez que si grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad.

11) Que, de este modo, se hace necesario distinguir entre el ejercicio del derecho de la industria o comercio de la prensa, cine, radio y televisión; el derecho individual y de información, mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen; y el derecho social a la información. Es decir, el derecho empresario, el derecho individual y el derecho social que se encuentran interrelacionados.

12) Que se observa una creciente complejidad y un mayor aporte de recursos conforme se pasa a la prensa tradicional, a los nuevos medios de expresión como la cinematografía y la televisión; paralelamente se reduce la concurrencia efectiva de oferentes y se acentúa el proceso de concentración.

Es así dable distinguir comparativamente diversos tipos de organización empresaria; el de empresa privada, sin otra sujeción que la del derecho común, el de empresa privada regida por leyes especiales y un mayor control estatal; el de corporaciones públicas. Estas posibilidades se combinan a su vez con distintos regímenes que admiten diversos grados de libertad de expresión, de donde las formas indicadas de organización empresaria pueden garantir o sujetar la libertad individual, no necesariamente coincidentes con la libertad económica.

13) Que cada uno de los sistemas así resultantes responde a una teoría de las funciones de los medios de comunicación y de las implicancias de la información sobre los individuos, los grupos sociales y la sociedad toda. De ahí que no se puedan sostener reglas perdurables ni de aplicación universal, especialmente si tales reglas se extraen de quienes vivieron el período inicial de expansión de la prensa, en aquellos países donde se imponían las formas políticas propias de la etapa formativa del Estado liberal.

14) Que entre nosotros, en lo que hace a la regulación empresaria de los medios de prensa, ésta se da a través del derecho común. La libertad de expresión se halla garantida en especial por el art. 14 de la Constitución Nacional. Pero esta libertad no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos mediante el uso de aquélla. Es así como esta Corte dijo que en nuestra Constitución no "ha existido el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. Si la publicación es de carácter perjudicial, y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión o a la sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa... Es una cuestión de hecho que apreciarán los jueces en cada caso" (Fallos 167:138) y que "este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de las autoridades sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como medio para cometer delitos comunes" (Fallos: 269:195).

15) Que desde esta perspectiva es necesario destacar que, según ha sido demostrado en autos, la cesantía del actor fue dispuesta por el intendente de la Ciudad de Buenos Aires el 26 de mayo de 1978 mediante decreto 3184/78 por aplicación del art. 36, incs. h), e i), de la ordenanza 33.640, toda vez que, como se señala en sus considerandos, la conducta irregular del agente resultó violatoria de los deberes impuestos por el art. 6º, incs. a), b) y c) del mismo estatuto, por lo que había perdido la confianza que debe merecer de sus superiores.

Si bien este aspecto del pronunciamiento no es materia de agravios es conveniente reafirmar lo dicho por el a quo en el sentido de que las circunstancias acreditadas justifican sobradamente aquella decisión.

16) Que ello es así por cuanto 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 el día 4 de mayo de 1978 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, al que había concurrido en horas de servicio, previo permiso otorgado por su superior para realizar un trámite particular.

Esa gestión, según explicitó en su demanda, consistía en la habilitación de un vehículo taxímetro de su esposa y al llegar al lugar, invocó aquel falso cargo ante un vendedor ambulante de elementos identificatorios para automóviles de alquiler con quien conversó, como así también ante un periodista televisivo que se aproximó para realizar una nota.

Sin embargo, cuando este último le requirió concretamente información sobre la presencia del vendedor en las proximidades de la repartición municipal, no sólo se negó a responder, sino que además escondió su rostro para evitar ser filmado, subió a un vehículo y emprendió en él una rápida huida en la que destruyó un farol de otro que se hallaba en el lugar.

Luego de ocurridos los hechos relatados, faltó a su trabajo durante 4 días sin causa justificada y al reanudar sus tareas, nada informó a sus superiores sobre lo sucedido.

17) Que al disponer su cesantía también se tuvo en cuenta que fue calificado como "malo" de parte de su jefe; que registraba una sanción de 15 días de suspensión por irrespetuosidad al superior e invitar al personal a no trabajar y que a menos de un mes de los sucesos de principios de mayo de 1978 (el 17 de abril), había sido denunciado por una comerciante por haberle pedido dinero para obtener la transferencia del comercio.

18) Que en estas condiciones, entonces, no cabe duda sobre la veracidad y gravedad de las razones invocadas por la Municipalidad paca darlo de baja, pues su servicio para con ella no fue prestado con lealtad, dedicación y diligencia en el lugar, destino y condiciones de tiempo y forma que determinaban las disposiciones correspondientes; no observó ni en el servicio ni fuera de él la conducta decorosa y digna de la consideración y confianza que su función exigía; ni se condujo con urbanidad y cortesía en sus relaciones con el público, ni con sus superiores (incs. a), b) y c), del art. 6º de la Ordenanza Nº 33.640).

19) Que por lo demás, si bien no fue tenido en cuenta para disponer su cesantía, de lo expuesto en los considerandos 16) y 17) surge que el demandante tampoco cumplió su deber de excusarse de intervenir en situaciones que pudieran configurar parcialidad o incompatibilidad con la función municipal (inc. i, art. 6º, ya citado), a la vez que al intentar patrocinar trámites o gestiones administrativas referidas a asuntos de su cónyuge, violó la prohibición prevista en el art. 7º, inc. c), del Estatuto para el Personal Municipal.

20) Que a partir de las precedentes consideraciones corresponde decidir la responsabilidad atribuible a los recurrentes en la divulgación que hicieron de los hechos.

Ambos apelantes informaron de lo sucedido en sus publicaciones, (un diario y una revista semanal), a pocos días de ocurridos los hechos protagonizados por el actor el 4 de mayo de

1978 y aunque el titulado de las notas pudiera considerarse impropio, el contenido de éstas se corresponde con aquéllos y se vincula a la expectativa generada en la opinión pública por temas como el de autos, estrechamente vinculados con la moralidad social; sin que quepa atribuirles responsabilidad a los editores atento a que la fuente de la que tomaron la noticia, ya la había presentado de un modo que en un primer análisis resulta particularmente convincente sobre las intenciones que motivaron el obrar del actor.

Reafirma lo dicho el sugestivo diálogo que el canal que originó la nota puso en pantalla, en el que la audiencia pudo de modo directo extraer sus propias conclusiones.

21) Que, en tales condiciones, habida cuenta del comportamiento irregular del demandante que culminó con su huida del lugar de los sucesos, circunstancia que no fue ciertamente de poca importancia dentro del contexto en que aquéllos se desarrollaron, para que su interpretación dejara en el ánimo de cualquier buen ciudadano una fundada inquietud, no existe otro responsable más que el del daño que pudo haberle causado la difusión periodística de los hechos.

22) Que por otra parte, es oportuno destacar la importante función que la prensa realiza como defensora de los intereses comunitarios, entre los que se cuenta el del recto obrar de la Administración y de sus funcionarios, sobre todo en países que, como el nuestro, carecen de un órgano institucionalizado que asuma prioritariamente la defensa de aquellos calificados como difusos.

De tal manera que, en la práctica, actúa como un medio de contralor de las instituciones y sus hombres y rinde un servicio de inestimable valor para el afianzamiento y salud del sistema y las instituciones republicanas.

La trascendencia de la misión que en tal sentido desarrolla el periodismo, impone que se extremen los recaudos cuando se trate de responsabilizarlos por los efectos derivados de la información ofrecida a la opinión pública, máxime cuando los hechos de que da cuenta fueron confusos voluntaria y libremente protagonizados por quien se considera perjudicado y llevan ínsitos en sí, las irregularidades que se han puntualizado.

23) Que, en consecuencia, en el *sub examine* existe relación directa e inmediata de la materia del juicio con la cuestión federal planteada, razón que habilita la procedencia de los recursos interpuestos, en tanto, ha sido necesario recurrir a la interpretación del texto constitucional (art. 32 de la Constitución Nacional) para poder decidir la causa.

24) Que por todo lo expuesto cabe sostener como principio que cuando el órgano de prensa se limita a informar sobre los hechos tal cual ellos ocurrieron, como acontece en el *sub examine*, las dudas que pudieran generarse en la opinión pública sobre la conducta de sus protagonistas han de reputarse como consecuencias inmediatas y directas de lo ocurrido y no de la acción de informar, la que, por lo demás, ha de ser preservada al máximo a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de información, que constituye el periodismo escrito, —al menos en este estado de nuestra evolución tecnológica y organización empresaria de los medios—, en reducto privilegiado para el pleno ejercicio de la libertad de expresión autónoma.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a los recursos interpuestos y se deja sin efecto la sentencia dictada en cuanto ha sido materia de agravios. Con costas. Agréguense las quejas al principal y reintégrense los depósitos. CARLOS S. FAYT.

Límites a la libertad de prensa - Honor - Responsabilidad - Real malicia.

Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias -causa Nº 9648-. 12/11/96 - Fallos: 319:2741.

✎ ***Antecedentes:***

Dante Giadone promovió querella por el delito de injurias contra Joaquín Morales Solá al entender que su honor había sido lesionado por un episodio narrado en un libro de su autoría. La cámara de apelaciones revocó la sentencia de primera instancia, lo condenó por injurias y le ordenó la publicación del fallo a su costa en dos periódicos. El querellado interpuso recurso extraordinario que denegado motivó la queja.

La Corte Suprema, por mayoría, dejó sin efecto la sentencia, absolvió al imputado y declaró que el proceso no afectaba el buen nombre y honor del que hubiera gozado. El juez Fayt en disidencia parcial desarrolla diversos aspectos para que se tenga por configurada la doctrina de la real malicia

El juez Petracchi en disidencia parcial analizó el concepto de dolo típico, su alcance y la disposición subjetiva.

El juez Bossert también en disidencia parcial opinó que la libertad de expresión abarca tanto las afirmaciones verdades como aquellas que han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche suficiente a pesar de su apartamiento con la realidad.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Libertad de expresión - Responsabilidad - Honor (Mayoría: Considerando 5º; Voto del juez Belluscio: Considerando 6º; Voto del juez Boggiano: Considerando 10; Voto del juez Vázquez: Considerandos 10 y 11; Disidencia parcial del juez Petracchi: Considerando 9º; Disidencia parcial del juez Bossert: Considerando 6º).

b) Injurias - Tipificación - Funcionario público (Voto del juez Belluscio: Considerando 7º; Voto del juez Vázquez: Considerando 14; Disidencia parcial del juez Fayt: Considerando 6º; Disidencia parcial del juez Petracchi: Considerandos 7º y 8º; Disidencia parcial del juez Bossert: Considerandos 5º y 6º; Disidencia parcial del juez Bossert: Considerando 7º).

c) Honor - Persona pública - Particulares - Interés público - Veracidad de la noticia. (Mayoría: Considerando 7º; Voto del juez Belluscio: Considerando 9º; Voto del juez Boggiano: Considerando 9º; Disidencia parcial del juez Petracchi: Considerandos 7º y 11; Disidencia parcial del juez Bossert: Considerandos 9º a 11).

d) Real malicia - Carga de prueba - Fuente (Mayoría: Considerando 7º, Voto del juez Belluscio: Considerando 9º; Voto del juez Boggiano: Considerandos 6º a 8º; Voto del juez Vázquez: Considerando 17; Disidencia parcial del juez Fayt: Considerando 5º; Disidencia parcial del juez Petracchi: Considerando 7º; Disidencia parcial del juez Bossert: Considerando 12).

🕮 *Estándar aplicado por la Corte:*

- La libertad de expresión e información no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía que debe guardar con los restantes derechos constitucionales como la integridad moral y el honor de las personas y en cuanto a las responsabilidades que puede generar su ejercicio abusivo por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. En el régimen republicano la libertad de expresión obliga a particular cautela al deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, más aquello no importa asegurar la impunidad de la prensa.

- Al cometerse la injuria por un medio indirecto de comunicación —texto de un libro— la tipificación del delito debe hacerse sobre el alcance y protección de la libertad de prensa 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 estándard atenuado de responsabilidad que corresponde cuando el sujeto pasivo de la deshonra es un funcionario público lleve a una inhibición de los medios y a constituir una obstrucción en el desempeño de las funciones esenciales de la prensa.

- La protección del honor de las personas públicas deber ser atenuada al discutirse temas de interés público, en comparación con la que se brinda a los simples particulares, por ello la atribución del conocimiento de la falsedad de la información al querellado basado en afirmaciones dogmáticas y apartamiento de las constancia de la causa provoca restricciones a la libertad de prensa negando la posibilidad de brindar información sobre temas de interés público máxime cuando la información vertida en un libro había sido publicada en un periódico de gran difusión años antes sin que el querellante hubiera efectuado impugnaciones sobre su veracidad o planteos sobre su honor.

- La doctrina de la real malicia se resume en la exculpación de los periodistas acusados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que lo eran o con imprudente y notoria despreocupación sobre su veracidad, en el caso de la injuria, debe acreditarse que se incurrió en una conducta que tenga capacidad para lesionar la honra o el crédito ajeno por ello, al invertir la carga de la prueba en perjuicio del imputado se viola el principio de inocencia.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 12 de noviembre de 1996.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Joaquín Miguel Morales Solá en al causa Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias —causa Nº 9648—" para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (sala I) revocó la sentencia de primera instancia que había absuelto de culpa y cargo a Joaquín Morales Solá, y lo condenó a la pena de 3 meses de prisión, en suspenso, por considerarlo penalmente responsable del delito de injurias (art. 110 del Código Penal). Además impuso al condenado las costas de ambas instancias y ordenó la publicación del fallo, a su costa, en los diarios "Clarín" y "La Nación". Contra este pronunciamiento, el querellado interpuso el recurso extraordinario cuya denegación motiva la presente queja.

2º) Que Dante A. Giadone promovió querella por el delito de injurias contra Joaquín M. Morales Solá, por entender que su honor había sido lesionado a raíz de que el querellado había narrado el siguiente episodio, en la pág. 143 de un libro de su autoría ("Asalto a la ilusión", Ed. Planeta, Buenos Aires, 1990): "Los días inaugurales de la democracia fueron testigos de disparates 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 lo que dicen antes de hacerme perder el tiempo'. Pero la fiesta parecía interminable y se suponía que había espacio para cualquier algarada".

3º) Que el querellado reclamó la apertura del recurso extraordinario federal sobre la base de una doble línea de argumentación. Por una parte, la condena sería contraria al derecho tutelado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y constituiría una indebida restricción a la libertad de dar y recibir información sobre asuntos vinculados con la cosa pública. Por la otra, el pronunciamiento violaría el principio de inocencia al invertir la carga de la prueba en contra del acusado; y estaría viciado de arbitrariedad, por incurrir en una parcialización de la prueba y omitir la consideración de indicios relevantes.

4º) Que la inteligencia asignada por la defensa a la garantía constitucional de la libertad de prensa no ha sido distinta de la que efectuó el a quo en su fallo, de modo que el recurso deducido no resulta procedente ante la ausencia de una decisión contraria en tal sentido (art. 14, inc. 1º, ley 48; autos S.723.XXIV, "Suárez, Facundo Roberto s/ querella c. Cherashni o Cherashny, Jorge Guillermo por calumnias e injurias", del 4 de mayo de 1995). En efecto, el recurrente postula la aplicación del criterio sentado por la doctrina judicial norteamericana "in re" "New York Times Co. vs. Sullivan" (373, U.S. 254, 271), con arreglo al cual la protección constitucional se extiende a las expresiones inexactas o falsas, cuando las mismas se refieren a funcionarios públicos respecto de temas de relevancia institucional, salvo que se probare que el periodista hubiera tenido conciencia de la falsedad de la noticia.

En este sentido, no fue otra la doctrina aplicada por el a quo como fundamento de su decisión, al sostener 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, ya que trataríase —al margen de los defectos de fundamentación que presenta el decisorio— de un juicio naturalmente vinculado con los extremos fácticos y probatorios de la causa.

5º) Que por otra parte, las demás expresiones de la cámara sobre el punto no son sino reflejo de una reiterada jurisprudencia de esta Corte, según la cual la verdadera esencia del dere-

cho a la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es, sin previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal (Fallos: 269:189 y 195; 312: 1114; A. 163.XXIII, "Abad, Manuel Eduardo y otros s/ calumnias e injurias —causa Nº 18.880", del 7 de abril de 1992 —La Ley, 1992-D, 180—).

En términos análogos, este tribunal ha señalado que el aludido derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles pues, si bien en el régimen republicano la libertad de expresión tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 308:789 y 310:508).

6º) Que, sin perjuicio de ello, los agravios sustentados en la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias suscitan cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, pues si bien es cierto que se relacionan con cuestiones ajenas —como regla y por su naturaleza— al remedio contemplado en el art. 14 de la ley 48, no lo es menos que cabe hacer excepción a ese principio cuando el pronunciamiento parte de una afirmación dogmática de quienes lo suscriben, dando satisfacción sólo aparente a la exigencia de ser derivación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos de la causa, lo que impone su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 311:609).

7º) Que en este sentido, la alzada afirmó que "no hay duda que Morales Solá sabía lo que decía, y es más, conocía el carácter disvalioso de la imputación que hacía, tal como el mismo lo ha reconocido y más aún 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 ni brinda una adecuada respuesta a los argumentos que, en ejercicio del derecho de defensa, formuló el afectado (Fallos: 310:1589).

Ello es así pues el tribunal omitió ponderar que la misma noticia había sido publicada por Morales Solá 5 años antes en el diario "Clarín", sin que el ahora querellante hubiera efectuado impugnaciones sobre su veracidad o planteos sobre su honor, lo que permite formar convicción acerca de la disposición subjetiva del querellado respecto de la veracidad de la información vertida en su libro "Asalto a la ilusión".

Por otro lado, al soslayar los descargos del imputado —que había manifestado que no tenía por qué dudar de la veracidad de las expresiones del ex ministro de Defensa Raúl Borrás—, el tribunal anterior en grado invirtió la carga de la prueba en su perjuicio (Fallos: 292:561; 311:444) y resolvió la cuestión en flagrante violación al principio de inocencia, al hacer redundar en su detrimento la fortuita circunstancia de la desaparición de la fuente periodística.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto el pronunciamiento de fs. 198/206 y, en uso de las facultades conferidas por el art. 16, segunda parte de la ley 48, se absuelve al imputado, declarándose que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado. Costas en todas las instancias al querellante. JULIO S. NAZARENO. — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR. — GUILLERMO A. F. LÓPEZ. — CARLOS S. FAYT (en disidencia parcial) — AUGUSTO C. BELLUSCIO *(según su voto)* — An-

tonio Boggiano *(por su voto)* — ADOLFO R. VÁZQUEZ (su voto) — GUSTAVO A. BOSSERT *(disidencia parcial)* — ENRIQUE S. PETRACCHI *(disidencia parcial)*.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (sala I) revocó la sentencia de primera instancia que había absuelto de culpa y cargo a Joaquín M. Morales Solá y lo condenó a la pena de 3 meses de prisión, en suspenso, por considerarlo penalmente responsable del delito de injurias (art. 110, Cód. Penal). Además impuso al condenado las costas de ambas instancias y ordenó la publicación del fallo, a su costa, en los diarios "Clarín" y "La Nación". Contra ese pronunciamiento, el querellado interpuso el recurso extraordinario que, denegado mediante el auto de fs. 239, dio origen a la presente queja.

2º) Que Dante A. Giadone promovió querella por el delito de injurias contra Joaquín M. Morales Solá, por entender que su honor había sido lesionado a raíz de que el querellado había narrado el siguiente episodio, en la pág. 143 de un libro de su autoría ("Asalto a la ilusión", Ed. Planeta, Buenos Aires, 1990: "Los días inaugurales de la democracia fueron testigos de disparates 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".

3º) Que el querellado reclamó la apertura del recurso extraordinario federal sobre la base de una doble línea de argumentación. Por una parte, la condena sería contraria al derecho tutelado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y constituiría una indebida restricción a la libertad de dar y recibir información sobre asuntos vinculados a la cosa pública. Por la otra, el pronunciamiento estaría viciado de arbitrariedad, por evaluar irrazonablemente el material fáctico relativo a la tipificación del delito regulado en el art. 110 del Cód. Penal y por tener por demostrado el conocimiento por parte del imputado de la falsedad del episodio que narró en su libro, con violación del principio constitucional de la inocencia del acusado.

4º) Que en autos existe cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, pues el a quo decidió en forma contraria a las pretensiones del recurrente la cuestión constitucional fundada en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional (art. 14, inc. 3º, ley 48).

5º) Que el tema esencial consiste en saber si en el sub lite la condena impuesta al querellado constituye una restricción razonable a la libertad de expresión e información —pues no otra cosa implica el deducir responsabilidades por su desenvolvimiento—, esto es, una limitación compatible con el lugar eminente que esa libertad tiene en el régimen republicano. Cabe recordar que en el tratamiento de esta cuestión constitucional, esta Corte no se encuentra limitada por las argumentaciones de las partes ni por las del a quo.

6º) Que es doctrina de este tribunal que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información no es absoluto puesto que no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía que debe guardar con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de la integridad moral y el honor de las personas (Fallos: 306: 1892; 308:789). Es por ello que el especial reconocimiento constitucional de que goza esta libertad de buscar, dar, recibir

y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio habida cuenta de que no existe el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 308:789; 310:508; 315:632 consid. 4º).

7º) 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, consids. 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.

8º) Que en primer lugar no se advierte la configuración de los elementos que constituyen el corpus de la injuria, es decir, una conducta que, con arreglo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, tenga capacidad para lesionar la honra o el crédito ajeno. En este sentido el texto que habría provocado la deshonra del querellante debe apreciarse en el contexto de la narración, atinente al clima anti militarista propio de los primeros tiempos del restablecimiento de las autoridades constitucionales, una vez desplazados los militares del gobierno. Hubo y hay un evidente interés público en conocer las dificultades y los excesos de esa etapa histórica, que más que provocar el descrédito de sus protagonistas, revelan las tensiones a las que estuvieron sometidos y el temple de que debieron disponer para superarlas. En esos tiempos, las ideas de la comunidad —por ejemplo, sobre el rol de los militares en la vida nacional— no respondían a los patrones de los tiempos de regularidad democrática. En su contexto, el episodio narrado, sea que responda a la realidad o no, es de una notable intrascendencia. En el caso, y por las valoraciones de la sociedad en aquel tiempo, no todo lo que el ofendido aprecia como ofensa a sus cualidades constituye una injuria por deshonra.

9º) Que particularmente incompatibles con los principios constitucionales en materia de libertad de expresión, son las afirmaciones del tribunal a quo concernientes al dolo, que prescinden de la disposición subjetiva con la cual actuó el agente respecto de la información. En efecto, atribuir a Morales Solá el "conocimiento de la falsedad de sus afirmaciones" descalifica el fallo de cámara por apartamiento de las constancias comprobadas 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. Máxime cuando se ha comprobado el hecho de que la noticia había sido publicada años antes en el diario "Clarín", sin que Dante Giadone hubiera efectuado impugnaciones sobre su veracidad o planteos sobre su honor, lo cual coadyuva a formar convicción sobre la disposición subjetiva del querellado y sobre el desenvolvimiento de su función periodística de modo prudente y compatible con el resguardo de la dignidad individual de las figuras públicas.

10) Que, en tales condiciones, la responsabilidad penal que la sentencia apelada —teñida de arbitrariedad por efectuar un examen parcial o aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa (doctrina de Fallos: 297:100; 303:2080)— atribuye a Joaquín M. Morales Solá, cons-

tituye una restricción inaceptable a la libertad de prensa, que desalienta el debate público de los temas de interés general, lo cual justifica la intervención de esta Corte a los fines de anular lo resuelto.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto el pronunciamiento de fs. 198/206 y, en uso de las facultades conferidas por el art. 16, segunda parte, de la ley 48, se absuelve al imputado, declarándose que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiera gozado. Costas de todas las instancias al querellante. AUGUSTO C. BELLUSCIO.

VOTO DELSEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (sala I) revocó la sentencia de primera instancia que había absuelto de culpa y cargo a Joaquín Morales Solá y lo condenó a la pena de prisión, en suspenso, por considerarlo penalmente responsable del delito de injurias (art. 110, Cód. Penal). Además impuso al condenado las costas de ambas instancias y ordenó la publicación del fallo, a su costa, en los diarios "Clarín" y "La Nación". Contra ese pronunciamiento, el querellado interpuso el recurso extraordinario que, denegado mediante el auto de fs. 239, dio origen a la presente queja.

2º) Que Dante A. Giadone promovió querella por el delito de injurias contra Joaquín Morales Solá, por entender que su honor había sido lesionado a raíz de que el querellado había narrado el siguiente episodio, en la pág. 143 de un libro de su autoría ("Asalto a la ilusión", Ed. Planeta, Buenos Aires, 1990): "Los días inaugurales de la democracia fueron testigos de disparates 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 vestirlo 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".

3º) Que el querellado expresó los siguientes agravios: a) la condena sería contraria al derecho tutelado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y constituiría una indebida restricción a la libertad de dar y recibir información sobre asuntos vinculados a la cosa pública; b) el pronunciamiento estaría viciado de arbitrariedad, por evaluar irrazonablemente el material fáctico relativo a la tipificación del delito regulado en el art. 110 del Cód. Penal y por tener por demostrado el conocimiento por parte del imputado de la falsedad del episodio que narró en su libro, con violación del principio constitucional de la inocencia del acusado.

4º) Que en autos existe cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, pues el a quo decidió en forma contraria a las pretensiones del recurrente la cuestión constitucional fundada en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional. Resulta procedente tratar esta cuestión en forma conjunta con los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia recurrida, ya que ambos aspectos guardan entre sí estrecha conexidad. Cabe también recordar que en el tratamiento de la cuestión constitucional propuesta, esta Corte no se encuentra limitada por las argumentaciones de las partes ni por las del a quo.

5º) 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 vs.

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 hubieren 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 de la crónica.

6º) 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 lo eran o con imprudente y notoria despreocupación sobre su veracidad. 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 refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucradas en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar.

7º) Que, en el derecho argentino, la configuración de la "real malicia" presupone la demostración de que ha existido culpa en concreto (conf. art. 512, Cód. Civil), la que se verifica ante la comprobación del actuar desaprensivo ("reckless disregard") a que hace referencia la jurisprudencia citada. En el caso de la injuria, debe acreditarse que se incurrió en una conducta que, con arreglo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, tenga capacidad para lesionar la honra o el crédito ajeno. 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, consids. 10 a 13), pone a cargo de quien inicia una demanda o querella la prueba conducente a esos fines, ello no obsta a que se permita al demandado o al querellado probar que de su parte no ha habido esa desaprensión.

8º) Que, en el caso sub examine, dicha prueba —intentada por el periodista— resultó de imposible cumplimiento ante la muerte del ex ministro de Defensa de la Nación, doctor Raúl Borrás, a quien el recurrente consignó como fuente de la información sobre la que se basó el párrafo del libro que el querellante consideró agraviante para su honor. De ello se deriva que pretender que el periodista debiera —ante esas circunstancias— demostrar que había recibido efectivamente la información de la fuente citada, implicaría colocarlo en una situación de indefensión, con grave violación del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

9º) Que, asimismo, son particularmente incompatibles con los principios constitucionales en materia de libertad de expresión, las afirmaciones del tribunal a quo concernientes al dolo, que prescinden de la disposición subjetiva con la cual actuó el agente respecto de la información. En efecto, atribuir a Morales Solá el "conocimiento de la falsedad de sus afirmaciones" descalifica el fallo de cámara por apartamiento de las constancias comprobadas 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 —por las razones expuestas "ut supra" —era relevante ponderar la creencia del querellado, de buena fe, en la adecuación de la información a la realidad. Máxime cuando se ha comprobado el hecho de que la noticia había sido publicada años antes en el diario "Clarín", sin que Dante Giadone hubiera efectuado impugnaciones sobre su veracidad o planteos sobre su honor, lo cual coadyuva a formar convicción sobre la disposición subjetiva del querellado y sobre el

desenvolvimiento de su función periodística de modo prudente y compatible con el resguardo de la dignidad individual de las figuras públicas.

10) Que, en tales condiciones, la responsabilidad penal que la sentencia —teñida de arbitrariedad por efectuar un examen parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa (doctrina de Fallos: 297:100; 303:2080)— atribuye a Joaquín M. Morales Solá, constituye una restricción inaceptable a la libertad de prensa, que desalienta el debate público de los temas de interés general, lo cual justifica la intervención de esta Corte a los fines de anular lo resuelto.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto el pronunciamiento de fs. 198/206 y, en uso de las facultades conferidas por el art. 16, segunda parte, de la ley 48 se absuelve al imputado, declarándose que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiera gozado. Costas de todas las instancias al querellante. ANTONIO BOGGIANO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO R. VÁZQUEZ

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revocó la sentencia de primera instancia que había absuelto de culpa y cargo a Joaquín M. Morales Solá, y lo condenó a la pena de 3 meses de prisión, en suspenso, por considerarlo penalmente responsable del delito de injurias (art. 110, Cód. Penal). Además, impuso al condenado las costas de ambas instancias y ordenó la publicación del fallo, a su costa, en los diarios Clarín y La Nación. Contra este pronunciamiento, el querellado interpuso el recurso extraordinario cuya denegación motiva la presente queja.

2º) Que Dante A. Giadone promovió querella por el delito de injurias contra Joaquín M. Morales Solá, por entender que su honor había sido lesionado a raíz de que el querellado había narrado el siguiente episodio, en la pág. 143 de un libro de su autoría (Asalto a la ilusión, Ed. Planeta, Buenos Aires, 1990): "Los días inaugurales de la democracia fueron testigos de disparates 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".

3º) Que el recurso extraordinario interpuesto por el querellado se basó en tres agravios: a) violación del principio de inocencia al afirmar el tribunal a quo que si bien Morales Solá sostiene que su fuente de información era un ex ministro de gobierno, tampoco puede corroborar ese dato, debido al fallecimiento del doctor Borrás, que ocupaba dicho cargo en aquel momento, lo que a su juicio importa una inversión del onus probandi; b) violación al derecho de libertad de expresión, garantizado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, que incluye el derecho a dar y recibir información, especialmente, sobre asuntos vinculados a la cosa pública al interpretar erróneamente el a quo la doctrina de la real malicia en tanto no se habría probado el conocimiento de la falsedad de la información por parte del acusado; c) arbitrariedad de la sentencia basada en la errónea valoración de los elementos —objetivo y

subjetivo— del tipo penal de injurias y la parcialización de la prueba y omisión de considerar indicios relevantes.

4º) Que el magistrado de primera instancia, sobre la base de que no surge con la certeza necesaria el dolo requerido para la tipificación de injurias, al que estimó integrado con el elemento subjetivo del animus injuriandi, absolvió al querellado. Agregó que "para adecuar la figura delictiva no basta la mera virtualidad externamente ofensiva que pudiera tener la expresión, debiéndose tener en cuenta que en los delitos contra el honor el dolo intención implementa el hecho materia, formando un todo indisoluble con él y no existe injuria si ese hecho no revela ostensiblemente la intención de menospreciar".

5º) Que el a quo, al revocar la decisión de la anterior instancia, entendió que no hay duda en sostener que la imputación aparece faltante a la verdad y que en consecuencia debe analizarse si se dan los elementos del tipo objetivo, esto es, si las palabras, además de no ajustarse a la realidad, tienen el carácter de ofensivas al honor. Entiende que el tipo subjetivo de la injuria es doloso — esto es, conocer y tener la voluntad de realización del tipo objetivo, que en el caso, no es otra cosa que saber que la imputación que se hace a la persona, es descalificante para su honra--. Sostiene que la sentencia apelada acude a los llamados elementos subjetivos del tipo, que el legislador no ha incorporado y que con ello se introduce una causal de atipicidad no prevista que torna incorrecto el razonamiento. Se da en el caso, lo que se ha dado en llamar la doctrina de la real malicia, ya que se ha probado la falsedad de la imputación, el conocimiento por parte del autor del hecho de esa falsedad o inexactitud, 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".

6º) Que los agravios planteados son aptos para habilitar la instancia extraordinaria al estar en juego el alcance de la cláusula constitucional de la libertad de prensa y resultar la decisión contraria al derecho fundado en aquélla (art. 14, inc. 3º, ley 48).

7º) Que nuestra Constitución Nacional otorga a la libertad de prensa, entendida como el ejercicio de la libertad de expresión de manera pública, un amplio reconocimiento como también una amplia tipificación de sus contenidos, reconocida a todos los habitantes del país, que no abarca sólo el derecho de difundir hechos y opiniones sino además el derecho de la sociedad a ser informada sobre acontecimientos considerados de interés público, a través de cualquier medio técnico de comunicación social.

8º) Que los medios de comunicación sin duda alientan el espíritu democrático de una sociedad cuando cumplen con la obligación de brindar información ajustada a las exigencias del lugar, como formadora de opinión y presa de pautas éticas propias de la actividad social que debe cumplir. La prensa desempeña un importante rol de discusión de los asuntos públicos y cumple un papel esencial para la subsistencia del sistema democrático y, ello es tan así, que en los estados no democráticos el derecho a la información es mínimo o no existe, pues los gobiernos despóticos apuntan antes que nada a suprimirlo.

9º) Que la historia ha demostrado que el ejercicio de esta libertad de información evita el engaño a la sociedad por parte de la clase gobernante, cuando es ejercida libremente y cumple con la obligación de brindar objetiva información, seria y segura. Ello no obstante la libre expresión de ideas, que no se ajusta a tales exigencias propias de la información.

10) Que ella no garantiza el irresponsable ejercicio del mentado derecho, como tampoco existen derechos absolutos en mengua de otros también reconocidos y de igual jerarquía,

pues su exceso no puede aislar la armonía que asegura la convivencia en sociedad. La verdadera esencia de este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal (Fallos: 269:195 consid. 5º).

11) Que nuestra Constitución Nacional ha reconocido éste y otros derechos que deben conjugarse armónicamente para la convivencia en una sociedad democrática. Entre aquéllos encontramos el de integridad moral y el honor de las personas, que no supone condicionar el derecho de informar por la prensa a la verificación, en cada supuesto, de la exactitud de una noticia, sino a la adecuación de 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 (Fallo A.163.XXIII: "Abad, Manuel Eduardo y otros s/calumnias e injurias", del 7 de abril de 1992).

12) Que en el sub lite reviste especial interés establecer si la información dada en el libro publicado, tiene capacidad lesiva suficiente, para la honra del querellante. Que no se trata simplemente de analizar la prueba y los hechos —que, salvo excepción, resultan ajenos a esta instancia, confr. Fallos: 303:135, entre otros— sino la violación a la libertad de prensa enfrentada a la afectación de la honra privada. Este último derecho entendido como la valoración que de manera íntegra realiza un sujeto de sí mismo, o la que hacen los demás de él, inserto en un contexto social, que varía en el tiempo conforme la época en que se vive. Si ambos derechos se enfrentan es necesario encontrar un punto de equilibrio, en salvaguarda del honor afectado cuando así ocurre; pero cuando la información suministrada tiene un fin licito y se ajusta a la verdad, podrá estarse a ella, cuya protección se encuentra al amparo de la Constitución.

13) Que los delitos contra el honor son de aquellos denominados formales; donde frente a la violación de la conducta típica penal, no interesa el resultado obtenido, sino la expresión voluntaria —dolosa— que importa un desprecio, una ofensa o un ataque serio a la honra o crédito ajeno. La actividad dolosa —sea de manera directa, indirecta o eventual— resulta del conocimiento del significado injurioso de su conducta, que no debe ser condicionado por el llamado "animus injuriandi", no incluido como uno de los elementos de la figura penal. La introducción de este ánimo especial eximiría de pena a situaciones en que concurra algún otro animus —sea por ejemplo, nocendi, narrandi, jocandi— dado que el ofendido debería probar el carácter ofensivo de la expresión.

14) Que formulado el aspecto subjetivo del tipo, como doloso, en cuanto al conocimiento que se tiene del carácter ofensivo de la conducta desplegada, es necesario analizar si dicho quehacer se da en el sub lite; siempre teniendo en cuenta que no toda conducta considerada como deshonrante o desacreditante, es tal, pues la ofensa deberá analizarse dentro de los valores relativos tenidos en cuenta para una comunidad dada, en circunstancias de tiempo, modo, lugar y personas a las que son dirigidas, dentro del contexto general en que se dan, pues palabras o frases que para una persona o en determinado lugar o tiempo histórico resultan injuriosas, en otros no lo son.

15) Que el relato involucra a personas de evidente calidad pública como el ex presidente de la Nación y otras vinculadas a su entorno público como el querellante, sus ministros y las

fuerzas de seguridad, que transciende el mero aspecto privado de sus vidas, para incertarlas en el contexto general del país y el sentir nacional una vez vuelto el estado democrático. Tales aspectos de la narración deben interpretarse como un crítico análisis de la sociedad argentina para la época en que ocurre el hecho.

16) Que, en casos como el presente, cuando existe un conflicto entre la libertad de expresión y lo atinente al derecho de 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, esta Corte ha adoptado —en línea hermenéutica semejante a la utilizada por otros tribunales constitucionales— el standard jurisprudencial creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso New York Times Co. v. Sullivan —376 U.S. 254, 1964— (confr. Fallos: 310:508, consid. 11 y siguientes).

17) Que dicho standard nació como forma de quebrar la inmunidad de la expresión crítica referida a personas que ocupan cargos públicos, por su actividad pública y que se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o responsabilizados civilmente por daños y perjuicios frente a informaciones falsas, debiendo los querellantes o demandantes probar que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que lo eran o que actuaron con imprudencia o con notoria despreocupación.

18) Que el autor sabía lo que decía, pero no por ello debe asignarse a sus palabras un contenido lesivo para la honra del querellante. Los párrafos por los que se siente injuriado han sido traídos fuera del contexto general de la publicación que los reproduce, apartados del todo y sin el sentido amplio que da el escritor al conjunto de sus palabras. Es que no resulta posible tal escisión para una perfecta evaluación del momento histórico del relato y de las personas que lo alientan. Del análisis integro de la publicación, no se advierte la existencia del elemento subjetivo de la figura, ello es, el dolo. El relato, enmarcado en una época crítica para el sentir nacional, no puede ser considerado injurioso en tanto refleja un confuso y exitista estado general de la comunidad.

19) Que la circunstancia de no haber podido contar el querellado con quien manifestó era su fuente de información, por el hecho de haber fallecido, no importa per se un conocimiento de la falsedad de ella como se le adjudicó, máxime cuando la noticia años antes había tenido difusión pública en un matutino como lo es el diario Clarín, del cual ninguna impugnación se formuló sobre su veracidad, lo que torna imposible abrir juicio de reproche sobre lo publicado, como se hizo. Sin embargo, no resulta posible pasar por alto el esfuerzo hecho por el querellado quien a lo largo del legajo acreditó que las circunstancias del relato provenían de una fuente directa de información, cual era un ministro en ejercicio, al momento de ocurrencia de los hechos que describió en su libro; como también que los términos utilizados no hacen otra cosa que reflejar la realidad de la época, prueba directamente vinculada al precepto injurioso, que lo exime de responsabilidad. Que ello se ve corroborado con los dichos del ex presidente Raúl Ricardo Alfonsín quien en el cuaderno de prueba manifestó que la confusión proviene del hecho de que el doctor Giadone le aconsejó, que el oficial de servicio que vestía de uniforme diario, lo hiciera también con uniforme de granadero; como así se ordenó posteriormente....

20) Que, siguiendo el lineamiento impuesto por el Código Penal, corresponde destacar que no cualquier prueba ha de ser posible arrimar al proceso sino aquella que se vincule directamente al precepto injurioso y que lo libere de responsabilidad, sea demostrando su inculpabilidad, la inexistencia de la imputación u otra eximente de pena, pero lo que no podrá probar

es la veracidad del texto injurioso pues la ley desautoriza toda indagación al respecto trayendo al proceso constancias conexas. No se trata de trasladar el "onus probandi" al querellado —conforme lo aceptan las nuevas teorías sobre el desplazamiento de la carga probatoria al demandado civil, solidarizando las partes en el aporte de pruebas— para que demuestre que resulta inocente, pues ello se presume, sino acreditar aquellos elementos de juicio que lo eximan de pena en caso de probarse la verdad de las imputaciones; y así lo ha hecho el querellado según ha quedado establecido en el considerando anterior. Para nuestra concepción ambas partes deben coadyuvar a desentrañar la verdad objetiva, acompañando aquellos elementos de prueba que sean necesarios para acreditar la responsabilidad o la eximente de pena. Desde este punto de vista, guardaría cierta similitud en algunos aspectos con el proceso civil, que también demanda la necesidad de que sean las partes quienes impulsen la acción.

21) Que la decisión del tribunal de la anterior instancia resulta incompatible con la línea jurisprudencial de esta Corte en cuestiones relativas a la libertad de prensa, donde la protección del honor de personas públicas debe ser atenuada cuando se discuten temas de interés público, en comparación con la que se brinda a los simples particulares. La atribución del conocimiento de la falsedad de la información al querellado, basada en cuestiones dogmáticas, ajena a las constancias sumariales y fundada 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.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto el pronunciamiento de fs. 196/206 y, en uso de las facultades conferidas por el art. 16, segunda parte, de la ley 48 se absuelve al imputado, declarándose que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiese gozado. Costas de todas las instancias al querellante. ADOLFO R. VÁZQUEZ.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (sala I) revocó la sentencia de primera instancia que había absuelto de culpa y cargo a Joaquín M. Morales Solá y lo condenó a la pena de 3 meses de prisión, en suspenso, por considerarlo penalmente responsable del delito de injurias (art. 110, Cód. Penal). Además impuso al condenado las costas de ambas instancias y ordenó la publicación del fallo, a su costa, en los diarios "Clarín" y "La Nación". Contra ese pronunciamiento, el querellado interpuso el recurso extraordinario que, denegado mediante el auto de fs. 239, dio origen a la presente queja.

2º) Que Dante A. Giadone promovió querella por el delito de injurias contra Joaquín M. Morales Solá, por entender que su honor había sido lesionado a raíz de que el querellado había narrado el siguiente episodio, en la pág. 143 de un libro de su autoría ("Asalto a la ilusión", Ed. Planeta, Buenos Aires, 1990): "Los días inaugurales de la democracia fueron testigos de disparates 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".

3º) Que el querellado reclamó la apertura del recurso extraordinario federal sobre la base de una doble línea de argumentación. Por una parte, la condena sería contraria al derecho tutelado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y constituiría una indebida restricción a la libertad de dar y recibir información sobre asuntos vinculados a la cosa pública. Por la otra, el pronunciamiento estaría viciado de arbitrariedad, por evaluar irrazonablemente el material fáctico relativo a la tipificación del delito regulado en el art. 110 del Cód. Penal y por tener por demostrado el conocimiento por parte del imputado de la falsedad del episodio que narró en su libro, con violación del principio constitucional de la inocencia del acusado.

4º) Que en autos existe cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, pues el a quo decidió en forma contraria a las pretensiones del recurrente la cuestión constitucional fundada en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional (arts. 14, inc. 3º, ley 48).

5º) Que la inteligencia que predica la sentencia recurrida respecto de la garantía constitucional de la libertad de prensa no difiere de la interpretación que esta Corte le ha asignado (Fallos: 314:1517; causa R.198.XXIII "Ramos, Julio Alfredo" del 16 de noviembre de 1993.

No obstante, la valoración de las circunstancias de hecho que el a quo formula es claramente contraria a esa doctrina, pues entiende 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 imprudente 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, el a quo ha omitido ponderar que la misma noticia había sido publicada por Morales Solá cinco años antes en el diario "Clarín", sin que el ahora querellante hubiera efectuado impugnaciones sobre su veracidad o planteos sobre su honor, lo que permitiría formar la convicción opuesta acerca de la disposición subjetiva del querellado respecto de la veracidad de la información vertida en su libro "Asalto a la ilusión".

En el mismo orden de ideas, la cámara hizo pesar sobre el imputado la imposibilidad de demostrar que la información provenía de una fuente seria, extremo éste que más allá de importar un claro apartamiento de la doctrina que dijo aplicar, se traduce en una inadmisible violación del principio de inocencia, suficiente para descalificar el pronunciamiento recurrido.

6º) Que, por otra parte, el a quo no ha tenido en cuenta a la hora de evaluar la configuración de los elementos que constituyen el corpus de la injuria, es decir, una conducta que —con arreglo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar— tenga capacidad para lesionar la honra o el crédito ajeno, que el texto que habría provocado la deshonra del querellante debiera apreciarse en el contexto de la narración, que se refiere a una época particular de nuestra historia como lo fue la del restablecimiento de autoridades constitucionales luego de desplazados los militares del gobierno. Igualmente, debió tener en cuenta el interés público en conocer las dificultades de esa etapa histórica, tarea en la cual el periodismo cumple un rol fundamental. No pudo tampoco soslayar que, más que provocar el descrédito de los protagonistas, aquella tarea revela las tensiones a que estuvieron sometidos y el temple de que debie-

ron disponer para superarlas. En la lectura de los relatos de los episodios de esos tiempos, no pudo prescindir de considerar que las ideas de la comunidad sobre la función de las Fuerzas Armadas en esa época, difieren claramente de los patrones vigentes en los tiempos de normalidad institucional consolidada. Todo ello le hubiera permitido relativizar el episodio que da origen a este proceso y advertir que —más allá de que responda o no a la realidad— resulta de una notable intrascendencia, extremo que debió considerar al juzgar su aptitud y suficiencia para constituir una ofensa al querellante.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia apelada, con costas. CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º). Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (sala I) revocó la sentencia de primera instancia que había absuelto de culpa y cargo a Joaquín Morales Solá y lo condenó a la pena de tres meses de prisión, en suspenso, por considerarlo penalmente responsable del delito de injurias (art. 110, Cód. Penal). Además le impuso al condenado las costas de ambas instancias y ordenó la publicación del fallo, a costa de aquél, en los diarios "Clarín" y "La Nación".

2º) Que Dante Giadone promovió querella criminal por el delito de injurias contra Joaquín M. Morales Solá, porque se sentía afectado en su honor a raíz de que el querellado consignó en la pág. 143 de un libro de su autoría ("Asalto a la ilusión", Ed. Planeta, Buenos Aires, 1990), el siguiente texto: "Los días inaugurales de la democracia fueron testigos de disparates 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 vestirlo 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".

3º) Que el juez de primera instancia sostuvo, para absolver a Morales Solá, que no encontraba "...acreditada en tal publicación un 'animus injuriandi', como para que se tipifique el delito de injurias, ya que éste se integra necesariamente con el elemento subjetivo del 'animus injuriandi', cuya comprobación debe quedar explícita para adecuar la conducta investigada (al) tipo delictivo del art. 110 del Cód. de Fondo...".

4º) Que el fallo de la cámara que revocó el pronunciamiento y condenó a Morales Solá se integra con un primer y segundo voto —que se examinan infra— a los que adhirió el tercer integrante del tribunal.

Contra esa sentencia el querellado interpuso el recurso extraordinario que, al ser denegado por el a quo, motivó la queja sub examine.

El apelante formuló los siguientes agravios: a) la sentencia sería violatoria del principio constitucional de presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba en perjuicio del querellado; b) también sería contraria al derecho tutelado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional de dar y recibir información sobre asuntos vinculados a la cosa pública. Sostuvo

que en el caso resultaba aplicable la doctrina de la "real malicia" reconocida por la jurisprudencia estadounidense, c) el fallo sería arbitrario por contener una interpretación irrazonable del art. 110 del Cód. Penal y por evaluar de la misma manera la prueba rendida en autos.

5º) Que el recurso de hecho es formalmente admisible por estar en juego la inteligencia de la cláusula constitucional de libertad de prensa y ser la decisión contraria al derecho fundado en aquélla (art. 14, inc. 3º, ley 48).

6º) Que el pronunciamiento del a quo adolece de serias deficiencias, en cuanto a la comprensión de la naturaleza y alcance de la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional, que lo descalifican como acto judicial.

En dicho pronunciamiento se parte de la base —no impugnada por el apelante— de que los hechos descriptos por Morales Solá en su libro no se ajustan a la verdad.

A partir de allí, el camarista que vota en el primer término oscila entre dos conceptos de dolo que son incompatibles entre sí. Uno, consistiría en la conciencia, por parte del autor, de que lo dicho no es verdadero. Otro, se configuraría con el solo conocimiento del carácter ofensivo de lo dicho (con prescindencia de su verdad o falsedad).

7º) Que respecto de la primera clase de dolo —el que implica conocimiento de la falsedad— el camarista mencionado afirma: "Se da en el caso, lo que se ha dado en llamar la doctrina de la real malicia, que ha seguido la Corte de los Estados Unidos, ya que se ha probado la falsedad de la imputación, el conocimiento por parte del autor del hecho de esa falsedad o inexactitud, 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...".

Este aspecto del voto no se sostiene, en cuanto afirma que "se ha probado" el conocimiento de la falsedad "y" la despreocupación para indagar acerca de ella. Ello por dos razones:

A) Del mero enunciado surge que el conocimiento de la falsedad y la despreocupación por indagar se excluyen recíprocamente, por lo que no resulta posible predicar simultánea y contemporáneamente ambos estados subjetivos en un mismo sujeto.

B) La mentada "prueba" —relativa a la actitud de Morales Solá frente al hecho— es inexistente.

En tal sentido corresponde destacar, tal como lo afirmó el juez de primera instancia, que las declaraciones testimoniales de fs. 60/61 (Ugarte y Estévez) "...fuera de servir para ilustrar sobre la trayectoria y personalidad del aquí querellante Dante A. Giadone, no explicitan y aclaran la situación de duda en cuanto al accionar doloso o no del aquí cuestionado Morales Solá".

Sólo queda, entonces, el testimonio del ex presidente doctor Alfonsín que —según el propio voto reseñado— explica "cuál ha sido el motivo de confusión, esto es el consejo de Giadone que el oficial de servicio, también usara uniforme de Granadero". De ese conciso testimonio —del que se extrae un "consejo" de Giadone al ex presidente distinto del consignado por Morales Solá en su libro— sólo puede extraerse, en lo relativo a la actitud subjetiva del querellado, la suposición del declarante en torno a que hubo una "confusión", cosa bien distinta de lo que el a quo endilga al querellado.

En lo atinente a la invocación de Morales Solá de que la fuente de su información fue el fallecido ex ministro de defensa doctor Borrás, en el mentado voto se reconoce el planteo, y ninguna cuestión se hace respecto de su legitimidad o de los propósitos que lo inspiran. Sólo se limita a constatar que, por el aludido deceso, "tampoco puede corroborar ese dato". En esto puede advertirse cualquier cosa, menos un reproche. A no ser que quepa reprochar al querellado la mala suerte de que haya muerto aquél a quien invoca como fuente de sus dichos.

Por fin, tampoco se pondera en el voto sub examine la importante circunstancia —puesta sí de relieve por el juez de la anterior instancia y señalada por el recurrente a fs. 219 vta.— de que el relato de Morales Solá ya había figurado en una nota publicada, años antes del libro, en el diario "Clarín", sin que —en esa oportunidad— el querellante Giadone hiciera ningún planteo como el que le suscitó posteriormente "Asalto a la ilusión".

Lo expuesto revela que, a partir de las constancias reseñadas, atribuir a Morales Solá "conocimiento de la falsedad" de sus afirmaciones, resulta gratuito, dogmático y sin apoyo probatorio alguno.

8º) Que, como ya se ha advertido en el considerando 6º "in fine supra", el voto en cuestión también adopta —en otros párrafos— un concepto de dolo que es distinto al que se acaba de examinar. Este segundo concepto no requiere "conciencia de falsedad" sino, tan solo, conciencia de que lo que se dice es "desacreditante" o "deshonroso" (con prescindencia de que sea verdadero o falso).

Así, el camarista señala que "...Basta pues, en el delito de injuria, con que el autor actúe con dolo, esto es, conocer y tener la voluntad de realización del tipo objetivo, que en el caso, no es otra cosa que saber que la imputación que se hace a la persona, es descalificante para su honor. Y en este sentido, no hay duda que Morales Solá sabía lo que decía, y es más, conocía el carácter disvalioso de la imputación que hacía, tal como el mismo lo ha reconocido, y más aún debía tener serias dudas, como mínimo, sobre la verdad de la afirmación".

9º) Que si se entendiera que este último concepto de dolo es el que da fundamento a la condena del querellado, resultan constitucionalmente inaceptables las afirmaciones contenidas en el voto sub examine cuando —para excluir la existencia de una causa de justificación en favor del acusado— se sostiene que "la libertad de prensa, reconocida por nuestra ley fundamental, permite que la idea se diga sin censura previa, pero de ninguna manera que lo dicho no traiga consecuencias a la persona, si su afirmación es inexacta y toca el honor de terceros" y cuando afirma que: "De allí que no exista protección constitucional para contar hechos que no han pasado, y para más, con ellos ofender el honor de terceros, y además pretender que no se castigue el delito así cometido".

La incompatibilidad de esta posición con los principios constitucionales en materia de libertad de expresión radica en 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— la disposición subjetiva con el 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 afirmaciones que —con posterioridad al hecho— son declaradas "verdaderas" por un órgano jurisdiccional, excluyendo de aquella protección a las que, aun no siendo ajustadas a la verdad, han sido emitidas —ex ante— en la creencia de serlo.

Esta comprensión restrictiva no sería compatible con la doctrina de esta Corte y de otras importantes jurisdicciones constitucionales, que, en los sectores donde lo "público" es prioritario —por la naturaleza de los temas expuestos y de las personas involucradas— privilegian decididamente el debate libre y desinhibido, como modo de garantizar un elemento esencial en el sistema republicano democrático. Y, justamente por ello, determinan que —en ese ámbito— la libertad de expresión no se agota en las meras afirmaciones "verdaderas".

Así la Corte norteamericana señaló que "Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir" ("New York Times v. Sullivan", 373 U.S. 254, 271). La importancia de esta doctrina se funda en la necesidad de evitar la autocensura. Si sólo los eventuales críticos de la conducta oficial pudieran evitar su condena con la prueba de la verdad de los hechos afirmados, aquéllos "...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 miedo al gasto necesario para hacerlo. Tenderían a formular exclusivamente declaraciones que, 'se mantengan bien apartadas de la zona de lo ilícito'. Así, la regla desalentaría el vigor y limitaría la variedad del debate público. Ello es inconsistente con la Primera y la Decimocuarta Enmiendas" ("The New York Times", cit. p. 279).

En "Gertz" ese mismo tribunal afirmó que "La Primera Enmienda requiere que protejamos algunas falsedades a efectos de tutelar el discurso que tiene importancia" (418 US 323, 340).

En la Corte argentina se ha afirmado, coincidentemente, que: "Con relación a la información objetiva y verídica, corresponde destacar las dificultades que ofrece a la teoría del conocimiento la posibilidad de llegar a la realidad de las cosas. De ahí que si la información deseable sea la objetiva, la posible es la información que tiende a esa verdad objetiva. Esta limitación subyace como herencia de la condición humana que la formula y marca, con el signo del acierto o del error, la distancia, que siempre existe, entre el hecho y su relato...No se trata de la verdad absoluta, sino de buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe" (caso "Vago", Fallos: 314:1517, 1522).

A su vez, el Tribunal Constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que "...Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse 'la verdad' como condición para el reconocimiento del derecho (de expresarse libremente), la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio..." (Jurisprudencia Constitucional, t. XX; p. 57).

La noticia que la Constitución protege —se dijo en la citada sentencia del Tribunal Constitucional español— es la que transmite información "veraz", pero de ello no se sigue que quede extramuros del ámbito garantizado la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso. "Cuando la Constitución requiere que sea 'veraz', no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador" (op. y loc. citados).

En forma parecida se ha expresado el Tribunal Constitucional alemán: el caso "Böll" dicho tribunal sostuvo que "un énfasis excesivo en la obligación de probar la verdad y las graves sanciones que son su consecuencia, podrían llevar a una restricción y a una inhibición de los medios; éstos ya no podrían cumplir con sus tareas, especialmente aquellas que consisten en

el control público; si se los sometiera a un riesgo (de sanción) desproporcionado" (BverfGe 54, 208, transcripto por Martín Kriele en "Esj Grundrechte", Munich 1986, p. 425).

10) Que, en resumen, el voto *sub examine* presenta las siguientes falencias:

A) Oscila entre dos nociones de dolo incompatibles entre sí: 1. dolo como "conciencia de la falsedad" de lo que se dice; 2. dolo como mera conciencia del carácter "desacreditante" o "deshonroso" de los dichos.

B) En los tramos en que adopta el concepto de dolo sub 1), carece de total sustento probatorio para tener por configurada esa actitud subjetiva del agente (confr. consid. 7º).

C) En las partes en que parece inclinarse al concepto sub 2), realiza consideraciones acerca del alcance de la libertad de expresión como causa de justificación que son totalmente incompatibles con la Constitución Nacional (confr. consid. 9º).

11) Que, por último, del voto del segundo camarista cabe destacar —más allá de las coincidencias que puede registrar con algunos de los aspectos reseñados del primer voto y que, por lo tanto, son pasibles de los mismos reproches que este último merece (confr. supra)— el párrafo en el que afirma: "Y no se diga que estamos ante la libertad crítica a los funcionarios públicos por medio de la prensa y en razón de los actos gubernamentales, reconocida como manifestación esencial de la libertad de prensa... (cita de Fallos de esta Corte). Aquel episodio comentado por Morales Solá en 'Asalto a la ilusión' carece de significación política, carece de actualidad, y no tiene el menor relieve institucional..." (fs. 204 vta.)

El votante parece aceptar la doctrina del tribunal según la cual "...La protección del honor de personalidades públicas...debe ser atenuada cuando se discuten temas de interés público, en comparación con la que se brinda a los simples particulares...Este principio...se funda, en primer lugar, en que las personalidades públicas tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y que aquéllas se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias...Por otra parte, este criterio responde al prioritario valor constitucional, según el cual debe resguardarse especialmente el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a este tipo de personas, como garantía esencial del sistema republicano democrático" (Fallos: 316:2416).

Sin embargo, resulta totalmente injustificado que se desconozca que tales circunstancias se dan en el caso, cuando el relato del querellado involucra a un ex presidente argentino y a un ex subsecretario general de la Presidencia de la Nación —ambos vivos, por supuesto—, se ubica en un tiempo muy cercano al actual y pretende mostrar supuestas actitudes de quienes accedían a los niveles supremos del poder después de años de oscura dictadura militar. Salvo que el camarista opine que el estándar de "protección atenuada" que refleja —entre otros— el caso "Triacca", desaparece automáticamente por el solo hecho de que las personalidades públicas no desempeñen sus cargos al momento de los dichos que las afectan, postura que —debe destacárselo— no encuentra el menor respaldo en la doctrina de esta Corte y en la de aquellos tribunales constitucionales que han adoptado criterios parecidos.

12) Que, por todo lo expuesto, corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento apelado, por no ajustarse a la doctrina de esta Corte en punto a la libertad de expresión y sus alcances.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento de fs. 198/206. Con costas. ENRIQUE S. PETRACCHI.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUSTAVO BOSSERT

Considerando:

1º). Que contra la sentencia de la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que condenó a Joaquín M. Morales Solá a la pena de 3 meses de prisión de ejecución condicional, como autor del delito de injurias (art. 110, Cód. Penal), interpuso el querellado recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2º) Que Dante A. Giadone promovió querella contra Joaquín M. Morales Solá a raíz de las expresiones publicadas en el libro "Asalto a la ilusión" en el que el imputado narró diversos acontecimientos ocurridos en el gobierno constitucional de 1983, entre ellos el siguiente: "Los días inaugurales de la democracia fueron testigos de disparates 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 los mandatarios) y vestirlo de civil. Alfonsín levantó la mirada y le suplicó: 'Por favor, piensen lo que dicen antes de hacerme perder el tiempo'. Pero la fiesta parecía interminable y se suponía que había espacio para cualquier algarada...".

El magistrado de primera instancia absolvió al querellado por la falta de acreditación del dolo requerido para la tipificación del delito de injurias, el que estimó integrado con el elemento subjetivo del "animus injuriandi".

3º) Que la cámara revocó la sentencia absolutoria y condenó al querellado por el delito de injurias. Estimó que en el tipo penal del art. 110 del Cód. Penal los "animus" o elementos subjetivos del tipo no se hallan ni siquiera mencionados en la figura legal citada. En este aspecto expresó que "basta pues, en el delito de injurias, con que el autor actúe con dolo, esto es, conocer y tener la voluntad de realización del tipo objetivo, que en el caso, no es otra cosa que saber que la imputación que se hace a la persona es descalificable para su honor. Y en este sentido, no hay duda (de) que Morales Solá sabía lo que decía, y es más, conocía el carácter disvalioso de la imputación que hacía, tal como él mismo lo ha reconocido y más aún debía tener serias dudas, como mínimo, sobre la verdad de la afirmación".

Refirió que no existe protección constitucional para contar hechos que no han pasado.

Consideró aplicable al caso la doctrina de la real malicia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, por haberse probado la falsedad de la imputación, el conocimiento por parte del autor de la falsedad o inexactitud de la información y la despreocupación para indagar acerca de la veracidad o falsedad de aquélla. Destacó la existencia de la llamada "imprudencia temeraria" en la forma de buscar la noticia.

Por último expresó que no se trata en el caso de "la libre crítica de los funcionarios públicos por medio de la prensa en razón de actos gubernamentales", por carecer el episodio narrado de actualidad y de relevancia institucional.

4º) Que el querellado dedujo recurso extraordinario basado en tres agravios: a) violación de la garantía constitucional de la libertad de prensa al desconocer el a quo la presunción de licitud que ampara a la prensa cuando cumple con el deber de informar sobre asuntos vinculados a la cosa pública y especialmente al interpretar erróneamente la doctrina de la falsedad de la información por parte del acusado; b) violación del principio de inocencia que se habría configurado al expresar la cámara que "si bien Morales Solá sostiene que su fuente de infor-

mación era un ex ministro de gobierno, tampoco puede corroborar ese dato, debido al fallecimiento del doctor Borrás, que ocupaba dicho cargo, en aquel momento"; c) arbitrariedad de la sentencia basada en la errónea valoración de los elementos del tipo penal de injurias, y respecto a la interpretación del carácter de interés público de la información que motivó la litis.

5º) Que la inteligencia asignada por la defensa a la garantía constitucional de la libertad de prensa no ha sido distinta de la que efectuó el a quo en su fallo, de modo que el recurso deducido no resulta procedente ante la ausencia de una decisión contraria en tal sentido (art. 14, inc. 1º, ley 48; autos S.723 XXIV "Suárez, Facundo Roberto s/ querella c. Cherashni o Cherashny, Jorge Guillermo por calumnias e injurias" del 4 de mayo de 1995). En efecto, el recurrente postula la aplicación del criterio sentado por la doctrina judicial norteamericana —"in re": "New York Times Co. vs. Sullivan (373, U.S. 254, 271)— con arreglo al cual la protección constitucional se extiende a las expresiones inexactas o falsas cuando las mismas se refieren a funcionarios públicos respecto de temas de relevancia institucional, salvo que se probare que el periodista hubiera tenido conciencia de la falsedad de la noticia, o imprudente o notoria despreocupación por indagar sobre si eran o no falsas.

En este sentido, no fue otra la doctrina aplicada por el a quo como fundamento de su decisión, al sostener que se había probado el conocimiento de la falsedad o inexactitud de la imputación por parte del autor del hecho, "y la despreocupación por 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 parece como resultante de una interpretación constitucional contraria a los derechos del recurrente, ya que se trataría de un juicio naturalmente vinculado con los extremos fácticos y probatorios de la causa.

Que tampoco corresponde a esta Corte pronunciarse acerca de las modalidades que el régimen de injurias exhibe en el plano infraconstitucional, dada la naturaleza común de las normas que la informan (arts. 14 y 15, ley 48), materia propia de los jueces de la causa.

6º) 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 autor actúe con dolo", esto es conocer y tener voluntad de realización del tipo objetivo con prescindencia de la veracidad o falsedad de la 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 solo 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 vs. Sullivan", 373 U.S. 354, 271, que han sido extendidos al área penal en "Garrison vs. Lousiana", 379 U.S. 64, 74-1974; "Gertz" en 418 U.S. 323, 340; del Tribunal Constitucional español, sentencia 6/1988, Jurisprudencia Constitucional, t. XX, p. 57; y del Tribunal Constitucional Alemán en el caso "Böll" (BVerfGE 54, 208, transcripto por Martín Kriele en "ESJ Grundrechte", Munich, 1986, p. 425).

7º) Que a igual conclusión cabe arribar respecto a la doctrina establecida por esta Corte, referente a la protección más atenuada al honor que tienen los funcionarios y figuras públicas conforme a la Constitución Nacional (Fallos: 310:508, consids. 10 a 14), puesto que si bien el a quo en sus consideraciones ha dejado traslucir ciertos reparos respecto de la mencionada doctrina, lo cierto es que evaluó el caso a la luz del mencionado precedente, para, luego de interpretar las circunstancias fácticas, concluir que la información "disparatada" del querellado

carecía de toda relevancia política e institucional. Sin perjuicio de ello, estas últimas afirmaciones fueron impugnadas a la luz de la doctrina de arbitrariedad de sentencias.

8º) Que por el contrario, existe cuestión federal suficiente respecto a los siguientes agravios: violación al principio de inocencia al invertir el a quo la carga de la prueba; al atribuir a Morales Solá el conocimiento de la falsedad de la noticia; y finalmente al afirmar el tribunal que la noticia suministrada por el periodista carecía de interés público.

Si bien los agravios señalados remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba ajenas como regla a la vía prevista en el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción cuando las mismas guardan relación directa con garantías constitucionales.

9º) Que respecto a los descargos del imputado en cuanto manifiesta, que no tenía por qué dudar de la veracidad de lo afirmado por el doctor Borrás, el tribunal anterior en grado invierte la carga de la prueba en perjuicio del imputado (Fallos: 292:561; 311:444) y resuelve la cuestión con flagrante violación al principio de inocencia, al decir: "Si bien Morales Solá sostiene que su fuente de información era un ex-ministro del gobierno, tampoco puede corroborar ese dato debido al fallecimiento del doctor Borrás, que ocupaba dicho cargo, en dicho momento".

10) Que, con referencia a la actitud subjetiva del querellado, la cámara realiza una afirmación dogmática al expresar "no hay duda (de) que Morales Solá sabía lo que decía, y es más, conocía el carácter disvalioso de la imputación que hacía, tal como él mismo lo ha reconocido y más aún debía tener serias dudas, como mínimo, sobre la verdad de la afirmación".

En efecto, la mencionada afirmación carece de razonabilidad, dado que no dice el a quo por qué el imputado debía tener dudas sobre la verdad de la afirmación, y ello más aún ante la referencia efectuada por el doctor Alfonsín al explicar "cuál ha sido el motivo de confusión, esto es el consejo de Giadone que el oficial de servicio, también usara uniforme de Granadero".

Asimismo la cámara omite ponderar que el relato de Morales Solá ya había figurado en una nota publicada, años antes del libro, en el diario "Clarín", sin que —en esa oportunidad— el querellante Giadone hiciera ningún planteo como el que le suscitó posteriormente "Asalto a la ilusión".

11) Que también corresponde descalificar la sentencia en cuanto expresa que "...no se diga que estamos ante la libre crítica a los funcionarios públicos por medio de la prensa y en razón de los actos gubernamentales, reconocida como manifestación esencial de la libertad de prensa.... Aquel episodio comentado por Morales Solá en 'Asalto a la ilusión' carece de significación política, carece de actualidad, y no tiene el menor relieve institucional...".

No cabe duda de que la alusión que el querellado efectúa en el mencionado libro respecto del hecho supuestamente protagonizado por el querellante —subsecretario general de la Presidencia de la Nación desde fines de 1983 hasta comienzos de 1986— reviste interés actual, por cuanto el texto que habría provocado la deshonra del querellante debe apreciarse en el contexto de la narración, atinente al clima anti militarista propio de los primeros tiempos del restablecimiento de las autoridades democráticas, una vez desplazados los militares del gobierno, de manera que había un interés público en conocer las dificultades y los excesos de esa etapa histórica. Además de tratarse de un hecho referente al Regimiento de Granaderos a Caballo, que interesa a la comunidad, más aún cuando el destinatario de la absurda recomendación habría sido el presidente de la Nación.

12) 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.

Que las razones expuestas determinan que la decisión recurrida sea dejada sin efecto como acto jurisdiccional válido.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto el pronunciamiento de fs. 198/206, a fin de que se dicte nueva sentencia sobre la base de las consideraciones expuestas. Con costas. GUSTAVO A. BOSSERT.

Libertad de prensa - Funcionarios públicos - Real malicia.

Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros. 24/06/2008. Fallos: 331:1530.

✎ ***Antecedentes:***

La Cámara Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda promovida por el Cuerpo Médico Forense contra el diario La Nación y contra un periodista con el objeto de que se los condenara a resarcir los daños que les habrían provocado las notas publicadas y una editorial.

El diario interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio lugar al recurso de queja.

La Corte Suprema, por mayoría, revocó la sentencia en base a que el editorial no era apto para generar la responsabilidad del diario.

El juez Petracchi, en su voto concurrente, coincidió con lo decidido por la mayoría expresándose respecto al valor agresivo de las opiniones, ideas o juicios de valor.

El juez Maqueda, también en voto concurrente, se pronunció sobre la tutela constitucional de la libertad de expresión y sobre la posibilidad que tienen las personalidades públicas de un mayor acceso a los medios periodísticos.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Libertad de prensa (Voto de la Mayoría: Considerando 5º; Voto del juez Maqueda: Considerando 5º).

b) Real malicia - Funcionarios públicos (Voto de la Mayoría: Considerando 8º; Voto de la jueza Highton de Nolasco: Considerandos 12 y 13; Voto del juez Petracchi: Considerando 2º y Voto del juez Maqueda: Considerando 11).

c) Real malicia - Hechos - Opiniones (Voto de la jueza Highton de Nolasco: Considerando 12; Voto del juez Petracchi considerandos 4º y 5º).

d) Libertad de expresión - Opiniones - Real malicia (Voto de la Mayoría: Considerando 8º).

e) Libertad de expresión - Funcionarios públicos - Democracia (Voto de la Mayoría: Considerando 11; Voto de la jueza Highton de Nolasco: Considerando 9º; Voto del juez Petracchi: Considerando 2º; Voto del juez Maqueda: Considerando 15).

🕮 ***Estándar aplicado por la Corte:***

- No procede la demanda iniciada por funcionarios públicos, que no probaron que el demandado conociera la falsedad de los hechos invocados como ciertos. Corresponde atribuir responsabilidad al autor cuando los afectados demuestren que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (33).

- El factor subjetivo del concepto "real malicia" (conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad) no se configura por una presunción (derivada de la sola evidencia de daño); debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico.

- Toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado, ya que no se daña la reputación de éstas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa.

---

(33) **Nota de Secretaría:** En la causa **"Procurador General c/ Bruce, Diego" (Fallos 10:324)** la Corte resolvió que las injurias inferidas a un cónsul en la oficina del consulado, con motivo del desempeño de sus funciones oficiales, afectan la libertad y seguridad, sin las que no puede desempeñar bien su mandato. Esas injurias comprometen las prerrogativas de su carácter público, y determinan el ejercicio de la jurisdicción que compete a la Suprema Corte.

En un sentido similar, ver "Brugo, Jorge Angel c/Lanata, Jorge y otros" (Fallos: 332:2559), "Vaudagna, Juan Manuel c/Rocha, Alberto Eduardo s/daños y perjuicios" (Fallos: 333:680), L. 858. XLII "Locles, Roberto Jorge c/ Arte Gráfico Editorial", sentencia de fecha 10 de agosto de 2010. En la causa D. 828. XL. "Dahlgren, Jorge Eric c/ Editorial Chaco SA y otro s/ daños y perjuicios", de fecha 9 de noviembre de 2010, se aplica la presente doctrina a la publicación de una carta de lectores en un periódico.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General

Suprema Corte:

-I-

Los magistrados integrantes de la Sala H, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en lo que interesa a los fines de este dictamen, confirmaron la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por los actores contra la Nación S.A. (v. fs. 1057/1072 vta.; 948/973 del expediente principal, al que me referiré salvo aclaración en contrario).

Para así decidir, señalaron que la condena de Primera Instancia se sustenta de manera indubitada en la opinión intelectual vertida en el editorial del medio de prensa del día 19 de octubre de 1998 —pág.16—, titulado "Transparencia de peritajes forenses", único que, por su parte, consideraron injuriante. Dijeron que el diario, para eximirse de responsabilidad por la publicación a su cargo, debió acreditar que el juzgador apreció en forma errónea el carácter desprestigiante del mencionado editorial, premisa que lo llevó a admitir la acción en su contra.

Ninguna crítica formuló la apelante, a juicio de los magistrados de la Sala, acerca de la apreciación al respecto de la anterior instancia, circunstancia que los llevó a decidir que ha consentido los extremos allí enunciados, es decir, que aceptó que la publicación del día 19 de octubre de 1998, desprestigió al Cuerpo Médico Forense y a los actores que formaban parte de él, y que el periódico emitió en sus líneas un juicio de valor de carácter subjetivo y apresurado.

A todo evento, respondieron el planteo donde la recurrente —aún sin aludir específicamente al editorial que motivó su condena— adujo que, de haberse incurrido en un error no intencionado, es de aplicación la doctrina de la "real malicia" (fs.1037). Señalaron al respecto —sustentando su argumento en doctrina nacional y en precedentes del Tribunal—, que adhieren al criterio de aquellos que sostienen que en el caso de opiniones, críticas o ideas, no corresponde aplicar dicho estándar jurisprudencial. Sólo cuando se trata de la afirmación de hechos —juzgaron— es posible sostener un deber de veracidad como el que subyace al estándar referido, pues respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturas, dada su condición abstracta, no es posible predicar verdad o falsedad. Añadieron que, a diferencia de lo que ocurre en el fuero penal, no resulta necesario que el ofensor actúe con la intención de agraviar o injuriar, pues la obligación de reparar no exige necesariamente el dolo, siendo suficiente que se verifique la existencia de una conducta culposa.

Fuera de ello, entendieron que el juez de grado no formuló ningún reproche al matutino en virtud de los títulos, subtítulos y contenido de las notas, ni fundó la condena en razón de un exceso que se verificara en las restantes publicaciones, con excepción del editorial. Destacaron, además, que la evaluación del juez acerca de lo que los demandantes denominaron "campaña periodística", entre el origen, el desarrollo y la eventual desproporción con el desenlace de la causa, se ponderó a los fines de la publicación de la sentencia que pidieron los actores (v. fs. 972 vta. punto 3º), extremo éste que no mereció agravio por parte de la accionada.

-II-

Contra este pronunciamiento "S. A. La Nación", interpuso el recurso extraordinario de fs. 1075/1108, cuya denegatoria de fs. 1124, motiva la presente queja.

Alega que la sentencia incurre en el equívoco de subordinar dogmáticamente el derecho a la libertad de expresión al de igual raigambre al honor y a la intimidad (arts. 14, 19 y cctes. de la Constitución Nacional), sin dar razón valedera, dejando expresamente de lado la doctrina de la real malicia.

Reprocha un notorio apartamiento de las constancias de la causa, atento a que el Juez de Primera Instancia condenó a "La Nación" por considerar que estaba realizando una "campaña" —que, según el magistrado, se fundó en los titulares que se emplearon, y en la ubicación y tamaño que se les dio a los mismos—, y por el editorial del 19 de octubre de 1998; pero no solamente por este último, como erróneamente —dice— aseveró la Alzada. Bajo esa circunstancia —añade— fue que su parte, al momento de expresar sus agravios, puso énfasis en tratar de demostrar no sólo la veracidad del contenido de las notas periodísticas publicadas, sino también de los títulos y subtítulos contenidos en ellas. La cuestión relacionada a la doctrina de la real malicia —expresa más adelante— se dejó planteada desde la contestación de la demanda, sobre todas las notas publicadas, incluyendo el editorial cuestionado, al cual es de aplicación la jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sostiene que se ha efectuado una equivocada interpretación de los alcances de esta doctrina y, luego de discurrir sobre sus orígenes, su significado y su incorporación a la jurisprudencia de la Corte, aduce que la sentencia se funda en afirmaciones dogmáticas, pues la nota editorial en cuestión no era un simple artículo de opinión, ya que existen editoriales de muy alto contenido informativo, es decir, que consisten casi enteramente en la reproducción resumida de información ya publicada, como es la nota del 19 de octubre de 1998.

Analiza luego dicho editorial, tratando de explicar la información que contienen sus párrafos, a fin de aseverar que la nota reproduce información o emite opinión basada en los elementos conocidos hasta ese momento, es decir que combina la opinión con la información disponible. En ese marco, tacha de dogmáticas las aseveraciones de la Alzada por no haber tenido en cuenta el contenido hermenéutico del editorial, a saber, su mayor contenido de información, antecedente que —según la apelante— deja sustentado el fallo en un fundamento sólo aparente, llevándolo al terreno de la arbitrariedad.

-III-

En primer lugar, estimo que existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del inciso 3º de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional, y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en aquéllas. Corresponde, asimismo, tratar en forma conjunta los agravios relativos a la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento en la consideración de argumentos planteados en la causa, así como en la interpretación de la doctrina de V.E., pues a ello se imputa la directa violación de los derechos constitucionales invocados, guardando, en consecuencia, ambos aspectos, estrecha conexidad entre sí (conf. Fallos: 325:50; 326:4931; 327:943, 3536, entre muchos otros).

-IV-

La respuesta al primer agravio —es decir, la supuesta asignación errónea de la prelación entre el derecho al honor y la libertad de prensa— surgirá por sí sola luego de la consideración de los problemas jurídicos que plantea, en este expediente, la colisión de estos dos intereses. Ciertamente cuál de los derechos es más importante y cómo debe resultar protegido cada uno es algo que no puede contestarse en abstracto sin la consideración de cómo compiten específi-

camente en un caso concreto. En este contexto, además, las reglas que la doctrina y la jurisprudencia han ido estableciendo a lo largo de los años y que serán evaluadas aquí (por ejemplo, la extrema libertad en materia de expresión de opiniones, la regla de la real malicia respecto a las afirmaciones sobre circunstancias de hecho) son las que contribuyen a resolver cómo deben armonizarse estos dos derechos. En suma, la respuesta al primer agravio del recurrente será el resultado del análisis de cómo, a través de reglas ya existentes en el sistema, deben compatibilizarse el derecho al honor y la reparación de sus eventuales daños y los derechos a la libertad de prensa, de expresión y de información.

-V-

En lo que respecta al segundo agravio, no se comprende con exactitud cuál es el perjuicio que le ocasiona al peticionante el supuesto apartamiento de las constancias del expediente. En efecto, en caso de que fuera cierto que el Juez de Primera Instancia condenó al diario por una serie de notas y no sólo por el editorial mencionado, lo cierto es que en todo caso la sentencia de Cámara al menos restringió el universo de hechos que merecerían reparación civil a uno sólo; y en cualquier caso, ese sólo hecho también había formado parte, explícita e indudablemente, de lo que el Juez de Primera Instancia había considerado lesivo del honor y generador del deber de reparar.

Por lo tanto, el agravio no alcanza a fundamentar, ni expresa de manera clara, cuál es el perjuicio que, en todo caso, de verificarse el supuesto apartamiento de las constancias del expediente, le provocaría al recurrente, toda vez que lo que se observa es la disminución a uno del cúmulo de hechos por los que se debe responder, y no su ampliación. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión de la Cámara al haber restringido el objeto de la litis a una única publicación (el editorial del 19 de octubre de 1998) resulte en la consideración sorpresiva de un hecho sobre el cual no existió posibilidad de defensa.

Tal como lo sostiene la doctrina de V.E. no hay agravio a la defensa en juicio si el pronunciamiento del Tribunal versa sobre hechos que en todo momento integraron la litis aun cuando la Cámara modifique la aceptada en las precedentes instancias (Fallos: 186:297; 242:227; 242:456; 315:2969) y, satisfecha esa existencia, no existe afectación alguna de los preceptos constitucionales (Fallos: 310:2094).

-VI-

Establecido lo anterior, ingresaré en lo que considero es el fondo de la cuestión.

En los casos en los que una persona demanda a otra por la publicación de manifestaciones por medio de la prensa que considera en términos generales lesivas para su dignidad, entran en colisión, como es lógico, el derecho a la construcción de la propia identidad sin lesiones al honor, y el derecho a publicar, expresarse e informar por medio de la prensa. Correspondientemente también entra en juego, frente al valor de la libertad de manifestarse por la prensa sobre materias de interés público, el derecho general a ser informado del desarrollo de temas concernientes al manejo de la República, aunque esto, claro está, no agota de por sí el campo de las materias de las cuales existe un derecho general a conocer.

En este contexto existe ya un conjunto de reglas bien establecidas por la doctrina y la jurisprudencia —en parte construidas por V.E.— que determinan, según distintas circunstancias, cómo deben compatibilizarse estos dos intereses. A lo largo de este dictamen, se afirmará, según criterios de racionalidad y conveniencia de configuración política, cuál es el derecho

debe ceder según el caso. A veces, al lesionado en su honor le corresponde el deber de soportar esa eventual agresión, porque el sistema considera más valioso proteger un margen amplio de libertad de expresión que el honor individual; otras veces, la libertad de expresión encuentra el límite cuando no parece existir ningún provecho social en la persistencia irreparada de una lesión al honor. Sobre estas reglas, sus dificultades y especialmente, sobre cuáles deben aplicarse al caso trataré, en lo que sigue, el presente dictamen.

-VII-

La distinción fundamental en la materia fue construida por V.E. a través de una serie de precedentes. Esta distinción básica consiste en la determinación de que las manifestaciones o publicaciones que sean fundamentalmente opiniones, críticas y pensamientos referidos a cuestiones públicas, no pueden ser limitadas prácticamente en modo alguno. Lo esencial de la distinción radica, no tanto en que los enunciados formulados sean opiniones, sino en que no contengan afirmaciones sobre hechos, es decir, que no describan la ocurrencia de circunstancias fácticas.

La racionalidad de esta regla es clara e indiscutible: la crítica, la discusión de ideas en tanto no implique la atribución de hechos a otra persona, no puede tener límites, ya que ello impediría la existencia de un proceso de discusión indispensable para el mejoramiento del manejo de las cuestiones públicas.

Los estándares que se han ido fijando a lo largo de los años son radicalmente diferentes, en cambio, cuando las manifestaciones hechas a través de la prensa contienen la afirmación del acaecimiento de hechos en la realidad, es decir, cuando afirman la existencia de alguna circunstancia fáctica ocurrida y, claro está, la mera ocurrencia de esa circunstancia puede resultar lesiva para el honor de alguien. En esos casos, se ha desarrollado la doctrina de la real malicia. Más adelante me referiré al contenido y fundamento de esa regla; por ahora, basta decir que la regla contempla la existencia de casos en los que, a pesar de que se ha formulado una afirmación de hecho falsa y lesiva del honor, no surge —en contra de lo que las reglas generales sobre el derecho de daños parecerían indicar— una obligación de reparar.

Entonces, a los efectos de dilucidar la procedencia del recurso sub examine lo fundamental es determinar en primer lugar —y con ello se decide lo central del agravio del recurrente— si las manifestaciones vertidas en el editorial del diario La Nación del 19 de octubre de 1998 contienen afirmaciones de hecho y, por lo tanto, tal como argumenta el recurrente, deben estar sujetas a las reglas de la "real malicia".

-VIII-

V.E. ha establecido en diferentes precedentes que era posible (además de resultar necesario) distinguir entre la expresión de informaciones y opiniones. Sólo respecto de las informaciones (falsas, habría que agregar) puede aplicarse la doctrina de la real malicia; respecto de las opiniones, ideas, juicios de valor, juicios hipotéticos y conjeturas, en tanto no podría ser predicada respecto de ellas verdad o falsedad, no procede un test que consiste, justamente, en probar si una falsedad fue afirmada con conocimiento de esa condición. Esta doctrina ha sido afirmada, entre otros precedentes, de manera explícita en los votos de los jueces Petracchi y Bossert, en Fallos: 321:2558, considerando 9. También en el precedente registrado en Fallos: 321:2848, V.E. sostuvo que las opiniones son enunciados que, por definición, no contienen afirmaciones fácticas ni son verdaderos ni falsos.

La constatación de que una manifestación es puramente una opinión y no la aseveración falsa acerca de circunstancias fácticas es fundamental porque, también como ha sostenido V.E., las opiniones sobre cuestiones públicas no pueden ser limitadas casi de ninguna manera. Ultimamente, en el precedente Cancela v. Artear (registrado en Fallos: 321:2637) V.E. reiteró que las críticas a la función pública no pueden generar responsabilidad sin importar que hayan sido formuladas "en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes", agregando que ello era así "siempre que se encuentren ordenadas al justificable fin del control de los actos de gobierno".

Esa concepción, relativa a la expresión de meras ideas u opiniones, apareció en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, quizás por primera vez, en la disidencia del jurista Oliver Wendell Holmes en Abrams v. United States. (250 U.S. 616). La fundamentación de Holmes rememora los fundamentos dados por John Stuart Mill en Sobre la libertad acerca del valor y la utilidad social de una amplia libertad de pensamiento, discusión y opinión. Según Holmes, la expresión de ideas y opiniones no puede ser limitada en ninguna medida, porque la mejor manera de alcanzar el bien es someter las ideas a la competencia libre del mercado para determinar cuál es verdadera. Según la interpretación corriente, otro importante precedente de la Corte Suprema estadounidense en la materia, Gertz v. Welch (418 US. 323), incluyó no sólo la doctrina relativa al valor de la libre competencia de ideas en el mercado para la determinación de cuál es correcta, sino que estableció además que esta fundamentación no era aplicable a la afirmación de hechos falsos. Es decir, mientras que las opiniones e ideas no pueden ser limitadas por ningún motivo, porque no puede descartarse antes de su discusión que una concepción sea correcta, no puede decirse lo mismo de las afirmaciones de hechos que, comprobadamente, no se corresponden con la realidad. Al menos han de existir casos en los que no pueda encontrarse ningún valor intrínseco en la afirmación de una falsedad.

Sin embargo, como es de suponerse, el hallazgo de un criterio de distinción entre opiniones e informaciones ha permanecido, hasta el momento, esquivo, al menos en el ámbito de la administración de justicia. Sin dudas se trata de una distinción cuyo estudio profundo probablemente sea materia de la lingüística y la filosofía; pero la eventual aplicación por parte de los tribunales de un criterio elaborado por estas disciplinas sería probablemente impracticable. Los intentos producidos en la jurisprudencia, hasta ahora, han dejado una sensación de desazón. Un ensayo célebre en esta materia consistió en el test elaborado en 1984 por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, en el fallo Ollman v. Evans (750 F.2d 970). Sin embargo, este test, que proponía cuatro comprobaciones, con las que se pretendía tener en cuenta "la totalidad de las circunstancias" para llegar a la distinción, ha sido paulatinamente abandonado por la jurisprudencia; el entendimiento común de la materia señala al fallo de la Corte Suprema Milkovich v. Lorain Journal Co (497 U.S. 110) como conteniendo un rechazo definitivo de esta forma de análisis elaborada en el fallo Ollman. Sea como fuera, el precedente Milkovich contiene a su vez otro estándar bastante indeterminado, cuyo centro pareciera consistir en dilucidar si, lo que parece una opinión, connota también una afirmación de hecho probablemente falsa; en todo caso, se trata también de averiguar si un intérprete razonable concluiría que el enunciado implica la afirmación de un hecho. Por lo demás, no puede dejar de señalarse que los ensayos de criterios de distinción y la literatura sobre ellos es inabarcable, casi tanto como el escepticismo que domina en la materia (Conf. Jeffrey Kirchmeier, The Illusion of the Fact-Opinion Distinction in Defamation Law, en Case Western Reserve Law Review, 1988/1989, p. 867 y ss.).

El criterio más fuerte ideado hasta ahora por V.E. para distinguir entre enunciados sobre hechos y opiniones es verificar si es posible predicar, respecto del enunciado, verdad o fal-

sedad. Si la respuesta es afirmativa, se trataría entonces de un enunciado sobre hechos. El criterio de la posibilidad de distinguir tipos de enunciados según pueda aplicárseles ciertos predicados podría, sin embargo, no ser del todo correcto, como surge de alguna literatura en relación a la materia (Conf. por ejemplo, Searle, Austin on Lucutionary and Illocutionary Acts, en The Philosophical Review, Vol. 77 Nº 4, 1968, p. 405 y ss., p. 406 y Greenawalt, Speech and Crime, en American Bar Foundation Research Journal, 1980, p. 645 y ss., p. 675 a 679).

Si bien no debe renunciarse a la posibilidad de encontrar un criterio apto, por las razones que se verán más adelante, no resulta necesario para la resolución de este expediente el encontrar un criterio que trace con precisión todas las distinciones posibles. En efecto, de la consideración total del problema de este caso, como devendrá claro sólo luego de finalizado el análisis, resulta que no puede afirmarse, según ninguna de las alternativas, el deber de responder del demandado. Sin embargo, es pertinente distinguir —aunque no resulte decisivo en este especial caso— si el editorial en cuestión expresaba afirmaciones de hechos u opiniones y para ello no puede sino formularse algún criterio. Tampoco el caso es, como se verá, de los que presentan un grado demasiado elevado de complejidad en lo relativo a la distinción y, por ello, no es necesario aquí profundizar en el punto.

En lo personal soy escéptico acerca de la posibilidad de formular un criterio decisivo que, sobre todo, tenga aplicación práctica y no consista en una intrincada construcción lógica. En mi opinión, sólo puede ofrecerse un criterio lábil como el que se enunciará brevemente. Debe considerarse que un enunciado contiene la afirmación de una circunstancia de hecho si del contexto del enunciado mismo puede identificarse la ocurrencia de un hecho histórico, aunque la determinación de éste no incluya una precisión que lo identifique conforme a sus circunstancias de tiempo, lugar y modalidad. Por ejemplo, el epíteto "corrupto" podría ser sólo eso, un calificativo sin ulteriores referencias, pero si del contexto de los enunciados surge una referencia a algún acto de corrupción en particular, aunque no esté precisado, se tratará de una afirmación sobre un hecho y no en una mera descripción de una característica de la personalidad.

En este caso, la sección en la que apareció la publicación (como editorial del diario) y el tono crítico que domina el escrito no deben llevar a la conclusión apresurada de que se trató de una mera opinión. Estas formas accidentales, como algunas otras que no se verifican aquí, pero que vale la pena mencionar —por ejemplo, el disfraz de informaciones de hechos bajo el ropaje de opiniones (sobre ello, frecuentemente se cita la opinión del Juez Friendly en el precedente Cianci v. New Times Publishing Company, 639 F.2d 54)— no pueden llevar confusión.

En efecto, las afirmaciones relativas a la existencia de una cierta forma de estructura ilegal en el ámbito forense, que intenta disimular y encubrir y la atribución de falseamiento de la verdad mediante la confección de dictámenes, contienen sin dudas aserciones de hecho aunque la nota misma no sitúe con precisión cuándo se produjeron los encubrimientos, disimulos, falseamientos de dictámenes y en qué consiste la estructura ilegal. Quizás habría que incluir en el análisis el contexto conformado por diversas notas previas provenientes del mismo medio periodístico que, si bien no pertenece a la misma editorial, sirven para determinar el contenido de esas afirmaciones. Si ello es tenido en cuenta, es evidente que, en el caso, esas afirmaciones del editorial corresponden a hechos claramente identificados en el contexto mayor que rodeaba a la publicación del editorial en cuestión.

En suma, resulta indudable a mi criterio que el editorial contenía afirmaciones sobre hechos.

-IX-

Establecido lo anterior, corresponde entonces dilucidar cuál es el resultado de la aplicación de la regla de la "real malicia" a este caso, tal como lo solicitó el apelante. Pero, además de ello, debe determinarse fundamentalmente en qué medida el fallo recurrido, más allá de declarar explícitamente que el caso no debía estar regido por esa doctrina, aplicó reglas que —independientemente del nombre con la que se designen— son incompatibles con la protección necesaria al derecho a la libertad de prensa establecidas y cristalizadas en la doctrina de la real malicia.

En relación a ello, lo primero que corresponde corroborar es que el fallo recurrido sostuvo que la libertad de prensa, a pesar de su posición relevante dentro del sistema constitucional, no configuraría una garantía hegemónica respecto de todos los otros derechos tutelados; correspondientemente, en el caso, toda vez que estaría comprobado un daño (al honor, cabe entender), éste debería ser indemnizado conforme a los principios generales de la responsabilidad civil (conf. fs. 35 de cuaderno de queja). Contra ello debo decir sin embargo que es exactamente lo contrario a lo establecido por la doctrina de la real malicia, la cual, como ya se afirmó precedentemente, resulta aplicable al caso en razón del tipo de enunciados contenidos en la nota editorial destacada. Precisamente, la doctrina de la real malicia es una ponderación (receptada y sostenida por V.E.) de los intereses del honor y la libertad de prensa, que consiste en establecer que las reglas del derecho civil de daños no se aplican, aunque haya existido un daño efectivo al honor, si esa aplicación puede perjudicar el margen del ejercicio futuro de la libertad de prensa.

Es necesario entonces, sin dudas, extenderse en la explicación del contenido de la doctrina de la real malicia.

Tal como es sabido, se reconoce el origen de la regla de la real malicia, en su versión actual, en el célebre fallo de la Suprema Corte de Estados Unidos New York Times vs. Sullivan (376 U.S. 254). En ese fallo, la Corte Suprema estadounidense resolvió el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en virtud de razones más bien propias de diseño de política constitucional. La ideología que guió a la Corte en ese entonces consistió, básicamente, en juzgar preferible proteger un amplio margen de libertad de expresión, aun cuando ello pudiera redundar, en casos concretos, en la lesión efectiva del honor de algún ciudadano en particular. En esencia, el mecanismo que eligió la Corte consistió en desplazar la aplicación de las leyes comunes que regían los casos de indemnización por lesiones al honor, en virtud de la superioridad del interés constitucional. Como se puede ya ir apreciando, una doctrina contraria a la sentada por el fallo apelado en esta instancia extraordinaria.

Resumidamente, la situación ante la que se encontró la Corte estadounidense consistía en que las leyes de un Estado (Alabama) consideraban que una publicación podía ser categorizada como un "libelo per se" si su texto tendía a lesionar a una persona en su reputación o a someterla al desprecio público. Importa relatar aquí, además, por la estrecha relación que ello tiene con nuestro caso, que el tribunal de primera instancia había interpretado que la categoría de libelo era aplicable a los casos en los que la publicación imputaba una conducta reprochable en el ejercicio de un cargo, o una conducta carente de integridad funcional o de fidelidad a la confianza pública. Finalmente, la ley de Alabama disponía que, una vez comprobados esos extremos, al demandado sólo le quedaba la defensa de convencer al jurado de que los hechos relatados eran verdaderos en todos sus detalles. Si no lo hacía, se presumía además que el daño estaba configurado, sin necesidad por parte de la persona ofendida de demostrar

que la publicación le ocasionó un perjuicio pecuniario. Si el demandante lograba probar que el demandado había actuado con real malicia, ello podía conducir a obtención de un plus de dinero en concepto de daños punitivos.

La Corte Suprema estadounidense condenó este diseño legal, comparando sus efectos con los que habría tenido una ley penal de 1798 que prohibía la publicación de críticas maliciosas o escandalosas contra el gobierno o el congreso estadounidense. Según la Corte, lo que el estado no puede llevar a cabo constitucionalmente por medio de una ley penal está también fuera del alcance de la ley civil sobre publicaciones lesivas para el honor. El temor de tener que pagar daños en razón de una ley como la de Alabama podrían ser remarcadamente más inhibitorias que el miedo a una persecución penal. Y, para la Corte, el efecto intimidatorio constituyó el núcleo del razonamiento.

La Corte argumentó que, en cualquier caso, e independientemente de si un periódico puede sobrevivir o no una sucesión de tales condenas, el manto de temor y timidez impuesto sobre aquellos que habrían de dar voz a la crítica pública es una atmósfera en la cual las libertades de la primera enmienda (en lo que aquí importa, la Primera Enmienda consagra la prohibición al Congreso de restringir las libertades de expresión y de prensa) no pueden sobrevivir. La ley estatal en cuestión no alcanzaba a legitimarse sólo con permitir la defensa de la verdad.

En definitiva, lo que la Corte intentó hacer, **fue establecer una regla mediante la cual se proteja la cantidad más amplia de libertad de expresión posible aun cuando se tuviera que soportar el costo de que, en ciertos casos, afirmaciones falsas quedaran sin ser indemnizadas.**

Para lograr ese objetivo recurrió a un **estándar subjetivo** cuya **carga de la prueba, además, estaba en principio en cabeza del demandado. Sólo las afirmaciones falsas hechas con conocimiento o con desconsideración temeraria generaban el deber de indemnizar.** Resultaba claro entonces que también quedaban sin indemnizar algunas afirmaciones falsas hechas con mera imprudencia; **ese es un costo que hay que soportar en función de no establecer un sistema que, por ser demasiado severo, incentive a no hacer afirmaciones que podrían ser ciertas pero que no pudieran ser probadas del todo,** o al menos cotejadas suficientemente antes de su publicación.

Es decir, la Corte prefirió, ejerciendo un rol de diseñador de políticas constitucionales, establecer una regla que permita la mayor cantidad posible de publicaciones —con el consiguiente riesgo de que afirmaciones falsas queden sin sanción— a establecer una regla mediante la cual todas las afirmaciones falsas queden indemnizadas, pero al costo de que, para evitar una sanción, se incentive la no publicación de información probablemente verdadera. Se trata, si se quiere expresarse así, de una decisión política sobre el grado de libertad de prensa.

En el razonamiento de la Corte, se encuentran estas afirmaciones, cuya elocuencia justifica recurrir a su cita (todos los resaltados son propios): "Una regla que compele la crítica de una conducta de un funcionario público a garantizar la verdad de todas las afirmaciones de hecho y a hacerlo bajo la pena de ser condenado por libelo, virtualmente sin tope de dinero, conduce a una autocensura [...]. El conceder la defensa de la verdad, con la carga de la prueba puesta en el demandado, **no significa que sólo se disuadirá la aseveración de falsedades**". "Con una regla así, los eventuales críticos de una conducta oficial pueden resultar disuadidos de emitir su crítica, aun cuando se crea que es verdadera y aun cuando sea verdadera realmente, debido a la duda de si se podrá probar en la corte o por el temor del gasto de tener que hacerlo. **Se tenderá a hacer declaraciones que quedan bastante lejos del límite de la zona ilegal**". "La

garantía constitucional requiere, creemos, una regla federal que prohíba que un funcionario público recobre daños de una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial **a menos de que él pruebe que la declaración fue hecha con "real malicia", esto es, con conocimiento de que fue falsa o con desconsideración temeraria acerca de si era verdadera o no."**

Como se aprecia fácilmente, justamente de manera opuesta a cómo se decidió en el fallo apelado (independientemente de que no haya aplicado la doctrina de la real malicia) la doctrina mencionada se aparta de las reglas normales de responsabilidad civil. En efecto, establece un estándar mayor: sólo si la afirmación —falsa— fue hecha con dolo (conocimiento) o desconsideración temeraria, da lugar a la reparación. En derecho civil, la mera culpa bastaría. Además, el estándar de la real malicia deja fuera toda posibilidad de indemnización por responsabilidad objetiva, es decir, responsabilidad sin consideración de elementos subjetivos (dolo y culpa civiles), lo cual podría ser relevante para la responsabilidad objetiva del editor, que podría corresponder por el art. 1113 del Código Civil, o incluso en relación a la indemnización por equidad. Fundamentalmente, la regla, aplicada al derecho nacional, debe desplazar la aplicación del art. 1109 del Código Civil.

El fundamento de la regla fue posteriormente explicado también en el fallo Gertz v. Welch (en el que además, se restringió el alcance de la doctrina de New York Times v. Sullivan en los casos en los que la publicación no se refería a una persona pública) en los siguientes expresivos términos (nuevamente todos los resaltados me pertenecen): "Aunque una declaración de hecho errada no es merecedora de protección constitucional, es inevitable en el debate libre. Como lo señaló James Madison... "algún grado de abuso es inseparable del uso adecuado de cada cosa; y en ningún otro ámbito esto es más cierto que en el de la prensa". "El permitir a los medios el evitar tener que responder solamente si prueban la veracidad de todas las declaraciones injuriantes, no ofrece una protección adecuada a las libertades de la primera enmienda." "El permitir la defensa de la verdad con la carga de la prueba en el demandado, no significa que sólo se disuadirá la producción de falsedades. **La primera enmienda requiere que protejamos un grado de falsedad en orden de proteger el discurso que importa."**

La regla, entonces, puede también ser reinterpretada de la siguiente manera. **No se trata de establecer en qué casos no hay daño, o en qué casos las afirmaciones de hecho no pueden ser calificadas como lesivas del honor**. La doctrina de la real malicia parte más bien de la base de que se ha causado una lesión al honor, y sólo **se trata de determinar en qué casos existe un deber de soportar el daño al honor para proteger un bien más valioso, la libertad de expresión, la información sobre la cosa pública.** Si se quiere, la particularidad de la regla puede expresarse de la siguiente manera. Una relación en la que existe un perjuicio pasa a resolverse no meramente con las reglas tradicionales del derecho de daños, que de manera prototípica implican una relación privada entre dos partes, sino que se impone un deber de soportar el daño para proteger algo que en realidad está fuera del conflicto entre esas dos partes. Ese algo es la libertad de expresión no ya del demandado, sino de los futuros informantes; una condena siguiendo los parámetros tradicionales del derecho civil de daños redundaría en una restricción pro futuro de la información y la crítica disponibles, a través de la imposición de autocensura, y ello sería dañoso para la función fundamental que desempeña la comunicación de informaciones. En síntesis: el daño actual al honor debe ser soportado para salvaguardar el derecho futuro de otros a la libertad de expresión.

Esta forma de resolver el conflicto entre el valor de la libertad de prensa y el derecho al honor parece ser no sólo el estándar que V.E. ha adoptado, sino también una regla aceptada en varias naciones. En España por ejemplo, el Tribunal Constitucional (Sentencia 6/1988) sos-

tuvo que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y que por lo tanto, si se erigiera como único parámetro a la verdad de las afirmaciones, el precio de ese estándar sería el silencio.

También esos fundamentos se encuentran en las sentencias del Tribunal Constitucional alemán registradas en BverfGe 43, 130 (conocido como el caso del volante) y BverfGe 99, 185 (caso de la cienciología). En el primero de ellos, el Tribunal Constitucional enunció con claridad la racionalidad de la regla consistente en proteger, hacia el futuro, el ámbito de la libertad de expresión.

Especialmente relevante para nuestro caso resultan algunas de las consideraciones que llevó a cabo ese tribunal en el segundo de los fallos mencionados. Esas consideraciones tienen que ver con cuál es el grado de conocimiento que tiene la prensa en el momento de emitir la noticia. Siempre según la misma idea rectora de asegurar el mayor ámbito de libertad posible, el Tribunal Constitucional alemán puntualizó en ese caso que si bien no existe ningún valor intrínseco en proteger afirmaciones de hecho falsas, debía tenerse en cuenta que la verdad, al momento en que se produce la expresión, es con frecuencia insegura. Como se ve, la regla tiene la racionalidad de juzgar la afirmación hecha por la prensa desde una perspectiva ex ante, es decir, con el conocimiento incompleto de una cuestión que puede estar siendo discutida y no ex post o con el conocimiento al que se llega respecto de una cuestión de hecho al final del proceso de discusión. Tomando esa perspectiva es como se protege realmente un ámbito razonable de libertad; de lo contrario, si la publicación de informaciones debiera depender de la confirmación de los hechos que se obtiene al final de un proceso de discusión pública (o judicial, como afirma el fallo alemán), la comunicación se restringiría a informaciones carentes de riesgo e inofensivas.

En el fallo alemán que se viene comentando se sostuvo que: "En principio, la libertad de opinión, en lo que hace a afirmaciones de hecho falsas, cede ante el derecho de la personalidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la verdad, en el momento en que se produce la expresión, con frecuencia es insegura y que se establece recién como resultado de un proceso de discusión o proviene de una aclaración en los tribunales. Si en razón de esa circunstancia, la afirmación que posteriormente se determina como no verdadera debiera ser cubierta siempre con sanciones, surgiría el temor de que el proceso de comunicación padezca, porque sólo podrían ser expresadas sin riesgo verdades ya inconmovibles. Con ello iría ligado un efecto intimidante respecto del uso del derecho fundamental, que en razón de la libertad de opinión debe ser evitado."

En el caso en examen, por el contrario, el a quo aplicó reglas diametralmente opuestas a estos estándares.

En efecto, parte esencial de la fundamentación del fallo recurrido sostiene: "Por otra parte, en el caso, el desacierto se evidenció en volcar un juicio de valor apresurado e inoportuno en un momento en que la justicia investigaba un hecho y el magistrado aún no se había pronunciado, ya que precisamente la investigación judicial procuraba desentrañar si el cuerpo de médicos había procedido del modo en que el periódico afirmó." "Prescindiendo entonces de la intencionalidad con la que se publicó la columna, es notorio que transitó por un cauce que denota una palpable desidia, pues se adelantó en los hechos a tener por ciertos extremos que la judicatura evaluaba y aún no había fallado, siendo evidente que los dichos del periódico no podían encontrar respaldo en el expediente judicial." Es decir que aplicó una perspectiva ex post en la cual, además, reconoció como única verdad la mera falta de comprobación (ocu-

rrida ex post respecto a la publicación) en un procedimiento judicial de los hechos que se investigaban.

Una aclaración más al respecto. La desidia a la que hace referencia el a quo no debe confundirse con la actitud interna de desprecio descripta en la doctrina de la real malicia. Aquí la desidia consistiría no en una falta de comprobación de elementos que ya al momento de la publicación podían ser comprobados, sino en adelantarse al momento de la fijación de la verdad por parte de una autoridad a la que se considera la única con competencia para manifestarse sobre un tema. Una regla así, como se ve, restringe de manera inaceptable la discusión pública de asuntos relativos al Gobierno y a los poderes de la República.

Por último, en relación al párrafo citado, se torna ostensible que la sentencia ha sido además arbitraria por incurrir en contradicciones en sus propios términos. En efecto, a pesar de que la fundamentación pareciera discurrir en el sentido de que no se aplicaría la doctrina de la real malicia porque los enunciados no contendrían afirmaciones de hechos, el párrafo citado denota claramente la idea de que en todo caso se trató de enunciados sobre circunstancias fácticas. Ello surge evidentemente de expresiones como "investigaba un hecho", "procuraba desentrañar si el cuerpo de médicos había procedido de modo en que el periódico afirmó y "tener por ciertos extremos que la judicatura evaluaba".

También resulta arbitraria la sentencia en un aspecto por demás evidente. La no aplicación de la doctrina de la real malicia, con la invocación expresa de que se juzgarían las manifestaciones como si no se trataran de enunciados sobre hechos históricos, debió conducir, en todo caso a una solución más favorable a la libertad de opinión y no, como sucedió, más favorable a la protección del honor. En efecto, la racionalidad de la distinción entre la expresión de opiniones y juicios, por un lado, y la afirmación de hechos (falsos) reside, como ya expuse suficientemente, en que respecto de las opiniones hay que mantener un ámbito irrestricto de libertad para promover el bien común. Sólo en caso de afirmaciones falsas sobre hechos llevadas a cabo con "real malicia", es decir, con conocimiento de su falsedad predomina el interés del honor individual.

En ese sentido, la constatación (a mi juicio equivocada, en tanto al menos los enunciados implicaban la aserción de que determinados hechos habían tenido lugar) de que el editorial no contenía información, sino sólo críticas vehementes, no podría haber llevado jamás a originar el deber de indemnizar. Como ya fue señalado, sólo cuando se considera que las manifestaciones contienen aseveraciones de hecho se abre un campo posible para la indemnización civil, bajo las estrictas reglas descriptas.

Sólo una aclaración más. Es posible preguntarse por qué la Corte estadounidense al elaborar la doctrina de la real malicia recurrió a un estándar subjetivo, cuyo punto mínimo está formado por la desconsideración temeraria, para determinar el límite entre las informaciones falsas que generan un deber de indemnizar y las que no. La pregunta es pertinente, sobre todo, porque también las informaciones falsas llevadas a cabo de manera meramente imprudente y hasta las hechas con convencimiento de su corrección generan, desde un punto de vista objetivo, el mismo daño al honor. La respuesta no puede ser demasiado extensa aquí. Sólo diré que la elección de un estándar subjetivo como instrumento de limitación tiene la racionalidad de incentivar también a la prensa a la minimización de la publicación de informaciones falsas, al tiempo que asegura también la suficiente tranquilidad de que no habrá de responderse por el daño cuando no se publicaron afirmaciones motivadas únicamente en la mala fe.

De regreso al tema de la adopción por parte de la jurisprudencia argentina de la doctrina de la real malicia, como ya adelanté, fue adoptada por V.E (últimamente, por nombrar uno sólo en el precedente publicado en Fallos: 319:3428), expresándola de manera acabada y con fundamentos políticos idénticos a los de las otros estados democráticos mencionadas.

-X-

En conclusión, considero que en este caso en particular las manifestaciones vertidas en el editorial del diario "La Nación", del día 19 de octubre de 1998, consisten en afirmaciones acerca de hechos, y, en consecuencia debió haberse aplicado al caso la doctrina de la real malicia.

Con respecto a la aplicación de esa doctrina al caso concreto, corresponde señalar lo siguiente. La aplicación de la teoría depende de la comprobación de circunstancias de hecho. Estas circunstancias consisten en la existencia de un elemento subjetivo de conocimiento o al menos despreocupación respecto a la falsedad de los hechos. Si bien estas circunstancias fácticas son materia, en principio, ajena a la instancia extraordinaria, no es menos cierto que su prueba está en cabeza del demandante y no surge de las constancias del expediente que haya existido la comprobación de la existencia de alguno de estos elementos. Por lo demás, las circunstancias del caso no indican que fuera plausible que la publicación cuestionada haya sido hecha con conocimiento o despreocupación acerca de su inexactitud.

En efecto, un cuadro de situación conformado por la información acerca de un proceso del que muchos medios se hacían eco, y que había llegado a un grado importante en su etapa de investigación judicial, no parecería sugerir la posibilidad de que esa publicación fuera hecha con alguno de los dos elementos subjetivos que conforman la "real malicia".

-XI-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la queja, admitir el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 11 de abril de 2007. ESTEBAN RIGHI

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 24 de junio de 2008.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por S.A. La Nación en la causa Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que los actores, integrantes del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Nación (en adelante C.M.F.), promovieron demanda contra el diario La Nación y contra el periodista Jorge Urien Berri, con el objeto de que se los condenara a resarcir los daños que les habrían provocado las notas de fechas 1º y 13 de diciembre de 1997, 30 de enero de 1998, 13 de marzo de 1998, 1º y 15 de abril de 1998, 14 de octubre de 1998, 11 de noviembre de 1998, 24 de febrero de 1999, 1º de marzo de 1999, 14 de marzo de 1999, 13 y 14 de abril de 1999, 15 de junio de 1999, 11 de agosto de 1999 y el editorial del 19 de octubre de 1998. Adujeron que los demandados, mediante las noticias, sus títulos y subtítulos y el editorial, cuestionaron su desempeño profesional como integrantes del referido C.M.F., con especial referencia a dos causas penales relacionadas con el fallecimiento de la señora Cristina Britéz Arce y su hijo por nacer en la

maternidad Sardá. De tal manera —precisaron los actores— el diario y el periodista afectaron los derechos constitucionales a la intimidad y al honor, en tanto las publicaciones fueron inexactas, formaron parte de una campaña persecutoria y difamatoria contra ellos y, en lugar de informar, tomaron una abierta posición sobre el tema, con la intención de despertar en el público sospechas sobre su actuación profesional.

2º) Que la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda promovida contra el diario La Nación y la rechazó en cuanto fue dirigida contra el periodista Jorge Urien Berri. Los fundamentos del tribunal *a quo* han sido adecuadamente reseñados por el señor Procurador General de la Nación en su dictamen (acápite I), al que cabe remitir en razón de brevedad.

Contra ese pronunciamiento, el diario condenado interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar al recurso de hecho en examen.

3º) Que el recurso es formalmente admisible en tanto controvierte la inteligencia que el tribunal apelado ha dado a las cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión y la decisión ha sido contraria al derecho que la demandada fundara en ellas (art. 14, inc. 3 de la ley 48).

4º) Que el fallo impugnado ingresó a la consideración del punto constitucional en tanto estimó inaplicable, por los fundamentos que expuso, el principio de la "real malicia", admitido por esta Corte como adecuada protección de la libertad de expresión. Ello habilita la intervención del Tribunal, en su competencia apelada, para examinar las citadas razones en base a las cuales se negó la protección constitucional a la parte demandada y también para decidir si la publicación por la que fue condenada merece o no la inmunidad que el art. 14 de la Constitución Nacional reconoce a las opiniones críticas hacia el funcionamiento del gobierno.

Dado que la materia de discusión propuesta a esta Corte es la aplicabilidad al caso del principio de "real malicia" y que este examen se vincula con la publicación de expresiones que pueden tener efectos negativos sobre la reputación de las personas, ningún obstáculo supone la eventual aceptación por la demandada del carácter "desprestigiante" de la publicación, a la que hace mención la sentencia apelada (fs. 1062).

5º) Que, corresponde precisar los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso. Por un lado el diario demandado ha fundado su posición en el derecho a la libertad de expresión, información y prensa y, por el otro, la parte actora ha invocado su derecho a la honra y reputación.

Con respecto a la libertad de expresión, esta Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que ella tiene en un régimen republicano. En este sentido ha dicho desde antiguo que "...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal..." (Fallos: 248:291, 325). Sin embargo, ha reconocido que, bajo ciertas circunstancias, el derecho a expresarse libremente no ampara a quienes cometen ilícitos civiles en perjuicio de la reputación de terceros (Fallos: 308:789; 310:508).

6º) Que no corresponde que este Tribunal examine los artículos de investigación escritos por el periodista Urien Berri, en tanto éste fue eximido de toda responsabilidad —en virtud de que los jueces de la causa consideraron que el profesional se había limitado a cumplir con su tarea escribiendo información con cita de la fuente (doctrina C.184 y 189.XX "Campi-

llay, Julio César c/ La Razón, Crónica y diario Popular", sentencia del 15 de mayo de 1986 (Fallos: 308:789)— y los actores no interpusieron recurso alguno en este aspecto.

Por ello corresponde transcribir los términos del editorial redactado el 19 de octubre de 1998 en tanto lo allí expresado constituye el fundamento de la condena al diario recurrente y es a lo que debe ceñirse el examen de esta Corte:

"Transparencia de peritajes forenses.

Como si la credibilidad del sistema judicial no estuviera ya bastante depreciada, el escándalo que ahora ha estallado en torno del cuerpo médico forense de la Corte Suprema ha venido a ahondar el escepticismo que se ha generalizado en la sociedad argentina respecto de la calidad del servicio de justicia que presta el Estado, y a agudizar las suspicacias sobre comportamientos criminales en esferas vinculadas con el poder político.

Porque ya no se trata de averiguaciones de los jueces sobre eventuales negociados y actos de corrupción, ni de enriquecimientos sospechosos o decisiones irregulares adoptadas bajo presiones políticas: en los casos en que intervienen los médicos forenses hay vidas humanas que han sido súbita y violentamente truncadas. Y en varios de los más resonantes casos en que han aflorado ante la opinión ciudadana cuestionamientos, desconfianzas y contradicciones respecto de peritajes e informes profesionales aparecen indicios de alguna relación entre figuras protagónicas de la vida pública y episodios horrendos que conmovieron los sentimientos de la comunidad.

Los médicos forenses, como otros profesionales en sus respectivas especialidades, son auxiliares imprescindibles de la Justicia. Sobre la base de sus dictámenes reposa una gran parte de la eficacia de los procedimientos jurídicos, y los magistrados no pueden prescindir, en la generalidad de los casos, de su opinión debidamente fundada en consideraciones científicas objetivas: un pronunciamiento pericial suele tener el carácter de un verdadero prenuncio de las decisiones del juez, sea en cuestiones de fondo o incidentales.

Pero por esa misma razón los cuerpos de peritos deben ser absolutamente confiables. El fuerte deterioro moral que conllevan dictámenes falaces o amañados, producto de presiones inducidas desde posiciones política o económicamente influyentes, o peritajes negligentes realizados irresponsablemente con desconocimiento u olvido de su crucial trascendencia para el desarrollo de un proceso daña las bases mismas del sistema judicial al poner en manos del magistrado elementos de juicio que distorsionan la realidad.

En este caso, para peor, aparece una cierta forma de estructura ilegal en el ámbito forense que intenta disimular o encubrir con criterio corporativo un encadenamiento de hechos irregulares perpetrados por profesionales médicos que ha llevado al juez a requerir peritajes fuera del ámbito del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema, bajo la sospecha de que sus procedimientos son incorrectos y sus dictámenes falsean la verdad. El resultado de tales peritajes viene a avalar las sospechas, calificando como incoherente, temerario, negligente y no confiable —entre otros términos convergentes— el trabajo de los peritos de la Corte.

En vista de estos hechos, el máximo tribunal de la Nación ha dispuesto una auditoría en el Cuerpo Médico Forense y el juez Mariano Bergés citó a prestar declaración indagatoria a tres decenas de forenses sospechados del intento de encubrir con su dictamen los errores e irregularidades de otros colegas. Es menester, para que el prestigio de la Justicia no siga mermando,

que la investigación llegue a conclusiones indubitadas y el cuerpo de peritos resulte depurado —si es necesario— para recuperar la imprescindible credibilidad.

Es cierto que el sistema judicial argentino padece muchas otras deficiencias que son notorias, en todos los niveles de la administración de Justicia, pero la falta de un cuerpo médico forense responsable, en cuyo cabal sentido de su función profesional se pueda confiar, es una carencia insalvable cuando se trata de llegar a la verdad sobre hechos que golpean duramente la sensibilidad de la gente y suelen adquirir incluso gravitación política".

7º) Que el editorial publicado por el diario demandado tuvo la finalidad de manifestarse sobre el funcionamiento de un organismo público, como lo es el Cuerpo Médico Forense, y para ello se ha valido de un lenguaje que incluye opiniones críticas sobre ciertas circunstancias que han sido mencionadas asertivamente.

Al respecto, cabe señalar que tanto la sentencia dictada por la cámara de apelaciones como el dictamen del señor Procurador General, consideraron relevante para decidir el caso establecer previamente si las expresiones contenidas en el editorial podían clasificarse como opiniones o bien como afirmaciones de hecho. La sentencia apelada ha concluido que el principio de la real malicia, que esta Corte tomara del precedente norteamericano *New York Times vs. Sullivan,* (376 U.S. 254) es inaplicable al caso precisamente por entender que sólo sirve para juzgar sobre aquellas expresiones que consisten en juicios de hecho, mientras que el editorial publicado por la demandada habría consistido sólo en opiniones o valoraciones.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo, por cierto, que "se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor". Pero, es menester precisar que ello tuvo sentido en tren de explicar por qué un ordenamiento jurídico que recurre a la prueba de la verdad, como criterio para discernir responsabilidad civil o penal por difamación, no protege suficientemente la libertad de expresión. Es lo que hizo el Tribunal mencionado en el caso *Lingens*, fallado el 8 de julio de 1986, en cuyo apartado 46 se encuentra esa frase, pero no solamente ella. Según se explica en la sentencia, el derecho austríaco establecía que si las expresiones eran objetivamente aptas para difamar, los periodistas sólo tenían posibilidad de evitar la condena cuando podían "probar la veracidad de sus afirmaciones". Inmediatamente después el tribunal europeo concluyó que una prueba semejante no podía "cumplirse respecto de juicios de valor y afecta a la libertad de opinión intrínsecamente".

Por lo tanto, el señalamiento sobre la importancia de "distinguir entre hechos y juicios de valor" fue utilizado por el Tribunal Europeo para *ampliar* la protección de la libertad de expresión más allá de las afirmaciones de hecho y alcanzar con ella a las opiniones o evaluaciones.

De todos modos, no es la prueba de la verdad el tipo de protección que este Tribunal ha reconocido a la libertad de expresión al adoptar el test conocido como de la "real malicia", tomándolo del precedente *New York Times vs. Sullivan*.

8º) Que según los precedentes de esta Corte, tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (doctrina de Fallos: 320:1272; 327:943).

Estos principios son consistentes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes.

Estas afirmaciones forman parte del acervo común de los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos. En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que "Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir" (*New York Times vs. Sullivan*, 376 U.S. 254, 271). Por su parte, el Tribunal Constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que "...Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse 'la verdad como condición para el reconocimiento del derecho [de expresarse libremente], la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio...'" (Jurisprudencia Constitucional, tomo XX, pág. 57).

Que el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. Esta es la primer e importante diferencia. La segunda y no menos importante particularidad radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia —conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad— no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico.

Si bien esto último puede implicar una alteración del principio general en otros sistemas jurídicos, en el contexto del derecho argentino y, en particular, de la legislación aplicable por los tribunales nacionales (art. 377 de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), se trata precisamente de seguir lo que es norma, esto es, que la carga de probar un hecho recae sobre quien lo alega. En el régimen jurídico de la responsabilidad civil, no se discute que cada parte debe probar los presupuestos de su pretensión, y que, por lo tanto, es el actor quien debe demostrar la existencia del factor de atribución. La sola evidencia de daño no hace presumir la existencia del elemento subjetivo en la responsabilidad profesional del periodista o del periódico.

Que de estas consideraciones cabe deducir que no es necesario crear *otro* estándar para juzgar las difamaciones ocasionadas mediante puras opiniones. Una conclusión semejante debe ser prevenida recordando que en el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de éstas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa. Por lo demás, no se trata el presente caso de otras posibles afectaciones de lo que genéricamente se denomina honor, distintas de la difamación, tales como las expresiones ofensivas, provocativas o irritantes, que pueden caber en la categoría de "insulto" (Fallos: 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert).

9º) Que, por lo tanto, en la medida que la jurisprudencia de esta Corte ha incorporado el principio de real malicia y no el test de la verdad como adecuada protección de la libertad de expresión, la cámara de apelaciones, después de constatar que se trataba de un artículo crítico hacia el funcionamiento de una dependencia gubernamental y al desempeño de ciertos funcionarios públicos, debió limitarse a constatar si la parte actora había demostrado que el medio periodístico supo o debió saber que los hechos, a los cuales se califica como "estructura ilegal" y que sirvieron de apoyo para solicitar una depuración del Cuerpo Médico Forense, podían ser falsos. Al eludir este análisis, restringió inaceptablemente el espacio que es necesario para el desarrollo de un amplio y robusto debate público sobre temas de interés general y que ha sido garantizado por el art. 14 de la Constitución Nacional.

10) Que en la causa los actores no han aportado elementos que permitan concluir que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados en el editorial o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

En efecto, la aserción del editorial examinada por los jueces de la causa no hizo sino reflejar, a modo de síntesis, el contenido de las notas que, con la firma del periodista Urien Berri, había publicado el mismo diario entre el 1º de diciembre de 1997 y la fecha del editorial. Como bien señala el señor Procurador General de la Nación, habría que incluir en el examen el contexto conformado por diversas notas previas provenientes del mismo medio periodístico que, si bien no pertenecen al referido editorial, sirven para determinar el contenido de esas afirmaciones. Si ello es tenido en cuenta, se dice en el dictamen, "es evidente que, en el caso, esas afirmaciones del editorial corresponden a hechos claramente identificados en el contexto mayor que rodeaba a la publicación del editorial" (acápite VIII).

11) Que no puede haber responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social. En este sentido se ha dicho que la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, "está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines..." (Joaquín V. González, "Manual de la Constitución Argentina", Nº 158, pág. 167, Buenos Aires, 1897).

Es función de esta Corte fundamentar, propiciar y proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad en la que se pueda convivir con tolerancia de opiniones diferentes. Uno de esos principios fundamentales es el de la libertad de expresión y el control de los funcionarios públicos, así como el debate sobre sus decisiones. Los debates ardorosos y las críticas penetrantes no deben causar temor, ya que son el principal instrumento para fortalecer una democracia deliberativa, que es principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes.

12) Que, en suma, puede afirmarse que el texto examinado del editorial publicado el 19 de octubre de 1998, no es apto para generar la responsabilidad del diario demandado. En consecuencia, la decisión apelada que responsabilizó al referido diario, constituye una restricción indebida a la libertad de expresión, por lo que debe ser revocada.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 126 y agréguese la presente queja a los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, remítase. RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO *(según su voto)* — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI *(según su voto)*— JUAN CARLOS MAQUEDA *(según su voto)* — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que los actores, integrantes del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Nación (en adelante C.M.F.), promovieron demanda contra el diario La Nación y contra el periodista Jorge Urien Berri, con el objeto de que se los condenara a resarcir los daños que les habrían provocado las notas de fechas 1º y 13 de diciembre de 1997, 30 de enero de 1998, 13 de marzo de 1998, 1º y 15 de abril de 1998, 14 de octubre de 1998, 11 de noviembre de 1998, 24 de febrero de 1999, 1º de marzo de 1999, 14 de marzo de 1999, 13 y 14 de abril de 1999, 15 de junio de 1999, 11 de agosto de 1999 y el editorial del 19 de octubre de 1998. Adujeron que los demandados, mediante las noticias, sus títulos y subtítulos y el editorial, cuestionaron su desempeño profesional como integrantes del referido C.M.F., con especial referencia a dos causas penales, relacionadas con el fallecimiento de la señora Cristina Britéz Arce y su hijo por nacer en la maternidad Sardá. De tal manera —precisaron los actores— el diario y el periodista afectaron los derechos constitucionales a la intimidad y al honor, en tanto las publicaciones fueron inexactas, formaron parte de una campaña persecutoria y difamatoria contra ellos y, en lugar de informar, tomaron una abierta posición sobre el tema, con la intención de despertar en el público sospechas sobre su actuación profesional.

2º) Que la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda promovida contra el diario La Nación y la rechazó en cuanto fue dirigida contra el periodista Jorge Urien Berri. Los fundamentos del tribunal *a quo* han sido adecuadamente reseñados por el señor Procurador General de la Nación en su dictamen (acápite I), al que cabe remitir en razón de brevedad.

Contra ese pronunciamiento, el diario condenado interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar al recurso de hecho en examen.

3º) Que el recurso es formalmente admisible en tanto existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del inc. 3º del art. 14, de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas. Corresponde, asimismo, tratar en forma conjunta los agravios relativos a la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento en la consideración de argumentos planteados en la causa, pues a ello se imputa la directa violación de los derechos constitucionales invocados, guardando, en consecuencia, ambos aspectos, estrecha conexidad entre sí (conf. Fallos: 325:50; 326:4931; 327:943, 3536, entre muchos otros).

4º) Que, tal como manifiesta el diario recurrente a fs. 1101 vta., resulta arbitraria la afirmación efectuada por el tribunal *a quo* en el sentido de que el diario La Nación no había controvertido las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia acerca del carácter

"desprestigiante" del editorial hacia el C.M.F. En efecto, de la expresión de agravios ante la cámara surge que el diario hizo expresa referencia al conjunto de publicaciones y a la "campaña" aludida por la parte actora, a cuya secuencia no resultaba ajeno el editorial del 19 de octubre de 1998, por lo que las críticas incluyeron, inequívocamente, a la referida pieza.

Más allá de ello, no puede soslayarse que, a pesar de lo expuesto, el *a quo* no declaró la deserción del recurso, sino que examinó los agravios del diario apelante —principalmente el planteo referente a la aplicabilidad de la doctrina de la real malicia— y desarrolló los fundamentos por los cuales confirmó la decisión apelada.

Es por esta razón que puede afirmarse que la cuestión federal ha sido tratada y examinada por la alzada, por lo que resulta apta para su conocimiento en esta instancia.

Cabe recordar, además, que en la tarea de esclarecer la inteligencia de cláusulas del carácter antes señalado esta Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni las de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue.

5º) Que, en primer término, corresponde precisar que los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso son, por un lado, la libertad de expresión, información y prensa y, por el otro, el derecho a la honra o reputación.

Con respecto a la libertad de expresión esta Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que dicha libertad tiene en un régimen republicano. En este sentido ha dicho desde antiguo que "...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal..." (Fallos: 248:291). También manifestó que "el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio" (Fallos: 308:789; 310:508; 321:667 y 3170).

El derecho a la honra, por su parte, se refiere a la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito.

6º) Que no corresponde que este Tribunal examine los artículos de investigación escritos por el periodista Urien Berri, en tanto éste fue eximido de toda responsabilidad —en virtud de que los jueces de la causa consideraron que el profesional se había limitado a cumplir con su tarea escribiendo información con cita de la fuente (doctrina C.184 189.XX "Campillay, Julio César c/ La Razón, Crónica y Diario Popular", sentencia de fecha 15 de mayo de 1986 Fallos: 308:789)— y los actores no interpusieron recurso alguno en este aspecto.

Por ello se transcribirán los términos del editorial redactado el 19 de octubre de 1998 en tanto lo allí expresado constituye el fundamento de la condena al diario recurrente y es a lo que debe ceñirse el examen de esta Corte:

"Transparencia de peritajes forenses.

Como si la credibilidad del sistema judicial no estuviera ya bastante depreciada, el escándalo que ahora ha estallado en torno del cuerpo médico forense de la Corte Suprema ha venido a ahondar el escepticismo que se ha generalizado en la sociedad argentina respecto de la

calidad del servicio de justicia que presta el Estado, y a agudizar las suspicacias sobre comportamientos criminales en esferas vinculadas con el poder político.

Porque ya no se trata de averiguaciones de los jueces sobre eventuales negociados y actos de corrupción, ni de enriquecimientos sospechosos o decisiones irregulares adoptadas bajo presiones políticas: en los casos en que intervienen los médicos forenses hay vidas humanas que han sido súbita y violentamente truncadas. Y en varios de los más resonantes casos en que han aflorado ante la opinión ciudadana cuestionamientos, desconfianzas y contradicciones respecto de peritajes e informes profesionales aparecen indicios de alguna relación entre figuras protagónicas de la vida pública y episodios horrendos que conmovieron los sentimientos de la comunidad.

Los médicos forenses, como otros profesionales en sus respectivas especialidades, son auxiliares imprescindibles de la Justicia. Sobre la base de sus dictámenes reposa una gran parte de la eficacia de los procedimientos jurídicos, y los magistrados no pueden prescindir, en la generalidad de los casos, de su opinión debidamente fundada en consideraciones científicas objetivas: un pronunciamiento pericial suele tener el carácter de un verdadero prenuncio de las decisiones del juez, sea en cuestiones de fondo o incidentales.

Pero por esa misma razón los cuerpos de peritos deben ser absolutamente confiables. El fuerte deterioro moral que conllevan dictámenes falaces o amañados, producto de presiones inducidas desde posiciones política o económicamente influyentes, o peritajes negligentes realizados irresponsablemente con desconocimiento u olvido de su crucial trascendencia para el desarrollo de un proceso daña las bases mismas del sistema judicial al poner en manos del magistrado elementos de juicio que distorsionan la realidad.

En este caso, para peor, aparece una cierta forma de estructura ilegal en el ámbito forense que intenta disimular o encubrir con criterio corporativo un encadenamiento de hechos irregulares perpetrados por profesionales médicos que ha llevado al juez a requerir peritajes fuera del ámbito del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema, bajo la sospecha de que sus procedimientos son incorrectos y sus dictámenes falsean la verdad. El resultado de tales peritajes viene a avalar las sospechas, calificando como incoherente, temerario, negligente y no confiable —entre otros términos convergentes— el trabajo de los peritos de la Corte.

En vista de estos hechos, el máximo tribunal de la Nación ha dispuesto una auditoría en el Cuerpo Médico Forense y el juez Mariano Bergés citó a prestar declaración indagatoria a tres decenas de forenses sospechados del intento de encubrir con su dictamen los errores e irregularidades de otros colegas. Es menester, para que el prestigio de la Justicia no siga mermando, que la investigación llegue a conclusiones indubitadas y el cuerpo de peritos resulte depurado —si es necesario— para recuperar la imprescindible credibilidad.

Es cierto que el sistema judicial argentino padece muchas otras deficiencias que son notorias, en todos los niveles de la administración de Justicia, pero la falta de un cuerpo médico forense responsable, en cuyo cabal sentido de su función profesional se pueda confiar, es una carencia insalvable cuando se trata de llegar a la verdad sobre hechos que golpean duramente la sensibilidad de la gente y suelen adquirir incluso gravitación política".

7º) Que el editorial del diario demandado tuvo por finalidad expresarse acerca de un tema de interés público —el funcionamiento del C.M.F—, utilizando para ello tanto afirmaciones sobre hechos como opiniones críticas.

Esta distinción entre hechos y opiniones es jurídicamente relevante para establecer qué tipo de regla se debe aplicar para juzgar la responsabilidad civil: en el supuesto de los hechos se utilizarán las doctrinas de "Campillay" (Fallos: 308:789) y de la "real malicia"; en el caso de las opiniones críticas —en tanto no es posible predicar de ellas verdad o falsedad (voto de los jueces Petracchi y Bossert en Fallos: 321:2558)— no se aplicarán dichas doctrinas, sino un criterio de ponderación con fundamento en el estándar del "interés público imperativo".

En este aspecto, los jueces de la cámara entendieron que el editorial sólo expresaba opiniones, mientras que el señor Procurador General de la Nación sostuvo que exhibe aserciones de hechos.

Para esta Corte, el editorial afirma hechos cuando refiere a la estructura del C.M.F.: "(...) En este caso, para peor, aparece una cierta forma de estructura ilegal en el ámbito forense que intenta disimular o encubrir con criterio corporativo un encadenamiento de hechos irregulares perpetrados por profesionales médicos (...)"; y también expresa opiniones críticas cuando alude a que "(...) Es menester, para que el prestigio de la justicia no siga mermando, que la investigación llegue a conclusiones indubitadas y el cuerpo de peritos resulte depurado —si es necesario— para recuperar la imprescindible credibilidad".

8º) Que con relación a los hechos afirmados en la pieza editorial —referentes a la conducta profesional de funcionarios públicos—, corresponde señalar que si bien allí no se hizo expresa referencia a los actores es evidente que se trató de ellos en particular, pues dichas afirmaciones deben ser analizadas en el contexto conformado por las diversas notas previas —que forman parte de esta *litis* independientemente de haber sido excluidas de la revisión de esta Corte Suprema— de las que surgían claramente sus identidades. De aquí se sigue que no se ha cumplido con el tercer supuesto de la doctrina "Campillay" (Fallos: 308:789) que tiene por objeto proteger la honra o la reputación del afectado mediante la reserva de su identidad y si ésta puede ser fácilmente descubierta —como sucede en el *sub lite*— resulta claro que el medio será responsable.

9º) Que descartada la aplicación de "Campillay" (Fallos: 308:789) corresponde examinar el caso a la luz de la doctrina de la "real malicia".

Según esta doctrina, tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (doctrina de Fallos: 320:1272; 327:943).

Estos principios son consistentes con el diseño de un Estado de Derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes.

Así lo ha señalado esta Corte al afirmar que "no se trata de la verdad absoluta, sino de buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe" (caso V.91.XXIII. "Vago, Jorge Antonio c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otros", del 19 de noviembre de 1991, Fallos: 314:1517).

Estas afirmaciones forman parte del acervo común de los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos. En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que "Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir" (*New York Times v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 271).

Por su parte, el tribunal constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que "...Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho [de expresarse libremente], la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio..." (Jurisprudencia Constitucional, tomo XX, pág. 57). En forma parecida se ha expresado el Tribunal Constitucional Alemán en el caso "Boll" en el que sostuvo que "un énfasis excesivo en la obligación de probar la verdad y las graves sanciones que son su consecuencia, podrían llevar a una restricción y a una inhibición de los medios; éstos ya no podrían cumplir con sus tareas, especialmente aquellas que consisten en el control público, si se los sometiera a un riesgo [de sanción] desproporcionado" (BVerfGE 54, 208, transcripto por Martín Kriele en "*ESJ Grundrechte*", Munich 1986, pág. 425).

10) Que en la causa los actores no han aportado elementos que permitan concluir que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados en el editorial o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

En efecto, la aserción del editorial examinada por los jueces de la causa no hizo sino reflejar, a modo de síntesis, el contenido de las notas que, con la firma del periodista Urien Berri, había publicado el mismo diario entre el 1º de diciembre de 1997 y la fecha del editorial. Como bien señala el señor Procurador General de la Nación, habría que incluir en el examen el contexto conformado por diversas notas previas provenientes del mismo medio periodístico que, si bien no pertenecen al referido editorial, sirven para determinar el contenido de esas afirmaciones. Si ello es tenido en cuenta, se dice en el dictamen, "es evidente que, en el caso, esas afirmaciones del editorial corresponden a hechos claramente identificados en el contexto mayor que rodeaba a la publicación del editorial" (acápite VIII).

11) Que los hechos reproducidos por el demandado se basan en indicios razonables existentes al momento de su redacción.

No puede pasarse por alto, en la lectura del editorial, que la posible existencia de una "cierta forma de estructura ilegal" parece indudablemente anudada a la denuncia de una "mafia" en el seno del C.M.F —organización que, según esa acusación, falsearía los diagnósticos— contenida en el manuscrito anónimo aludido en la notas del 1º y 13 de diciembre de 1997, del 13 de marzo de 1998 y del 15 de abril de 1998, firmadas por Urien Berri. Tal correspondencia queda marcada con mayor acento si se retiene que el editorial hizo alusión a la "sospecha de que sus procedimientos son incorrectos y sus dictámenes falsean la verdad". Debe remarcarse que la cámara ponderó que la existencia de dicho anónimo fue admitida por el propio decano del cuerpo médico, lo que implicó, a su vez, el reconocimiento de que el escrito contenía una grave imputación.

El editorial en cuestión, empero, no reprodujo la expresión "mafia" sino la posible existencia —a la luz de las notas que lo precedieron— de una "cierta...estructura ilegal".

Debe añadirse, que a pesar de que el ex juez Bergés aseveró que ni Urien Berri ni La Nación pudieron tener acceso a la causa penal que se hallaba en trámite en su juzgado —en la que in-

vestigó la presunta falsedad del informe médico plenario firmado por 31 médicos forenses—, no puede desconocerse que esa afirmación fue realizada una vez concluido el proceso penal; pero hasta la sentencia de sobreseimiento, los pasos procesales podían indicar otro final, distinto, por cierto, al que tuvo dicho proceso penal.

Esta conclusión adquiere mayor claridad si se subraya otra expresión del mismo ex magistrado, quien aseveró: "...Pero es quizás muy posible que esta causa no hubiere andado hasta aquí de contar el informe pericial de mentas con fundamentos de cada conclusión (...) Fue menester la *sospecha judicial* y consecuente convocatoria a prestar declaración indagatoria lo que posibilitó aclarar los términos, actos de descargo con sus agregados bibliográficos que han permitido con holgura *ahora* arribar a la conclusión desvinculatoria..." (confr. resolución del 12 de abril de 1999, obrante a fs. 232/316 vta., punto j, de la causa "CMF s/ falso testimonio", Nº 27.985, que obra en copias certificadas no adjuntadas al expediente; el destacado no aparece en el texto original).

En otras palabras, hubo una fundada sospecha por parte de un magistrado del Poder Judicial de la Nación acerca de la posible existencia de una grave irregularidad en el funcionamiento del C.M.F., aspecto que fue reflejado en las sucesivas notas publicadas por el periodista Urien Berri y en el editorial analizado, lo que demuestra, en el contexto examinado, que el diario no conocía la falsedad de la información ni obró con despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

Desde esta perspectiva, corresponde acoger el recurso y rechazar, consiguientemente, la pretensión de los actores.

12) Que la segunda parte del editorial examinado por la cámara —en la que se alude a que debía depurarse, de ser necesario, al C.M.F. para recuperar su credibilidad y evitar que el prestigio del Poder Judicial siguiera mermando— contiene una opinión.

Tal como se dijo anteriormente —recordando el voto de los jueces Petracchi y Bossert en Fallos: 321:2558— a diferencia de lo que ocurre con los hechos "respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturas, dada su condición abstracta, no es posible predicar verdad o falsedad".

También en dicho voto se recordó el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "Lingens vs. Austria" (sentencia del 8 de julio de 1986, serie A, Nº 103) que resulta paradigmático para la cuestión de que se trata. El caso se suscitó debido a que el periodista austríaco Lingens publicó dos artículos en una revista vienesa en los que acusaba al canciller austríaco y presidente del Partido Socialista Austríaco de proteger ex nazis mediante un "oportunismo de lo más bajo". En sus notas Lingens calificó la conducta del canciller como "inmoral" e "indigna" (parágrafos 12 a 19).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuestionó la decisión de los tribunales intervinientes que, con fundamento en el párrafo 3º del art. 111 del Código Penal Austríaco, habían condenado al señor Lingens debido a que éste no había podido probar la verdad de sus dichos. Para así decidir, el Tribunal Europeo consideró que no cabía exigir la prueba de verdad en materia de opiniones. En lo que a este caso interesa, afirmó que "una distinción delicada debe hacerse entre hechos y juicios de valor. La existencia de hechos puede ser demostrada, en tanto la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba". También consideró que en lo que respecta a los juicios de valor el requisito de probar la verdad no puede cumplirse por

lo que su exigencia implica una violación al derecho de libertad de expresión consagrado en el art. 10 de la convención (párrafo 46).

Más allá de las circunstancias particulares del caso "Lingens" lo que merece ser destacado en el *sub lite* es la distinción entre los hechos y los juicios de valor y la necesidad de que ambas categorías sean juzgadas con parámetros diferentes. Ello es así, en tanto la real malicia resulta inaplicable a los supuestos de expresión de ideas, opiniones y juicios de valor debido a que sólo cuando se trata de la afirmación de hechos es posible sostener un deber de veracidad como el que subyace al estándar de "New York Times v. Sullivan". Tal como se dijo *ut supra* este estándar exige que los funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en temas de interés público prueben que la información —por hipótesis falsa— fue efectuada "a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia" (Fallos: 310:508, considerando 11). De aquí se sigue que en la medida en que respecto de las opiniones no es posible predicar verdad o falsedad no es adecuado aplicar un estándar de responsabilidad que tiene por presupuesto la falsedad.

13) Que en supuestos de interés público cuando el afectado por un juicio de valor es un funcionario o una personalidad pública sólo un 'interés público imperativo' puede justificar la imposición de sanciones para el autor de ese juicio de valor.

Tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera Ulloa c/ Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Allí se enfatizó que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el art. 13 garantiza y no limite más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo legítimo" (OC 5/85, del 13 de noviembre de 1985, Colegiación Obligatoria de Periodistas; "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004; Corte Europea de Derechos Humanos, caso "The Sunday Times vs. United Kingdom", sentencia del 29 de marzo de 1979, serie A, Nº 30; "Barthold vs. Germany", sentencia del 25 de marzo de 1985, serie A. Nº 90).

También allí se ha manifestado que "[E]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público" (párrafo 127). Se agregó que "[E]s así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestas a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público" (párrafo 129).

14) Que a la luz del criterio de ponderación anteriormente señalado, cabe concluir que en el caso de autos no se observa un interés público imperativo que justifique condenar a La Nación por sus opiniones vertidas respecto al funcionamiento del C.M.F. desde que, como lo indica el señor Procurador en su dictamen, el demandado se limitó a referirse a un cuadro de situación vinculado con un proceso del que muchos medios se hacían eco, y que había llegado a un grado importante en su etapa de investigación judicial.

Que ese editorial haya molestado a los actores, se entiende, pero ello no constituye sino uno de los precios que hay que pagar por vivir en un Estado que respeta la libertad de expresión. En consecuencia, también desde esta perspectiva se debe acoger el recurso y rechazar la pretensión de los demandantes.

15) Que, en suma, puede afirmarse que el texto del editorial examinado, en lo que concierne tanto a la afirmación cuanto a la opinión allí contenidas, no es apto para generar la responsabilidad del diario demandado. En consecuencia, la decisión apelada que responsabilizó al referido diario, constituye una restricción indebida a la libertad de expresión que desalienta el debate público de los temas de interés general, por lo que debe ser revocada.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 126 y agréguese la presente queja a los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, remítase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que en cuanto a los antecedentes de la causa y la cuestión federal sometida a consideración de esta Corte, me remito —en lo pertinente— al dictamen del señor Procurador General y a los votos emitidos en estos autos, a fin de evitar repeticiones innecesarias.

2º) Que, con relación al texto del 19 de octubre de 1998, publicado por "La Nación", coincido con los votos mencionados *supra* en cuanto a que —en materia de afirmaciones inexactas, formuladas en temas de relevancia pública, que pueden afectar el honor de funcionarios (o figuras públicas)— resulta necesario aplicar la doctrina constitucional plasmada en los casos C.752.XIX "Costa, Héctor Rubén c/ M.C.B.A. y otros", sentencia del 12 de marzo de 1987 (Fallos: 310:508) y R.134.XXXI. "Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros", sentencia del 27 de diciembre de 1996 (Fallos: 319:3428).

Según dicha doctrina constitucional, los funcionarios (o, en su caso, las figuras públicas) deben probar que la información—por hipótesis, falsa— fue efectuada "a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia" ("Costa", considerando 11).

La Corte destacó en "Costa" que dicho estándar de responsabilidad respondía "...en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta ya que '...no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos...' (discurso del doctor Vélez Sársfield en la sexta sesión ordinaria de la Convención Constituyente del año 1860) y, en consecuencia, el retraimiento de la prensa en este ámbito causaría efectos más perniciosos que los excesos o abusos de la libertad de informar..." ("Costa", considerando 13).

Teniendo en cuenta los valores que inspiran la mencionada doctrina, resulta auspicioso que este Tribunal —en su actual composición— ratifique su adhesión a ella, en forma unánime.

3º) Que también coincido con los votos citados en el considerando 1º, en cuanto a que no se ha probado en el *sub lite* que las afirmaciones contenidas en la publicación del 19 de octubre de 1998 —que han podido quedar contradichas por las resoluciones dictadas posteriormente en la causa penal— hayan sido hechas con la particular disposición subjetiva que exige la doctrina de "Costa" y "Ramos". Me remito a esos votos, en lo pertinente, para no abundar en repeticiones innecesarias.

Desde la perspectiva señalada, corresponde acoger el recurso y rechazar, consiguientemente, la pretensión de los actores.

4º) Que, en cambio, aquellos tramos del texto del 19 de octubre de 1998 que contienen *ideas, opiniones, juicios críticos y de valor* —que han sido, sin duda, molestos para los actores— deben ser apreciados de acuerdo a pautas diferentes.

Destaco, en primer lugar, que no es extraño que un discurso contenga afirmaciones fácticas y juicios de valor y que esa circunstancia pueda obligar a utilizar criterios distintos para ambos supuestos. Cito, como ejemplo, un fallo del Tribunal Constitucional de España (sentencia 105/1990, del 6 de junio de 1990, en B.O.E. del 5 de julio de 1990) en donde se encontraron, en un mismo discurso, expresiones preponderantemente informativas y otras que —en cambio— eran opiniones valorativas. Unas y otras se apreciaron según distintos criterios. Y, a su vez, dentro de la segunda categoría (*opiniones*), se consideró que algunas críticas estaban protegidas por la libertad de expresión, y otras no (estas últimas, por "inútilmente vejatorias").

Nada hay, entonces, de especial o singular en el texto del 19 de octubre de 1998, que nos ocupa.

5º) Que, en segundo término, reitero el criterio que desarrollé en el caso A.418.XXXI "Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario en autos: 'Gorvein, Diego Rodolfo s/ querella s/ calumnias e injurias c/ Amarrilla, Juan H.' expte. Nº 797/93", sentencia del 29 de septiembre de 1998 (Fallos: 321:2558, 2569). En dicho voto, al que me remito en lo pertinente, señalé que el estándar de la *real malicia* "resulta inaplicable a los supuestos de expresión de ideas, opiniones y juicios de valor. En otras palabras, sólo cuando se trata de la afirmación de hechos es posible sostener un deber de veracidad como el que subyace al estándar de 'New York Times vs. Sullivan'. Ello es así, pues respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturales [...] no es posible predicar verdad o falsedad" (considerando 9º).

Con relación a las "opiniones, ideas o juicios de valor agresivos respecto de la reputación y el honor de terceros" (considerando 13 de mi voto en "Amarilla"), expresé que "sólo corresponde tomar como objeto de posible reproche jurídico la utilización de palabras inadecuadas, esto es, la forma de la expresión y no su contenido pues éste, considerado en sí, en cuanto de opinión se trate, es absolutamente libre" (loc. cit.).

Destaqué que no era suficiente la indagación de los significados literales de los términos usados, pues resultaba necesario considerar "la terminología usual en el contexto en el que han sido vertidos" y concluí señalando que "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. En otras palabras, no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita o injustificada" (loc. cit.).

6º) Que, en consecuencia, por aplicación del *criterio de ponderación* citado precedentemente, se concluye fácilmente en que nada hay en el texto del 19 de octubre de 1998 publicado en "La Nación", que pueda ser considerado inútilmente vejatorio o insultante o que haya traspasado los límites anteriormente indicados. Que ese editorial haya molestado a los actores, se entiende, pero ello no constituye sino uno de los precios que hay que pagar por vivir en un estado que respeta la libertad de expresión.

También desde esta perspectiva corresponde, entonces, el acogimiento del recurso y el rechazo de la pretensión de los demandantes.

Por ello y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 126 y agréguese la presente queja a los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, remítase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1º a 6º del voto de la mayoría, a los que remite a fin de evitar repeticiones innecesarias.

7º) Que el editorial publicado por el diario demandado tuvo la finalidad de manifestarse sobre el funcionamiento de un organismo público, como lo es el Cuerpo Médico Forense y para ello se ha valido de un lenguaje que incluye opiniones críticas sobre ciertas circunstancias que han sido mencionadas asertivamente.

8º) Que es doctrina de esta Corte que, cuando un órgano periodístico difunde una información que pueda rozar la reputación de las personas, para eximirse de responsabilidad debe hacerlo "atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito" (Fallos: 308:789, caso "Campillay", considerando 7º).

9º) Que, en el presente caso, el demandado se ajustó a los requisitos establecidos por el reseñado estándar judicial a fin de justificar la licitud de su accionar, en la medida en que ha reservado la identidad de los involucrados en los hechos. En efecto, de los términos transcriptos sólo es dable inferir que se hallaban implicados algunos miembros del Cuerpo Médico Forense, que no aparecen específicamente mencionados. Por otra parte, la mención al sumario penal no deja dudas que se acudió a esa fuente para afirmar los hechos narrados.

10) Que aún cuando se admitiera por vía de hipótesis el incumplimiento del estándar de "Campillay" (Fallos: 308:789), cabe recordar que la circunstancia de que la información no pueda ampararse en la citada doctrina no determina que la condena al órgano de prensa sea inevitable sino que, por el contrario, correspondería examinar si, en el caso, se configuran los presupuestos generales de la responsabilidad civil (Fallos: 326:145 caso B.961.XXXV "Burlando, Fernando Andrés c/ Diario El Sol de Quilmes", sentencia del 18 de febrero de 2003, con-

siderando 6º Fallos: 329:3775; caso S.495.XL "Spinosa Melo, Oscar Federico y otros c/ Mitre, Bartolomé y otros", sentencia del 5 de septiembre de 2006, voto de los jueces Maqueda y Luis Roberto Rueda; S.1858.XL "Sciammaro, Liliana E. c/ Diario 'El Sol' s/ daños y perjuicios", voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, sentencia del 28 de agosto de 2007).

11) Que cabe, entonces, examinar la cuestión a la luz del criterio de la real malicia reconocido por este Tribunal. Ese estándar sostiene que tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de esa índole, aun si la noticia tuviere expresiones falsas e inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad y obra con real malicia, esto es, con el exclusivo propósito de injuriar y calumniar y no con el de informar, criticar o incluso, de generar una conciencia política opuesta a aquella a quien afectan los dichos. Se requiere pues que las informaciones hayan sido difundidas con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas (Fallos: 326:145 caso "Burlando", considerando 6º; S.1858.XL "Sciammaro, Liliana E. c/ Diario 'El Sol' s/ daños y perjuicios", voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, sentencia del 28 de agosto de 2007).

12) Que en la causa los actores no han aportado elementos que permitan concluir que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados en el editorial o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

En efecto, la aserción del editorial examinada por los jueces de la causa no hizo sino reflejar, a modo de síntesis, el contenido de las notas que, con la firma del periodista Urien Berri, había publicado el mismo diario entre el 1º de diciembre de 1997 y la fecha del editorial. Como bien señala el señor Procurador General de la Nación, habría que incluir en el examen el contexto conformado por diversas notas previas provenientes del mismo medio periodístico que, si bien no pertenecen al referido editorial, sirven para determinar el contenido de esas afirmaciones. Si ello es tenido en cuenta, se dice en el dictamen, "es evidente que, en el caso, esas afirmaciones del editorial corresponden a hechos claramente identificados en el contexto mayor que rodeaba a la publicación del editorial" (acápite VIII).

13) Que los hechos reproducidos en el editorial se basan en indicios razonables existentes al momento de su redacción.

No puede pasarse por alto, en la lectura del editorial, que la posible existencia de una "cierta forma de estructura ilegal" parece indudablemente anudada a la denuncia de una "mafia" en el seno del Cuerpo Médico Forense —organización que, según esa acusación, falsearía los diagnósticos— contenida en el manuscrito anónimo aludido en la notas del 1º y 13 de diciembre de 1997, del 13 de marzo de 1998 y del 15 de abril de 1998, firmadas por Urien Berri.

Tal correspondencia queda marcada con mayor acento si se retiene que el editorial hizo alusión a la "sospecha de que sus procedimientos son incorrectos y sus dictámenes falsean la verdad". Debe remarcarse que la cámara ponderó que la existencia de dicho anónimo fue admitida por el propio decano del cuerpo médico, lo que implicó, a su vez, el reconocimiento de que el escrito contenía una grave imputación.

El editorial en cuestión, empero, no reprodujo la expresión "mafia" sino la posible existencia —a la luz de las notas que lo precedieron— de una "cierta...estructura ilegal".

Debe añadirse que, a pesar de que el ex juez Bergés aseveró que ni Urien Berri ni La Nación pudieron tener acceso a la causa penal que se hallaba en trámite en su juzgado —en la que investigó la presunta falsedad del informe médico plenario firmado por 31 médicos forenses—, no puede desconocerse que esa afirmación fue realizada una vez concluido el proceso penal; pero hasta la sentencia de sobreseimiento, los pasos procesales podían indicar otro final, distinto, por cierto, al que tuvo dicho proceso penal.

Esta conclusión adquiere mayor claridad si se subraya otra expresión del mismo ex magistrado, quien aseveró: "...Pero es quizás muy posible que esta causa no hubiere andado hasta aquí de contar el informe pericial de mentas con fundamentos de cada conclusión (...) Fue menester la sospecha judicial y consecuente convocatoria a prestar declaración indagatoria lo que posibilitó aclarar los términos, actos de descargo con sus agregados bibliográficos que han permitido con holgura ahora arribar a la conclusión desvinculatoria..." (confr. resolución del 12 de abril de 1999, obrante a fs. 232/316 vta., punto j, de la causa "CMF s/ falso testimonio", Nº 27.985, que obra en copias certificadas no adjuntadas al expediente).

En otras palabras, hubo una fundada sospecha por parte de un magistrado del Poder Judicial de la Nación acerca de la posible existencia de una grave irregularidad en el funcionamiento del Cuerpo Médico Forense, aspecto que fue reflejado en las sucesivas notas publicadas por el periodista Urien Berri y en el editorial analizado, lo que demuestra, en el contexto examinado, que el diario no conocía la falsedad de la información ni que mostró una total despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

En este sentido es dable aclarar que la tutela constitucional de la libertad de expresión no puede limitarse a las afirmaciones que —con posterioridad al hecho— son declaradas "verdaderas" por un órgano jurisdiccional, sino que resulta imperativo determinar —ante la existencia de una noticia inexacta— el grado de diligencia desplegado por el informador en la tarea de determinar su veracidad.

14) Que este Tribunal ha sostenido que cuando las opiniones versan sobre materias de interés público o sobre la gestión de quienes desempeñan funciones públicas, y tal categoría comprende la labor desempeñada por los integrantes del Cuerpo Médico Forense, la tensión entre los distintos derechos en juego —el de buscar, dar, recibir y difundir informaciones u opiniones y el derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad de las personas— debe resolverse en el sentido de asignar un mayor sacrificio a quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública (Fallos: 329:3775, caso "Spinosa Melo", voto de los jueces Maqueda y Rueda, considerando 26).

15) Que dicha doctrina se funda en que las personalidades públicas tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y en que aquéllas se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias. Por otra parte, atiende de manera prioritaria al valor constitucional de resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano. Ello obliga a un criterio estricto en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad civil, pues lo contrario conspiraría contra la formación de una opinión pública vigorosa, en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir (Fallos: 329:3775, caso "Spinosa Melo", voto de los jueces Maqueda y Rueda, considerando 27).

16) Que desde esta perspectiva puede concluirse que el carácter difamatorio de los términos del editorial no superan el nivel de tolerancia que es dable esperar de un funcionario público que se desempeña en el Cuerpo Médico Forense cuando se lo critica en su esfera de

actuación pública, máxime cuando los hechos tuvieron una amplia cobertura periodística en otros medios nacionales. En consecuencia, la decisión apelada que responsabilizó al diario constituye una restricción indebida a la libertad de expresión que desalienta el debate público de los temas de interés general, por lo que debe ser revocada.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se rechaza la demanda. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 126 y agréguese la presente queja a los autos principales. Notifíquese y oportunamente, remítase. JUAN CARLOS MAQUEDA.

Información complementaria

En la causa "**Vago, Jorge Antonio c/ Ediciones La Urraca S.A. y otros" 19/11/1991—Fallos: 314:1517** en primera y segunda instancia se rechazó la demanda por daños y perjuicios sosteniendo que dado que el actor era director del semanario "Prensa Confidencial" —en virtud de lo cual gozaba notoriedad frente a la generalidad de los individuos—, y se había visto envuelto, a lo largo de su carrera profesional, en numerosas controversias que revestían interés público, constituía una "figura pública", por lo que tendría que haber acreditado 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.

La Corte Suprema rechazó el recurso de hecho por recurso extraordinario denegado articulado. Los jueces Barra y Fayt sostuvieron que la cuestión presentada al Tribunal constituía en lo esencial un punto de hecho, ya que el recurrente no cuestionó el empleo por parte del a quo del concepto de "figura pública", ni el criterio utilizado en la elaboración de aquél, sino solamente la acreditación de tales extremos en el caso. Asimismo, reiteraron los criterios del Tribunal respecto del derecho de información en su vertiente individual y social (34), y la doctrina de la real malicia (35).

Los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, en voto concurrente, compartieron la posición respecto de que el planteo introducido no resultaba apto para habilitar la instancia extraordinaria, y señalaron que tampoco era idóneo el planteo fundado en el caso "Ponzetti de Balbín", (36) toda vez que las circunstancias fácticas de aquél precedente no guardaban analogía alguna con las de autos.

Los jueces Nazareno y Boggiano, también en voto concurrente, coincidieron en que los planteos introducidos no resultaban aptos para habilitar la instancia extraordinaria, ya que no atañen a la interpretación de normas federales ni resultaban suficientes para apoyar la tacha de arbitrariedad que invocaban.

---

(34) **Nota de Secretaría:** remitieron al criterio de la Corte en la causa "**Ponzetti de Balbín", Fallos: 306:1892.** Ver, en similar sentido, **"Pandolfi, Oscar Raúl c/ Rajneri, Julio Raúl" (Fallos: 320:1272).**

(35) **Nota de Secretaría:** remitieron al criterio de la Corte en la causa "**Campillay", Fallos: 308:789**.

(36) **Nota de Secretaría:** Fallos: 306:1892.

Libertad de expresión - Funcionario público - Prensa - Fuentes - Responsabilidad - Real malicia.

Dahlgren, Jorge Eric c/ Editorial Chaco SA y otro s/ daños y perjuicios 09/11/10- D. 828. XL.

✎ ***Antecedentes:***

Jorge Eric Dahlgren interpuso demanda por daños y perjuicios contra la Editorial Chaco S.A. por la publicación de una carta de lectores titulada "Una auditoría que inhabilita" en el diario Norte (propiedad de esa editorial), que lo cuestionaba por su rol como vicepresidente y luego como presidente del ex Instituto de Previsión Social de la provincia.

La Corte, por mayoría, hizo lugar al extraordinario y confirmó el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia del Chaco que había desestimado el recurso de inconstitucionalidad planteado por Dahlgren contra la sentencia de cámara que había confirmado el rechazo de la demanda contra la Editorial, el director de la publicación Miguel Angel Fernández, y la firmante de la carta, María Cristina Ojeda.

El juez Lorenzetti, en su voto, sostuvo que la Corte debe proteger tanto la libertad de expresión y el control de los funcionarios públicos, como el debate sobre sus decisiones.

La jueza Highton de Nolasco sostuvo que la información contenida en la carta de lectores se basaba en publicaciones anteriores del diario "Norte" y en actuaciones labradas en un expediente del Tribunal de Cuentas.

Por su parte, el juez Fayt agregó que la tensión entre los distintos derechos en juego —el de buscar, dar, recibir y difundir informaciones u opiniones y el derecho a la honra y a la dignidad de las personas— debe resolverse en el sentido de asignar un mayor sacrificio a quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública.

Algunas cuestiones planteadas: (37)

a) Libertad de expresión - Responsabilidad - Funcionario público-ciudadano privado (Mayoría: Considerandos 5º a 7º; Voto del juez Lorenzetti: Considerandos 5º y 6º; Voto de la jueza Highton de Nolasco: Considerandos 6º y 7º; Voto del juez Fayt: Considerandos: 10, 11, 13, 15 y 23; Voto del juez Maqueda: Considerandos: 3º, 6º a 8º, 10 a 12 y 14).

b) Culpa simple - Responsabilidad - Daños y perjuicios - Prensa - Real malicia (Mayoría: Considerandos 5º, 6º y 8º; Voto del juez Lorenzetti: Considerandos 5º, 7º, 8º y 9º; Voto de la jueza Highton de Nolasco: Considerandos 6º a 9º, 11 y 13; Voto del juez Fayt: Considerandos: 11, 15, 16, 18 y 22; Voto del juez Maqueda: Considerandos: 3º, 5º a 8º, 10, 11, 14 y 15).

(37) Ver precedentes "Campillay", "Costa" y "Patitó", págs. 180, 196 y 238 de este suplemento respectivamente y "Ramos" y "Barreiro".

c) Honor - Fuente - (Mayoría: Considerandos 7º a 9º; Voto del juez Lorenzetti: Considerandos 5º, 8º y 9º; Voto de la jueza Highton de Nolasco: Considerandos: 8º a 11 y 13; Voto del juez Fayt: Considerandos: 16, 22 y 23; Voto del juez Maqueda: Considerando: 7º, 11, 12, 14 y 15).

🕮 ***Estándar aplicado por la Corte:***

- La libertad de expresión, incluye y contiene el derecho a dar, recibir y difundir información, haciendo una distinción según la calidad del sujeto pasivo de la difamación entre "funcionario público" y "ciudadano privado" a los efectos de adjudicar responsabilidad civil por la difusión de noticias inexactas, confiriendo una protección más amplia a este último.

- La libertad de expresión no comprende tan solo la tutela de las afirmaciones "verdaderas" sino que se extiende a aquellas que, aún no correspondiéndose con la realidad, han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche de suficiente entidad.

- Para obtener reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes a la función pública, se debe probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia; en cambio basta la 'negligencia precipitada' o 'simple culpa' en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes.

- La reproducción de los dichos de otro, no trae aparejada responsabilidad civil ni penal en la medida en que se haya atribuido el contenido de la información a la fuente pertinente y se haya efectuado, además, una transcripción sustancialmente fiel a lo manifestado por aquélla. Se trata de posibilitar que se transparente el origen de las informaciones y permitir a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino la específica causa que las ha generado.

- A efectos de garantizar un razonable equilibrio entre la libertad de expresión y la protección del honor personal, debe exigirse que el que propale la noticia invoque la fuente y que sus dichos coinciden sustancialmente con aquélla. La mera invocación de la fuente lo exime de responsabilidad civil.

Texto del Fallo:

Dictamen de la Procuración General:

Suprema Corte:

I— La Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, desestimó el recurso de inconstitucionalidad deducido por el actor contra la sentencia de Cámara, que a su vez confirmó el pronunciamiento de grado que rechazó la

demanda iniciada por el señor Jorge Eric Dahlgren, contra María Cristina Ojeda, Miguel Angel Fernández, Editorial Chaco S.A., y Rina Natalia Mendoza (v. fs. 817/826).

En autos, el contador Jorge Eric Dahlgren al promover la acción por daños y perjuicios, expuso que, habiendo sido nominado en noviembre de 1995 por el Bloque de Diputados de Acción Chaqueña para ocupar un cargo en el Tribunal de Cuentas de la Provincia, pocos días antes de ser elevada dicha nominación a la H. Cámara de Diputados, el periódico local Norte, de propiedad de Editorial Chaco S.A. y dirigido por Miguel Angel Fernández, publicó como "Carta de Lectores" una nota titulada "Una auditoria que inhabilita". La carta, firmada por María Cristina Ojeda, le atribuía al accionante un comportamiento administrativo observable, que había sido denunciado públicamente por "Norte", supuestamente concretado cuando se desempeñó como Vicepresidente y luego como Presidente del ex Instituto de Previsión Social, que constituía un escollo ético, de acuerdo al artículo 11 de la Constitución Provincial, para ser postulado como miembro del Tribunal de Cuentas.

Demandó asimismo a la vocal de dicho Tribunal, Dra. Rina Natalia Mendoza, quién, al contestar un requerimiento del Presidente del Bloque de Acción Chaqueña, mediante una nota identificada como A/S 736/95, hizo una serie de apreciaciones que —a criterio del actor— creaban dudas, a través de una redacción confusa, acerca de su situación sobre el particular.

Para decidir como lo hizo, en lo sustancial, el Superior Tribunal Provincial, con relación a la co-demandada María Cristina Ojeda, consideró insuficiente el reproche efectuado por el actor en el sentido de que la carta no informaba ni formulaba críticas, sino que emitía un juicio de valor, imputándole un delito doloso. Dijo que la sentencia de Cámara analizó la información que contiene la carta, infiriendo que no sólo se basa en publicaciones anteriores del diario "Norte" agregadas a la causa, sino también en actuaciones labradas en el Expediente del Tribunal de Cuentas — Sumario Administrativo Nº 403050594-10.136 E, Año 1994, puntualizando los pormenores de dichos obrados. Recordó que la Cámara expresó que en consecuencia, no puede tildarse de falso el contenido de la misiva, en tanto se corresponde con las constancias a que alude y por ello, consideró exenta de reproche la apreciación final de la lectora, quien en función de la cláusula ética del artículo 11 de la Constitución Provincial, interpretó que el actor se encontraría inhabilitado para ocupar el cargo de Vocal del Tribunal de Cuentas.

Señaló que la errónea referencia a la tramitación de un sumario administrativo, también fue examinado por la Alzada, que la justificó por entender que la demandada no tenía conocimientos técnicos específicos para diferenciar sumario de actuaciones administrativas, y que no resultaba un elemento indicativo de maliciosa tergiversación de los hechos por parte de la autora de la carta.

Expresó, además, invocando doctrina de la Corte Suprema Nacional, que la opinión de Ojeda puede o no ser compartida, pero deberá ser respetada, ya que es el resultado de la diversidad ideológica propia de una comunidad democrática.

Entendió que los reproches del recurrente, sólo reflejan su discrepancia con el criterio empleado por los sentenciadores para la apreciación de las circunstancias del caso, de modo que no resultan idóneos para habilitar la vía intentada.

Respaldó la decisión del inferior en el sentido que el accionar de María Cristina Ojeda no incurrió en el ámbito de la antijuridicidad, ni que sus términos hayan obedecido al propósito de injuriar o de dañar al actor, descartando que haya existido un factor subjetivo de atribución de responsabilidad (culpa o dolo).

Remitió a lo dicho por el Sr. Procurador General en orden a que la publicación de la carta no fue decisiva para impedir la nominación del accionante como vocal del Tribunal de Cuentas, aún cuando aquélla proviniera de la cónyuge del aspirante al mismo cargo, pues dependía de la decisión del partido y no del bloque de diputados, tal lo resuelto, firme y consentido en el amparo que tramitara por Expediente Nº 5914/96, agregado por cuerda a estos obrados.

Con relación a Editorial Chaco S.A. y Miguel Angel Fernández, señaló que la Cámara consideró que las expresiones de la carta carecían de entidad suficiente para desacreditar o dañar el honor y la reputación de Dahlgren y que, en razón de la doctrina de la "real malicia", puso a cargo del demandante la prueba de que el diario o su director, eran eventualmente responsables por el contenido de lo publicado, cuya autoría no puede atribuírsele. Indicó, asimismo, que el inferior juzgó que la difusión de la opinión con el nombre de la autora y los datos de identidad, liberan de responsabilidad al medio periodístico y a su director, si no se comprobó de manera indubitable que obedeciera a alguna maniobra del diario para desacreditarlo públicamente.

Puntualizó que, si bien la carta contenía material de archivo del diario, también se integró con las actuaciones labradas en el expediente del Tribunal de Cuentas y con la apreciación final de la lectora, que utilizando un tiempo de verbo potencial, opinó que Dahlgren estaría impedido para ser postulado como miembro de aquel Tribunal.

Finalmente, con relación a la demandada Rina M. Mendoza, dijo que no advertía, ni el recurrente había demostrado, arbitrariedad en este punto del decisorio de Cámara, máxime cuando los informes suministrados por la demandada, además de ajustarse a las actuaciones tramitadas en el Expediente Nº 10.136, lo fueron en función de lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 4159, sin que su actuación en representación del Tribunal de Cuentas encuadrara en lo normado por el artículo 1112 del Código Civil.

En cuanto a la condena en costas, avaló lo dicho por el tribunal de mérito en orden a que no procede la situación de excepción a la regla del principio objetivo de la derrota contenido en el artículo 68 del código ritual, lo que a su juicio ha quedado evidenciado a través de la conducta desplegada por el accionante.

II— Contra este pronunciamiento, el actor dedujo el recurso extraordinario de fs. 829/853 vta., que fue concedido a fs.861/862 vta.

Alega que cuando se sostiene que la carta no menoscabó su honor, se incurre en un notorio apartamiento de las constancias de la causa, en tanto del análisis del texto, como también del título, surge indudable su aptitud agraviante.

Además —prosigue— se acreditó que la conclusión final de la carta de lectores, es inexacta, porque Dahlgren nunca cometió delito doloso contra el Estado; y otro tanto ocurrió respecto a "...la responsabilidad del Contador Dahlgren por su actuación...", pues no se instruyó sumario y nunca fue investigado, lo cual fluye de los expedientes administrativos citados.

Expresa que la lectora extrajo de las actuaciones administrativas conclusiones que aquéllas en modo alguno autorizan, llegando al agravio e inhabilitando directamente al actor, lo que implica que ha incurrido en culpa (art. 1109 del Código Civil), marcando la arbitrariedad de la sentencia que obvió las inexactitudes de la carta publicada.

Aduce que el hecho de que Ojeda desconozca la diferencia entre sumario y actuaciones administrativas, carece de relevancia, porque con ello no puede obviarse la concreta asignación de responsabilidad a Dahlgren, a quien consideró culpable por la implícita atribución de

delito doloso al estimarlo comprendido en la cláusula ética del artículo 11 de la Constitución Provincial, con lo que consiguió su descrédito.

Reprocha que se omitió la consideración de prueba decisiva, como el informe de la Fiscal Relatora en el expediente 10.136 que lo libera de responsabilidad por los presuntos pagos irregulares denunciados por Ojeda, el informe de la Comisión Evaluadora en el citado expediente, que ni siquiera menciona al actor ni observa su conducta, igualmente fs. 100 de las mismas actuaciones de donde surge que Dahlgren se negó a pagar, y la acreditación de que no se instruyó ningún sumario.

Con respecto a los fundamentos relacionados con Editorial Chaco S.A. y Miguel Angel Fernández, remite a los argumentos que, con cita de doctrina, expone respecto a la inaplicabilidad de la doctrina de la real malicia, en tanto —dice— se aparta de los principios rectores de la responsabilidad civil vigentes en nuestro país, descalificando total y absolutamente la inversión de la carga probatoria.

Sostiene que resulta inconstitucional la distinción entre personas públicas y privadas, víctimas de ataques al honor causados por los medios de información, objetando la aplicación de una supercausal subjetiva como la real malicia, cuya ilegalidad es manifiesta por colisionar con el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Afirma que la ley no exige que el dañado pruebe el conocimiento de la falsedad o la injuria, o bien la entera despreocupación cuando, como en la especie, hay elementos suficientes para presumir que carecen de veracidad. Esto —agrega— descarta la aplicabilidad de la real malicia, con mayor razón en el caso, cuando desde el propio título de la carta, de autoría del personal del diario, "Una auditoría que inhabilita", se efectuó un agregado claramente descalificante, en función de la interpretación del texto de la carta cuyo contenido agraviante no ofrece dudas, al cual avaló y desarrolló a cuatro columnas.

Expone que la circunstancia de que la carta hiciera referencia a material de archivo del diario, que en su momento mereció contestación y aclaración suficiente por parte de Dahlgren, exigía diligencia en el editor, que actuó negligentemente, en tanto estaba en conocimiento de la realidad de los hechos.

En lo relacionado con la demandada Rina N. Mendoza, argumenta que la sola lectura del informe suministrado por la Fiscal Relatora a cargo del Expediente 10.136 del Tribunal de Cuentas, pone de manifiesto que la actuación simple Nº 736, suscripta por la Dra. Mendoza no se ajusta a lo actuado en el expediente. Ello porque en el organismo no existe causa alguna con resolución definitiva en contra del actor, como tampoco respecto a la licitación pública 1/93 existe atribución de responsabilidad contra ningún funcionario, ni juicio de responsabilidad contra el apelante.

En función de ello —alega— no es razonable derivación de las constancias de la causa, sostener, como lo hizo el fallo, que en la actuación simple Nº 736 se refleje clara y objetivamente los hechos que constan en el expediente a la fecha del informe, siendo evidente la culpa de quien lo suscribió, antecedente que, por aplicación del artículo 1109 del Código Civil, genera su responsabilidad.

Con respecto a las costas, sostiene que aun con el resultado adverso, se dan los extremos indispensables para justificar la excepción al principio objetivo de la derrota, porque el rechazo de la demanda en segunda instancia y en sede extraordinaria derivó de la introducción de

un instituto extraño a los principios generales del derecho civil (real malicia), agregado a la arbitraria valoración de la prueba producida, lo que ameritaba, por lo menos la imposición de las costas en el orden causado.

III— El Tribunal tiene dicho que corresponde descalificar la sentencia que no se pronuncia razonadamente sobre agravios expuestos por el recurrente y carece del examen crítico de problemas conducentes para la solución del litigio, con grave violación del principio de congruencia ínsito en la garantía del debido proceso justiciable (v. doctrina de Fallos: 310:1764; 322:2914, entre otros). Ha dicho, además, que existe cuestión federal, si el juzgador ha prescindido de efectuar un tratamiento adecuado del asunto de acuerdo a las pruebas producidas; y ha establecido que, si los argumentos expuestos por la Cámara han franqueado el límite de razonabilidad al que está subordinada la valoración de la prueba, el pronunciamiento no constituye un acto judicial válido (doctrina de Fallos 311: 1656, 2547, entre otros), situación que, a mi modo de ver, se configura en el sub lite.

En efecto, cabe señalar en primer lugar que, si bien el contenido de la carta —como expresó la Cámara y avaló el Superior Tribunal Provincial— se corresponde con algunas de las constancias del Expediente del Tribunal de Cuentas Nº 10.136, ello no autoriza la conclusión final de la misma en orden a que "...queda en claro la responsabilidad del contador Dalghren por su actuación como vicepresidente y luego como presidente del ex IPS...", toda vez que a fs. 233 del mencionado expediente, la Fiscal Relatora informa que no se ha iniciado juicio administrativo de responsabilidad y por ello no existe imputación concreta en contra de persona alguna, como tampoco resolución definitiva absolutoria o condenatoria al respecto. Es más, ante un pedido de informes de un diputado del Bloque Acción Chaqueña (v. fs. 234 del expediente citado), la misma Fiscal responde a fs. 237, que en el Area J.A.R. no existe causa alguna con resolución definitiva en contra del Cr. Jorge Eric Dahlgren (punto 2º); que en relación a la Licitación Pública Nº 1/93, hasta la fecha no se ha iniciado Juicio Administrativo de Responsabilidad contra persona alguna, no existiendo resolución definitiva ni interpretación en contra de ningún funcionario o ex funcionario (punto 3º); y que en el Area J.A.R. no existe Juicio Administrativo de Responsabilidad en contra del Cr. Eric Dahlgren hasta la fecha (punto 4º).

Estas constancias del Expediente Administrativo no fueron examinadas, ni siquiera mencionadas en la sentencia impugnada.

Además, el juzgador no pudo dejar de considerar la apreciación final de la lectora, que expresó que "...de acuerdo a la cláusula ética del artículo 11 de la Constitución Provincial, estaría impedido (el actor) para ser postulado como miembro del Tribunal de Cuentas". En especial cuando el apelante alegó que ello significa la atribución de un delito doloso contra el Estado, desde que el artículo 11 de la Constitución de la Provincia del Chaco dice textualmente: "Es condición esencial para el desempeño de los cargos públicos la observancia de la ética. Atenta contra el sistema democrático quien haya cometido delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento patrimonial, y queda inhabilitado a perpetuidad para ocupar cargo o empleo público, sin perjuicio de las penas que la ley establezca. La Legislatura dictará una ley de ética pública para el ejercicio de las funciones."

No atenúa la gravedad de la imputación, el empleo del tiempo de verbo potencial al afirmarse en la carta que el actor "estaría" impedido para ser postulado como miembro del Tribunal de Cuentas, pues previamente, se expresó de manera asertiva, como se ha visto, que "...queda claro la responsabilidad del contador Dalghren por su actuación como vicepre-

sidente y luego como presidente del ex IPS...", a lo que debe agregarse que el diario empleó el tiempo de verbo presente, cuando tituló la publicación como "Una auditoría que inhabilita".

Corresponde recordar al respecto, que el Tribunal, al examinar los supuestos de la doctrina "Campillay", con referencia a la utilización del modo potencial en los verbos, estableció que su verdadera finalidad estriba en otorgar la protección de la doctrina a quien se ha referido sólo a lo que puede (o no) ser, descartando toda aseveración, o sea la acción de afirmar y dar por cierta alguna cosa. No consiste solamente en la utilización de un determinado modo verbal —el potencial— sino en el sentido completo del discurso, que deber ser conjetural y no asertivo. Si así no fuera, bastaría con el empleo casi mágico "*sería*..." para poder atribuir a alguien cualquier cosa, aun la peor, sin tener que responder por ello (v. doctrina de Fallos: 326:145, cons. 4º.)

En tales condiciones, resulta arbitraria la conclusión de la sentencia en orden a que la carta expresa una opinión que puede o no ser compartida pero que debe ser respetada dada la diversidad ideológica propia de una comunidad democrática. En efecto, la autora de la misiva —a mi ver— no emite una opinión, sino que atribuye una responsabilidad concreta al contador Dahlgren, sobre la base de referencias a un expediente administrativo que si no son inexactas, al menos son incompletas, como se ha visto precedentemente.

En consecuencia, se justifica en este aspecto la apertura de la instancia extraordinaria, desde que el juzgador se ha apartado sin razón valedera de constancias relevantes de la causa, de modo que la decisión no constituye su derivación razonada, por lo que resulta descalificable como acto judicial válido (v. doctrina de Fallos: 319:564 y sus citas).

IV— En cuanto a los agravios relativos a Editorial Chaco S.A. y Miguel Angel Fernández, cabe señalar, en primer lugar, que contrariamente a la opinión del recurrente, la doctrina de la "real malicia" ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación integrando su propia línea de jurisprudencia. Precisamente, uno de sus ministros, el doctor Carlos S. Fayt, en su publicación "La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo" (Editorial "La Ley"), bajo el subtítulo: "Ramos (319:3428) y la consolidación de la doctrina de la real malicia", expone que, en el fallo aludido, el Tribunal la adoptó por unanimidad. Manifiesta además que "...En este entendimiento es que se pronunció la Corte Suprema pues, aun cuando hubiese revocado la sentencia condenatoria impugnada, en base a la violación de la garantía de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional), receptó en plenitud la doctrina de la real malicia a lo largo de sus consideraciones." (Carlos S. Fayt, obra citada, pág. 191).

Hecha esta aclaración, estimo, sin embargo, que la apreciación del juzgador en orden a que la difusión de la opinión con el nombre de la autora y los datos de identidad, liberan de responsabilidad al medio periodístico y a su director, omite considerar que el diario no se limitó a transcribir la carta de la lectora, sino que, adhiriendo a su contenido, tituló su publicación como "Una auditoría que inhabilita". Este rótulo fue puesto por el diario, circunstancia revelada por la autora de la carta al contestar la demanda (v. fs. 114 vta., último parrafo), y no negada por el medio y su director.

Esta afirmación relativa al texto de dicha misiva, revela una manifiesta y evidente despreocupación por averiguar la veracidad de su contenido, máxime cuando, como lo expresa el recurrente, el diario ya había difundido una noticia sobre el tema en mayo de 1994, que mereció la inmediata contestación y aclaración por parte de Dahlgren (v. fotocopias fs. 494, 496), circunstancia que exigía mayor cuidado por parte del editor.

Cabe recordar que V.E. tiene reiteradamente dicho que la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran la integridad moral y el honor de las personas —arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional— (v. doctrina de Fallos: 310:508; 315:632; 319:2741; 321:667, 3170; 324:2985, entre muchos otros). Ha establecido, asimismo, el Tribunal, que "...La necesidad de que la sociedad cuente con una prensa libre, capaz de denunciar eficazmente la corrupción estatal o privada, no sirve por sí misma, aisladamente considerada, como argumento para negar la debida protección a cualquier individuo que pueda ser sujeto de una denuncia falsa, distorsionada, tendenciosa o inclusive mordaz en grado tal que cause una verdadera lesión a valores tan preciados como la integridad moral y el honor" (v. doctrina de Fallos: 321:2848).

Finalmente, corresponde señalar que también ha determinado que "El derecho a informar no escapa al sistema general de responsabilidad por los daños que su ejercicio pueda causar a terceros. Por tanto, si la información es lesiva al honor, el órgano de difusión debe responder por el perjuicio moral causado."(v. doctrina de Fallos: 316:1623).

V— Ahora bien, en cuanto al gravamen que le habría causado al recurrente el informe simple Nº 736 suscripto por la doctora Rina N. Mendoza, estimo que asiste razón al sentenciador en orden a que aquél no demuestra arbitrariedad en este punto del decisorio, pues el informe suministrado por la demandada, se ajusta a las actuaciones tramitadas en el Expediente Nº 10.136, y lo fueron en función de lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 4159. Se observa, además, que del informe referido no surge ninguna imputación concreta, ni se atribuye al actor ninguna causa pendiente. Por otra parte, como puede apreciarse, la cuestión remite al examen de normas de derecho público local, materia ajena —en principio y por su naturaleza— a la instancia del artículo 14 de la ley 48 (v. doctrina de Fallos: 308:1757; 311:2004, entre muchos otros).

VI— La solución que propicio, me exime de tratar el agravio relativo a las costas.

Por todo ello, opino que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada, y disponer vuelvan los actuados al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Buenos Aires, 24 de febrero de 2005. MARTA A. BEIRO

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 9 de noviembre de 2010.

Vistos los autos: "Dahlgren, Jorge Eric c/ Editorial Chaco SA y otro s/ daños y perjuicios".

Considerando:

1º) Que en cuanto a los antecedentes de la causa corresponde remitirse a los capítulos I y II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, los que se dan por reproducidos, en razón de brevedad.

2º) Que los agravios que el apelante formula, en su recurso extraordinario, respecto de los demandados María Cristina Ojeda, Editorial Chaco S.A. y Miguel Angel Fernández (director del diario "Norte"), resultan formalmente admisibles pues involucran la inteligencia de las

disposiciones constitucionales sobre la libertad de expresión y la decisión del a quo ha sido contraria al derecho fundado en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48).

No es ese el caso de los agravios concernientes a la codemandada Rina N. Mendoza, respecto de la cual el recurso se desestima, por las razones indicadas en el capítulo V del ya mencionado dictamen.

3º) Que, con relación a la carta de lectores publicada en el periódico "Norte", suscripta por María Cristina Ojeda, la referida misiva efectúa ciertas reseñas —de actuaciones administrativas y de publicaciones periodísticas— y termina con una suerte de "conclusión" (de la autora, no de los expedientes, que de la propia carta resulta que están inconclusos), según la cual "queda en claro la responsabilidad del contador Dahlgren por su actuación como vicepresidente y luego como presidente del ex I.P.S. de acuerdo a la cláusula ética del artículo 11 de la Constitución Provincial [...]".

La aserción de Ojeda es más un parecer o un pronóstico que una afirmación fáctica, lo que excluiría de raíz el régimen jurídico aplicable a esta última. Sin embargo, aun en el caso de que se tratara de una inexactitud fáctica los planteos del apelante no pueden tener acogida.

4º) Que, en efecto, toda la argumentación que el recurrente Dahlgren desarrolla en su recurso extraordinario está construida sobre la base de considerar que la presunta responsabilidad de Ojeda por esos dichos —que se referían a actos realizados por un funcionario público en ejercicio de sus funciones (Dahlgren)— encuentra fundamento en la simple "culpa" de aquélla. Así, por ejemplo, las expresiones *"conducta negligente"* (fs. 837 vta.); *"los demandados incurrieron en culpa"* (fs. 838 vta.); *"basta con la culpa por imperio de lo establecido en el art. 1109 del C.C."* (fs. 840); *"hubo por lo menos negligencia de Ojeda"* (fs. 841); *"basta con una simple culpa para estar obligado a la reparación, expresa solución normativa de aplicación al caso"* (fs. 843 vta.); *"lo que implica que [*Ojeda*] haya incurrido en culpa (*art. 1109 C.C.*)" (fs. 846)*; *"Ojeda debe responder [...] al haber incurrido en culpa"* (fs. 847 vta.).

Desde esta perspectiva, el recurrente rechaza la doctrina constitucional que esta Corte ha explicitado en materia de afirmaciones inexactas —formuladas en temas de relevancia pública— que pueden afectar el honor de funcionarios públicos, a la que califica de creación "*ajena a nuestro derecho"* (fs. 837 vta./838 y 843).

5º) Que la mencionada doctrina del Tribunal especifica las condiciones dentro de las cuales el derecho constitucional de expresarse libremente es ejercido conforme a la Constitución Nacional y, por lo tanto, dentro de qué marco actúa como causa de justificación.

Que, con relación a este tema, la Corte efectuó una serie de consideraciones en el caso "*Ramos*" (Fallos: 319: 3428), que el Tribunal considera de utilidad reproducir ahora.

Allí recordó que en el caso "*Costa*" (Fallos: 310:508), la mayoría del Tribunal sostuvo, con remisión a su jurisprudencia y a la elaborada por la Corte Suprema estadounidense a partir del caso *"New York Times vs. Sullivan"*, que a los efectos de adjudicar responsabilidad civil por la difusión de noticias inexactas era necesario distinguir según la calidad del sujeto pasivo de la difamación, esto es, entre el "funcionario público" y el "ciudadano privado", confiriendo una protección más amplia a este último (considerando 10).

Esta Corte consideró que "...para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal

circunstancia...; en cambio basta la 'negligencia precipitada' o 'simple culpa' en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes..." (considerando 11).

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

6º) Que en esta oportunidad el Tribunal señala —como lo hizo en "*Ramos*" (Fallos: 319:3428)— la necesidad de ratificar esa doctrina toda vez que ella resulta ser el medio más idóneo para alcanzar "la más amplia libertad de prensa" por medio de la cual puede conocerse la verdad e importancia de los actos de gobierno (caso "*Costa*" cit. supra).

Esta Corte coincide con lo expresado por varias jurisdicciones constitucionales en el sentido de que la libertad de expresión no comprende tan solo 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 de suficiente entidad.

Así, la Corte norteamericana señaló que "Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir" ("*New York Times v. Sullivan*", 373 U.S. 254, 271). La importancia de esta doctrina se funda en la necesidad de evitar la auto-censura. Si sólo los eventuales críticos de la conducta oficial pudieran evitar su condena con la prueba de la verdad de los hechos afirmados, aquéllos "...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 miedo al gasto necesario para hacerlo. Tenderían a formular exclusivamente declaraciones que, 'se mantengan bien apartadas de la zona de lo ilícito'. Así, la regla desalentaría el vigor y limitaría la variedad del debate público. Ello es inconsistente con la Primera y la Decimocuarta Enmiendas" (*"New York Times"* cit., pág. 279).

En "*Gertz*" ese mismo tribunal afirmó que "La Primera Enmienda requiere que protejamos algunas falsedades a efectos de tutelar el discurso que tiene importancia" (418 U.S. 323, 340).

En la Corte argentina se ha afirmado, coincidentemente, que: "Con relación a la información objetiva y verídica, corresponde destacar las dificultades que ofrece a la teoría del conocimiento la posibilidad de llegar a la realidad de las cosas. De ahí que si la información deseable sea la objetiva, la posible es la información que tiende a esa verdad objetiva. Esta limitación subyace como herencia de la condición humana que la formula y marca, con el signo del acierto o del error la distancia, que siempre existe, entre el hecho y su relato...No se trata de la verdad absoluta, sino de buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe" (caso "*Vago*", Fallos: 314:1517, 1522).

A su vez, el Tribunal Constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que "...Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse 'la verdad' como condición para el reconocimiento del derecho [de expresarse libremente], la

única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio..." (Jurisprudencia Constitucional, tomo XX, pág. 57).

La noticia que la Constitución protege —se dijo en la citada sentencia del Tribunal Constitucional español— es la que transmite información "veraz", pero de ello no se sigue que quede extramuros del ámbito garantizado la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso. "Cuando la Constitución requiere que sea 'veraz', no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador" (op. y loc. cit.).

En forma parecida se ha expresado el Tribunal Constitucional Alemán: en el caso *"Böll"* dicho tribunal sostuvo que "un énfasis excesivo en la obligación de probar la verdad y las graves sanciones que son su consecuencia, podrían llevar a una restricción y a una inhibición de los medios; éstos ya no podrían cumplir con sus tareas, especialmente aquellas que consisten en el control público, si se los sometiera a un riesgo [de sanción] desproporcionado" (BVerfGE 54, 208, transcripto por Martín Kriele en "*ESJ Grundrechte*", Munich 1986, pág. 425).

7º) Que la doctrina que se ha recordado resulta aplicable al caso pues las supuestas inexactitudes de Ojeda se refieren a hechos vinculados con el ejercicio, por parte de Dahlgren, de los cargos de vicepresidente y presidente del Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco.

Por lo tanto, el apelante debe ser considerado, en los términos del caso "*Costa*", como un funcionario público cuyo honor merece una tutela más atenuada que la que corresponde a los simples ciudadanos privados y que, conforme a lo antes expuesto, debió intentar probar más que la "simple culpa" en la que ha basado su pretensión. Esta, consiguientemente, queda sin fundamento y debe ser rechazada.

8º) Que, con relación a los agravios concernientes a Editorial Chaco S.A. y Miguel Angel Fernández (director del diario "Norte") corresponde recordar que, a partir de *"Campillay"* (Fallos: 308:789), la Corte Suprema ha desarrollado una doctrina según la cual, en determinadas condiciones, la reproducción de los dichos de otro, no trae aparejada responsabilidad civil ni penal. Es preciso que se haya atribuido el contenido de la información a la fuente pertinente y se haya efectuado, además, una transcripción sustancialmente fiel a lo manifestado por aquélla.

Ha dicho la Corte que esa doctrina posibilita que se transparente el origen de las informaciones y permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. También los propios aludidos resultan beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos —si a ellos se creyeran con derecho— podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión (Fallos: 316:2394, considerando 6º; 316:2416, considerando 10 e igual considerando del voto concurrente).

También la Corte ha resaltado el carácter fuertemente tutelar de esta doctrina, según la cual se permite al que suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad con la sola cita de la fuente. Parece justo, entonces, a efectos de garantizar un razonable equilibrio entre la libertad de expresión y la protección del honor personal, exigir que el que propale la noticia acredite judicialmente que ha invocado la fuente y que sus dichos coinciden sustancialmente con aquélla (Fallos: 319:3428, considerando 8º).

El Tribunal ha aclarado, asimismo, que la doctrina no puede ser considerada de naturaleza civil o penal: ella debe ser aplicada a cualquier tipo de proceso pues está destinada a establecer un ámbito lo suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión. La invocación de una fuente y la transcripción sustancialmente fiel de la noticia emanada de ella priva de antijuridicidad a la conducta, razón por la cual el principio juega tanto en el ámbito de la responsabilidad civil como en el penal (Fallos: 319:2959, considerando 10).

El fundamento principal de la doctrina radica en que, en temas de relevancia pública parece prioritario que todas las voces sean escuchadas, para que se acreciente y robustezca el debate propio de un sistema democrático. Si el informador pudiera ser responsabilizado por el mero hecho de la reproducción del decir ajeno —supuestamente lesivo de terceros— es claro que se convertiría en un temeroso filtrador y sopesador de la información, más que su canal desinhibido. Ello restringiría la información recibida por la gente y, al mismo tiempo, emplazaría al que informa en un impropio papel de censor.

9º) Que, por consiguiente, la publicación de una carta de lectores, como la suscripta por Ojeda, encuadra en la doctrina antes reseñada y no puede, en principio, traer aparejada ninguna responsabilidad al medio en el que se la publicó o a sus directivos.

Sin embargo, el apelante aduce dos circunstancias que configurarían una excepción a la aplicación de la doctrina "*Campillay*".

A) La primera de aquéllas consistiría en que *"desde el propio título de la carta, de autoría del personal del diario, 'Una auditoría que inhabilita,' se efectuó un agregado claramente descalificante"* (fs. 848). O sea que *"no se trata de la simple inserción en el diario de una carta de lector, sino que hay un agregado que surge del título que implica tomar partido y agregarle fuerza de convicción"* (fs. 849 vta.).

El agravio contradice la experiencia cotidiana de cualquier lector de periódicos de nuestro país. En efecto, en todas las publicaciones de ese tipo se titulan las cartas de lectores en base a su contenido, utilizando, a veces, expresiones literalmente extraídas del texto de aquéllas. El recurso periodístico del titulado sólo apunta —obviamente— a traslucir el contenido de las misivas y no da base alguna para considerar al título como un producto intelectual autónomo, o para atribuir a los dueños de los diarios (o sus directores) una suerte de coautoría del texto publicado. Salvo, quizás, el caso de que se presentara una total discordancia entre el título y el contenido de la carta, supuesto que —ciertamente— no es el de autos.

B) La otra afirmación del recurrente consiste en poner en cabeza del editor del diario el *"deber de constatar directamente la realidad de los hechos, por cuanto no cabe eximir a los medios del coste de verificar exhaustivamente lo que publican y de asumir los riesgos de las inexactitudes, como las producidas en el sub examen"* (fs. 849).

La pretensión de que los responsables del medio investiguen la verdad o falsedad de lo aseverado en una carta de lectores contradice la jurisprudencia de esta Corte en la materia. Y se dijo en "*Ramos*" (Fallos: 319:3428, considerando 8º), con referencia a la doctrina que reseñamos supra, que "...permite al que suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad civil con la sola cita de la fuente".

Esto aparece reiterado en el fallo dictado en la causa "*Barreiro*" (Fallos: 326:4123) —sentencia que remite al dictamen de la Procuración—. Allí se precisó que "cuando se individualiza

la fuente, quien difunde la noticia no se hace cargo de su veracidad, no la hace propia, ni le agrega fuerza de convicción. De otro modo, el ejercicio del derecho garantizado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional estaría sujeto a que la prensa constate previamente y de modo fehaciente la verdad de las manifestaciones de terceros que publica".

10) Que, en materia de costas, el Tribunal no considera procedente apartarse de los principios generales.

Como consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto, la sentencia debe ser confirmada, con los alcances indicados precedentemente.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI *(según su voto)* — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO *(según su voto)* — CARLOS S. FAYT *(según su voto)* — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA *(según su voto)* — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que en cuanto a los antecedentes de la causa, corresponde remitirse a los capítulos I y II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, los que se dan por reproducidos en razón de brevedad.

2º) Que los agravios que el apelante formula, en su recurso extraordinario, respecto de los demandados María Cristina Ojeda, Editorial Chaco S.A. y Miguel Angel Fernández (director del diario "Norte"), resultan formalmente admisibles pues involucran la inteligencia de las disposiciones constitucionales sobre la libertad de expresión y la decisión del a quo ha sido contraria al derecho fundado en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

No es ese el caso de los agravios concernientes a la codemandada Rina N. Mendoza, respecto de la cual el recurso se desestima, por las razones indicadas en el capítulo V del mencionado dictamen.

3º) Que con relación a la carta de lectores publicada en el periódico "Norte", suscripta por María Cristina Ojeda, tras efectuarse ciertas reseñas, ella termina con una suerte de "conclusión" (de la autora, no de los expedientes, que de la propia carta resulta están inconclusos), según la cual "queda en claro la responsabilidad del contador Dahlgren por su actuación como vicepresidente y luego como presidente del ex IPS de acuerdo con la cláusula ética del art. 11 de la Constitución Provincial [...]".

4º) Que toda la argumentación del recurso extraordinario está construida sobre la base de considerar que la presunta responsabilidad de Ojeda por esos dichos —que se referían a actos realizados por un funcionario público en ejercicio de sus funciones— encuentra fundamento en la simple "culpa" de aquélla. Así, por ejemplo, las expresiones "conducta negligente" (fs. 837 vta.); los demandados incurrieron en "culpa" (fs. 838); "basta con la culpa por imperio de lo establecido en el art. 1109 del C.C." (fs. 840); "hubo por lo menos negligencia de Ojeda" (fs. 841); "basta con la simple culpa para estar obligado a la reparación, expresa solución normativa de aplicación al caso" (fs. 843); "lo que implica que [Ojeda] haya incurrido en culpa (art. 1109 C.C.)" (fs. 846); "Ojeda debe responder [...] al haber incurrido en culpa" (fs. 847).

Desde esta perspectiva, el recurrente rechaza la doctrina constitucional de la real malicia, que esta Corte ha explicitado en materia de afirmaciones inexactas —formuladas en temas de relevancia pública—, a la que califica como creación "ajena a nuestro derecho" (fs. 837 vta./838 y 843).

5º) Que la mencionada doctrina especifica las condiciones en las cuales nuestro derecho constitucional de expresarse libremente es ejercido de conformidad con la Constitución Nacional y, por tanto, dentro de qué marco actúa como causa de justificación.

En efecto, tal como se sostuvo en el caso "*Patitó*" (Fallos: 331:1530), según los precedentes de esta Corte —en lo que aquí interesa— tratándose de informaciones referentes a funcionarios públicos "cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (doctrina de Fallos: 320:1272; 327:943)".

Allí se puso de relieve que "Estos principios son consistentes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano...".

Y se enfatizó que el excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes. Estas afirmaciones forman parte del acervo común de los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos. En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que "Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir" (New York Times vs. Sullivan, 376 U.S. 254, 271). Por su parte, el Tribunal Constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que "...Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse 'la verdad' como condición para el reconocimiento del derecho [de expresarse libremente], la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio..." (Jurisprudencia Constitucional, tomo XX, pág. 57).

Asimismo, se señaló que el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. Esta es la primer e importante diferencia. La segunda y no menos importante particularidad radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia —conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad— no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico.

Si bien esto último —se dijo— puede implicar una alteración del principio general en otros sistemas jurídicos, en el contexto del derecho argentino y, en particular, de la legislación aplicable por los tribunales nacionales (art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), se trata precisamente de seguir lo que es norma, esto es, que la carga de probar un hecho recae sobre quien lo alega. En el régimen jurídico de la responsabilidad civil, no se discute que cada parte debe probar los presupuestos de su pretensión, y que, por lo tanto, es el actor

quien debe demostrar la existencia del factor de atribución. La sola evidencia de daño no hace presumir la existencia del elemento subjetivo en la responsabilidad profesional del periodista o del periódico.

6º) Que en el referido precedente "*Patitó*" se destacó que la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, "está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines..." (Joaquín V. González, "Manual de la Constitución Argentina", Nº 158, pág. 167, Buenos Aires, 1897). Es función de esta Corte fundamentar, propiciar y proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad en la que se pueda convivir con tolerancia de opiniones diferentes. Uno de esos principios fundamentales es el de la libertad de expresión y el control de los funcionarios públicos, así como el debate sobre sus decisiones. Los debates ardorosos y las críticas penetrantes no deben causar temor, ya que son el principal instrumento para fortalecer una democracia deliberativa, que es principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes.

7º) Que la doctrina de la real malicia resulta aplicable en este caso, pues las supuestas inexactitudes expresadas en la carta firmada por Ojeda se refieren a hechos vinculados con el ejercicio, por parte del actor, de los cargos de vicepresidente y presidente del Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco.

Por lo tanto, el apelante debió intentar probar más que la simple culpa en la que ha basado su pretensión.

8º) Que con relación a los agravios concernientes a Editorial Chaco S.A. y al director del diario "Norte" corresponde recordar que, a partir del caso "*Campillay*" (Fallos: 308:789), esta Corte ha desarrollado una doctrina según la cual, en determinadas condiciones, la reproducción de los dichos de otros, no trae aparejada responsabilidad civil ni penal.

Cabe retener que en el referido precedente, este Tribunal sostuvo que "cuando un órgano periodístico difunde una información que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no ha de responder por ella en los supuestos en que omita revelar la identidad de los presuntamente implicados, o utilice un tiempo de verbo potencial o, por fin, propale la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente". Así lo hizo, en el entendimiento de que tales exigencias constituyen requisitos propios de un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas (Fallos: 326:4285, "*Perini*"). Se advierte, en cuanto aquí más interesa, que resulta preciso, pues, que se haya atribuido el contenido de la información a la fuente pertinente y se haya efectuado, además, una transcripción fiel a lo manifestado por aquélla.

Con relación a la fuente, esta Corte afirmó que "cuando se adopta esta modalidad se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado" (Fallos: 316:2394, "*Granada*"; 319:2965, "*Acuña*"; 326:145, "*Burlando*" y 326:4285 "*Perini*"). Esa modalidad, que comporta un estándar de protección a los medios de difusión (Fallos: 326:145), permite que los afectados por la información resulten beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos —si a ellos se creyeran con derecho— podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales

de difusión (Fallos: 316:2394; 316:2416, "*Triacca*"; 319:3428, "*Ramos*" y 327:3560, "*González, Adriana*").

La información, además, debe atribuirse a una fuente identificable y debe tratarse de una transcripción sustancialmente fiel o idéntica de lo manifestado por ella (Fallos: 316:2416; 317:1448, "*Espinosa*"; 319:2965 y 321:2848, *"Menem"*).

9º) Que, por consiguiente, la publicación de la carta de lectores firmada por Ojeda tiene encuadramiento en la doctrina "*Campillay*" y no genera ninguna responsabilidad del medio en el que se publicó o de sus directivos.

Sin embargo, el apelante aduce dos circunstancias que configurarían una excepción a la aplicación de la doctrina "*Campillay*".

A) La primera de aquéllas consistiría en que "desde el propio título de la carta, de autoría del personal del diario, 'Una auditoría que inhabilita', se efectuó un agregado claramente descalificante" (fs. 848). O sea que "no se trata de la simple inserción en el diario de una carta de lector, sino que hay un agregado que surge del título que implica tomar partido y agregarle fuerza de convicción " (fs. 849 vta.).

El agravio contradice la experiencia cotidiana de cualquier lector de periódicos de nuestro país. En efecto, en todas las publicaciones de ese tipo se titulan las cartas de lectores en base a su contenido, utilizando, a veces, expresiones literalmente extraídas del texto de aquéllas. El recurso periodístico del titulado sólo apunta —obviamente— a traslucir el contenido de las misivas y no da base alguna para considerar al título como un producto intelectual autónomo, o para atribuir a los dueños de los diarios (o sus directores) una suerte de coautoría del texto publicado. Salvo, quizás, el caso de que se presentara una total discordancia entre el título y el contenido de la carta, supuesto que —ciertamente— no es el de autos.

B) La segunda afirmación del recurrente que comportaría una excepción a la doctrina "*Campillay*" radicaría en que existe en cabeza del editor el "deber de constatar directamente la realidad de los hechos, por cuanto no cabe eximir a los medios del coste de verificar exhaustivamente".

La pretensión de que los responsables del medio investiguen la verdad o falsedad de lo aseverado en una carta de lectores contradice la jurisprudencia de esta Corte en la materia. Y se dijo en "Ramos" (Fallos: 319:3428, considerando 8º), con referencia a la doctrina reseñada, que "...permite al que suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad civil con la sola cita de la fuente".

Esto aparece reiterado en el fallo dictado en la causa "*Barreiro*" (Fallos: 326:4123, que remitió al dictamen de la Procuración General de la Nación). Allí se precisó que "cuando se individualiza la fuente, quien difunde la noticia no se hace cargo de su veracidad, no la hace propia, ni le agrega fuerza de convicción. De otro modo, el ejercicio del derecho garantizado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional estaría sujeto a que la prensa constate previamente y de modo fehaciente la verdad de las manifestaciones de terceros que publica".

10) Que en materia de costas, el Tribunal no considera procedente apartarse de los principios generales.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala I Civil Comercial y Laboral, del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco que, al desestimar el recurso de inconstitucionalidad, confirmó el pronunciamiento de grado que había rechazado la demanda, la parte actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 829/853, que fue concedido a fs. 861/862 vta.

2º) Que el actor había promovido una demanda contra Editorial Chaco S.A. —propietaria del periódico local "Norte"— pues adujo que, encontrándose nominado por el bloque de diputados del partido Acción Chaqueña para integrar el Tribunal de Cuentas de la provincia, pocos días antes de ser elevada dicha nominación a la Cámara de Diputados el periódico aludido publicó como "Carta de Lectores" una nota titulada *"Una auditoría que inhabilita"*. La carta en cuestión, firmada por María Cristina Ojeda, le atribuía al accionante un comportamiento administrativo censurable —que ya había sido denunciado públicamente por "Norte"— supuestamente concretado cuando se desempeñó como vicepresidente y luego como presidente del ex Instituto de Previsión Social, lo cual constituía un escollo ético, de acuerdo con el art. 11 de la Constitución Provincial, para ser postulado como miembro del Tribunal de Cuentas. Extendió la demanda a Miguel Angel Fernández, como director de la publicación, y a la firmante de la carta, ya mencionada.

Demandó asimismo a la vocal de dicho Tribunal, Dra. Rina Natalia Mendoza, quien, al contestar el requerimiento del presidente del bloque de "Acción Chaqueña", hizo una serie de apreciaciones que —a criterio del actor— creaban dudas, por lo confuso de la redacción, acerca de su situación sobre el particular.

3º) Que para decidir en el sentido adelantado, el máximo tribunal local expresó que la codemandada Ojeda no había difundido hechos falsos y sus expresiones se encuadran en el ejercicio de la libre crítica de los funcionarios en asuntos atinentes a la cosa pública. Ello pues la información contenida en la carta de lectores se basaba en publicaciones anteriores del diario "Norte" agregadas a la causa (fotocopias de fs. 493/498) y en actuaciones labradas en un expediente del Tribunal de Cuentas (Sumario Administrativo Nº 403050594-10.136 E, Año 1994). Desde esta óptica no podía tildarse de falso el contenido de la misiva, en tanto se correspondía con las constancias aludidas y, por ello, considera exenta de reproche la apreciación de la lectora, quien en función de la cláusula ética del art. 11 de la Constitución Provincial, interpretó que el actor se encontraría inhabilitado para ocupar el cargo de vocal del Tribunal de Cuentas. No escapaba a este análisis el hecho de que, erróneamente, la misiva se refirió a la tramitación de un sumario administrativo, ya que la mención parece dirigida a señalar que se estaban investigando las irregularidades que apuntara en los párrafos precedentes, y la demandada pudo entender —por falta de conocimientos técnicos— que la investigación ordenada se llevaba a cabo en el marco de un sumario administrativo. Se respaldó así la decisión del inferior en el sentido que el accionar de Ojeda no puede ser calificado de antijurídico, ni que sus términos hayan obedecido al propósito de injuriar o de dañar al actor, descartando que haya existido un factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

Con respecto a Editorial Chaco S.A. y a Miguel Angel Fernández, el tribunal expresó que el recurrente no había desvirtuado la razonabilidad de la sentencia dictada, que puso a cargo del demandante la prueba de que el diario "Norte" o su director eran eventualmente responsables de lo publicado o difundido en ese espacio, cuya autoría no puede atribuírsele. La difusión de la opinión de la lectora —que no se calificó como injuriosa— con su nombre y sus datos de identidad, liberan de responsabilidad al medio periodístico y a su director, si no se comprobó de manera indubitable que obedeciera a alguna maniobra del diario para desacreditarlo públicamente. Con relación a la responsabilidad que asume el medio al reproducir el contenido del material ajeno en espacios reservados a cartas de lectores, el a quo concluyó —con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal— que la opción que aquél efectúa al reproducirlas no significa impunidad ni privilegio a los medios de comunicación, ni erigir el derecho de prensa, y por extensión, al de información como un derecho superior, más sí otorgarle un ámbito de protección básica que le asegura al cuerpo social el cumplimiento de su tarea.

Con relación a la codemandada Rina N. Mendoza, la Corte provincial excluyó la existencia de arbitrariedad en el pronunciamiento, máxime cuando los informes suministrados por esa funcionaria, además de ajustarse a las actuaciones administrativas tramitadas en el expediente Nº 10.136, lo fueron en función de lo dispuesto por las normas locales aplicables, sin que su actuación en representación del Tribunal de Cuentas encuadre en lo normado por el art. 1112 del Código Civil.

4º) Que en su remedio federal el demandante sostiene que el fallo apelado incurrió en arbitrariedad por un notorio apartamiento de las constancias de la causa, en tanto del análisis del texto, como también del título, surge indudable su aptitud agraviante. Se había acreditado, además, que la conclusión final de la carta de lectores era inexacta pues no se instruyó sumario y nunca fue investigado.

Expresa, en este sentido, que la lectora extrajo de las actuaciones administrativas conclusiones ajenas a sus constancias, llegando al agravio e inhabilitando directamente al actor, lo que implica que ha incurrido en culpa (art. 1109 del Código Civil). Aduce que el hecho de que Ojeda desconozca la diferencia entre sumario y actuaciones administrativas carece de relevancia, pues con ello no puede obviarse que se formuló una concreta imputación a Dahlgren, a quien desacreditó al considerárselo comprendido en la cláusula ética de la Constitución provincial. También reprocha que se omitió la consideración de prueba decisiva, como el informe de la Fiscal Relatora y de la Comisión Evaluadora en el expediente Nº 10.136.

Con respecto a los fundamentos relacionados con Editorial Chaco S.A. y Miguel Angel Fernández, expone sobre la inaplicabilidad de la doctrina de la real malicia, en tanto —dice— se aparta de los principios rectores de la responsabilidad civil vigentes en nuestro país, descalificando la inversión de la carga probatoria. Sostiene que resulta inconstitucional la distinción entre la tutela que merecen los funcionarios públicos y las personas privadas que fuesen afectados en su honor por los medios de información, objetando la aplicación de una "supercausal" subjetiva como la real malicia. Afirma que la ley no exige que el dañado pruebe el conocimiento de la falsedad o la injuria, o bien la entera despreocupación cuando, como en la especie, hay elementos suficientes para presumir que carecen de veracidad. Esto máxime cuando, con el propio título de la carta ("Una auditoría que inhabilita") el diario efectuó un agregado claramente descalificante. Expone que la circunstancia de que la carta hiciera referencia a material de archivo del diario, que en su momento mereció contestación y aclaración suficiente por parte del actor, exigía mayor diligencia en el editor, que actuó negligentemente, en tanto estaba en conocimiento de la realidad de los hechos.

En relación a Rina N. Mendoza, argumenta que la actuación simple Nº 736, suscripta por esa codemandada, no se ajustó a lo actuado en el expediente administrativo, de donde no se desprendía la existencia de un juicio de responsabilidad contra el actor.

5º) Que en cuanto a los agravios vertidos con respecto de los demandados María Cristina Ojeda, Editorial Chaco S.A. y Miguel Angel Fernández, el recurso extraordinario es formalmente admisible pues aun cuando se vinculan con un supuesto de responsabilidad civil, se encuentra en juego el alcance de la doctrina constitucional sentada por la Corte en materia de libertad de expresión (cf. arg. Fallos: 324:4433; 326:145) y la consecuente afectación del derecho al honor e integridad moral al propalarse una información supuestamente inexacta y agraviante.

6º) Que con respecto a la autora de la misiva, partiendo del distingo —jurídicamente relevante— entre hechos y opiniones, formulado por este Tribunal en Fallos: 331:1530 (causa "*Patitó*", voto de la jueza Highton de Nolasco), cabe concluir que la carta de lectores que motiva el reclamo traduce sustancialmente una serie de afirmaciones fácticas (irregularidades que obstarían a la postulación de Dahlgren como miembro del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con la normativa constitucional local). Sentada esta premisa, corresponde examinar el caso a la luz de la doctrina de la "real malicia", de modo que, tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos —como en el sub lite—, figuras públicas o particulares que hubieren intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (Fallos: 320:1272; 327:943; 331:1530 y 332:2559, votos de la jueza Highton de Nolasco). De lo contrario, el excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura, lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes.

7º) Que, en consecuencia, aun de contener inexactitudes la carta de lectores, no resultaba suficiente demostrar la "simple culpa" de la codemandada Ojeda —factor de atribución en que se sustentó la pretensión— sino que, por su condición de funcionario público, el demandante debió aportar elementos que demostrasen que la autora conoció dichas inexactitudes o que hubiese obrado con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad, extremos que no fueron acreditados en la especie.

8º) Que con relación a los agravios concernientes a Editorial Chaco S.A. y a Miguel Angel Fernández, cabe tener presente la doctrina sentada en la causa "*Campillay*" (Fallos: 308:789). En ese precedente la Corte resolvió que un enfoque adecuado a la seriedad que deba privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas imponía propalar la información "atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho". 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 (Fallos: 310:508).

9º) Que, por ello, todo medio es responsable de la falsedad sustancial de las noticias expuestas asertivamente y *como propias*, que afecten la reputación de una persona. De ahí que, en cuanto al primer recaudo aludido, el medio periodístico se exime de responsabilidad cuando atribuye sinceramente la noticia a una fuente, dado que aquélla dejaría de serle propia,

pues cuando se adopta tal modalidad se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. Los afectados por la información resultan beneficiados, de este modo, en la medida en que sus eventuales reclamos —si a ellos se creyeran con derecho—, podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión (Fallos: 316:2394 y 2416).

10) Que respecto del cumplimiento de dicha pauta y con arreglo a la finalidad señalada, se ha destacado que la información debe atribuirse en forma precisa e inequívoca a una fuente identificable y que se trate de una transcripción sustancialmente fiel o idéntica de lo manifestado por aquélla (Fallos: 316:2416; 317:1448; 319:3428 y 321:2848). Ello excluye el agregado de toda apostilla por parte del medio que repite la noticia pues, en tal caso, es claro que el informador que formula estos agregados —que no son reproducción— se hace responsable de su contenido, quedando el supuesto lógicamente marginado de la doctrina elaborada a partir del caso "*Campillay*" (Fallos: 321:2848, considerando 16).

11) Que en sentido concorde con estas conclusiones, que derivan de la doctrina recordada, cabe poner de relieve que con anterioridad a ese precedente, el Tribunal ya había tenido oportunidad de expresar que la mera inserción en un diario o periódico de una carta abierta firmada por su autor o una solicitada firmada, *sin tomar partido y sin agregarle fuerza de convicción* que pudiera emanar de la propia opinión del editor, no basta por sí sola para someter a éste al riesgo de una condena penal o civil, puesto que se halla en juego no el carácter ofensivo de la publicación, sino un exceso en los límites máximos que se pueden imponer al editor respecto de las cartas o solicitadas cuya publicación le requiere su autor (Fallos: 257:308). La publicación de una carta o solicitada con el nombre de su autor y bajo su responsabilidad, no puede generar reproche para el editor pues, de otra forma, "se le obligaría a cerrar las columnas de su diario a todo artículo, o bien carta, o aún extremando, noticias, que pudieran estimarse ofensivos para terceros, con lo que se le convertiría en censor de aquéllos" (voto del Dr. Boffi Boggero en Fallos: 257:308).

12) Que la carta de lectores publicada en el matutino "Norte", que motivó la promoción de estas actuaciones, satisface las pautas ya indicadas que eximen de responsabilidad al medio periodístico, ya que la misiva en cuestión se atribuyó claramente a la lectora María Cristina Ojeda —a quien se identificó con un documento de identidad y cuyo carácter de autora no se encuentra controvertido en la causa (a diferencia del supuesto de Fallos: 321:667)—, y el texto respectivo fue reproducido fielmente, sin modificaciones o supresiones que alteraran su espíritu.

En nada modifica esta conclusión la circunstancia, destacada por el recurrente, de que el diario haya publicado la carta en cuestión con el título *"Una auditoría que inhabilita"*, el cual habría importado —a juicio del quejoso— un agregado claramente descalificante, que implicaba tomar partido y sumarle al texto una fuerza de convicción que emanaba de la propia opinión y responsabilidad del director. Ello es así pues, el título con el que se encabezó la publicación tan sólo traduce —en forma sucinta— el contenido y las conclusiones de la carta de lectores, sin que importe una acotación, comentario o interpretación propia del medio que corrobore la fuerza de convicción del texto que se divulga, cuya autoría se atribuyó exclusivamente a la lectora que lo suscribe. En estas condiciones, lo expresado en dicho titular no permite inferir que el medio compartiese o hiciese propios los juicios de valor de la codemandada Ojeda, quien se erigía en la única fuente de la información que se califica como injuriosa o agraviante.

13) Que, por otra parte, no cabe imponer al editor —como pretende el recurrente— la obligación de constatar la veracidad de los hechos ni el contenido de las cartas que se publican en el espacio periodístico, ya que según la doctrina del Tribunal que fue objeto de desarrollo, le está permitido a quien suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de la información con la sola cita de la fuente (cf. Fallos: 319:3428). De lo contrario, el ejercicio del derecho garantizado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional estaría sujeto a que los medios constaten previamente y de modo fehaciente la verdad de las manifestaciones de terceros que publica (Fallos: 326:4123), lo que constituiría una manera eficaz de entorpecer la prensa libre y de obstaculizar el cumplimiento de sus fines esenciales (arg. Fallos: 257:308, considerandos 10 y 11).

Las conclusiones precedentes —en cuanto a que la publicación se ajustó a la primera pauta del precedente "*Campillay*"— priva de antijuridicidad a la conducta de los demandados y torna innecesario avanzar en el examen de otro nivel de argumentos invocados para fundamentar su ausencia de responsabilidad.

14) Que, por último, en cuanto a los agravios vinculados con lo resuelto por el a quo con relación a la codemandada Rina N. Mendoza, y con respecto a la imposición de las costas —decisión que tacha de arbitraria en función de los argumentos expuestos—, el recurso extraordinario resulta inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la reseña de los antecedentes de la causa y el desarrollo de los agravios expresados en el recurso extraordinario concedido a fs. 861/862, resultan del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, al que corresponde en lo pertinente remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias.

2º) Que a lo anterior, empero y con especial referencia a las críticas que el recurrente dirigiera contra lo decidido respecto de la codemandada Ojeda, cabe agregar que más allá de la alegada arbitrariedad en la valoración de las constancias de la causa, que habrían permitido —a criterio del apelante— que el tribunal a quo confirmara la falta de aptitud agraviante de la carta de lectores en cuestión, el recurrente objeta, como otro argumento descalificativo del fallo que impugna y con relación a lo que denomina "arbitrariedad normativa" (fs. 845), la aplicación al caso de la doctrina de la real malicia. En cuanto a esta última, cuya vigencia jurisprudencial también pretende controvertir, el demandante indica que los jueces de la causa han concedido a la libertad de informar una inaceptable extensión, apartándose de los principios que rigen en materia de responsabilidad civil y soslayando, en consecuencia, la especial protección que —en virtud del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional— ostentan los derechos a la honra y a la reputación (fs. 837 vta., 838 y 845).

3º) Que los agravios desarrollados en el citado dictamen y los expresados en el considerando anterior, respecto de María Cristina Ojeda, Editorial Chaco S.A. y Miguel Angel Fernández (director del diario "Norte"), resultan formalmente admisibles en los términos del art. 14, inc. 3º, de la ley 48, en tanto involucran la inteligencia de las disposiciones constitucionales

sobre la libertad de expresión y la alzada decidió en forma contraria a las pretensiones del recurrente el planteo constitucional que ha sido materia del litigio.

4º) Que, en cambio, habrán de rechazarse los formulados con relación a la codemandada Rina N. Mendoza, desestimándose a su respecto el recurso, por las razones indicadas en el capítulo V del mencionado dictamen.

5º) Que de tal modo, la cuestión de carácter federal que se debate en esta causa, remite a considerar si para valorar las expresiones emitidas por medio de la prensa dirigidas a cuestionar los actos realizados por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y que pudieran afectar la honra o reputación de este último, "basta con una simple culpa para estar obligado a la reparación" (fs. 843 vta. y, en el mismo sentido, fs. 837 vta., 839 vta. y 840, entre otras).

6º) Que en cuanto al imprudente "exceso" en la imputación que el recurrente atribuye a María Cristina Ojeda (fs. 841), firmante de la carta publicada en el periódico local "Norte" y quien, a su entender, habría conseguido con tal accionar desacreditarlo, inhabilitándolo directamente para el cargo que aspiraba ocupar, el apelante señala que como consecuencia de la investigación que surgía de las actuaciones administrativas citadas en la misiva, su persona no habría sido pasible de imputación concreta alguna.

7º) Que los jueces de la cámara interpretaron tal parecer de la nombrada Ojeda, esto es, la conclusión de que el contador Dahlgren "estaría impedido para ser postulado como miembro del Tribunal de Cuentas", una opinión enmarcada dentro de las previsiones que la Constitución consagra al conferir al derecho de dar y recibir información una especial relevancia, que se hace aún más evidente para la difusión de asuntos atinentes a la cosa pública y respecto de críticas dirigidas a sus funcionarios. Así, declararon improcedente la reparación pecuniaria reclamada; no obstante ello y a todo evento, compartieron el razonamiento de la juez de grado y, en tal sentido, la afirmación relativa a considerar que al margen de no tener por probado que hubiese existido tergiversación de los hechos, antes bien, sólo ligereza (fs. 595 y 595 vta.), para que lo difundido derive en responsabilidad civil no resultaba siquiera suficiente que se tratase de una falsa imputación (fs. 595 vta.).

8º) Que tal criterio fue seguido por el superior tribunal provincial, sin que el recurrente lograse desvirtuar el fundamento constitucional que se encontraba detrás de las decisiones y omitiendo refutar, por otra parte, que las expresiones de Ojeda podían ser o no compartidas pero debían ser respetadas en atención a la diversidad ideológica propia de una comunidad democrática. Finalmente, en cuanto a la falta de acreditación de su parte de lo que constituiría "malicia real" en la nombrada Ojeda (y por cuya aplicación se dolería), sólo adujo que frente a la imprudencia verificada, debía ésta responder civilmente, calificando a la doctrina de la real malicia como una creación "ajena a nuestro derecho".

9º) Que en tales condiciones, no existe razón alguna que permita fundar las quejas del demandante a la luz del derecho a la honra y a la dignidad personal. En el supuesto de autos, se ventila un reclamo de reparación de daños que, a criterio de los jueces de todas las instancias, recibió una solución desestimatoria en una interpretación compatible con el fundamento republicano de la libertad de expresión y prensa, por entender que las manifestaciones contenidas en la misiva —y más allá de considerar que carecían de entidad suficiente para desacreditar o dañar el honor y reputación del contador Dahlgren, así como para provocar la frustración de su designación—, se incluían en el ejercicio de la libre crítica de una actividad en cuya rectitud reposa un interés público.

En todo caso y siendo que el recurrente fundara su agravio en que el pronóstico de Ojeda —respecto de que se encontraría inhabilitado para ejercer otro cargo público— bastaba de por sí para irrogar responsabilidad, toda vez que habría tenido por sustento actuaciones administrativas cuya existencia no cuestionó, pero calificó el actor de "base fáctica precaria", debió probar un elemento subjetivo tal que permitiera su exclusión del ámbito de los discursos constitucionalmente tutelados en función de dicho interés.

10) Que siendo ello así y tratándose la carta en cuestión de una publicación que atribuía al demandante comportamientos administrativos observables, supuestamente concretados durante su desempeño como vicepresidente, primero y, luego, como presidente del ex Instituto de Previsión Social de la provincia, esta Corte ratifica la doctrina que surge de aplicar los estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "New York Times vs. Sullivan" (376 U.S. 254) y que resulta de los parámetros constitucionales que rigen el escrutinio de las manifestaciones sobre asuntos de interés público; que especialmente el Tribunal ha ido elaborando desde el precedente de Fallos: 310:508 (in re "*Costa*") y que devienen de considerar que la libertad de expresión que hace a la calidad del debate público y que supone no obstante ecuanimidad a la hora de informar, deba ser entendida como una forma de garantizar que sea dicho lo que haya que decir y que los ciudadanos cuenten con la información necesaria como para poder evaluar a sus gobiernos.

11) Que la doctrina que surge del aludido caso "*Costa*", revela el prioritario valor constitucional según el cual debe resguardarse el más amplio debate respecto de cuestiones de interés público que involucran personalidades de esa índole, como garantía esencial del sistema republicano; siguiéndose de ello que en materia de publicaciones críticas y de control por parte de la ciudadanía hacia funcionarios por el ejercicio de sus funciones, la posibilidad de reprimir dichos juicios —como el contenido, en el caso, en una carta de lectores—, sólo pueda hallarse justificada en un muy estrecho margen y siempre que el informador se hubiere comportado de un modo incompatible con los recaudos que surgen de aplicar el estándar de la real malicia (cfr. Fallos: 310:508; 314:1517, voto de los jueces Barra y Fayt; 319:3428; 320: 1272; entre otros).

12) Que tal escrutinio, así entendido, asume por fundamento el hecho de que las personalidades públicas tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y que aquéllas se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias (Fallos: 316:2416, voto de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi; entre otros); obligando ello a un criterio estricto en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad, pues lo contrario conspiraría contra la formación de una opinión pública vigorosa, en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir (Fallos: 329:3775, disidencia de los jueces Fayt y Maqueda).

13) Que no sin razón y por opinión del juez Brennan, que fundó el voto de la mayoría en el ya citado caso "New York Times vs. Sullivan", la Corte de los Estados Unidos expresó: "hace ya muchos años que nuestros fallos han decidido que la enmienda primera protege la libertad de expresión sobre cuestiones públicas. Hemos dicho que la garantía constitucional fue establecida para asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo. Mantener la libre discusión política para lograr que el Gobierno responda a la voluntad del pueblo y que se obtengan cambios por vías legales, posibilidad esencial para la seguridad de la República, es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional. Es un preciado privilegio americano expresar lo que se piensa, aunque no siempre con buen gusto, las propias opiniones sobre todas las instituciones públicas, y ese privilegio debe acordarse no sólo para los debates abstractos sino también frente a la defensa vigorosa

de las ideas...Por eso debemos analizar este caso partiendo de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el Gobierno y los funcionarios públicos". Concluyó luego expresando 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" (376 U.S. 254) —el subrayado no figura en el original— (Fallos: 321:2558, disidencia parcial del juez Fayt).

14) Que en la interpretación entonces de esta Corte y como se ha sostenido desde antiguo, la prensa sigue siendo condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa atenta a la actividad del gobierno y de la administración. Tiene por función política, mediante la información, transmitir la voluntad de los ciudadanos a los gobernantes; permitir el control de los órganos del sistema republicano, defender los derechos individuales y hacer posible que cualquier ciudadano participe en la acción de gobierno (Fallos: 312:916, disidencia del juez Fayt). Y alumbrada, pues, "por la libertad, es decir por la injerencia de los pueblos en la gestión de sus destinos, hace posible la formación de una opinión (...) que todo lo ve y todo lo juzga sin temor" (cfr. Juan Bautista Alberdi, "El crimen de la guerra", AZ editora, Serie testimonial, San Pablo, 1994, p. 71).

"Cuando un pueblo elige sus representantes no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos; esto sería hacerlos irresponsables. El puede conservar y conviene que conserve, el derecho de examen y de crítica para hacer efectivas las medidas de sus representantes y de todos los que administran sus intereses. Dejemos pues, pensar y hablar al pueblo y no se le esclavice en sus medios de hacerlo" (cfr. discurso del doctor Vélez Sársfield en la 6º sesión ordinaria de la Convención Constituyente de 1860; Fallos: 257:308, voto del juez Boffi Boggero, considerando 2º).

15) Que de tal constelación de factores, no puede sino afirmarse la mayor tolerancia que —por mandato constitucional— es dable esperar de quien desempeña la función pública. Y que no es por tanto la idea de verdad lo que otorga su extensión e importancia a la libertad de expresión en materia de opiniones sobre asuntos de interés público, sino consideraciones de validez distintas de las implicadas por la idea de verdad y que desde una perspectiva democrática conducen a afirmar que —salvo la categoría del "insulto"— la opinión es intrínsecamente libre y sólo pierde cobertura constitucional de probarse la difusión maliciosa de información falsa.

En efecto, tal es el propósito que —como se dijera— el Tribunal tuvo en miras al adoptar la mentada doctrina y que, obvio es decirlo, subyace al citado precedente norteamericano; como ya resaltara el señor Procurador General al dictaminar en el precedente registrado en Fallos 269:200, señalando por su parte esta Corte, que "ningún funcionario, ni siquiera los jueces, gozan del privilegio de estar exentos de la crítica".

La garantía de libertad que ostentan en nuestra Constitución los discursos sobre asuntos de interés público atiende así a fortalecer la discusión y, más allá de la natural molestia que pueda producir a los implicados, el criterio final de valoración reside, como se dijo, en que de no acreditarse malicia real, deban asumirse esas molestias en virtud de tratarse de un funcionario público y de corresponderse tales expresiones con la función de control que ha sido asignada a la prensa —y por su intermedio también a la participación de los ciudadanos— en su misión de crítica de las instituciones y de la actuación de sus funcionarios.

16) Que siendo entonces que en este ámbito, la libertad de expresión goza de su mayor amplitud y, por consiguiente, el honor del presuntamente agraviado sólo cuenta con una protección débil, de considerarse que se emitía un juicio en base a hechos falsos, debió ser probado por parte de quien entablaba la demanda que se actuaba con conocimiento de su falsedad o con notoria despreocupación de ella. Pues como es sabido y ha sostenido esta Corte, esto último que puede implicar una alteración del principio general en otros sistemas jurídicos, en el contexto del derecho argentino, remite a seguir lo que es norma, esto es, que la carga de probar un hecho recae sobre quien lo alega (*in re* "*Patitó*" Fallos: 331:1530).

17) Que de tal modo, la supuesta conducta negligente de la codemandada o las inexactitudes en las que hubiere incurrido —de aceptarse, como indica el recurrente, que si bien las actuaciones administrativas formalmente existieron, en su fondo no daban base o fundamento serio a las "opiniones ofensivas de Ojeda" contra su parte—, quedan a resguardo de los discursos constitucionalmente protegidos, debiendo ser rechazada la pretensión de quien siendo funcionario público y sin alegar más que la "simple culpa", reclama en cuanto a los juicios a su parte dirigidos por el ejercicio de su función, igual tutela que la que corresponde a los simples ciudadanos privados.

18) Que desde esta perspectiva y por consiguiente, no sólo la carta de lectores suscripta por Ojeda encuadra en la doctrina de la real malicia, sino que también habrán de examinarse los agravios concernientes a Miguel Angel Fernández (director del diario "Norte") y Editorial Chaco S.A.; indicando, por lo demás, que incluso respecto de manifestaciones calificadas de injuriosas y consentidas, esta Corte ha sostenido que la mera reproducción de un texto —referido a la actuación pública y política de un funcionario— con el nombre de su autor y bajo su responsabilidad, no puede generar reproche alguno para el medio o sus directivos, dado que de otra forma, se obligaría a éstos a cerrar las columnas de su diario a todo artículo, noticia o carta, que pudieran estimarse ofensivos para terceros, con lo que se lo convertiría en censor de aquéllos (cfr. doctrina de Fallos: 257:308, considerandos 7º y 11; en el mismo sentido, voto del juez Boffi Boggero).

19) Que en el caso, el apelante no logra desvirtuar los argumentos que en torno a las cuestiones probatorias expresara el superior tribunal provincial ni luce irrazonable considerar, como lo hizo el a quo —al confirmar lo decidido por la cámara—, que a fin de interpretar que el contenido de la carta se correspondía con hechos que quedaron acreditados en autos —los que al mismo tiempo explicaban a su juicio la apreciación final de la codemandada—, bastaba con las notas periodísticas publicadas con anterioridad y con la reseña de actuaciones administrativas que constan también en los autos principales.

Sentado ello, en la medida que el recurrente igualmente se agravia por la forma en que la carta de lectores ha sido intitulada —pues entiende que al rotularla "(u)na auditoría que inhabilita", apareció publicada con un agregado claramente "descalificante" (fs. 848) que importaba tomar partido y sumarle fuerza de convicción (fs. 849 vta.)—, corresponde tratar las objeciones en tal sentido formuladas. Del mismo modo, el agravio referido a que al publicar la carta en cuestión, el medio habría reflotado subjetivamente un material propio y falaz.

20) Que la queja relativa al encabezado de la misiva contradice la experiencia cotidiana de cualquier lector de periódicos de nuestro país y, como se verá, no puede en modo alguno tener acogida favorable.

En efecto, en todas las publicaciones de este tipo se titulan las cartas de lectores en base a su contenido, utilizando, a veces, expresiones literalmente extraídas del texto de aquéllas. El

recurso periodístico del titulado que, por su propia naturaleza, tiene una finalidad dirigida a ubicar al lector en un determinado tema que será objeto de posterior desarrollo (por parte de quien firma la carta y resulta responsable), sólo apunta —obviamente— a traslucir el contenido de las misivas y no da base alguna para considerar al título como un producto intelectual autónomo, o para atribuir a los dueños de los diarios (o sus directores) una suerte de coautoría del texto publicado. Salvo, quizá, el caso de que se presentara una total discordancia entre el título y el contenido de la carta; supuesto que —claramente— no se advierte en la especie, ni puede inferirse de la alusión a que ha sido colocado de manera asertiva. Pues condicionado a su contenido, responde de cualquier modo y en una consideración de resumen, a la interpretación de la nombrada Ojeda, para quien en función de la cláusula ética del art. 11 de la Constitución provincial y de hechos constatados en autos, quedaba en claro la responsabilidad del actor por su cuestionada actuación como funcionario público.

21) Que al margen de ello y como se dijo, cierto es que el recurrente también objeta el comportamiento de Editorial Chaco S.A. y de Fernández, como negligente, por publicar una carta de lectores con referencias a material de archivo del periódico que había merecido de su parte suficiente aclaración, pero independientemente de que resulta suficiente para el tratamiento de este segundo agravio las conclusiones expuestas en punto a la doctrina de la real malicia (como también lo puntualizara el tribunal a quo), cabe poner de resalto que con la salvedad de su respuesta al medio —que fue efectivamente difundida por el periódico y que data del año y medio anterior a la fecha de publicación de la carta (conf. fs. 64 vta. de los autos principales y fs. 84 del agregado correspondiente al sumario administrativo iniciado por el Instituto de Previsión Social ante el Tribunal de Cuentas de la Provincia del Chaco, expte. Nº 403050594-10.136-E)—, no aduce el actor haber ejercido al respecto acción legal alguna.

Y cuando un órgano de prensa se limita a reproducir, como en el caso, tanto las aclaraciones otrora efectuadas por el contador Dahlgren, cuanto la carta de lectores en cuestión, divulgada por una fuente debidamente identificada y bajo títulos que no hacen más que reflejar el sentido del parecer de sus firmantes, las dudas que pudieran generarse en la opinión pública sobre la conducta del funcionario, han de reputarse como consecuencias inmediatas y directas de lo ocurrido y no de la acción de informar (cfr. Fallos: 310:508, disidencia del juez Fayt; Fallos: 329:3775, disidencia del juez Fayt, considerando 26; entre otros), la cual, por lo demás, ha de ser preservada al máximo a fin de asegurar el compromiso con un debate desinhibido de cuestiones que, como en el sub lite, atienden al control por parte de la ciudadanía de la función desempeñada por aquellos funcionarios postulados a ocupar otro cargo público.

La obligación de ceñirse a las pautas ya reseñadas, de modo tal que se contribuya a la formación de una opinión pública vigorosa y participativa, no se advierte siquiera disminuida por reconocer que en el ámbito del debate puedan existir inexactitudes, pues el verdadero valor reside en la diversidad que importa reconocer —como parece haber quedado garantido en el caso— la libertad absoluta para contradecir y rechazar.

23) Que, en consecuencia, la tensión entre los distintos derechos en juego —el de buscar, dar, recibir y difundir informaciones u opiniones y el derecho a la honra y a la dignidad de las personas— debe resolverse en el sentido de asignar un mayor sacrificio a quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública (doctrina de Fallos: 310:508, considerandos 13 y 14), concluyendo que las expresiones contenidas en la publicación impugnada —y que constituyen en rigor el objeto de esta litis— no superan el nivel de tolerancia que es dable esperar de un funcionario público que, en su calidad de tal, aparecía de alguna manera involucrado en una investigación de la que se colige que —al tiempo de publicarse la carta— se habían detectado

irregularidades en los pagos realizados por el Instituto de Previsión Social a una consultoría. Y, en efecto, como se sigue de la lectura del expediente del Tribunal de Cuentas — Sumario administrativo Nº 403050594-10.136 E, caratulado: "Instituto de Previsión Social s/ publicación Diario Norte", habiéndose agotado las diligencias de investigación previa, del informe del Fiscal Relator resultaba —para ese entonces— la existencia de "graves irregularidades administrativas, consistentes en negligencias u omisiones, y presuntos incumplimientos de los deberes de funcionario público" (fs. 129), mientras que del dictamen del Director de Asuntos Jurídicos, que los pagos efectuados habían resultado ilegítimos, que no tenía para ello competencia el Presidente del I.P.S. y que no se había cumplido con el régimen de contratación de la provincia; sugiriendo —por tanto— dicho director la sustanciación del correspondiente sumario administrativo (fs. 133).

24) Que, en materia de costas, el Tribunal no considera procedente apartarse de los principios generales.

Por lo expresado y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara formalmente admisible el recurso interpuesto y se confirma la sentencia apelada con los alcances indicados precedentemente. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber y, oportunamente, devuélvase. CARLOS S. FAYT.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que en cuanto a los antecedentes de la causa corresponde remitirse a los capítulos I y II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, los que se dan por reproducidos en razón de brevedad.

2º) Que los agravios que el apelante formula respecto de los demandados María Cristina Ojeda, Editorial Chaco S.A. y Miguel Angel Fernández (director del diario "Norte"), resultan formalmente admisibles pues involucran la inteligencia de las disposiciones constitucionales sobre la libertad de expresión y la decisión del a quo ha sido contraria al derecho fundado en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

No es ese el caso de los agravios concernientes a la codemandada Rina N. Mendoza, respecto de la cual el recurso se desestima por las razones indicadas en el capítulo V del ya mencionado dictamen.

3º) Que con respecto a la libertad de expresión esta Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que dicha libertad tiene en un régimen republicano. En este sentido ha dicho desde antiguo que "...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal..." (Fallos: 248:291; 331:1530 y causa "*Brugo*" Fallos: 332:2559). Sin embargo, también manifestó que "el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio" (Fallos: 308:789; 321:667 y 3170, y la citada causa "*Brugo*").

4º) Que, en consecuencia, corresponde examinar las circunstancias del caso y los planteos realizados a la luz de las doctrinas del Tribunal vinculadas con los derechos a la libertad de

prensa y al honor de las personas, a fin de determinar si existe responsabilidad derivada de la publicación.

5º) Que aun cuando pudiese dudarse si la codemandada María Cristina Ojeda ha efectuado en su carta de lectores una crítica o una afirmación fáctica, lo cierto es que los planteos del apelante vinculados con la autora de la misiva no pueden tener favorable acogida.

Ello es así, pues toda la argumentación que el recurrente desarrolla en su recurso extraordinario está construida sobre la base de considerar que la presunta responsabilidad de la codemandada Ojeda por esos dichos —que se referían a actos realizados por un funcionario público en ejercicio de sus funciones (Dahlgren)— encuentra fundamento en la "simple culpa" de aquélla.

Así, por ejemplo, las expresiones *"...como también que no se presta tutela a la conducta negligente, en la que incurrieron los demandados como se probó..."* (fs. 837 vta.); *"...en función de las pruebas del proceso, que demuestran incontestablemente que en la especie los demandados incurrieron en culpa"* (fs. 838 vta.); *"basta con la culpa por imperio de lo establecido en el art. 1109 del C.C., para que surja el deber de responder civilmente por las consecuencias dañosas del acto..."* (fs. 840); *"...afirmación de la cual se desprende inexorablemente que hubo por lo menos negligencia de Ojeda"* (fs. 841); *"...basta una simple culpa para estar obligado a la reparación, expresa solución normativa de aplicación al caso..."* (fs. 843 vta.); *"...sobre la base de la existencia de un expediente, llegó al agravio e inhabilitó directamente a Dahlgren, lo que implica que [Ojeda] haya incurrido en culpa (art. 1109 C.C.)..."* (fs. 846); *"no quedan dudas de que Ojeda debe responder por el ejercicio irregular del derecho en cuestión, al haber incurrido en culpa, por su notoria imprudencia..."* (fs. 847 vta.), ponen de manifiesto la citada postura del actor, quien además rechaza la doctrina constitucional de la real malicia que esta Corte ha explicitado en materia de afirmaciones inexactas que pueden afectar al honor de funcionarios públicos, calificándola de creación *"ajena a nuestro derecho"* (fs. 837 vta./838 y 843).

6º) Que la mencionada doctrina del Tribunal especifica las condiciones dentro de las cuales el derecho constitucional de expresarse libremente es ejercido conforme a la Constitución Nacional.

En efecto, tal como se expuso en el precedente "*Patitó*" (Fallos: 331:1530, voto del juez Juan Carlos Maqueda), tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de esa índole, aun si la noticia tuviere expresiones falsas e inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad y obra con real malicia, esto es, con el exclusivo propósito de injuriar y calumniar y no con el de informar, criticar o incluso, de generar una conciencia política opuesta a aquella a quien afectan los dichos. Se requiere pues que las informaciones hayan sido difundidas con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas (conf. causas "*Burlando*" en Fallos: 326:145, considerando 6º; "*Sciammaro*" en Fallos: 330:3685, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, y "*Brugo*" Fallos: 332:2559, voto del juez Maqueda).

7º) Que en dicha oportunidad también se señaló que cuando las opiniones versan sobre materias de interés público o sobre la gestión de quienes desempeñan funciones públicas —y tal categoría comprende la labor desempeñada por el presidente y vicepresidente del ex Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco—, la tensión entre los distintos derechos en juego —el de buscar, dar, recibir y difundir informaciones u opiniones y el derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad de las personas— debe resolverse en el sentido de asignar un

mayor sacrificio a quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública (conf. causas "*Spinosa Melo*" en Fallos: 329:3775, voto de los jueces Maqueda y Rueda, considerando 26, y "*Patitó*" en Fallos: 331:1530, voto del juez Maqueda).

Asimismo, se añadió que tal doctrina se funda en que las personalidades públicas tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y en que aquéllas se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias. Por otra parte, atiende de manera prioritaria al valor constitucional de resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano. Ello obliga a un criterio estricto en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad civil, pues lo contrario conspiraría contra la formación de una opinión pública vigorosa, en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir (conf. causas "*Spinosa Melo*" en Fallos: 329:3775, voto de los jueces Maqueda y Rueda, considerando 27, y "*Patitó*" en Fallos: 331:1530, voto del juez Maqueda).

8º) Que, en tal sentido, corresponde reiterar que la tutela constitucional de la libertad de expresión no puede limitarse a las afirmaciones que son declaradas "verdaderas" por un órgano jurisdiccional, sino que resulta imperativo determinar —ante la existencia de una noticia inexacta— el grado de diligencia desplegado por el informador en la tarea de determinar su veracidad (conf. causa "*Patitó*" en Fallos: 331:1530, voto del juez Maqueda).

9º) Que habida cuenta de las consideraciones efectuadas, de las supuestas inexactitudes que figurarían en la carta de lectores, según alega el actor, y de los mencionados cargos públicos que éste había desempeñado a la época en que se produjo la publicación de la misiva, corresponde aplicar al caso la citada doctrina de la real malicia.

10) Que, en consecuencia, no resultaba suficiente con demostrar la "simple culpa" de la codemandada Ojeda, factor de atribución en el que el demandante ha basado su pretensión, sino que por su condición de funcionario público cuyo honor merece una tutela más atenuada que la que corresponde a los simples ciudadanos privados, debió aportar elementos que demostrasen que la autora de la carta de lectores conocía dichas inexactitudes o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

11) Que con relación a los agravios concernientes a Editorial Chaco S.A. y Miguel Angel Fernández (director del diario "Norte"), corresponde recordar que es doctrina de esta Corte que, cuando un órgano periodístico difunde una información que pueda rozar la reputación de las personas, para eximirse de responsabilidad debe hacerlo atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito (conf. caso "*Campillay*", Fallos: 308:789).

Ha dicho la Corte que esa doctrina posibilita que se transparente el origen de las informaciones y permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. También los propios aludidos resultan beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos —si a ellos se creyeran con derecho— podrán ser dirigidos contra aquéllos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión (conf. causas "*Granada*" en Fallos: 316:2394; "*Triacca*" en Fallos: 316:2416 y "*Sciammaro*" en Fallos: 330:3685, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

También se ha resaltado el carácter fuertemente tutelar de esta doctrina, según la cual se permite al que suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad con la sola cita de la fuente. Parece justo, entonces, a efectos de garantizar un razonable equilibrio entre la libertad de expresión y la protección del honor personal, exigir que el que propale la noticia acredite judicialmente que ha invocado la fuente y que sus dichos coinciden sustancialmente con aquélla (conf. causa "*Ramos*" en Fallos: 319:3428, considerando 8º).

Asimismo, se ha aclarado que la doctrina no puede ser considerada de naturaleza civil o penal: ella debe ser aplicada a cualquier tipo de proceso pues está destinada a establecer un ámbito lo suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión. La invocación de una fuente y la transcripción sustancialmente fiel de la noticia emanada de ella priva de antijuridicidad a la conducta, razón por la cual el principio juega tanto en el ámbito de la responsabilidad civil como en el penal (conf. causa "*Acuña*" en Fallos: 319:2959, considerando 10).

12) Que a la luz de las consideraciones efectuadas, corresponde concluir que, al limitarse a reproducir la carta de lectores identificando a la autora por su nombre y cédula de identidad, el medio periodístico ha cumplido con la pauta señalada de atribuir el contenido de la información a la fuente pertinente, observando de esa manera la finalidad que tiene dicho parámetro de dejar en claro el origen de la noticia y permitir a los lectores atribuirla no al medio a través del cual la habían recibido, sino a la causa específica que la había generado (conf. causas "*Acuña*" en Fallos: 319:2965 y "*Bruno*" en Fallos: 324:2419).

13) Que sin perjuicio de ello, resulta necesario distinguir dos aspectos que, según entiende el recurrente, configurarían un incumplimiento del estándar "*Campillay*". Por un lado, el apelante cuestiona los alcances de dicha doctrina respecto del deber de veracidad que supuestamente le correspondía al diario por la reproducción de la carta de lectores y, por otro lado, impugna la decisión del a quo que ha eximido de responsabilidad a dos codemandados por el contenido del título impuesto a una carta de lectores.

14) Que respecto del primer cuestionamiento —deber de veracidad—, el actor señala que corresponde poner en cabeza del editor del diario el "deber de constatar directamente la realidad de los hechos, por cuanto no cabe eximir a los medios del coste de verificar exhaustivamente lo que publican y de asumir los riesgos de las inexactitudes, como las producidas en el sub examen" (fs. 849).

La pretensión de que los responsables del medio investiguen la verdad o falsedad de lo aseverado en una carta de lectores contradice el carácter fuertemente tutelar que el Tribunal ha dado a la citada doctrina al que ya se ha hecho referencia en el considerando 12, al señalar en la causa "*Ramos*" (Fallos: 319:3428, considerando 8º) que "...permite al que suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad civil con la sola cita de la fuente".

Esto aparece reiterado en el fallo dictado en la causa "*Barreiro*" (Fallos: 326:4123). Allí se precisó que "...cuando se individualiza a la fuente, quien difunde la noticia no se hace cargo de su veracidad, no la hace propia, ni le agrega fuerza de convicción. De otro modo, el ejercicio del derecho garantizado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional estaría sujeto a que la prensa constate previamente y de modo fehaciente la verdad de las manifestaciones de terceros que publica".

15) Que la segunda cuestión planteada por el recurrente consiste en que "desde el propio título de la carta, de autoría del personal del diario, 'Una auditoría que inhabilita', se efectuó un agregado claramente descalificante" (fs. 848). O sea que "no se trata de la simple inserción en el diario de una carta de lector, sino que hay un agregado que surge del título que implica tomar partido y agregarle fuerza de convicción" (fs. 849 vta.).

Dado que el medio de comunicación se limita a reproducir la carta de lectores identificando con precisión a su autora, no resulta razonable considerar que el encabezado de la misiva efectuado por el diario constituya un agregado descalificante que traiga como consecuencia hacer propias o compartir las consideraciones efectuadas por Ojeda en su contenido.

Ello es así, pues el título elegido por el medio sólo tiene por finalidad poner en conocimiento de los lectores —en forma resumida— el contenido de la misiva a los efectos de atraer su lectura, sin que ello pueda importar un comentario, acotación o interpretación propia del órgano periodístico que permita inferir una suerte de coautoría del texto publicado, salvo que existiese total discordancia entre el encabezamiento y el texto de la carta, lo que no ocurre en el caso.

16) Que, en materia de costas, el Tribunal no considera procedente apartarse de los principios generales.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. JUAN CARLOS MAQUEDA.

---

5) LIBERTAD DE PRENSA - ALCANCE DEL CONCEPTO DE CENSURA PREVIA - EMISIÓN TELEVISIVA - PUBLICIDAD OFICIAL.

Libertad de prensa - Censura previa - Medios de difusión

Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo. (S. 303 S. 292). 08/09/1992 - Fallos: 315:1943.

✎ ***Antecedentes:***

La jueza Servini de Cubría promovió acción de amparo a fin que se secuestrara un "tape" que iba a ser difundido en el programa de Tato Bores y que se impidiese la proyección de las partes desdorosas. Dirigió su demanda contra Mauricio Borensztein, Canal 13, el productor del programa y el C.O.M.F.E.R. Insistió en su medida cautelar señalando lo ineludible de la "visualización" del "tape" a fin de ordenar su secuestro.

Primera instancia denegó la medida cautelar y se declaró incompetente. La Cámara de Apelaciones dispuso como medida cautelar la abstención provisional de emitir imágenes o conceptos relacionados con la actora.

Contra esta decisión Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y Mauricio Borensztein interpusieron sendos recursos extraordinario que fueron parcialmente concedidos lo que motivó la queja.

La Corte Suprema —por mayoría— hizo lugar a las quejas, declaró procedentes los recursos extraordinarios y revocó la resolución recurrida.

En disidencia parcial el juez Barra destacó la plena vigencia del derecho constitucional a difundir las ideas sin censura previa sin que correspondiera distinguir entre los distintos medios de difusión y que las eventuales restricciones que en nuestro ordenamiento jurídico podrían admitirse deberán ser interpretadas según un grado de intensidad decreciente desde la televisión hasta el libro y la prensa. Respecto a la responsabilidad aplicó el art. 1071 bis del Código Civil al encontrarse en armonía con el art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica.

El juez Petracchi, en disidencia parcial, dijo que la censura previa no podía ser tomada en un sentido restringido y que los jueces podían y debían censurar si ello se entendía como juzgar acerca de una expresión vertida, pero lo que los jueces no pueden ni deben, es hacerlo "previamente". Agregó que el control estatal de la libertad de expresión, cuya ausencia garantiza la Constitución no pierde tal carácter por razón de ejercerse por órganos jurisdiccionales de manera que deben excluirse los procedimientos que conduzcan al sometimiento de aquella a la discreción judicial.

Algunas cuestiones planteadas: (38)

a) Libertad de prensa - Censura previa - Responsabilidad. (Voto del juez Levene: Considerando 8º; Voto del juez Fayt: Considerandos 19, 23 y 24; Voto del juez Belluscio: Considerandos 11 y 13; Voto del juez Boggiano: Considerandos 14 y 17; Disidencia parcial del juez Barra: Considerandos 5º, 14, 15 y 18 y Disidencia del juez Petracchi: Considerandos: 8º y 14).

b) Libertad de expresión - Censura previa - Medios de comunicación. (Voto de la mayoría: Considerando: 4º; Voto del juez Levene: Considerando 9º; Voto del juez Fayt:

---

(38) **Nota de Secretaría:** Respecto si el delito de desacato constituye censura previa la Corte se pronunció en la causa "**Scotto José Arturo en la querella seguida en su contra, por desacato (Fallos: 129:146)"** y agregó que el Congreso ejercita facultades legales propias y exclusivas cuando legisla sobre la prensa, para la Capital y Territorios Nacionales; por lo que, es improcedente alegar la inconstitucionalidad del Código Penal en cuanto dispone y castiga delitos cometidos en la Capital por medio de la prensa; en similar sentido ver: "**Agente Fiscal c/ el Diario 'El Telégrafo'" (Raúl O. Cominges y otro) (Fallos: 150:310); "Repetto, Nicolás c/ Castellarin, Gregorio" (Fallos: 150:310); "García Mutto Antonio E. c/ Donatti Carlos A." (Fallos: 269:189) y "Rosario Raimundo Calcagno" (Fallos: 269:195)** en estos dos últimos casos quedó establecida la doctrina por la que se estableció que la Constitución proscribe la censura previa, principio reiterado en los casos "**Prensa Confidencial" (Fallos: 270:268); "Sánchez Sorondo Marcelo" (Fallos: 270:289) y "Rudaz Bissón, Juan Carlos c/ Editorial Chaco S.A." (Fallos: 321: 667)** entre otros**.**

En materia de desacato durante períodos de estado de sitio, en los autos **"Mittelbach, Federico Eduardo c/ D. Vicente García Aguilera" (Fallos 311:284)** la Corte, por mayoría, resolvió que ante la desobediencia o desacato a prestar declaración en el juzgado militar, y sin perjuicio de su calidad de militar en situación de retiro, no configura el supuesto contemplado en el art. 3º de la ley 23.098, por lo que el recurso de hábeas corpus no constituye la vía idónea para cuestionar su competencia. El juez Fayt, disidente, sostuvo que las actuaciones se habían iniciado ante el derecho ejercido por el impetrante de expresar sus ideas por medio de la prensa, lo que por afectar de modo obvio un derecho constitucional, no podía constituirse en fundamento de una represión legítima. Agregó que se está ante la citación de un organismo legalmente habilitado, la índole de la materia involucrada, vinculada a tribunales de honor, no justificaría medidas privativas de libertad.

Considerando 23; Voto del juez Belluscio: Considerando 10; Voto del juez Boggiano: Considerando 11; Disidencia parcial del juez Barra: Considerando 9º y Disidencia del juez Petracchi: Considerando 14).

c) Censura judicial - Función judicial - Derechos al honor y a la intimidad. (Voto del juez Boggiano: Considerandos 9º, 10, 17, 18 y 20; Disidencia parcial del juez Barra: Considerandos 7º, 8º, 9º, 19 y 20 y Disidencia del juez Petracchi: Considerandos 10, 15, 16 y 17).

d) Medios de comunicación - Libertad de expresión. (Voto de la mayoría: Considerando 10; Voto del juez Levene: Considerandos 8 y 9º; Voto del juez Fayt: Considerando 14; Disidencia parcial del juez Barra: Considerando 5º; Disidencia parcial del juez Petracchi: Considerando 26).

Estándar aplicado por la Corte: (39)

- La Constitución veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección del honor de los demás está en la responsabilidad civil y penal de quienes, abusando de la libertad que la Constitución les reconoce, violan derechos de los otros. Asimismo la Convención Americana sobre Derechos Humanos declaró que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores (40).

- La garantía constitucional que ampara la libertad de expresarse por la prensa sin censura previa cubre las manifestaciones vertidas a través de la radio, de la televisión y del cine, en tanto constituyen medios aptos para la difusión de las ideas (41). Gozan de protección mas atenuada por su intensa

---

(39) **Nota de secretaría:** En **"Diario La Gaceta c/ Provincia de Tucumán"** (**Fallos: 217:145)** sostuvo que el art. 1º de la ley 2038 de Tucumán que preveía el cobro de una patente para poder dar principio al ejercicio de cualquiera de las actividades que el gravamen comprende, no importaba en el caso de las empresas periodísticas someter a censura previa la decisión o iniciativa de efectuar publicaciones.

En la causa **"Querella c/ El Agente Fiscal c/ Diario Nueva Epoca" (Fallos: 134:378)** la Corte entendió que el art. 14 de la CN no confiere en forma absoluta los derechos que enumera, pues deben ejercerse "conforme a las leyes que los reglamenten"; por lo que dictar leyes reglamentarias de la libertad de imprenta, no importa, trabarla, sino garantir otros derechos que podrían ser afectados impunemente si la prensa no estuviese sujeta a sanción legal alguna por los abusos que pudieran cometerse por medio de ella.

(40) **Nota de Secretaría:** "**Nicolás Porfilio c/ Américo Ghioldi, por calumnias e injurias" (Fallos: 155:57)** La Corte sostuvo que el principio de la libertad de pensamiento y de la prensa excluye el ejercicio del poder restrictivo de la censura previa pero en manera alguna exime de responsabilidad al abuso y al delito mediante publicaciones. En sentido similar ver **"Procurador Fiscal c/ Director del diario ¨La Provincia¨. Procurador Fiscal c/ Bertotto, José G. (Diario ¨Democracia¨) (Fallos: 167:121).** En la causa **"Abal, Edelmiro, y otros c/ Diario La Prensa" (Fallos: 248:291)** destacó que "la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica". Ver en similar sentido **"La Nación S.A." (Fallos: 316:2845).**

(41) **Nota de Secretaría:** En similar sentido ver **"Locche, Nicolino c/ Miguez, Daniel Aldo y otros." (Fallos: 321:2250)** y **"Cancela, Omar Jesús c/ Artear SAI. Y otros." (Fallos: 321:2637).**

En la causa **"Kelly, Guillermo Patricio c/ Taire, Marcos y otros" (Fallos: 312:2103)** la Corte resolvió que el derecho del actor para intervenir como Director del Programa "Sin concesiones" aparecía subordinado al de la agencia publicitaria que no tuvo intervención en la litis; su dilucidación depende no ya de la garantía de

penetración en el seno del hogar, donde el amparo del individuo a gozar de su intimidad "desplaza los derechos de quien allí se entromete" y además porque sus transmisiones son "singularmente accesibles a la infancia" lo que implica un tratamiento diferente (42).

- La intervención preventiva de los jueces que impropiamente podría llamarse censura no es equiparable cualitativamente a la censura que pudiese provenir de los Poderes Legislativo o Ejecutivo ya que supone la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia (43).

- El honor y la intimidad de las personas no admiten protección judicial preventiva sino remedios reparatorios por lo que la Corte revocó la sentencia que consideró innecesario "visualizar" el tape toda vez que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agraviante de la noticia y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta.

- La estrecha relación que existe entre los medios de comunicación y el concreto ejercicio de la libertad de expresión es evidente pues ésta resultaría una mera declaración teórica sin los instrumentos que permitieran publicar las ideas, brindar información o acceder a su conocimiento. Bastaría una simple restricción a la actividad de tales medios, para coartar el pleno ejercicio de esa libertad. Es por ello que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (44).

---

la libertad de prensa sino de cuestiones previas y en la prueba óbice insalvable para el remedio sumarísimo elegido.

(42) **Nota de Secretaría:** En **"Pérez, Eduardo y otros" (Fallos. 257:308)** se resolvió que la publicación de una solicitada injuriosa respecto de su autor, con el nombre de este y bajo su responsabilidad, no bastaba para justificar la condena del editor responsables del diario donde fue insertada, por ello el art. 113 del CP debe recibir una interpretación estricta que excluya de la sanción penal la mera posibilidad de la comprobación del carácter ofensivo de la publicación por parte del editor responsable, a fin de que el precepto se compadezca con la garantía de la libertad de prensa toda vez que la invocación del derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa puede carecer de fundamento, en los supuestos de publicaciones efectuadas son trabas o limitaciones anteriores a su aparición.

En **"S.R.L. Editorial Sur c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (Fallos: 257:275)** la Corte dijo que el Estado, en ejercicio del poder de policía, tiene facultad para impedir la circulación y venta de obras y publicaciones inmorales, con el fin de preservar la moral pública y las buenas costumbres. En **"Mallo, Daniel s/ amparo" (Fallos: 282:392)** se hizo lugar al amparo promovido a fin de que se dejase sin efecto la prohibición de proyectar la película "Ni vencedores ni vencidos" y el secuestro de sus copias. Señaló que la garantía que ampara la libertad de expresión cubre la técnica cinematográfica y esta libertad no escapa a las restricciones del estado de sitio ni a las medidas que el Poder Ejecutivo adopte y si bien la decisión que instaura el estado de sitio no es susceptible de ser revisado por los jueces no escapa al Poder Judicial el conocimiento de las causas en que se cuestiona la razonabilidad de las medidas particulares adoptadas en razón de aquél.

Respecto a la diferencia entre la prensa escrita y la radiodifusión, en la causa **"Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - COMFER)" (Fallos: 326:3142)**, la mayoría de la Corte señaló que "entre la radiodifusión y la prensa escrita existe una diferencia técnica fundamental, lo que determina que el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación admita mayor reglamentación y que ese derecho deba ser ejercido dentro de los límites que impone la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público". Finalmente, concluyó que ni de la exégesis de la ley 22.285 ni de los argumentos expuestos por el COMFER surgía una razón de alto valor social que justifique bloquear un derecho constitucional al excluir a las asociaciones mutuales sin fines de lucro de la posibilidad de concursar a fin de ser prestadora de una estación de radiodifusión.

(43) **Nota de Secretaría:** Ver en disidencia del juez Petracchi en la causa **S.V. (Fallos: 324:975)** pág. 58 de este suplemento.

(44) **Nota de Secretaría:** En la causa **"Verbistsky, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen" (Fallos: 312:916)** se trató la posible comisión del delito de "apología del crimen" contra un grupo de personas que intentaba publicar una solicitada en periódicos de gran circulación expresando reconocimiento y solidaridad con Videla,

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 8 de septiembre de 1992.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y por Mauricio Borenztein en la causa Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la decisión apelada es equiparable a sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario previsto en la ley 48. En efecto, las características de la medida cautelar ordenada y la importancia del derecho que afecta, hacen que la demandada sufra un agravio que no podrá ser subsanado adecuadamente —en caso de así corresponder— por el fallo final a dictarse en la causa.

2º) Que la apelación interpuesta se funda, sustancialmente, en el agravio a la garantía establecida en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, que autorizan a todos los habitantes a "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa", sin que el Congreso Nacional pueda dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o que establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

3º) Que, al justificarse la propuesta de inclusión del actual art. 32 de la Constitución Nacional, la Comisión Examinadora de la Constitución Federal —en el informe que presentó ante la Convención del Estado de Buenos Aires— expresó que "*Siendo la palabra escrita o hablada uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar, él se halla comprendido entre los derechos intransmisibles de que se ha hablado*" (Ravignani, Emilio, "Asambleas Constituyentes Argentinas", Bs. As., 1937, t. IV, ps. 772/773. El subrayado no es del original).

4º) Que de ello se concluye, sin esfuerzo, que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresarse por la prensa sin censura previa cubre a las manifestaciones vertidas a través de la radio y de la televisión, en tanto éstas constituyen medios aptos para la difusión de las ideas (conf. doctrina Fallos: 282-392, consid. 3º). Sin embargo, en razón de que cada medio presenta diferentes modalidades, se ha sostenido que la radiofonía y la televisión son los que gozan de protección más atenuada, fundamentalmente por su intensa penetración en el seno del hogar, donde el amparo del individuo a gozar su intimidad "desplaza los derechos de quien allí se entromete" y además porque sus transmisiones son "singularmente accesibles a la infancia", lo que explica, en determinadas hipótesis, un tratamiento diferente (438 U.S. 726; 397 U.S. 728; 395 U.S. 367).

5º) Que, asimismo, la aludida garantía también tutela las manifestaciones de esa índole vertidas en programas de corte humorístico. En efecto, desde Aristófanes y quizá antes, la sátira social y política ha sido un elemento sustantivo del universo cultural al que se suele denominar "Occidente". Nuestro país no exceptúa a esta regla, según dan cuenta —entre otras— las

---

anterior presidente de facto. La Corte declaró improcedente el recurso extraordinario interpuesto por falta de gravamen actual y concreto pues no afecta la garantía del derecho de defensa de los recurrentes en el caso eventual de ser procesados. El juez Fayt, en su disidencia, sostuvo que las garantías que rodean la libertad de prensa impiden a las autoridades controlar las ideas antes de su impresión, como así toda acción u omisión que restrinja la publicación y la circulación de la prensa.

variadas manifestaciones gráficas que, en el siglo pasado y en el presente, cultivaron el género del humorismo político caricaturesco.

6º) Que respecto del derecho de todos los habitantes de la Nación de "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa", esta Corte tuvo oportunidad de señalar que "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica" (Fallos: 248-291, consid. 25). De lo contrario, existiría riesgo evidente de un fácil deterioro de las libertades republicanas.

7º) Que constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales no son absolutas, sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídico protegido. Ese derecho es inherente a toda la población y no exclusivo y excluyente de los titulares o permisionarios de los medios de difusión (395 U.S. 367, "*Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*").

8º) Que el Pacto Interamericano de Derechos Humanos, conocido como Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054), proporciona pautas inexcusablemente atendibles para juzgar los casos vinculados con el ejercicio de la libertad de expresión.

En cuanto aquí interesa, el artículo 13 del Pacto establece que "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley, y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral públicas".

9º) Que de la reseña hasta aquí efectuada se desprende que tanto en nuestra Constitución, en la interpretación que de ella ha realizado esta Corte, como en el "Pacto de San José de Costa Rica", la libertad de expresión es una noción sólo susceptible de definición por su contenido, que resulta perfectamente diferenciable del medio por el cual se transmiten o expresan los actos particulares que la traducen. Claro ejemplo de ello se advierte en el art. 1º del pacto antes mencionado, en el que se describen los actos que configuran el ejercicio de la libertad de expresión y de pensamiento —buscar, recibir y difundir informaciones e ideas—, los que pueden ser dados a conocer por diversos medios —oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o cualquier otro idóneo para su difusión—, sin que esos medios se confundan con los actos previamente indicados. Los medios de comunicación son el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones pero no necesariamente todo lo que ellos dan a conocerse identifica con los actos protegidos por la tutela constitucional —libre expresión de ideas— o

por el Pacto mencionado —búsqueda, recepción y difusión de ideas e información-. Dicho de otro modo, no todo lo que se difunde por la prensa escrita, o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas.

10) Que, no obstante ello, es evidente la estrecha relación que existe entre los medios de comunicación y el concreto ejercicio de la libertad de expresión, pues ésta resultaría una mera declaración teórica sin los instrumentos que permitieran publicar las ideas, brindar información, o acceder a su conocimiento. Bastaría una simple restricción a la actividad de tales medios, para coartar el pleno ejercicio de esa libertad.

Es por ello que, dado que los medios de comunicación constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por la libertad de expresión y que a ese contenido dedican primordialmente su actividad, toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (ver, en similar sentido: 372 U.S. 58, 70; 402 U.S. 415, 419; 403 U.S. 713).

11) Que, de conformidad con la distinción anteriormente señalada, los alcances de la tutela constitucional involucrada generan la ineludible carga de examinar si —en el caso de que se trate— concurren los antecedentes de hecho que justifiquen ubicar la pretensión fuera de aquellas hipótesis frente a las cuales el ejercicio del derecho de publicar las ideas no admite restricción. Cuando se invoquen situaciones, que puedan trasponer esa frontera el juez debe comprobar, con todos los medios que la legislación le proporciona, si se trata de un caso en que se encuentra involucrada esa libertad, valoración que no puede ser obviada sin abdicar de la jurisdicción lo que le está prohibido conforme lo dispone el artículo 15 del código civil, en armonía con las garantías constitucionales de peticionar a las autoridades y del debido proceso consagradas por los arts. 14 y 18, Constitución Nacional.

12) Que en el camino seguido por este litigio, el *a quo* se ubicó formalmente dentro de ese marco en cuanto decidió que pretensiones que puedan interferir con la actividad de los medios de difusión, son susceptibles de una decisión judicial favorable o adversa, según se compruebe o no que media inaceptable afectación de la libertad de prensa; de otra manera, su accionar hubiera implicado adoptar la equivocada premisa de que, en todos los casos, esa actividad constituye —en sí misma— un supuesto absolutamente inmune a tal valoración.

13) Que, en este caso, se advierte que el modo como el *a quo* resolvió en el caso concreto dista de ser compatible con los recaudos propios de una sentencia judicial congruente con la garantía constitucional del debido proceso.

En efecto, el tribunal apelado expresó que "...es innecesario visualizar los tapes que se mencionan en los agravios dado el alcance limitado y provisional de la cautelar que se dispondrá"; y, con este argumento, prohibió parcialmente la emisión de los mencionados tapes, cuyo conocimiento omitió en forma voluntaria. Es evidente, entonces, que la Cámara afirmó la verosimilitud del derecho invocado, fundada únicamente en una supuesta llamada anónima recibida por la actora, sin atender al contenido del programa prohibido, con lo cual adoptó una medida cautelar ignorando los hechos sobre los cuales ejercía su jurisdicción. Las exigencias atenuadas de la fase cautelar del proceso no pueden convertirse en un absoluto desconocimiento de los hechos sobre los que recae la decisión, sin mencionar los derechos constitucionales del afectado (art. 18 de la Constitución Nacional).

Este defecto en el modo de juzgar es determinante para descalificar el fallo recurrido, por el agravio inferido a la garantía constitucional del debido proceso; deficiencia que, además, impide situar la cuestión invocada —siquiera *prima facie*—, fuera del marco de la intensa protección constitucional que se alza contra la censura previa.

14) Que de lo expuesto resulta evidente que el juicio del *a quo* sobre el *fumus bonis iuris* es una afirmación dogmática que tiene como sólo sustento la voluntad del juzgador.

Por ello, se hace lugar a las quejas, se declaran procedentes los recursos extraordinarios, y se revoca la resolución recurrida. Las costas se imponen en el orden causado, en atención a la complejidad de la cuestión y a los fundamentos por los que se la resuelve. Reintégrese el depósito de f. 1 de cada una de las quejas S.289 y S.303. Agréguense las quejas al principal, notifíquense y devuélvanse. — RICARDO LEVENE (H.) *(por su voto)* — MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ — RODOLFO C. BARRA *(en disidencia parcial)* — CARLOS S. FAYT *(por su voto)* — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO *(por su voto)* — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI *(en disidencia)* — JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — ANTONIO BOGGIANO *(por su voto)*.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LEVENE (H.)

1º) Que el viernes 8 de mayo próximo pasado, a las 13.45, la juez nacional en lo criminal y correccional federal María Romilda Servini de Cubría promovió acción de amparo solicitando que se procediera al secuestro del "tape" correspondiente al programa televisivo del cómico conocido por el seudónimo de Tato Bores, que se iba a difundir dos días más tarde, y que se impidiese la proyección de las partes desdorosas hacia su persona. A tal fin, relató que en las emisiones del programa "Tato, la leyenda continúa" de los días 28de julio, 4 de agosto y 10 de noviembre de 1991 había sido gravemente ofendida —motivo por el cual sus abogados estaban preparando una querella criminal por los delitos de injuria y desacato— y que un llamado telefónico de una persona que dijo pertenecer al mencionado canal la había alertado de que, en respuesta a las querellas que proyectaba, se emitiría el domingo siguiente un programa en el cual se la injuriaría y difamaría aún más. Invocó, esencialmente, el art. 1071 bis del Código Civil en cuanto faculta a instar la cesación de las actividades violatorias del derecho a la intimidad.

2º) Que el mismo día, casi dos horas más tarde, la actora precisó que su demanda de amparo se dirigía contra Mauricio Borensztein —conocido artísticamente como Tato Bores—, el Canal 13 de televisión, el productor del programa y el C.O.M.F.E.R., e insistió en su pedido de medida cautelar, señalando lo ineludible de la "visualización" del "tape" por parte del magistrado, a fin de ordenar posteriormente su secuestro (fs. 4/5).

3º) Que, en esa misma jornada, el juez de primera instancia denegó la medida cautelar solicitada, por considerar que se trataba de restringir un derecho ajeno mediante una inconstitucional censura previa y, a la vez, se declaró incompetente por entender que correspondía entender en la causa al fuero en lo contencioso administrativo federal.

4º) Que el sábado 9 de mayo —sin que hubiese mediado habilitación de los días y horas inhábiles— la actora interpuso recurso de apelación, que fue concedido por el magistrado actuante. El mismo día, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictó la resolución de fs. 19/21, en la cual —además de dar intervención a la justicia penal por la supuesta comisión de los delitos de amenazas y extorsión— consideró innecesario

"visualizar" el tape por el carácter limitado y provisional de la medida que ordenaría. Sobre la base de sostener que el honor y la fama son derechos naturales que hacen a la dignidad de la persona humana y cuya jerarquía constitucional no es menor que la libertad de prensa, la cual no es absoluta, sino que debe ceder ante —por ejemplo— la autodefensa del Estado, la obscenidad, la incitación al odio racial o religioso o la apología del odio, dispuso como medida cautelar la abstención provisional de emitir imágenes o conceptos relacionados con la actora, bajo apercibimiento de desobediencia.

5º) Que contra esa decisión interpusieron sendos recursos extraordinarios Arte Radiotelevisivo Argentino S. A., licenciataria de Canal 13 (fs. 67) y Mauricio Borensztein (fs. 92), parcialmente concedidos a fs. 166 bis/193, lo que motivó las quejas de ambos recurrentes, que tramitan en los expedientes S. 289 y S. 303 del libro XXIV de este Tribunal, respecto de los agravios denegados.

6º) Que en el caso existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas (art. 14 de la Constitución Nacional y 13 del Pacto de San José de Costa Rica); a lo que cabe agregar que dicho pronunciamiento es equiparable a sentencia definitiva a los fines de la apelación prevista en el art. 14 de la ley 48 ya que los efectos de la medida cautelar ordenada y la importancia del derecho que afecta determinan que el agravio que ella ocasiona sea de imposible reparación ulterior.

7º) Que, en primer lugar, corresponde formular algunas reflexiones, a la luz de la jurisprudencia de esta Corte, acerca del alcance constitucional de la prohibición de la censura previa, consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional que establece que "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa". Así, en Fallos: 119:231 se expresó que esa norma únicamente prohibe la censura previa de ideas que se quieran publicar por la prensa.

En Fallos: 155:57 sostuvo que el principio de libertad de pensamiento y de la prensa excluye el ejercicio del poder restrictivo de la censura previo, pero en manera alguna exime de responsabilidad al abuso y al delito en que se incurra por ese medio, esto es, mediante publicaciones en las que la palabra impresa no se detiene en el uso legítimo de aquel derecho incurriendo en excesos que las leyes definen como contrarios al mismo principio de libertad referido, al orden y al interés social.

En Fallos: 167:121 se dijo que el art. 14 de la Constitución Nacional, que garantiza a cada uno de los habitantes de la República el derecho de publicar libremente sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, impide, desde luego, toda limitación a la libertad de prensa anterior a la publicación, pues las palabras "censura previa" aluden tanto a la revisación y examen del escrito a efectos de controlar las ideas antes de autorizar su impresión, cuanto a otras restricciones de índole semejante, como fianzas, permisos, etc., de las que los gobiernos han sabido hacer uso.

También en Fallos: 217:145 se interpretó el alcance de la prohibición constitucional de la censura previa, la cual, se aclaró, no se refiere sólo al examen previo del contenido de las publicaciones que se van a efectuar, sino también a una censura ejercida con respecto a la decisión o iniciativa de ejercitar el derecho de que se trata. La conveniencia u oportunidad de la publicación que en ejercicio regular de ese derecho decide hacer un habitante de la Nación

no pueden ser ordinariamente sometidas a una censura previa. Este es el alcance de la libertad de imprenta según el art. 23 —actual 32— de la Constitución. Pero de ningún modo síguese de ello que el ejercicio del derecho a publicar ideas por medio de la prensa no pueda ser sometido a normas generales de carácter reglamentario y aun al cumplimiento de requisitos previos mientras, —como lo exige la reglamentación de todos los derechos—, la norma no sea arbitraria y no implique el aniquilamiento del derecho o una restricción que, por su alcance o modo, equivalga a la aniquilación.

El Tribunal, en Fallos: 248:664, recordó la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en especial la opinión del juez Douglas, referente a que la dignidad institucional de la justicia independiente y de la prensa libre son valores preeminentes del orden democrático. Deben excluirse, por consiguiente, los procedimientos que conduzcan al sometimiento del ejercicio de ésta a la discreción judicial, aunque ella sea bien intencionada e intrínsecamente sana. Así lo impone la plena vigencia de la garantía constitucional de la libertad de control estatal sobre ella, control que no pierde tal carácter por razón de ejercerse por órganos jurisdiccionales.

Asimismo, en Fallos: 269:189 se expresó, con cita de la opinión de Blackstone, que la libertad de prensa es, en verdad, esencial a la naturaleza de un Estado libre; consiste en la liberación de todo obstáculo previo a la publicación y no de todo castigo, de toda represión posterior a la publicación, si su fin es criminal.

Similar criterio volvió a reiterar en Fallos 269:195, al manifestar que la verdadera esencia de la libertad de prensa radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal.

En el caso referente a la prohibición del periódico "Prensa Confidencial", la Corte, en Fallos: 270:268 destacó que si el art. 14 de la Constitución Nacional prohibe la censura previa, menos puede admitirse la clausura lisa y llana de una publicación, como forma anticipada de restricción a la libertad de imprenta. Añadió que los excesos en que hayan incurrido los autores de un periódico no pueden justificar su clausura sino su eventual represión en sede judicial. Para resguardo de la libertad de prensa, y aun corriendo el peligro de su posible abuso, la Constitución ha proscrito el recurso a la censura previa.

En Fallos: 308:789 estableció que en materia de prensa, ya se trate de la libertad de información o del derecho de crónica, está permitido publicar lo que se desee pero con la condición de responder por los abusos (voto del Juez Caballero).

El Tribunal, "*in re*": V. 51 XXII, "Verbitsky, Horacio y otros s/denuncia apología del crimen", del 13 de junio de 1989, como consecuencia de que se había prohibido la publicación de una solicitada, dijo que las garantías que rodean el derecho de prensa impiden a las autoridades públicas controlar las ideas antes de su impresión, así como toda acción u omisión que restrinja la publicación y la circulación de la prensa. Agregó que elevado el derecho de prensa a la categoría de un derecho individual autónomo, la Constitución Nacional garantiza su ejercicio sin censura previa, con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del Estado en el proceso de la publicación de la palabra impresa. De ahí que la censura previa dispuesta por orden judicial vulnera la garantía constitucional que protege el derecho de publicar las ideas. También definió el área irrestricta e incoercible de la censura previa, sólo excepcionalmente limitada

ante situaciones de emergencia nacional (art. 23 de la Constitución Nacional), que impide la intromisión de las autoridades públicas, debiendo reconocerse como regla que cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad (voto en disidencia del Juez Fayt).

8º) Que lo dicho respecto de la libertad de prensa es aplicable a la libertad de expresión en general, tal como resulta de una interpretación dinámica de los textos constitucionales, que tiene por base la circunstancia de que ellos deben aplicarse también a los medios de expresión de las ideas distintos de la prensa que no existían al tiempo de sancionarse la Constitución y cuya importancia es similar a la prensa escrita.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, que integra el ordenamiento jurídico argentino, art. 31 de la Carta Magan —en virtud de su ratificación por la ley 23.054—, declaró en el art. 13.2 —en relación a la libertad de pensamiento y de expresión—, que su ejercicio no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores. La única limitación se relaciona con los espectáculos públicos, los que pueden ser sometidos por la ley a la censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

9º) Que la Corte en Fallos: 282:392 aclaró, con relación al cine, que la garantía constitucional que abarca la libertad de expresión cubre las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica. Sin duda, quedan también comprendidas dentro de la mencionada garantía, las expresiones vertidas y emitidas por la televisión. Tutela además la libertad de expresión de manera amplia, sin distinguir entre lo que constituye opinión, manifestación estética, de arte o de humor, pues la libertad de manifestación del individuo no puede ser entendida circunscripta sólo a cierto ámbito o finalidad, pues entonces la garantía quedaría en letra muerta.

10) Que, como se destacó en los considerandos anteriores, la libertad de expresión constituye no solamente uno de los principios básicos de la sociedad democrática sino además, una de las derivaciones inherentes a la idea de hombre libre. Por lo demás, en el caso sometido a estudio del Tribunal, la restricción a un derecho tan primordial de la persona fue efectuada sobre la base de apreciaciones conceptuales acerca de la posible lesión al honor de la actora, al tiempo que se omitió el cotejo de la prueba decisiva, cual era la observación del tape, razón por la cual la resolución del *a quo* deviene absolutamente injustificada.

11) Que la tutela otorgada por el *a quo* al honor de las personas en supremacía a la libertad de prensa implica desnaturalizar la verdadera esencia de la mencionada libertad, jerarquizada por la Carta Magna (arts. 14 y 32) al otorgarle el carácter de derecho preferido, que además de su condición de derecho individual ampliamente protegido por las garantías constitucionales que genéricamente amparan a todos los derechos de ese carácter, le confiere el empinado rango inherente a una "libertad institucional" que hace a la esencia del sistema representativo y republicano (voto del Dr. Levene "*in re*": E.64-XXIII, "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", del 7 de julio de 1992).

Por todo, lo expuesto, corresponde revocar la resolución apelada, al haberse decidido la cuestión federal debatida de un modo incompatible con la interpretación que esta Corte ha asignado al derecho de publicar libremente las ideas por la prensa sin censura previa.

Que en virtud de la forma en que se resuelve la cuestión federal planteada, se torna inoficioso el tratamiento de las quejas deducidas por arbitrariedad, sin prejuicio de lo expresado en el considerando sexto.

Por ello, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revoca la resolución recurrida. Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión controvertida (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Declárase inoficiosa la cuestión traída a conocimiento de esta Corte en los expedientes S.303 y S.289. Reintégrense los depósitos de fs. 1 de cada una de las quejas mencionadas. Agréguense al principal, notifíquese y devuélvanse.—RICARDO LEVENE (h).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que contra la decisión de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que a fs. 9/16 de la acción de amparo promovida por la señora juez en lo criminal y correccional federal María Romilda Servini de Cubría contra Mauricio Borensztein, el Canal 13 de Televisión, el productor del programa y el C.O.M.F.E.R., dispuso como medida cautelar la abstención provisional de emitir imágenes o conceptos relacionados con la actora, bajo apercibimiento de desobediencia, interpusieron recursos extraordinarios Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., licenciataria de Canal 13 y Mauricio Borensztein, parcialmente concedidos a fs. 166 bis/193, lo que originó los recursos de hecho que tramitan en los expedientes S. 289 y S.303 del libro XXIV de este Tribunal.

2º) Que a los fines del recurso extraordinario previsto por la ley 48 (Fallos: 307:1944; 308:678), la decisión apelada resulta equiparable a sentencia definitiva. Convergen la naturaleza federal de las normas que rigen la cuestión planteada, las características de la medida cautelar que la origina y las circunstancias que hacen que la demandada sufra un agravio de insuficiente reparación ulterior por el fallo final que pudiera dictarse en la causa (Fallos: 306:1670).

3º) Que, en efecto, la medida cautelar recurrida se sustenta en la sola voluntad de los jueces que la dictaron, quienes consideraron "... innecesario visualizar los tapes que se mencionan en los agravios dado el alcance limitado y provisional de la cautelar que se dispondrá", sin conocimiento del contenido del material televisivo cuya emisión prohibieron ni otro elemento objetivo de prueba que la presunción invocada por la actora, fundada, a su vez, en un llamado telefónico anónimo. A esto se suma el exceso jurisdiccional de haber resuelto la abstención de "emitir imágenes o conceptos que se relacionan" con la actora, sin limitación temporal ni distinción entre los que tuvieran o no carácter injurioso. En estas condiciones, lo resuelto por el a quo debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido, de acuerdo a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias (Fallos: 303:543 y 1295; 304:583; 305:301 y 307:510, entre otros).

4º) Que media en este caso trascendencia institucional suficiente para entrar a examinar la cuestión en los términos prescritos por el art. 16 de la ley 48, porque compromete el derecho de pensar y expresar las ideas, a través de la televisión, uno de los medios no previstos por la Constitución Nacional.

5º) Que esta Corte, el 10 de mayo de 1972 en los autos "Mallo, Daniel s/amparo", al dejar sin efecto el secuestro y la prohibición de proyectar en todo el país la película "Ni vencedores ni vencidos" dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional invocando facultades que le confiere

el art. 23 de la Constitución Nacinoal durante la vigencia del estado de sitio, decidió sobre una cuestión atinente al alcance del control judicial de razonabilidad, a propósito de un medio de comunicación no previsto en la Constitución Nacional, el cine.

Resolvió, en primer término, que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión cubre las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica (C.N. arts. 14, 32 y 33, ídem U.S.A., enmiendas 1ª y 14a.; "*Burstyon inc. v. Wilson,"* 434 U.S. 495-1952); y señaló "que, desde luego, la libertad de expresión cinematográfica, como toda otra forma de libertad de expresión, no es absoluta: debe coexistir armónicamente con los demás derechos que integran el ordenamiento jurídico y admite también el ponderado ejercicio del poder de policía, con base en la necesidad y el deber de preservar la moral, las buenas costumbres, el orden y la seguridad pública, frente a la información desaprensiva, deformada, insurreccional o maliciosa (ley 18.019 art. 1º)" (Fallos: 282:392).

6º) Que la recepción de los medios audiovisuales de comunicación y su asimilación a la prensa no puede hacerse sin un examen de su naturaleza. Se trata para el Tribunal de un problema no previsto, diferente a la imprenta, con vertientes en lo científico, que se relaciona con los magnetoscopios, la electrónica y la telemática, que ha provocado, en las décadas finales del siglo XX, una real conmoción en las costumbres, formas de vida y necesidades de los individuos y de las familias.

Los medios masivos de comunicación audiovisual están rodeados de cuestiones científicas y técnicas originales, que los convierten en objeto de regulaciones legislativas a las que se articulan problemas económicos relacionados con la producción de equipos, de programas, sus emisiones y efectos sobre los comportamientos y las conductas humanas. En su génesis se encuentra el mundo de la electricidad, del electromagnetismo, de las ondas hertzianas y los detectores de ondas, los radioconductores y las antenas de emisión y recepción; el uso de la lámpara de los dos electrodos; la telegrafía sin hilos y la telefonía.

La primera regulación —la Radio Act de 1912— fue sancionada por el Congreso de los EE.UU. reservando al Estado el derecho a conceder licencias. En 1927, la proliferación de estaciones que producían interferencias y caos, motivó que se creara, por ley la Comisión Federal de Radio (F.A.R.) integrada por cinco miembros nombrados por el presidente con acuerdo del Senado, antecedente directo de la Comisión Federal de Comunicaciones, creada a su semejanza en 1934, que hasta hoy regula todo lo concerniente a televisión, radio y comunicación en EE.UU.

En cuanto a la televisión, nació del enlace de la fotoelectricidad, esto es, la capacidad de convertir, por radiación, la energía eléctrica en energía luminosa; la posibilidad de componer y descomponer las fotografías en líneas de puntos claros u oscuros; y la transmisión por las ondas hertzianas de los millares de puntos que restituyen cada imagen emitida.

La televisión a partir de 1950 se extendió a escala mundial, reglada por las mismas normas que la radio. Su multiplicación exponencial y extensión a todas las regiones del planeta provocaron cambios cuantitativos y cualitativos que afectaron todos los ámbitos de la vida humana.

7º) Que esa expansión, en los E.E.U.U., hizo necesaria una normalización técnica y un mayor ordenamiento de las concesiones de licencias por parte de la Comisión Federal de Comunicaciones (F.C.C.), incluso una reglamentación contra la concentración, limitando a siete las estaciones que podía poseer una misma empresa, lo que no impidió que estas grandes socie-

dades —networks—, como la N.B.C., la C.B.S. y la A.B.C. dominaran el mercado mediante el sistema de estaciones afiliadas. En 1952 se dictó el Código de la National Association of Radio Televisión Broadcasters que impuso una serie de limitaciones a la emisión de los programas. En Inglaterra, la British Broadcasting Company (B.B.C.) explotaba un único canal de televisión con programas de información, grandes obras de literatura y emisiones de variedades y pruebas deportivas. En julio de 1954 se dictó la Televisión Act que autorizó la explotación de una nueva cadena de televisión a la Independent Televisión Authority (I.T.A.), que concedió a 14 empresas privadas, situadas en distintas regiones del país, autorización para producir programas. Otro tanto puede decirse de Italia y Alemania y de los restantes países occidentales. Es decir, en un principio, todos los países europeos confiaron la regulación de la televisión y su monopolio a organismos públicos o mixtos, financiados por impuestos. Esta situación se modificó parcialmente al darse intervención a los intereses privados, lo que dio origen a un sistema mixto, de cadenas nacionales y de carácter privado para las estaciones provinciales o locales. Este sistema mixto existe en la mayoría de los países de América Latina. Francia mantiene el sistema del monopolio estatal, en tanto países como Bélgica, Italia y Alemania han conciliado monopolio y pluralismo. En cuanto a los que fueron países comunistas, es decir la U.R.S.S. y demás democracias populares, la televisión se consideró un servicio público funcionalizado al servicio de la ideología y la estructura del sistema.

8º) Que en nuestro país el decreto— ley 15.460/57 (ley 14.467) inició la regulación de los servicios de radiodifusión y televisión, entendiendo por tales los de radiocomunicaciones cuyas transmisiones estuvieran destinadas a ser recibidas por el público. Esto es, comprendían las transmisiones de sonidos, o por televisión, facsímil u otros medios de emisión. Tanto los servicios de radio como los de televisión podían ser realizados por el Estado o por particulares mediante su adjudicación por concurso público. En el art. 8º del citado decreto ley se disponía que no podían "realizarse transmisiones que comprometan las buenas relaciones internacionales o provoquen desórdenes o perturben el orden público, que signifiquen competencia desleal, que resulten injuriosas o que ocasionen daño moral y/o material, dentro y/o fuera del territorio nacional". En sus arts. 10, 11 y 12, se creaban el Consejo Nacional de Radio y Televisión y el Servicio oficial de Radiodifusión y Televisión, a cargo del Estado Nacional, de las Provincias, de las municipalidades y Universidades Nacionales, estableciéndose en los arts. 13 y 14 los casos en que los titulares de licencias debían realizar transmisiones sin cargo y el carácter individual de la explotación de las licencias, poniéndose a cargo del Ministerio de Comunicaciones la autoridad para asignar frecuencias, potencias y demás características técnicas de las estaciones de radiodifusión y televisión, de conformidad con los convenios y. reglamentación internacional suscritos por el país. Por el art. 16, el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión tenía la supervisión e inspección de los servicios de radiodifusión y televisión y la promoción de su perfeccionamiento artístico y cultural.

9º) Que el 15 de mayo de 1967 se dictó la ley de facto Nª 17.282 que modificó el decreto— ley 15.460/57, estableciendo nuevas condiciones para la adjudicación de licencias para la explotación y funcionamiento de emisoras de radio y televisión. El 22 de agosto de 1972 se dictó el decreto-ley 19.798 al que se calificó de "Ley Nacional de Telecomunicaciones", que en lo general reproduce las disposiciones del decreto-ley 15.460/57, definiendo los diferentes sistemas de telecomunicaciones, a los que se consideraba de jurisdicción nacional, y la competencia del Poder Ejecutivo Nacional para establecer, explotar, autorizar y fiscalizar toda actividad o servicio de telecomunicaciones como así administrar las bandas de frecuencias radioeléctricas, prohibiendo la instalación o ampliación de medios o sistemas de telecomunicaciones sin la previa autorización pertinente. Se creó en jurisdicción del Ministerio de Obras y Servicios Públicos el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) cuya función

era la de orientar, coordinar, promover e intervenir en la autorización y fiscalización de las actividades de telecomunicaciones. Entre sus facultades estaba la de "participaren el asesoramiento y coordinación en materia de censura, interferencia y otras limitaciones, en el empleo de los sistemas de telecomunicaciones en caso de guerra, conmoción interna, y situaciones que afecten la seguridad nacional" (art. 9º inc. k). CONATEL podía "disponer la caducidad de las respectivas autorizaciones o permisos" (art. 14). En cuanto a la radiodifusión, además de declarar de interés público los servicios realizados por el Estado o particulares mediante su adjudicación por concurso público, el art. 78 del citado decreto ley le asignaba "la misión de contribuir al afianzamiento de la unidad nacional y a la elevación del nivel cultural de la población". Debía tener carácter formativo e informativo, respetarlos principios de la moral, la dignidad de la persona humana y de la familia, fortalecer las convicciones democráticas, la amistad y cooperación internacionales. Las emisoras podían ser explotadas por particulares mediante licencias otorgadas por concurso público. Las licencias de explotación se adjudicaban por un plazo de 10 años y las vinculaciones jurídico-comerciales entre dos o más emisoras debían ser autorizadas por el Comité Federal de Radiodifusión.

Por el art. 91 del decreto-ley 19.798 se creó el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) como organismo autárquico en jurisdicción de la Presidencia de la Nación, integrado por un presidente y ocho vocales. La designación del presidente estaba a cargo del Poder Ejecutivo Nacional. Entre los actos de competencia del organismo en pleno, se encontraban la adjudicación, caducidad y revocación de licencias y la modificación total o parcial de su titularidad. Entre sus atribuciones estaban las de supervisar, vigilar e inspeccionar los servicios de radiodifusión en sus aspectos culturales, artísticos, comerciales, administrativos y técnicos (art. 92, inc. a).

Asimismo, aplicar las sanciones previstas de llamado de atención, apercibimiento, multa y suspensión, en tanto la caducidad de la licencia debía ser dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional, todo previa instrucción del respectivo sumario.

10) Que en ese mismo decreto-ley 19.798, en su artículo 101 se estableció que: "los titulares de licencias serán responsables de que las informaciones que se propalen sean veraces, imparciales y objetivas y que no provoque alarma o conmoción pública por su contenido o por la forma y oportunidad en que fueran difundidas; ni que atenten contra los preceptos de la Constitución Nacional o los fijados por esta Ley. La infracción a lo previsto los hará pasibles de las sanciones que prevén los arts. 98 y 99, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal pertinente. Las mismas sanciones corresponderán cuando las noticias, informaciones u opiniones se presenten o difundan de modo tal que signifiquen la aprobación, elogio o apología de delitos o preconicen a la violencia como el medio para el cambio de instituciones argentinas".

Asimismo, en el art. 104 se dispuso que: "Toda emisión que se efectúe entre las 6,00 y 22,00 hs. deberá ser apta para menores y no podrá contener nada susceptible de perturbar el normal y armónico desarrollo de la niñez y la juventud, de acuerdo a las normas que dicte el Comité Federal de Radiodifusión, en el marco de la reglamentación de la presente ley. Se prohibe en las audiciones de radiodifusión la asignación de premios mediante sorteos o cualquier otra forma de azar, así como cualquier tipo de competencia entre participantes, salvo las que autorice expresamente la reglamentación".

11) Que a lo expuesto en orden a la regulación de las telecomunicaciones en nuestro país, a las disposiciones citadas deben agregársele la ley de facto Nº 19.801 el decreto 4093/73 y su reglamentación Nº 19.798, en cuyo artículo 53 se dispuso: "Queda expresamente prohibida la

transmisión de los siguientes anuncios: a) aquellos que sean obscenos, repulsivos o inconvenientes por su naturaleza u oportunidad; b) Aquéllos cuyos textos contengan expresiones que, intrínsecamente, sean contrarias a los valores éticos o alienten la violación de normas morales; c) Los que se refieran a productos medicinales cuya venta no haya sido previamente autorizada por el órgano competente en materia de salud pública o cuyo uso deba ser indicado por prescripción médica".

Asimismo, en su art. 88 se dispone que: "En lo que respecta a la asignación de canales, el procedimiento a seguir se basará en las posibilidades de orden técnico del circuito a instalar".

El marco regulativo de la televisión argentina se completa con la ley de facto Nº 22.285, su reglamentación por decreto 286/81, el art. 65 de la ley 23.696 y el decreto Nº 1357/89, y por último el decreto 1771/91, que modificó la reglamentación de la ley 22.285.

12) Que la ley de facto 22.285 regula, como las anteriores, las radiocomunicaciones cuyas emisiones sonoras de televisión o de otro género, estén destinadas a su recepción directa por el público en general. En cuanto a la jurisdicción y competencias, establece que dichos servicios estarán sujetos a la jurisdicción nacional y que la administración de las frecuencias y la orientación, promoción y el control de los servicios de radiodifusión son competencia exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional, declarándolos de interés público. Determina que deben propender al enriquecimiento cultural y a la elevación moral de la población. Que el contenido formativo e informativo de las emisiones deben estar destinados a exaltar la dignidad de la persona humana, el fortalecimiento del respeto por las instituciones y las leyes de la República y el afianzamiento de los valores inherentes a la integridad de la familia, la preservación de la tradición histórica del país y los preceptos de la moral cristiana. Las emisiones de solaz o esparcimiento recreativo no deben comprometer, ni en su forma ni en su fondo, la efectiva vigencia de los fines enunciados. El contenido de las emisiones de radiodifusión, dentro del sentido ético y de la conformación cívica con que se difunden los mensajes, debe evitar todo cuanto degrade la condición humana, afecte la solidaridad social, menoscabe los sentimientos de argentinidad y patriotismo y resienta el valor estético. Los licenciatarios deberán ajustar su actuación a un Código de Etica, que instrumentará la autoridad de aplicación de conformidad con las disposiciones de la presente ley.

13) Que dispone, además, que las emisiones de radiodifusión no deben perturbar en modo alguno la intimidad de las personas ni comprometer su buen nombre y honor, prohibiendo los procedimientos de difusión que atenten contra la integridad moral, su salud o estabilidad psíquica. Asimismo, en ningún momento podrán emitirse programas calificados por autoridad competente como prohibidos para menores de dieciocho años. En el horario de protección al menor que fije la reglamentación de esta ley, las emisiones deberán ser aptas para todo público. Fuera de ese horario, los comentarios mantendrán a salvo los principios básicos de la ley. Los programas destinados especialmente a niños y jóvenes, deberán adecuarse a los requerimientos de su formulación.

En cuanto a las licencias de las prestaciones de servicios de radiodifusión por parte de particulares, se establece que serán adjudicadas por el Poder Ejecutivo Nacional mediante concurso público sustanciado por el Comité Federal de Radiodifusión, para las estaciones de radio y televisión. Además de las condiciones y requisitos para el otorgamiento de las licencias, se regulan los servicios de frecuencia modulada, de antena comunitaria, de circuito cerrado comunitario, los límites de emisión de publicidad, las transmisiones sin cargo, los gravámenes, el régimen sancionatorio y la responsabilidad de los titulares de los servicios de radiodifusión

y los actuantes, sanciones que pueden llegar a la caducidad de las licencias. En cuanto a la autoridad de aplicación de la ley, se reconoce por último al Comité Federal de Radiodifusión como autoridad de aplicación con funciones de contralor de los servicios de radiodifusión en todos sus aspectos, el otorgamiento de licencias, supervisar la programación y el contenido de las emisiones, supervisar los aspectos económicos y financieros de los servicios y aplicar las sanciones previstas por la ley.

14) Que lo expuesto significa que: a) el servicio de televisión está sujeto a jurisdicción nacional; b) el control del servicio de televisión es de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional; c) la recepción de las emisoras de televisión debe ser gratuita, con excepción de las generadas por los servicios de circuito cerrado; d) la tenencia y el uso de los aparatos receptores de televisión se encuentran exentos de todo gravamen; e) el servicio de televisión deberá difundir la información y prestar la colaboración que le sea requerida para satisfacer las necesidades de la seguridad nacional; f) los titulares de las licencias deberán asegurar la regularidad de las transmisiones y el cumplimiento de los horarios de programación, los que deberán ser comunicados al Comité Federal de Radiodifusión; g) los titulares de las licencias deberán mantener la infraestructura técnica en condiciones satisfactorias de funcionamiento a fin de prestar un servicio eficiente; h) los titulares de licencias deben velar porque el contenido de las emisiones se ajuste al marco de las regulaciones que establece la ley en cuanto a sus objetivos, uso del idioma, protección al destinatario, protección al menor, caracteres de la información, autores nacionales, emisión de programas o mensajes de partidismos políticos, participación de menores, anuncios publicitarios y juegos de azar, para no ser pasibles de la responsabilidad de la aplicación de sanciones que pueden llegar a la caducidad de la licencia. Estas son, entre otras, las características que diferencian a la televisión de la prensa.

15) Que en relación a los caracteres de la información que la televisión puede transmitir, el art. 18 de la ley de facto 22.285 establece que la libertad de información tendrá como únicos límites los que surgen de la Constitución Nacional y de la ley. La información deberá ser veraz, objetiva y oportuna. El tratamiento de la información, por su parte, deberá evitar que el contenido de ésta o su forma de expresión produzca conmoción pública o alarma colectiva. La información no podrá atentar contra la seguridad nacional ni implicar el elogio de actividades ilícitas o la preconización de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones. Las noticias relacionadas con hechos o episodios sórdidos, truculentos o repulsivos, deberán ser tratadas con decoro y sobriedad, dentro de los límites impuestos por la información estricta.

16) Que, en cuanto a sus efectos, la intrusión de lo audiovisual pareciera que deprime la reflexión y la sustituye por la observación pasiva de las apariencias, modifica los mecanismos de transmisión de la cultura y la significación de los valores morales, sacralizando la omnipotencia de la imagen sobre el discurso y con ello, la declinación de la civilización del libro y la palabra impresa. Tanto la radio como la televisión están unidas, reguladas por un mismo ordenamiento jurídico y económico y administradas por similares organismos; y en mayor medida, por su situación competitiva con la prensa y el libro, ante los cuales han afirmado, gradualmente, su hegemonía. Hoy nos situamos ante la religión electrónica; el lenguaje electrónico, la política electrónica y la cultura electrónica. En escala, cada hogar es un foro electrónico, cada Nación una comunidad de ubicuidad y el planeta una aldea global. La observación pasiva de la imagen pone en contacto directo a los gobernados con los gobernantes, con los protagonistas de las noticias y con cuanto espectáculo y forma de diversión y distracción es puesta en pantalla para atraer la atención del televidente, con las consecuencias propias de una revolución política y cultural de todavía imprevisible magnitud y, consecuencias.

17) Que el monopolio como marco institucional de lo audiovisual tuvo su razón de ser en la necesidad de asignar longitudes de onda para evitar interferencias. La técnica ha modificado esa situación. El uso de ondas cada vez más cortas ha incrementado las frecuencias y la modulación ha multiplicado las emisoras. En televisión, la emisión de programas por cable permite la multiplicación de canales o emisoras de corto alcance, haciendo técnicamente innecesaria la reglamentación de las frecuencias. Hay un aumento creciente de estaciones locales de televisión y es previsible la desaparición del sistema de licencias en un futuro no lejano. Los satélites de difusión directa desbordan las fronteras y las antenas parabólicas captan programas hasta hace poco inaccesibles, lo que convierte en letra muerta las limitaciones jurídicas. Los satélites de comunicación y los cables coaxiles han potenciado el intercambio de informaciones y programas, por una parte, y la televisión por cable, con emisiones regionales, locales, incluso barriales, ofrece la posibilidad de una televisión comunitaria que complementa y sustituye, en ciertos casos, a la televisión hertziana e indica la aparición de nuevos usos de la televisión, en escala difícilmente previsible. Todo conduce a sostener que la revolución de las comunicaciones dista de haber concluido.

18) Que a fin de considerar el tema de la censura previa respecto de la televisión en cuanto medio masivo de comunicación audiovisual, corresponde establecer qué aspecto de la misma tiene el carácter de medio de expresión a los fines del art. 13 Pacto de San José de Costa Rica. En esencia, la televisión es simplemente un medio, un instrumento que permite efectuar la transmisión de imágenes y sonidos. La televisión puede transmitir una película, un espectáculo teatral o musical, una telenovela, un programa de juegos infantiles, o un informativo o noticiero, o propaganda del más diverso tipo. ¿Pueden considerarse todos ellos comprendidos dentro del derecho de expresar las ideas y de difundirlas, sin consideración de fronteras, por cualquier procedimiento? La respuesta la proporciona el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

19) Que los principios que, conforme al Pacto de San José de Costa Rica, gobiernan el derecho de expresión, resultan de armonizar su ejercicio con la garantía de no "estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores", fijadas por la ley y necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas. A la expresada garantía se le suma una segunda, consistente en que, conforme lo dispone el Pacto en el ap. 3 art. 13, "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales", de elementos usados en las frecuencias radioeléctricas o aparatos usados en la difusión de información. El Pacto, "sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2", establece que "los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura para la protección moral de la infancia y la adolescencia" (inc. 4 art. 13). Asimismo, "que estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

20) Que en el seno de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su cuadrigésimo primer período de sesiones, se presentaron documentos de trabajo de conformidad con la resolución 1988/110 de la Subcomisión, que contenían observaciones relativas a las limitaciones permisibles del derecho de expresión. Se sostuvo que el derecho de expresión puede estar sujeto a determinadas limitaciones legalmente permisibles, examinando al respecto las disposiciones del párrafo 3º del art.19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre la base de que el derecho de expresión no puede ser solamente una cuestión de derecho o de política, y que la veracidad y exactitud de

la información y la formulación responsable son los ingredientes morales del ejercicio del derecho de expresión, se sostuvo que algunas formas de autorregulación y autolimitación están moralmente justificadas.

Considerando que el párrafo 3º del art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecía restricciones en el interés del respeto del derecho y de la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud y la moral públicas, se hizo mérito de la observación general del Comité de Derechos Humanos, en el sentido de la búsqueda de un equilibrio, entre el derecho de expresión y sus limitaciones y restricciones. Esas restricciones resultaban de las disposiciones penales y de derecho civil contra la difamación o para la protección de la vida privada e incluso las derivadas del derecho de respuesta. En cuanto a las restricciones derivadas de la protección de la seguridad nacional, éstas se vinculaban al control de los secretos militares y los secretos de Estado, la instigación a la traición o sedición. En cuanto a las derivadas de la protección a la moral pública, provenían de la legislación contra la obscenidad y la difusión de material pornográfico. A esas restricciones deben sumarse las que figuran en el art. 20 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice que toda propaganda en función de la guerra estará prohibida por ley, como así también toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, a la hostilidad o la violencia. El Comité de Derechos Humanos declaró que las prohibiciones establecidas en el art. 20 "... son plenamente compatibles con el derecho de expresión enunciado en el art. 19, cuyo ejercicio implica deberes y responsabilidades especiales". (E/CN. 4/Sub. 2/1982/26 — 22 de junio de 1989).

21) Que el Comité de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas consideró asimismo el problema que, con arreglo a los criterios de legalidad y legitimidad, plantea una restricción incompatible con el espíritu democrático que está en la base del derecho de expresión. En ese sentido, la cuestión de la legalidad permite rechazar a priori todas las sanciones que afecten el derecho de expresión que no tengan ningún fundamento legal así como las sanciones basadas en disposiciones demasiado amplias. Esas sanciones deberán estar tipificadas por la ley en todos sus elementos constitutivos sobre todo en lo referente a su elemento de finalidad, que deberá ser objeto de una atención especial. Las presunciones y las nociones imprecisas no deberían ser consideradas como justificativos para sanciones preventivas (medidas de censura, prohibiciones, incautaciones a priori) ya que plantean problemas referentes a su legalidad y legitimidad.

Por último, las restricciones del derecho de expresión se relacionan, por una parte, con la lucha contra el racismo y, por otra, con los conflictos armados. La mayoría de los textos internacionales admiten estas restricciones. Así, los siguientes países adoptaron o completaron recientemente una legislación específica al respecto: Argentina (1988), Brasil (1985), Colombia (1989), Cuba, China (1987), Francia (1990), la República Federal de Alemania (1985), el Reino Unido (1986), Senegal, Suecia (1989) y la U.R.S.S. (1990).

22) Que el derecho de pensar y expresar el pensamiento resume la esencia misma de la naturaleza humana. El hombre es por el pensamiento y el pensamiento se expresa por el lenguaje, que sirve para registrarlo y comunicarlo. La palabra es un signo del destino social del hombre. Sólo el hombre tiene la palabra, sólo él da sentido a sonidos determinados, sólo él habla con la intención de hacerse comprender y la seguridad de ser comprendido. El pensamiento es distinto de la expresión y la precede. Ambos están íntimamente unidos. El derecho de pensar y expresar el pensamiento, también denominado derecho de expresión o libertad de expresión, en su relación con la religión y la política, se traduce en el derecho de opinión y

derecho de prensa, según que la palabra sea oral o escrita. Hay entre ellos una relación de género a especie. En el sistema constitucional argentino, este derecho fundamental se encuentra entre los no enumerados que prevé el art. 33 de la Constitución Nacional. Su especie política, el derecho de prensa, está consagrado en el artículo 14 y las garantías que le dan prevalencia se encuentran enunciadas en el mismo artículo 14 y en el 32 de la ley fundamental.

23) Que la interdicción de la censura previa es una garantía constitucional expresa y directamente establecida para el derecho de publicar las ideas y no para otros medios distintos de la imprenta o prensa, como la televisión. Esta, desde su origen, fue regulada por disposiciones infraconstitucionales y a partir de la aprobación de la ley 23.054 y su ratificación, el 5 de setiembre de 1984, por lo dispuesto por el art. 13 incisos 1º y 2º, de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

24) Que lo establecido por el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica no es incompatible con los principios consagrados por la Constitución Nacional. Cuando establece que el derecho de expresión "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores", consagra que la difusión de las ideas debe estar libre de interdicciones previas que limiten o restrinjan su ejercicio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que en materia de derecho de expresión, "toda medida precautoria significa inevitablemente, el menoscabo del derecho garantizado por la Convención". A este respecto, las garantías establecidas por dicho Pacto, "fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas" (Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985).

25) El análisis del art. 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos confirma que el garantizar el derecho de expresión, esto es de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, consagra, asimismo, la expresión de las opiniones. La palabra "opinión" aparece en el párr. 3, al tratar las restricciones indirectas en cualquier otro medio "encaminado a impedir la comunicación y circulación de ideas". En este aspecto, se corresponde con lo previsto en el art. 9º incs. 1 y 2 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y una estructura similar a la del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el que en su art. 10, inc. 1 establece que el derecho de expresión. comprende el "de opinión o de recibir y comunicar expresiones o ideas, sin injerencias de autoridad pública alguna". En realidad, la opinión es uno de los aspectos del derecho de expresión y, por lo tanto, uno de sus elementos constitutivos. Todos los instrumentos citados establecen que los derechos que consagran pueden ser objeto de restricciones, en el marco normal de su ejercicio, sin afectar su sustancia intrínseca. Estas suspensiones pueden afectar al derecho de expresión mediante las denominadas "cláusulas de seguridad nacional", que suelen aplicarse en circunstancias excepcionales o estados de emergencia siempre con determinadas garantías o condiciones, que tienen por finalidad preservar en cada región al Estado de derecho. Así lo establecen el art. 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 15 del Convenio Europeo y el art. 27 de la Convención Americana.

Pero estas restricciones deben responder al principio de legalidad y por consiguiente,, estar "previstas en la legislación" (art. 10 Convenio Europeo) o "expresamente fijadas por la ley" (art. 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13, Convención Americana y art. 9, Carta Africana). Este requisito se interpreta estrictamente y, según el "Tribunal Europeo", la ley debe ser clara, accesible, precisa y predecible. Asimismo, la finalidad de la restricción está subordinada al principio de legitimidad. Por último, corresponde reafirmar que el derecho de expresión es un derecho fundamental cuya vigencia condiciona el ejercicio de casi todos los

demás derechos, razón por la cual las restricciones admisibles tienen carácter excepcional. A escala universal, se tiende a limitar las restricciones en materia de información y de opinión, como una necesidad para el perfeccionamiento de la democracia contemporánea.

Por ello, se hace lugar a las quejas, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revoca la resolución recurrida. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión controvertida (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrense los depósitos de fs. 1 de las quejas S.303 y S.289. Agréguense al principal, notifíquese y devuélvanse. — CARLOS S. FAYT.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que el viernes 8 de mayo próximo pasado, a las 13.45, la juez nacional en lo criminal y correccional federal María Romilda Servini de Cubría promovió acción de amparo solicitando que se procediera al secuestro del "tape" correspondiente al programa televisivo cómico conocido por el seudónimo de Tato Bores que se iba a difundir dos días más tarde, y que se impidiese la proyección de las partes desdorosas hacia su persona. A tal fin, relató que en las emisiones del programa "Tato, la leyenda continúa" de los días 28 de julio, 4 de agosto y 10 de noviembre de 1991 había sido gravemente ofendida —motivo por el cual sus abogados estaban preparando una querella criminal por los delitos de injuria y desacato— y que un llamado telefónico de una persona que dijo pertenecer al mencionado canal la había alertado de que, en respuesta a las querellas que proyectaba, se emitiría el domingo siguiente un programa en el cual se la injuriaría y difamaría aún más. Invocó, esencialmente, el art. 1071 bis del Código Civil en cuanto faculta a instar la cesación de las actividades violatorias del derecho a la intimidad (fs. 1/3 de los autos principales, foliatura a la cual se referirán las citas en lo sucesivo).

2º) Que el mismo día, casi dos horas más tarde, la actora precisó que su demanda de amparo se dirigía contra Mauricio Borensztein —conocido artísticamente como Tato Bores—, el Canal 13 de televisión, el productor del programa y el C.O.M.F.E.R., e insistió en su pedido de medida cautelar señalando lo ineludible de la "visualización" del "tape" por parte del magistrado, a fin de ordenar posteriormente su secuestro (fs. 4/5).

3º) Que, también el mismo día, el señor juez de primera instancia denegó la medida cautelar solicitada por considerar que se trataba de restringir un derecho ajeno mediante un inconstitucional censura previa, y, a la vez, se declaró incompetente para entender en la demanda de amparo, atribuyendo la competencia al fuero contencioso administrativo federal.

4º) Que el sábado 9 de mayo —sin que hubiese mediado habilitación de los días y horas inhábiles— la actora interpuso recurso de apelación, que fundó (fs. 9/16), el cual fue concedido por el magistrado actuante. El mismo día, la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictó la resolución de fs. 19/21, en la cual —además de dar intervención a la justicia represiva por la supuesta comisión de los delitos de amenazas y extorsión— consideró innecesario "visualizar" el tape por el carácter limitado y provisional la medida que ordenaría. Sobre la base de sostener que el honor y la fama son derechos naturales que hacen a la dignidad de la persona humana y cuya jerarquía constitucional no es menor que la libertad de prensa, y que ésta no es absoluta sino que debe ceder ante —por ejemplo— la autodefensa del Estado, la obscenidad, la incitación al odio racial o religioso o la apología del odio, dispuso, como medida cautelar, la abstención provisional de emitir imágenes o conceptos relacionados

con la actora, bajo apercibimiento de desobediencia, y ordenó notificar a los secretarios con habilitación de días y horas y autorización para hacer uso de la fuerza pública (fs. 19/21).

5º) Que contra esa decisión interpusieron sendos recursos extraordinarios de apelación Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., licenciataria de Canal 13 (fs. 67/89) y Mauricio Borensztein (fs. 92/99), parcialmente concedidos a fs. 166 bis/193, lo que motivó las quejas de ambos recurrentes que tramitan en los expedientes S.289 y S.303 del libro XXIV de este Tribunal.

6º). Que, en primer lugar, corresponde poner de relieve las insólitas características de la mencionada resolución mediante la cual se conceden y rechazan parcialmente los recursos extraordinarios. Ella es claramente exorbitante en tanto se aparta del ordenamiento procesal para reforzar los fundamentos de la resolución recurrida, en lo que resulta ser, no el desarrollo de argumentos destinados a fundar dicha concesión o denegación, sino una suerte de respuesta a los agravios de los recurrentes o bien a las críticas formuladas en los medios —como claramente se expresa en el considerando IV—, totalmente impropia de la actuación judicial.

En efecto, fuera de los considerandos III, que funda la concesión del recurso en la existencia de un "problema constitucional complejo" y el interés institucional de la cuestión, y VII a IX, que basan su rechazo en lo referente a la celeridad de la medida, la falta de verosimilitud del derecho invocado, y la no exigencia de contracautela, lo restante de la extensa fundamentación carece de relación con lo que en ese momento tenía que decidirse, vale decir, conceder o denegar al recurso extraordinario federal.

7º) Que si bien, en principio, las resoluciones que ordenan o deniegan medidas cautelares no son susceptibles del recurso instituido por el art. 14 de la ley 48 por no tratarse de sentencias definitivas (Fallos: 267:432; 301:947; 304:1847; 305:678), esta Corte ha reconocido que corresponde apartarse de ese principio —equiparándolas por ende, a las sentencias definitivas— cuando la medida causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior (Fallos: 307:1994; 308:856). Tal es el caso de autos, puesto que el cercenamiento de un programa televisivo que hace referencia a la actualidad no tendría reparación suficiente si fuese dejado sin efecto una vez concluido un proceso que, aun de trámite sumarísimo, insume normalmente un período de tiempo a cuya finalización puede no existir ya interés en su difusión.

Por otra parte, a partir del caso de Fallos: 248:189, esta Corte ha decidido que, así como la ausencia de interés institucional que la jurisprudencia contempla, por regla general, con el nombre de "cuestiones federales insustanciales", autoriza el rechazo de plano de la apelación extraordinaria, también la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención del Tribunal superando los obstáculos procesales ("ápices procesales") frustratorios del control constitucional de esta Corte, como lo sería, en el caso, la hipotética falta de sentencia definitiva. Particularmente, se ha juzgado aplicable este criterio a los asuntos en que se hallan comprometidas las instituciones básicas de la Nación (Fallos: 289:36, 292:229), en especial cuando lo decidido en la causa afecta la libertad de prensa (Fallos: 248:651 y 664), idea extensible a la libertad de expresión en general. En consecuencia, los recursos deducidos devienen viables, sin que quepa efectuar la discriminación que hace el a quo entre aspectos admisibles y aspectos inadmisibles de ellos, ya que media un supuesto de extrema gravedad institucional pues se sostiene haberse afectado la libertad de prensa mediante la imposición de la censura previa explícitamente prohibida por la Constitución.

8º) Que la decisión recurrida es descalificable por aplicación de la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, en virtud de dos motivos bien definidos.

En primer lugar, porque la mera invocación de una comunicación telefónica anónima que habría sido hecha a la actora, y sin conocer el contenido del "tape" grabado a pesar de que la propia interesada había solicitado expresamente que fuese visto y ponderado, prohibió o cercenó su emisión. En tales condiciones, el juicio del *a quo* sobre el *fumus boni iuris* es una afirmación dogmática que tiene sólo como sustento la voluntad del juzgador y que, por lo tanto, merece ser descalificado como acto jurisdiccional válido (Fallos: 295:417; 303:1295: 304:583).

En segundo término, porque decide *ultra petita* al ir más allá de lo solicitado por la actora, pues mientras ésta requirió que se impidiese la proyección de las partes supuestamente desdorosas de un determinado programa, la cámara dispuso la abstención de "emitir imágenes o conceptos que se relacionen" con ella, abarcando así sin limitación de tiempo toda referencia a determinada persona, fuese ella agraviante o no lo fuera, en un palmario exceso jurisdiccional que igualmente descalifica lo resuelto (Fallos: 303:543; 305:301; 307:510).

9º) Que si bien lo expuesto sería suficiente para decidir la revocación del fallo apelado, la urgencia y la trascendencia institucional del caso conducen a que esta Corte haga uso de la facultad conferida por el art. 16 segunda parte, de la ley 48, dictando una sentencia que resuelva definitivamente el fondo del asunto.

10) Que no es admisible sostener, como lo hace el fallo en recurso, que exista entre los derechos consagrados por la Constitución una jerarquía de valores que conduzca a anular uno por reconocer prioridad a otro.

Semejante criterio ha sido reiteradamente descalificado por el Tribunal como válida interpretación de la ley, al exponer que, como la inconsecuencia no se puede suponer en el legislador, no es admisible el criterio interpretativo que de por resultado que unas disposiciones queden sin efecto por la aplicación de otras (Fallos: 300:1080; 301:460; 304:794; 307:518). Si ello es así en relación con la ley en general, con mucho mayor razón lo es respecto de la ley constitucional, pues sería absurdo entender que los constituyentes enunciaran una serie de derechos entre los cuales hubiese una escala de valores, de tal modo que unos prevaleciesen por sobre otros, anulándolos. Por el contrario, es en la coordinación donde debe hallarse el verdadero criterio hermenéutico, de manera que todos subsistan en armónica coherencia (Fallos: 259:403; 272:231; 308:789, considerando 5º, 310:2709). Por eso, precisamente con relación a la interpretación constitucional, se ha resuelto reiteradamente que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía, y que la interpretación debe armonizarlas, ya se trate de derechos individuales o de atribuciones estatales (Fallos: 255:293; 264:94; 272:231; 310:2709, por remisión al dictamen del Procurador General sustituto).

Obviamente, la precedente afirmación es válida en tanto no haya sido el mismo constituyente quien atribuyera específicamente a ciertos derechos una importancia superior; pero, en todo caso, es precisamente al derecho de expresarse libremente por la prensa al cual esa prioridad se asigna, a punto tal que no se conformó con consagrar en el art. 14 el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino que añadió en el art. 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa. Al respecto, esta Corte ha tenido oportunidad de señalar que "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente

su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica" (Fallos: 248:291; considerando 25; 257:308, voto del juez Boffi Boggero, considerando 6º; 311:2553, considerando 9º; 310:1715, voto del juez Belluscio, considerando 6º).

Menos todavía puede aceptarse que por sobre los derechos de los habitantes de la Nación que reconoce expresamente la Constitución puedan prevalecer derechos supuestamente naturales —categoría, ésta, no reconocida por todas las corrientes filosóficas— pues ello implicaría dejar librada la aplicación de la Constitución no ya siquiera a restricciones impuestas por el Congreso sino a la primacía de las ideas de los jueces por sobre concretas normas de la ley fundamental, lo que equivaldría a sujetar la eficacia de los derechos humanos reconocidos por la Constitución a la ideología de los magistrados, anulando la eficacia de una porción tan esencial de la Constitución que equivaldría a la anulación de la Constitución misma.

11) Que si bien es cierto que la libertad de prensa no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los consagrados en el art. 14 de la Constitución, sí es absoluta la prohibición de censura previa, del mismo modo que lo es la prohibición al Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa. A este respecto, esta Corte ha tenido ocasión de señalar —y esto es perfectamente aplicable a una supuesta colisión entre la libertad de prensa y el derecho a la dignidad— que la verdadera sustancia de la aludida libertad radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos (Fallos: 167:138; 269:189, considerandos 4º y 7º; 269:195, considerandos 5º y 8º; 293:560, considerando 6º) o actos ilícitos civiles, como son los que afectan el derecho a la intimidad de otras personas (Fallos: 306:1892, voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 5º, voto del Dr. Petracchi, considerandos 10 y 14; 308:789; 310:508). En otros términos, la Constitución veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección del honor de los demás está en la responsabilidad civil y penal de quienes, abusando de la libertad que la Constitución les reconoce, violan los derechos de los otros.

12) Que lo dicho respecto de la libertad de prensa es aplicable a la libertad de expresión en general, y a la expresión por medio de las emisiones de televisión en particular, como resulta de una interpretación dinámica de los textos constitucionales que tiene por base la circunstancia de que ellos deben aplicarse también a los medios de expresión de las ideas distintos de la prensa que no existían al tiempo de sancionarse la Constitución ni podía ser previsible para los constituyentes que apareciesen luego, y cuya importancia es similar a la prensa escrita (conf., en cuanto a la interpretación dinámica, Fallos: 264:416, considerando 6º y sus citas; en cuanto a la extensión de la libertad de prensa a otros medios de expresión, doctrina de Fallos: 282:392, considerando 3º). No obstante, esa comprensión amplia de la libertad de prensa ya fue anunciada en la Convención de 1860, pues el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal consideraba a "la palabra escrita o hablada uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar". Por cierto, no está excluida de la protección la sátira social o política o el humorismo político, que en definitiva son modos de expresión de las ideas aunque sean distintos de la exposición directa de éstas.

13) Que tanto la distinción entre la prohibición de censura previa y la responsabilidad ulterior por el abuso, como su aplicación a la libertad de expresión en general, han sido aceptadas también por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida comúnmente como Pacto de San José de Costa Rica, que ha sido aprobada por la ley 23.054 y ratificada por

la República Argentina mediante el depósito de¡ respectivo instrumento el 5 de septiembre de1984. En el primer aspecto, el art. 13, inciso1, consagra el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, y, con relación al segundo, el inciso. 2 añade que "el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley...". Sólo admite la censura previa de los espectáculos públicos "con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2"; vale decir, que ni aun para esos elevados fines admite la censura impeditiva de la exhibición, sólo la acepta para regular el acceso de los menores a las representaciones.

14) Que la prohibición impuesta por el *a quo* de emitir en los programas televisivos de los demandados imágenes o conceptos relacionados con la demandante de amparo configura inequívocamente la censura previa repudiada por la Constitución, una grosera violación de los derechos básicos, pues no sólo la censura previa o el control estatal sobre la prensa no pierden ese carácter por razón de ser ejercidos por órganos jurisdiccionales (Fallos: 248:664, considerando 4º) sino que resultan mucho más graves al provenir de un tribunal judicial. La pasión política o la natural vocación del poder por extralimitarse podrían explicar, aunque no justificar, que violaciones de derechos fundamentales proviniesen de los poderes políticos, pero entonces las propias instituciones suministran el remedio, pues una de las más esenciales funciones del Poder Judicial instituido por la Constitución es la de asegurar la garantía de los derechos de los habitantes contra los excesos provenientes de aquéllos. Pero es inconcebible, porque subvierte el orden institucional, que los propios órganos instituidos por la carta magna para garantizar esos derechos sean los que los atropellen; ello implica arrasar con las garantías constitucionales, destruyendo con ellas la Constitución misma y echando así por tierra las bases fundamentales del régimen representativo republicano de gobierno que ella consagra, conquista de la civilización que ha costado y continúa costando en el mundo sangre y dolor. Nada podría esperar, en efecto, el ciudadano de una democracia, de sus jueces, si en lugar de cumplir su misión esencial de defender sus derechos, fuesen ellos los que los conculcasen.

Por ello, se hace lugar a las quejas, se declaran procedentes los recursos extraordinarios, y se revoca la resolución recurrida. Con costas. Reintégrense los depósitos de fs. 1 de las quejas S.303 y S.289. Agréguense al principal, notifíquese y devuélvanse — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la señora juez María Romilda Servini de Cubría y, en consecuencia, ordenó a Canal 13 de Televisión y a Mauricio Borensztein suspender provisionalmente en su programa la proyección de imágenes y conceptos vinculados con la nombrada. Contra esta decisión, los demandados interpusieron sendos recursos extraordinarios que fueron denegados parcialmente, lo que motivó la deducción de las respectivas quejas.

2º) Que el tribunal consideró innecesario ver los tapes del programa que se iba a emitir, y señaló que el honor y la fama son derechos naturales que hacen a la dignidad de la persona humana y cuya jerarquía constitucional no es menor que la libertad de prensa. Destacó también que esta libertad no es absoluta sino que debe ceder, por ejemplo, ante la autodefensa del Estado, la obscenidad, la incitación al odio racial o religioso o la apología del odio. Y concluyó

que ante el conflicto entre el derecho a propagar un programa de corte humorístico —en el cual, según la actora, se emitirían escenas más agraviantes que las difundidas en tres oportunidades anteriores—, y el derecho al honor y a la fama de una persona, debía prevalecer éste, señalando, además, que el derecho no es un sistema de convivencia que se satisfaga con la aplicación de sanciones sino que aspira a no tener que aplicarlas.

Al conceder parcialmente los recursos extraordinarios, la cámara desarrolló con particular amplitud estos argumentos, y profundizó la cuestión en el marco de los derechos y garantías reconocidos en la Primera Parte de la Constitución Nacional y en el Pacto de San José de Costa Rica. Estimó en dicha oportunidad que la pretensión de la demandante hallaba adecuado sustento en lo dispuesto por el art. 1071 bis del Código Civil.

3º) Que la decisión apelada es equiparable a sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48, pues las características de la medida cautelar ordenada y la importancia del derecho que afecta, hacen que los demandados sufran un agravio que no podrá ser subsanado por el fallo final de la causa (Fallos: 307:2682, consid. 5º y doctrina que cita).

4º) Que cuadra considerar, en primer término, si la prohibición de la censura previa contenida en el art. 14 de la Constitución Nacional constituye un principio de alcances absolutos, o si, por el contrario, reconoce excepciones en aquellos casos en que los jueces disponen medidas restrictivas o impeditivas de la libertad de expresión con el fin de prevenir una eventual lesión a otros bienes jurídicos de raíz constitucional, como el honor y la intimidad de las personas. En segundo lugar, corresponde determinar la incidencia de lo dispuesto en el art. 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en nuestro régimen constitucional. En tercer lugar, finalmente, la supremacía de lo establecido por este tratado internacional frente a las normas de leyes internas eventualmente contrarias a las de aquél.

Tales cuestiones suscitan cuestión federal trascendente para su examen en esta instancia (arts. 14, inc. 3º, de la ley 48, y 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

5º) Que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, consideró que la libertad de prensa fue concebida inicialmente como el derecho de publicar sin permiso gubernamental lo que anteriormente sólo podía ser publicado con él (confr. "*Lovell v. Griffin*"; 303 U.S. 444). Una visión similar, que sólo concebía aquella libertad como la posibilidad de divulgar ideas sin intervención previa de quienes tenían el deber de legislar o administrar en una comunidad organizada, gravitó en nuestro país durante la época en la cual se consolidaba la unión nacional.

Resultan elocuentes las expresiones contenidas en el "Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal", elaborado en 1860 por la Comisión Especial de la Convención del Estado de Buenos Aires, que recordaban la publicación de "una carta del Presidente de la Confederación, conminando a un Gobernador de Provincia porque no reprimía el espíritu de crítica de un diario"; y señalaban que si ello había ocurrido sin ley alguna que admitiera tal proceder, "con cuánta más razón debía temerse esta facultad de restringir la prensa, en materias más graves". Es por tal motivo, se indicaba en dicho informe, que la historia había justificado sustraer a la acción del Congreso Federal toda potestad de limitar la libertad de prensa; y que "ninguna nación del mundo había arribado a establecer principios regulares, pues dejando a los legisladores la facultad de reglamentar la libertad de prensa, algunos no habían podido detenerse en la fatal pendiente que lleva hasta suprimirla, o someterla a juicio del Ejecutivo...".

Se aclaraba, no obstante, que en presencia de estas dificultades los publicistas de los Estados Unidos de Norteamérica se hallaban contestes en declarar a la libertad de prensa fuera del alcance de la legislación, aunque dejándole al abuso de ella su carácter de libelo ante las leyes ordinarias" (conf. textos transcriptos en la obra "Asambleas Constituyentes Argentinas", dirigida por Emilio Ravignani, Bs. As. 1937, t. IV, pág. 976).

6º) Que dichas consideraciones, los argumentos del informe leído en la sesión del 25 de abril de 1860, y las razones dadas en el curso del debate por el convencional doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, condujeron a incorporar el actual art. 32 al texto constitucional de 1853, que prohibe al Congreso Federal dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal. Esta norma y el principio incorporado al art. 14, que reconoce el derecho de todos los habitantes de la Nación a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, constituyen la más expresiva muestra de la intención de nuestros constituyentes por evitar cualquier intervención que obstruya el más generoso y amplio intercambio de ideas e información sobre cuestiones concernientes al manejo de los asuntos públicos.

7º) Que el derecho a la libertad de expresión comprende también la libertad de buscar y recibir información, a la cual está íntimamente ligada la posibilidad del ejercicio de otros derechos de los habitantes. La libre formación de opiniones entre los integrantes de una sociedad y su responsable participación en los asuntos públicos, requiere, como condición previa, de una amplia información, en modo que puedan valorarse datos y juicios de la más variada especie y procedencia. Nuestro país consolidó su organización definitiva a la luz de esta misma idea: "El pueblo necesita conocer toda la administración —exponía Vélez Sarsfield—, observarla, y aun diré dirigirla en el momento que se separe de sus deberes, o para indicarle las reformas o los medios de adelanto como sucede todos los días (...). Sobre todo, sin la absoluta libertad de imprenta no se puede crear hoy el gran poder que gobierna a los pueblos y dirige a los gobernantes: la opinión pública. Sólo la libre discusión por la prensa, puede hacer formar el juicio sobre la administración o sobre los hechos políticos que deban influir en la suerte de un país." (confr. "Asambleas Constituyentes Argentinas", cit., t. IV, pág. 840).

Esta información, además, debe ser oportuna, llegar en el tiempo justo que la situación exija ofreciendo así su mayor utilidad. La libre y rápida circulación de ideas y datos de interés general se encuentra indisolublemente unida al adecuado funcionamiento de la sociedad de nuestros días. Su complejidad y crecientes exigencias demandan soluciones inmediatas y sólo la más completa y oportuna información permite acceder a la decisión acertada.

8º) Que, en tales condiciones, aun cuando la intención de nuestros constituyentes no haya estado referida de modo expreso a las decisiones judiciales que impidan o limiten la publicación de ideas —sino a las medidas de índole discrecional y política inherentes a las otras ramas del gobierno—, subsiste una circunstancia objetiva que impone extender la prohibición de la censura previa a los jueces: la incompatibilidad entre la dimensión temporal propia de todo debate de interés público, y el tiempo que habitualmente insume un proceso, aun cautelar, para establecer si ha existido o no agravio al honor o a la intimidad en juego. Ello es así, pues la adopción de medidas cautelares implica, en la mayoría de los casos, postergar la publicación más allá del lapso que la noticia exige, sustrayendo del conocimiento público un dato u opinión de interés actual con grave riesgo de restarle eficacia.

Por otra parte, la materia ofrece una complejidad adicional que hace sumamente difícil establecer ex-ante la existencia de un abuso de la libertad de expresión. Es siempre difícil saber anticipadamente lo que alguien dirá y la línea que divide la expresión legítima de la ilegítima

se encuentra tan delicada y sutilmente trazada que los riesgos de consentir la censura son formidables (420 U.S. 559, "*Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*").

9º) Que, aun considerando esos riesgos, la aludida "censura" judicial no es equiparable cualitativamente a la censura que despertó las más vivas reacciones de los hombres libres inspirando proposiciones jurídicas análogas a las examinadas, esto es, a la que pudiese provenir de los Poderes Legislativo o Ejecutivo. La intervención preventiva de los jueces —que impropiamente podría denominarse censura—, supone siempre la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa, y que toma sus decisiones observando el respeto al derecho de defensa en juicio de los involucrados.

No es la oportunidad o conveniencia política lo que guía la conducta del juez, sino la justicia del caso que llega a sus estrados, porto que los recelos que despertó en los convencionales bonaerenses las intenciones del titular del Poder Ejecutivo no tienen justificación plena en estos supuestos.

10) Que lo expuesto permite sostener un principio de amplísimos alcances y advertir, a la vez, cuál es el elemento que en grado mínimo lo restringe. El honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agraviante de la noticia —incertidumbre que el juez despeja una vez sustanciado el proceso—, y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta. Pero si ese margen de incertidumbre no se verifica, si la conducta de quien intenta dar a conocer sus ideas no suscita dudas sobre su ilicitud, no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión; máxime en los supuestos en que el daño al honor o a la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios. Así, la publicación de informaciones secretas confiadas en circunstancias tales que imponen una obligación de no dar a conocer aquellas informaciones sin la autorización de la persona que las ha confiado, una vez divulgadas, no pueden ya ser confidenciales. El secreto se pierde irreparablemente y, en casos de obligación de confidencialidad en virtud de una relación contractual o de otra índole, podría justificarse una medida cautelar destinada a preservar el secreto que dispusiera también el secreto de la medida preventiva misma. Así, la privacidad de un donante de una importante suma que estipulase una cláusula de confidencialidad podría dar lugar a una medida precautoria ordenada a preservar el secreto de la donación. Algo análogo podría imaginarse respecto de secretos profesionales, si bien la confidencialidad ha de ceder frente a un interés público notoriamente superior. Naturalmente las medidas cautelares han de adoptarse con cautela. Cabe recordar que la adopción de este género de medidas es practicada en muy respetables jurisprudencias extranjeras (G. Robertson y A. Nicol, Media Law, Londres, 1992, ps. 13, 20, 69, 173, 190) y no podrían considerarse propias de tribunales de censura.

Actualmente la información es propiedad que se compra y se vende. Y ante los traficantes de la intimidad, el derecho protege también la vida privada, el debido proceso libre de todo prejuicio sensacionalista, el derecho al silencio, a no exhibirse, a hacer el bien sin espectáculo, a mantener en secreto los aspectos más delicados de la intimidad fuera de toda curiosidad agresiva, indagación oliscosa o mofa.

La interdicción de la censura previa, en la Constitución Nacional, no llega al extremo de convertir al juez en mero espectador de un daño inexorable.

11) Que el principio constitucional de libertad de publicar las "ideas por la prensa sin censura previa" (art. 14 de la Constitución Nacional) puede conducir a una interpretación según la cual la prohibición de la censura previa sólo se extiende a la prensa y no necesariamente a otros medios que pueden ser susceptibles de control preventivo razonable, como precisamente ocurre con la televisión. Ello suscita un delicado problema de interpretación constitucional en su primera dimensión enderezada a descubrir el sentido histórico originario de la norma o principio aplicables. En la cuestión sometida a esta Corte el sentido histórico del art. 14 de la Constitución, originariamente entendido, conduce a un silencio, non liquet o carencia de norma respecto de los media en general que no son prensa, carencia histórica comprensible a la luz de los desarrollos tecnológicos ulteriores.

Ahora bien, esta carencia histórica de norma a que lleva la interpretación originaria de la Constitución (ver Robert H. Bork, The Tempting of América. The Political Seduction of the Law, Sinclair-Stevens, London, 1990, pág. 143 et seq.) se resuelve integrando la Constitución por vía del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No resulta indispensable, en el caso, recurrir a la interpretación dinámica, progresiva o flexible del art. 14 de la Constitución Nacional que no conduce a una extensión mecánica de las normas sobre prensa a otros media, particularmente a la televisión, aunque parezca cierto que el desarrollo de los sistemas de fibra óptica y la difusión directa por satélites permite la multiplicidad de elección que torna difícil distinguir entre los medios (*Report of the Committee on Financing the BBC*, Cmnd 9824, 1986, presidido por el profesor Alan Peacock).

Si bien en el actual derecho comparado la televisión ha sido sujeta a regulaciones que van desde advertencias a multas terminando por pérdidas de licencia (ver G. Robertson y A. Nicol, Media Law, 3 ed., Penguin Books, Londres, 1992, pág. 594 et seq; C. Munro, Televisión Censorship and the Law, Saxon House, 1979) no lo ha sido a pre-visiones o previas censuras.

El art. 13 Convención Americana se refiere a todo procedimiento de expresión.

12) Que los derechos y garantías contemplados en la Primera Parte de la Constitución Nacional no constituyen la regulación exclusiva del sistema de derechos fundamentales vigentes en la República. Su regulación se integra, además, con los principios y disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado el 5 de septiembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación de acuerdo a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución (confr. causa E.64.XXIII, "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", consid. 15).

En tales condiciones, y como quedó expuesto en el considerando 4º, procede examinar los alcances del derecho reconocido en el art. 13 de dicho tratado internacional y su adecuación a los principios establecidos en nuestra Constitución según la exigencia del art. 27 de ésta, exigencia que, cabe destacarlo, requiere que los tratados internacionales estén conformes a los principios de derecho público establecidos en la Constitución. El art. 27 se refiere a los principios, no a las normas o disposiciones constitucionales específicas, de modo que los tratados han de guardar armonía con aquellos principios constitucionales básicos; sin los cuales la propia constitución se desvirtúa.

13) Que el art. 13 del mencionado Pacto establece:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin

consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección".

"2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos y reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

"3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones".

"4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2."

"5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso qué constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional."

14) Que la proposición jurídica según el cual el derecho a la libertad de pensamiento y expresión "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores", implica que todo el proceso anterior a la difusión misma de las ideas o informaciones debe estar exento de cualquier tipo de injerencias; regla que no admite excepciones en el caso de noticias que puedan afectar el derecho al honor o a la intimidad de las personas, por haberse incluido expresamente dentro de este sistema de control posterior a los actos susceptibles de vulnerar el respeto a la "reputación de los demás" (inc. 2, punto "a" transcripto).

15) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto (confr. art. 62.3), expresó: "El artículo 13.2 Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4, referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención" (confr. Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, denominada "La colegiación obligatoria de periodistas", núm. 38).

Destacó, asimismo, que el art. 13 del Pacto difiere muy significativamente del art. 10 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención Europea). Aquél —indicó— contiene una lista más reducida de restricciones a la libertad de expresión que la citada Convención, e inclusive más reducida que la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), sólo sea porque éste no prohibe expresamente la censura previa. La comparación entre estos dos tratados y el Pacto de San José de Costa Rica demuestra claramente, a criterio de la Corte Interamericana, que las garantías de la libertad de expresión contenidas en éste "fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al minimum las restricciones a la libre circulación de ideas" (confr. OC-5/85 cit., núms. 45 y 50).

En la misma ocasión el juez Rodolfo E. Piza Escalante señaló que el art. 19.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos corresponde casi exactamente al art. 13.2 en examen "salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que sustituyó, de modo expreso, la posibilidad de 'ciertas restricciones' del primero, por la de 'responsabilidades ulteriores', sustitución que no puede considerarse accidental o semántica sino internacional y de fondo" (Opinión separada de dicho juez en OC-5/85, núm. 8).

16) Que la relación entre el principio de nuestra Constitución y las normas del Pacto de San José de Costa Rica es armónica, en la medida que las prescripciones del Pacto se inspiren en el mismo principio de libertad de expresión y tienda a asegurar la efectividad del derecho fundamental que las disposiciones del Pacto concretan más detalladamente.

La libertad de expresión fue reconocida en la Constitución y en el tratado internacional como un derecho que no admite limitaciones fundadas en razones de utilidad y oportunidad, sino sólo restricciones encaminadas a satisfacer un interés público imperativo. La restricción, sostuvo la Corte Interamericana, "debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" (confr. OC-5/85, núm.. 46).

Esta libertad "constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desenvolvimiento de la personalidad de cada uno de sus miembros. Hay que reconocerla, incluso cuando su ejercicio provoque, choque o inquiete. Como ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos, es ello una exigencia del 'pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto, sin los cuales no es posible la existencia de una sociedad democrática'" (confr. Opinión separada del juez Héctor Gros Espiell, núm. 5, en OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, denominada "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta").

17) Que el sentido de la libertad de expresión y su importancia para una sociedad democrática fueron elementos valorados con similar alcance tanto en la Constitución Nacional como en el Pacto de San José de Costa Rica. La diferencia radica en la mayor precisión de las normas del Pacto, que define el ámbito irreductible de las normas al conjurar cualquier tipo de interdicción previa en asuntos que puedan afectar el derecho al honor o a la intimidad.

Esta reglamentación del Pacto concuerda con los principios de la Constitución, cumpliendo así la exigencia general prevista en su art. 27. El derecho a la libertad de expresión concebido con tal alcance halla su equilibrio en el mismo Pacto, que prevé soluciones adecuadas para preservar la dignidad de las personas. En este sentido, ha expresado el juez Gros Espiell de la Corte Interamericana que, dicho equilibrio "tiene como uno de sus medios de realización el reconocimiento, en la Convención, del derecho de rectificación o respuesta" y que este derecho "es una vía para hacer jugar la responsabilidad prevista por el artículo 13.2, en los casos en que las libertades de pensamiento, de expresión o de información sean utilizadas de forma que ofenda el respeto 'a los derechos o a la reputación de los demás'" (Opinión separada cit.).

En suma, la contrapartida que ofrece el derecho de rectificación o respuesta constituye un elemento relevante para el funcionamiento armónico de los derechos reconocidos en la Convención, pues la amplitud que se otorga a uno de ellos se ve compensada con la protección especial inmediata concedida a otros. Esta protección, que integra el ordenamiento jurídico de nuestro país, satisface los requerimientos mínimos del derecho a la intimidad y al honor de las personas comprendidos en los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional.

18) Que, según lo expuesto, el honor y la intimidad de las personas no admiten protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, los que deben estar previstos en la ley y ser necesarios para asegurar el respeto a tales derechos (art. 13, inc. 2, punto "a").

19) Que el Pacto, así interpretado, no contradice el principio de libertad de prensa de la Constitución Argentina. Tal inteligencia del art. 13 constituye una concreción o precisión del principio general de libertad de expresión consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional. La aplicación del art. 13 del Pacto no puede conducir a soluciones notoriamente reñidas con los principios de derecho público establecidos por la Constitución Nacional y por el derecho internacional sobre derechos humanos inherentes al propio Pacto.

20) Que, por lo demás, el sistema de reparación ulterior establecido en la regla que prohibe la censura previa y la importancia de aquellos bienes que, como el honor y la privacidad, se hallan inscriptos en la propia Constitución y son también fundamentales para la existencia de una sociedad libre, reclaman al juez una especial valoración de las consecuencias dañosas en los supuestos en que deba establecer una reparación económica. Es menester, en esa tarea, ponderar algo más que el perjuicio efectivamente causado; debe examinarse, además, si aun afrontando el pago de tales daños, subsiste para el responsable alguna ventaja económica directamente relacionada con la difusión de la noticia, caso en el cual deberá ampliarse proporcionalmente el monto de la condena para impedir todo injusto enriquecimiento.

El resarcimiento así concebido constituye un elemento que consolida aun más el juego armónico y equilibrado de los derechos esenciales del hombre, al evitar que el abuso de una libertad de tan amplios alcances pueda erigirse en una fuente ilegítima de enriquecimiento. De este modo adquiere real aplicación aquel criterio, expresado por el Tribunal en un reciente fallo, según el cual: "si grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad" (causa E.64.XXIII, "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", cit., consid. 12).

21) Que, finalmente, resta considerar la aplicación por la Cámara del art. 1071 bis del Código Civil, que, en lo que al caso concierne, prevé la posibilidad de hacer cesar toda intromisión arbitraria en la vida ajena. El tribunal sostuvo que la norma se sustenta en el art. 19 de la Constitución Nacional, y autoriza una protección preventiva, inhibitoria y reparadora del ámbito de privacidad y del honor "que se impone como límite al poder estatal y a la acción de los particulares que dominan los medios masivos de comunicación social".

22) Que el remedio previsto en dicho artículo, aun si fuera posterior al tratado, debe interpretarse de manera concordante con la norma prevista en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el criterio actual de esta Corte resulta insostenible propugnar una inteligencia que implique dar prioridad a una ley interna respecto de un tratado internacional.

Ha dicho esta Corte que la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional). Por otra parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980—, confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno; su art. 27 prevé: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un

tratado". Este precepto impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma de una ley interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo (confr. E.64.XXIII cit., consid. 17, 18 y 19).

23) Que, en tales condiciones, habrá que apreciar siempre si la eventual intromisión arbitraria en la vida ajena encuadra en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En este caso, debe desecharse de plano cualquier medida preventiva que interfiera en la exteriorización de las ideas, imágenes o informaciones, dejando para su juzgamiento posterior el eventual abuso que pudiera cometerse.

24) Que las consideraciones precedentes conducen a revocar el pronunciamiento apelado. Las costas deben imponerse por su orden en atención a la complejidad del tema debatido que pudo hacer creer a la actora en su mejor derecho para litigar (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Cabal muestra de ello son los serios argumentos dados por los señores jueces de la cámara, quienes con elogiable esfuerzo facilitaron, sin menoscabo alguno para el derecho de defensa en juicio de los contendientes, una discusión acorde con las exigencias de la cuestión planteada.

Por ello, se hace lugar a las quejas, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revoca el pronunciamiento apelado. Costas por su orden. Agréguense las quejas al principal, notifíquese y remítase. ANTONIO BOGGIANO.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE SEGUNDO DOCTOR DON RODOLFO C. BARRA

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la María Romilda Servini de Cubría y, en consecuencia, ordenó a Canal 13 de Televisión y a Mauricio Borensztein suspender provisionalmente en su programa la proyección de imágenes y conceptos vinculados con la nombrada. Contra esta decisión, los demandados interpusieron sendos recursos extraordinarios que fueron denegados parcialmente, lo que motivó la deducción de las respectivas quejas.

2º) Que el tribunal consideró innecesario ver los tapes del programa que se iba a emitir, y señaló que el honor y la fama son derechos naturales que hacen a la dignidad de la persona humana y cuya jerarquía constitucional no es menor que la libertad de prensa. Destacó también que esta libertad no es absoluta sino que debe ceder, por ejemplo, ante la autodefensa del Estado, la obscenidad, la incitación al odio racial o religioso o la apología del odio. Y concluyó que ante el conflicto entre el derecho a propagar un programa de corte humorístico —en el cual, según la actora, se emitirían escenas más agraviantes que las difundidas en distintas oportunidades anteriores—, y el derecho al honor y a la fama de una persona, debía prevalecer éste, señalando, además, que el derecho no es un sistema de convivencia que se satisfaga con la aplicación de sanciones sino que aspira a no tener que aplicarlas.

Al conceder parcialmente —en orden a precisar los alcances de las cuestiones constitucionales planteadas— los recursos extraordinarios, la cámara desarrolló con particular amplitud estos argumentos, y profundizó la cuestión en el marco de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en el Pacto de San José de Costa Rica, haciendo especial referencia a lo dispuesto por el art. 1071 bis del Código Civil.

3º) Que la decisión apelada es equiparable a sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48, pues las características de la medida cautelar ordenada y la importancia del derecho que afecta, hacen que los demandados puedan sufrir un agravio imposible de ser subsanado por el fallo final de la causa (Fallos: 307:2682, consid. 5º y doctrina que cita).

Asimismo, la naturaleza del debate constitucional que, en el caso, se genera como consecuencia de la medida precautoria en recurso, provoca cuestión federal suficiente, de trascedente interés institucional, por hallarse en juego tanto la debida protección de la dignidad humana como la debida protección de la libertad de expresión y su difusión por los medios de comunicación social.

4º) Que en autos debe examinarse en primer término si la prohibición de la censura previa contenida en el art. 14 de la Constitución Nacional constituye una directiva de alcances absolutos, o si, por el contrario, reconoce excepciones, autorizando a los jueces a disponer medidas restrictivas o impeditivas de la libertad de expresión con el fin de prevenir una eventual lesión a otros bienes jurídicos de raíz constitucional, como el honor y la intimidad de las personas. En segundo lugar, corresponde determinar cuál es la incidencia que tiene en nuestro régimen constitucional lo dispuesto en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Sin perjuicio de ello, y como marco general de estas consideraciones, debe analizarse si el ejercicio de la acción contemplada en el art. 1071 bis del Código Civil supone un acto de censura en los términos del art. 14 de la Constitución Nacional y 13 del Pacto de San José.

5º) Que esta Corte ha sostenido en innumerable cantidad de oportunidades, con la mayor energía, la plena vigencia del derecho constitucional a difundir las ideas sin censura previa (Fallos: 248:664; 257:308; 269:195; 270:268, entre otros) sin que corresponda distinguir, en orden a la solución de la presente causa, entre los distintos medios de difusión —cada uno de ellos con sus propias características, efectos y, por lo tanto, régimen legal— que el mundo moderno y los avances tecnológicos han generado. Si bien, como se dijo, aquéllos podrán ser sujetos a un adecuado tratamiento reglamentario, sujeto a la limitación del art. 28 de la Constitución Nacional, todos poseen de la naturaleza común de partícipes en la función social de la difusión de ideas y, por ello, gozan del mismo básico tratamiento constitucional, como elemento indispensable en la construcción y sostenimiento de una sociedad pluralista y democrática al servicio del pleno desarrollo de la persona (V.91.XXIII "Vago, Jorge Antonio c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otros" sentencia del 19 de noviembre de 1991, doctrina del considerando 5ª del voto de la mayoría).

Aun así, reiterando esa identidad de naturaleza a los efectos señalados, las eventuales restricciones que en nuestro ordenamiento jurídico podrían admitirse a aquel derecho fundamental a la difusión de las ideas deberán ser interpretadas según un grado de intensidad decreciente desde la televisión hasta el libro y la prensa, siempre de acuerdo con las circunstancias de la causa. La amplitud de difusión, la impresión instantánea y generalmente no reflexiva que la televisión —mucho más aun que la radio y el cinematógrafo— provoca en el espectador, como contraste frente a la idea o expresión escrita, serán elementos insustituibles en la adecuada valoración en el momento de la decisión judicial.

6º) Que el derecho a la libertad de expresión comprende también la libertad de buscar y recibir información, a la cual está íntimamente ligada la posibilidad del ejercicio de otros derechos de los habitantes. La libre formación de opiniones entre los integrantes de una sociedad y

su responsable participación en los asuntos públicos, requiere, como condición previa, de una amplia información, de modo que puedan valorarse datos y juicios de la más variada especie y procedencia. Nuestra Nación consolidó su organización definitiva a la luz de esta misma idea: "El pueblo necesita conocer toda la administración —exponía Vélez Sarsfield—, observarla, y aun diré, dirigirla en el momento que se separe de sus deberes, o para indicarle las reformas o los medios de adelanto como sucede todos los días (...). Sobre todo sin la absoluta libertad de imprenta, no se puede crear hoy el gran poder que gobierna a los pueblos y dirige a los gobernantes: la opinión pública. Sólo la libre discusión por la prensa puede hacer formar el juicio sobre la administración o sobre los hechos políticos que deban influir en la suerte de un país." (conf. "Asambleas Constituyentes Argentinas", dirigida por Emilio Ravignani, Bs. As. 1937, t. IV, pág. 840).

Esta información, además, debe ser oportuna, llegar en el tiempo justo que la situación exija, ofreciendo así su mayor utilidad. La libre y rápida circulación de ideas y datos de interés general se encuentra indisolublemente unida al adecuado funcionamiento de la sociedad de nuestros días. Su complejidad y crecientes exigencias demandan soluciones inmediatas y sólo la más completa y oportuna información permite acceder a la decisión acertada.

7º) Que, en tales condiciones, aun cuando la intención de nuestros constituyentes no haya estado referida de modo expreso a las decisiones judiciales que impidan o limiten la publicación de ideas —sino a las medidas de índole discrecional y política inherentes a las otras ramas del gobierno— es una interpretación conforme con nuestro sistema constitucional extender la prohibición de limitar la difusión de la expresión, aun a los jueces, salvo las excepciones que el ordenamiento admite sin caer en una autocontradicción funcional.

8º) Que, sin embargo, la aludida "censura" judicial no es equiparable cuantitativa ni cualitativamente a la censura que despertó las más vivas reacciones de los hombres libres inspirando proposiciones jurídicas análogas a las examinadas, esto es, con relación a la que pudiese provenir de los Poderes Legislativo o Ejecutivo. La hipótesis de intervención preventiva de los jueces —que sólo impropiamente podría denominarse censura—, supone siempre la existencia de un caso concreto en el que se plantee un conflicto de derechos, provocando la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa y que toma sus decisiones observando el respeto al derecho de defensa en juicio de los involucrados.

No es la oportunidad o conveniencia política partidaria lo que guía la conducta del juez, sino la justicia del caso que llega a sus estrados, por lo que el rechazo que despertó en nuestros Padres Fundadores la mera posibilidad de constreñir la difusión de la expresión no tiene justificación plena en estos supuestos, que no podrían sino ser resueltos con la prudencia del caso concreto y en razón de circunstancias de excepcionalidad debidamente comprobadas.

9º) Que lo expuesto permite sostener un principio de amplísimos alcances y advertir, a la vez, cuál es el elemento que en grado mínimo lo restringe. El honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agraviante de la noticia —incertidumbre que el juez despeja una vez sustanciado el proceso—, y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta. Pero si ese margen de incertidumbre no se verifica, si la conducta de quien intenta dar a conocer sus ideas no suscita dudas sobre su ilicitud, no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión, máxime en los supuestos en que el daño al honor o a

la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no se estime suficiente su reparación por otros medios.

Estos casos nada tienen que ver con la promoción de un debate de ideas necesario para que los miembros de una sociedad autogobernada puedan decidir y vivir mejor. No se puede hablar aquí de mutilación de un proceso de formación del pensamiento de la comunidad, pues no se ve de qué manera enriquece a la opinión pública el uso de expresiones simplemente insultantes, injuriosas o procaces, el lenguaje soez y desmedido, o la difusión de lo destructivo de un ámbito irreductible de intimidad.

La interdicción de la censura previa en nuestro régimen constitucional no llega al extremo de convertir al, juez en mero espectador de un daño inexorable.

Así, el art. 14 de la Constitución Nacional expresamente se refiere al derecho de "todos los habitantes de la Nación" de "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa", disposición que, aun con el alcance más amplio que se le otorgue a los términos transcriptos, debe referirse a alguna expresión con un mínimo de contenido útil para el receptor, y siempre tal derecho será ejercido "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio". El art. 32, a la vez, impone una limitación meramente jurisdiccional, relativa a "la imprenta", adecuada al régimen federal que establece la Constitución. Pero si el constituyente entendió necesario excluir dicho supuesto —la restricción de la libertad de imprenta— del ámbito federal, es porque tuvo en cuenta que ciertas restricciones —no derogatorias del principio general de la prohibición de la censura previa— son admisibles, conforme lo dispuesto en el art. 32. Una interpretación distinta tornaría al art. 32 en sobreabundante, o a la primera parte del art. 14 en absurda, en el supuesto analizado.

En nuestra Constitución, en fin, se excluye la censura previa como régimen genérico, destinado a limitar la difusión de ideas de contenido religioso, filosófico, científico o político, es decir, destinado a restringir el libre debate de las ideas al servicio de la sociedad democrática y pluralista que el constituyente estaba fundando. Pero el constituyente no concibió este derecho como absoluto y ajeno a toda regulación legal porque, como todo derecho, debe interpretarse y ser ejercido en razón de alteridad —destinado a la vinculación con otros— quienes, a su vez, son titulares de otros derechos igualmente invocables en la vida social.

10) Que, sin embargo, los derechos y garantías contemplados en la Primera Parte de la Constitución Nacional no son los únicos que rigen el sistema de derechos fundamentales vigentes en la República. Su regulación se integra, además, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado el 5 de septiembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional (confr. causa E.64.XXIII, "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", consid. 15º).

En tales condiciones, y como quedó expuesto en el considerando 4º, procede examinar los alcances del derecho reconocido en el art. 13 de dicho tratado internacional y su adecuación a los principios establecidos en nuestra Ley Fundamental, coma lo exige la directiva contenida en el art. 27 de aquélla.

11) Que el artículo mencionado establece:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin

consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección."

"2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos y reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas."

En los tres incisos siguientes, que completan la norma, se prohibe restringir este derecho por vías o medios indirectos, se admite la posibilidad de que —en ciertos casos— una ley limite el acceso a los espectáculos públicos, y se proclama que estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo.

12) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto (conf. art. 62.3), expresó: "El artículo 13.2 Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia, toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención" (conf. Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, denominada "La colegiación obligatoria de periodistas", núm. 38).

Destacó, asimismo, que el art. 13 Pacto difiere muy significativamente del art.10 Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención Europea). Aquél —indicó— contiene una lista más reducida de restricciones a la libertad de expresión que la citada Convención, e inclusive más reducida que la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa. La comparación entre estos dos tratados y el Pacto de San José de Costa Rica demuestra claramente, a criterio de la Corte Interamericana, que las garantías de la libertad de expresión contenidas en éste "fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de ideas" (conf. OC-5/85 cit., núms. 45 y 50).

En la misma ocasión, el juez Rodolfo E. Piza Escalante señaló que el art. 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos corresponde casi exactamente al art. 13.2 en examen, "salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que sustituyó, de modo expreso, la posibilidad de 'ciertas restricciones' del primero, por la de 'responsabilidades ulteriores', sustitución que no puede considerarse accidental o semántica sino intencional y de fondo" (Opinión separada de dicho juez en OC-5/85, núm. 8).

13) Que la diferencia entre el régimen de nuestra Constitución y el previsto en el Pacto de San José de Costa Rica no provoca, en manera alguna, una situación de incompatibilidad, en la medida que las prescripciones se inspiran en los mismos principios y tiendan a asegurar la efectividad del derecho fundamental que contemplan, constituyendo, entonces, ambos ordenamientos un sistema perfectamente integrado.

La libertad de expresión fue reconocida en dichos ordenamientos como un derecho que no admite limitaciones fundadas en razones de utilidad u oportunidad, sino sólo restricciones

encaminadas a satisfacer un interés público imperativo. La restricción, sostuvo la Corte Interamericana, "debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" (conf. OC-5/85, núm. 46).

Esta libertad "constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desenvolvimiento de la personalidad de cada uno de sus miembros. Hay que reconocerla, incluso cuando su ejercicio provoque, choque o inquiete. Como ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos, es ello una exigencia del 'pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto, sin los cuales no es posible la existencia de una sociedad democrática"' (confr. Opinión separada del juez Héctor Gros Espiell, núm. 5 en OC-7/86, del 29 de agosto de 86, denominada "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta").

14) Que, según lo expuesto, el honor y la intimidad de las personas no admiten censura preventiva sino remedios reparatorios, los que deben estar previstos en la ley y ser necesarios para asegurar el respeto a tales derechos (art. 13, inc. 2, punto "a").

Sin perjuicio de ello, el mismo ordenamiento supranacional establece, para casos excepcionales o de especial singularidad, restricciones que son armonizables con las regulaciones del derecho interno.

Por lo demás, el derecho a la libertad de expresión concebido con el alcance antes indicado encuentra, también, un elemento de equilibrio en el mismo Pacto, que prevé soluciones adecuadas para preservar la dignidad de las personas. En este sentido, ha expresado el juez Gros Espiell de la Corte Interamericana, que dicho equilibrio "tiene como uno de sus medios de realización el reconocimiento, en la Convención, del derecho de rectificación o respuesta", y que este derecho "es una vía para hacer jugar la responsabilidad prevista por el art. 13.2, en los casos en que las libertades de pensamiento, de expresión o de información sean utilizadas de forma que ofenda el respeto 'a los derechos o a la reputación de los demás'" (Opinión separada cit.).

En suma, la contrapartida que ofrece el derecho de rectificación o respuesta constituye un elemento relevante para el funcionamiento armónico de los derechos reconocidos en la Convención, pues la amplitud que se otorga a uno de ellos se ve compensada con la protección especial e inmediata concedida a otros. Esta protección, que integra el ordenamiento jurídico de nuestro país, satisface los requerimientos mínimos del derecho a la intimidad y al honor de las personas comprendidos en los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional.

15) Que, asimismo, el sistema de reparación ulterior merece una observación. La rigidez de la regla que prohibe la censura previa y la importancia de aquellos bienes que, como el honor y la privacidad, se hallan inscriptos en la propia Constitución y son también fundamentales para la existencia de una sociedad libre (conf. Fallos: 306:1892; voto de los doctores Caballero y Belluscio, consid. 6º, en particular alusión al derecho a la privacidad) —y así están reconocidas por el Pacto de San José (art. 11)— reclaman al juez una especial valoración de las consecuencias dañosas en los supuestos en que deba establecer una reparación económica. Es menester, en esa tarea, establecer un criterio valorativo más realista del daño indemnizable. La reparación, como regla general, busca reintegrar al patrimonio de la víctima el bien perdido como consecuencia del daño sufrido. Pero este principio es de difícil aplicación en supuestos de perjuicios en el honor, la honra, la estima personal, la intimidad. Por ello, cuando el agente del daño lucra con la difusión perjudicial, será razonable tener en cuenta como mínimo y

como un mecanismo idealizado de medir el perjuicio sufrido, la magnitud del lucro generado en beneficio del causante y de quienes tengan también obligación de responder.

El resarcimiento así concebido constituye un elemento que consolida aun más el juego armónico y equilibrado de los derechos esenciales del hombre, al evitar que el abuso de una libertad de tan amplios alcances pueda erigirse en una fuente ilegítima de enriquecimiento. De este modo, adquiere real aplicación aquel criterio, expresado por el Tribunal en un reciente fallo, según el cual: "si grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad" (causa E.64.XXIII, "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", cit., consid. 12º).

16) Que, finalmente, resta considerar lo dicho por el *a quo* sobre el art. 1071 bis del Código Civil —invocado también por la actora como sustento de su pretensión—, que, en lo que al caso concierne, prevé la posibilidad de hacer cesar toda intromisión arbitraria en la vida ajena. El tribunal sostuvo que la norma se sustenta en el art. 19 de la Constitución Nacional y autoriza una protección preventiva, inhibitoria y reparadora del ámbito de privacidad y del honor, "que se impone como límite al poder estatal y a la acción de los particulares que dominan los medios masivos de comunicación social".

17) Que en el criterio actual de esta Corte resulta insostenible propugnar una inteligencia que implique dar prioridad a una ley interna respecto de un tratado internacional.

Ha dicho el Tribunal que la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14 C.N.). Por otra parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno; su art. 27 prevé: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Este precepto impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo (conf. E.64.XXIII cit., consid. 17, 18 y 19).

18) Que la aplicación preferente del Pacto de San José sobre las normas del derecho interno obliga a interpretar a éstas —antes de proceder a su inaplicación lisa y llana— de conformidad con las exigencias del primero.

El art. 1071 bis del Código Civil habilita al juez a hacer cesar determinadas actividades que, en ciertos casos, pueden estar vinculadas con los medios de difusión y que mortifiquen a la víctima en sus costumbres o sentimientos o perturben de cualquier modo su intimidad. Sin embargo, la norma citada establece como supuesto de aplicación el entrometerse arbitrariamente en la vida ajena, hipótesis que no es admisible en el caso de expresiones con finalidad política —por irreverentes y ofensivas que sean— relativas a una persona de actuación pública y siempre sobre temas vinculados con aquella actuación y ajenos a su vida privada. Lo expuesto no quiere decir que los posibles excesos cometidos en la crítica política no deban —verificadas las exigencias de hecho y de derecho correspondientes— ser sancionados con la debida severidad penal, además de la adecuada reparación civil. Pero, en orden a favorecer el proceso democrático de difusión de las ideas, es evidente que el ordenamiento ha preferido evitar la

previa restricción a la difusión de aquéllas, aun tolerando las que sólo por una generosidad verbal e interpretativa podrían ser calificadas como tales.

Sin embargo, la notoriedad pública de una persona no siempre permitirá la aplicación de las excepciones antes mencionadas. Aquí también hay grados y matices: no es lo mismo la situación de notoriedad de un artista —que a veces hasta busca difundir aspectos de su vida privada— que la de un científico, quien normalmente prefiere el silencio y el recogimiento de su labor intelectual. Tampoco es igual el caso de un político —de quien ciertos aspectos de su vida privada interesan al debate político, debate que se lleva también a cabo mediante la sátira, la caricatura, el humor— que el de un juez, aunque le toque actuar en casos de efectos o resonancias políticas. El juez también está obligado al silencio, al decoro ya recogimiento —lo que no excluye la difusión pública de su pensamiento, según las reglamentaciones que lo alcancen— y lo que es su obligación es también su derecho. Pero en esto no puede haber principios absolutos: cada caso deberá ser valorado de acuerdo con sus circunstancias, el contenido de la expresión cuestionada, su relación con la actuación de la persona que se critica, etc., siempre sin perjuicio de las responsabilidades consecuentes.

Corresponde, en este sentido, recordar lo establecido en el art. 30 del Pacto de San José, que al permitir restricciones "al goce y ejercicio de los derechos y libertades" reconocidos en dicha convención, aclara que tales restricciones no pueden ser aplicadas "sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

19) Que, de acuerdo con lo expuesto, nuestro art. 1071 bis encuentra suficiente armonía con el art. 11 Pacto de San José, que, bajo el título de "protección de la honra y la dignidad", establece: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

El contenido del citado art. 11 obliga a armonizarlo con el texto del art. 13 de la misma Convención. Como ya se ha visto, éste, en su inc. 2, para "asegurar' "el respeto a los derechos a la reputación de los demás", reemplaza la "previa censura" por las "responsabilidades ulteriores". Sin embargo, el art. 11, con relación a los ataques a la dignidad e intimidad personal, acuerda al afectado "la protección de la ley". La "protección" sólo en un sentido impropio puede considerarse satisfecha por el efecto disuasorio de la posterior responsabilidad civil o penal. En un sentido estricto, y de plenos efectos, el término protección significa una acción que evita el hecho perjudicial. Se protege para evitar, mientras que se reprime para castigar y se responsabiliza para indemnizar. Si es así ¿cómo armonizar los arts. 11 y 13 del Pacto? Otra vez aquí la diferencia entre la censura y la actuación judicial protectora. En definitiva, en los casos de daños a la dignidad por invasión de la intimidad o ataques al honor o a la reputación, son exigibles las "responsabilidades ulteriores"; pero son también posibles, excepcionalmente y de acuerdo con las circunstancias, las medidas de protección judicial en el caso concreto. El mismo Pacto establece la distinción, cuando en el art. 13 se refiere, en general, a "informaciones e ideas" sobre las que su emisor, si correspondiese, estará sometido a las "responsabilidades ulteriores". En cambio, el art. 11 contempla "injerencias arbitrarias o abusivas" o "ataques" en y contra el ámbito de la dignidad y reserva de la persona. Le corresponderá al juez de la causa verificar si la diferencia se encuentra presente en el caso concreto, teniendo en cuenta que no toda expresión —aun realizada por un medio de difusión de alcance general— transmite una

"información o idea", en tanto contenido del derecho fundamental analizado, lo que también corresponde ser valorado en la causa traída a conocimiento del juzgador.

20) Que, asimismo, el art. 13 de la norma internacional, en sus dos últimos incisos, contiene excepciones restricciones al amplio principio establecido en su parte inicial, tendientes a evitar la propagación de mensajes de odio o violencia contra cualquier persona o grupo de personas. En particular, su inc. 5 establece: "Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

Así el Pacto de San José no abandona la idea rectora de su sistema de derechos fundamentales: la dignidad del ser humano (art. 11), fundamento, principio y fin de todas las instituciones sociales, incluso de la libertad de prensa. Tal dignidad humana se resiente gravemente en casos de sistemática persecución, basada no en la argumentación y crítica (acertada o desacertada) de conductas personales o grupales, sino en la irracional denostación, la burla cruel, el estereotipo ridiculizante, en fin, la destrucción por la permanencia e intensidad de esa acción vejatoria y disvaliosa, de la misma estima personal, propia y de terceros, que es también fundamentó de la dignidad humana. La historia reciente trae tristes ejemplos de casos semejantes, donde a través de campañas de infamias, ridiculizaciones y estereotipos denigratorios, se creó el clima "cultural" apropiado para posteriores genocidios que avergüenzan y colman de dolor al género humano.

Lo que puede hacerse en contra de un grupo o sector racial, nacional o religioso, también puede llevarse a cabo en perjuicio de un individuo y por las más variadas razones (art. 13 inc. 5º, Pacto de San José). En definitiva, es siempre el ejercicio de la violencia en desmedro del más débil, ya que es un violento quien, con sus expresiones, afecta tan intensamente a la dignidad de su prójimo, olvidando que éste, como él mismo, es el sagrario de los valores más preciados.

Aquí también, en casos de indudable excepción, puede encontrar aplicación el art. 1071 bis del Código Civil, en plena armonía con el art. 13 del Pacto de San José —que, con mayor severidad, exige la prohibición legal— y en estricta aplicación de su letra y de su espíritu, siempre bajo el marco rector del ya citado art. 30.

Le corresponderá al juez de la causa el análisis y valoración de la ocurrencia de estos excepcionales extremos en el caso concreto traído a su decisión, recordando siempre que es misión del Poder Judicial en una sociedad pluralista efectuar el delicado balance entre el ejercicio de los derechos y la protección de los más débiles en el caso dado, para lo cual cuenta con el precioso instrumento regulador provisto por el art. 1071 del Código Civil que, al consagrar el instituto de la prohibición del abuso de derecho, confiere al ordenamiento jurídico la necesaria flexibilidad —ajena a una mera aplicación mecanicista— que más se adecua a las complejas circunstancias humanas.

21) Que resulta, en el caso, de importancia destacar que constituye la garantía individual básica del sistema constitucional argentino la posibilidad otorgada a todos los habitantes de demandar ante los tribunales judiciales y obtener una decisión efectivamente protectora de los derechos que se consideren conculcados, sea por una autoridad pública, sea por un particular. Este es el derecho primordial que tutela a los justiciables, el pilar central de todo el ordenamiento jurídico nacional sobre el cual reposan y en el cual se sostienen todas las demás garantías.

22) Que ello es así tanto para el accionante como para el demandado, pues esta garantía —consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional— ampara a toda persona a quien la ley reconoce aptitud para actuar en juicio en defensa de sus derechos, sea que asuma el carácter de querellado o acusado, actor o demandado, pues no se justifica un tratamiento distinto a quien postula el reconocimiento de un derecho, así fuere el de obtener la imposición de una pena, y el de quien se opone a ello (Fallos: 268:266; 299:17, entre otros).

23) Que el presente proceso se ha desenvuelto en sus dos instancias iniciales de una manera singularmente acelerada; circunstancia que, en sí misma, no expone sino la preocupación de los tribunales inferiores en hacer efectiva la garantía constitucional básica a que se ha hecho referencia precedentemente, en adecuación a las características del hecho denunciado, y en un estricto cumplimiento de las exigencias procesales y la finalidad misma de la acción de amparo.

24) Que, el apremio inexorable del tiempo no puede obstaculizar a los jueces el ejercicio de su jurisdicción; por el contrario, deben acudir a los medios que les brinda el ordenamiento ritual respectivo para poder dictar una resolución útil (arts. 34 y 36 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por ello, la actividad del *a quo*, desplegada durante día y hora inhábil, no puede merecer reproches de orden formal alguno, porque ella tendió inequívocamente a posibilitar el dictado de una decisión judicial eficaz.

25) Que, en el caso, el juez de la causa al resolver el fondo de la acción planteada deberá, con sumo cuidado, valorar la aplicación concreta de los principios enunciados, de acuerdo con las circunstancias de hecho y las pruebas aportadas por las partes. Se trata aquí de una delicadísima tarea judicial enmarcada —nada menos— que por el respeto a la dignidad personal —sin la cual no existe sociedad libre— y el respeto por la libertad de la difusión de las ideas, cuya omisión resiente gravemente la dignidad humana.

26) Que con relación a la medida precautoria, ésta aparece con fundamentos suficientes frente a los antecedentes del caso, denunciados por la actora. Tales hechos, prima facie, pueden considerarse alcanzados por las previsiones de los arts. 11 y —en la medida que se insinúan, por su repetición, como persecutorios— 13 del Pacto de San José y 1071 y 1071 bis del Código Civil, por presentarse aparentemente como un abuso del derecho a la difusión de expresiones, mortificando los sentimientos de la afectada.

Para decidir tal medida cautelar no es necesaria la exhibición de la grabación referida en la causa, ya que el citado art. 1071 bis autoriza al juez a hacer cesar en las actividades vejatorias, por lo cual el contenido de dicha grabación, en sí mismo, no está alcanzado por la medida precautoria sino en tanto que resulte violatorio de los arts. 11 y 13 del Pacto y 1071 y 1071 bis del Código Civil. Es que la acción prevista por el art. 1071 bis no es ni represiva penal ni sólo reparatoria civil: principalmente busca una condena de "no hacer", de impedir la continuación de los vejámenes. Por ello, deben ser objeto de revisión los afiances de la cautelar decretada que, por su extensión, resulta irrazonable y arbitraria. Dicha medida deberá limitarse exclusivamente a la prohibición preventiva de la repetición de las difusiones agraviantes y violatorias de las normas citadas, y no sobre cualquier mención, noticia, crítica —incluso humorística, pero en el marco del respeto debido a la honra y dignidad personal— de la jueza Servini de Cubría.

Tal solución se corresponde con el régimen del art. 1071 bis del Código Civil. La norma contempla una conducta ya realizada, que el juez debe calificar como alcanzada por la hipótesis legal, y, si es así calificada, ordenar su cese. Como se ve, no hay aquí censura previa (en el supuesto que la acción vejatoria se lleve a cabo por un medio de difusión) ya que el hecho se

encuentra cumplido. La finalidad de la acción autorizada por aquella previsión legal es la no repetición del hecho, lo que responde a la "protección de la ley" impuesta sobre nuestro ordenamiento por el art. 11 del Pacto de San José, sin contradicción, entonces, con los dos primeros apartados de su art. 13.

En consecuencia, cumplidas las exigencias correspondientes, son perfectamente admisibles las medidas precautorias exclusivamente tendientes a evitar la repetición del agravio a la intimidad y dignidad personal, hasta tanto el juez, al dictar sentencia y según las constancias de la causa, decida si tal actitud vejatoria e intromisiva existió en orden a la admisión de la acción intentada. Claro está que el demandado —después de la medida cautelar o después de la sentencia definitiva— podrá referirse públicamente al actor siempre que, por estar nuevamente alcanzado en la hipótesis del art. 1071 bis, no desobedezca la sentencia judicial con las responsabilidades consecuentes. Pero éste es un problema posterior que agravará la situación del demandado, sin alterarla naturaleza y procedencia de la acción del art. 1071 bis y de las medidas cautelares que, procesalmente, corresponda dictar.

Por ello, se hace parcialmente lugar a los recursos de queja planteados, se declaran admisibles los recursos extraordinarios y se revoca la medida precautoria impugnada, con los alcances indicados en el considerando precedente. Costas por su orden atento a la forma como se resuelve y a la naturaleza de la cuestión planteada. Reintégrense los depósitos de fs. 1 de las quejas S.303 y S. 289. Agréguense al principal, notifíquese y devuélvanse. RODOLFO C. BARRA.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

1º) Que la Sala 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó el fallo de primera instancia y, en consecuencia, resolvió, como medida precautoria, que el Canal 13 de Televisión y Mauricio Borensztein se abstuvieran de emitir imágenes o conceptos que se relacionen con la señora Juez Federal doctora María Romilda Servini de Cubría. Ello motivó que Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. —licenciataria del Canal 13— y Mauricio Borensztein interpusieran sendos recursos extraordinarios de apelación, cuya concesión parcial dio origen a la deducción de las respectivas quejas.

2º) Que el pronunciamiento apelado tuvo como origen la presentación de la magistrada, en la que ésta afirmó que, por un llamado telefónico de origen anónimo, se le había informado que en el, a la sazón, próximo programa televisivo de "Tato Bores", se iban a expresar conceptos desdorosos hacia su persona. Sobre esa base peticionó que se impidiese la transmisión de dichos conceptos, mediante el secuestro del tape, aunque esto último no con carácter necesario desde que se requería que el órgano judicial tomase conocimiento de aquél para, después, disponer la medida solicitada. "La cuestión medular del *sub limine* —sostuvo la peticionaria— radica en la valoración que V.S. adjudique al tape que seguramente tendrá ante sus ojos, momento a partir del cual, tendrá por suficientemente acreditada la orden de secuestro sugerida... La exigencia de la visualización del tape —agregó— es ineludible para la resolución de la cuestión..." Asimismo, en el escrito de apelación ante el *a quo* reafirmó que la "medida cautelar" fue "supeditada a la diligencia previa de visualización del tape a reproducirse... pues mal podría... basada en la 'noticia anónima denunciada' requerir semejante atribución".

3º) Que la sentencia impugnada es equiparable a definitiva, a los fines del art. 14 de la ley 48, por cuanto los agravios invocados, relativos al impedimento de la libertad de expresión

anteriormente señalado, no son susceptibles de suficiente reparación ulterior, esto es, con motivo de la eventual revisión del fallo sobre el fondo del litigio.

4º) Que, dicho pronunciamiento es, sin lugar a dudas, violatorio del derecho de defensa en juicio. En efecto, la medida en cuestión, cuya relevancia jurídica es innegable, mal puede entenderse fundada en las circunstancias de la causa y ajustada a los alcances de la pretensión —como es de rigor de acuerdo con el art. 18 de la Constitución Nacional, la reiterada doctrina de esta Corte, y la recordada gravedad del asunto— cuando, como de sus propios términos se infiere, ha sido dictada con absoluto desconocimiento de cuáles serían los conceptos desdorosos que, sin otras precisiones, invocó la demandante como próximos a ser difundidos, y a cuya acreditación condicionó expresamente su pedido. En otros términos, se ha omitido conocer lo que se ha resuelto impedir.

5º) Que ello es más que suficiente para descalificar la decisión apelada. Empero, la trascendencia y necesidad de una pronta terminación que exhibe este litigio, hacen aconsejable que el Tribunal haga uso de la atribución que le confiere la segunda parte del art. 16 de la ley 48, y se pronuncie sobre el fondo del asunto.

6º) Que, con ese propósito, corresponde formular tres observaciones iniciales. En primer lugar, la relativa a que la cuestión es de naturaleza federal en los términos del art. 14 ley 48, toda vez que remite a la interpretación de normas de ese carácter, como lo son las que posteriormente se citarán, pertenecientes al Pacto de San José de Costa Rica. En segundo lugar, la vinculada a que el tema en discusión es susceptible de ser resuelto a la sola luz del mencionado Pacto. Finalmente, debe considerarse que los preceptos aludidos anteriormente son operativos con base en la presunción de operatividad que tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos, mayormente cuando su formulación y contenido excluyen la naturaleza "nítidamente programática" que podría hacer ceder la presunción indicada (ídem, voto de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, considerandos 14/16, en la causa E.64.XXIII "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros", del 7 de julio de 1992).

7º) Que, ingresando al fondo del problema, se advierte que éste, en el actual estado de la legislación, se encuentra lo suficientemente esclarecido como para alcanzar una solución consistente y rápida, pues su demora sólo podría fundarse en razones escasamente técnicas.

En lo que se refiere a las normas aplicables, cabe recordar que el Pacto de San José de Costa Rica establece en su art. 13 sobre libertad de pensamiento y expresión:

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

"2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

"a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

"3....."

"4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2".

"5.....".

8º) Que resulta diáfano que el instrumento internacional impida terminantemente la censura previa de todo ejercicio del derecho de expresión, el que sólo podrá estar sujeto, y en determinados supuestos, a responsabilidades "ulteriores". Súmase a ello, a modo de ratificación, que el propio texto consagra una excepción a la "censura previa", y con la expresa advertencia de que lo hace "sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2", excepción esta que, por lo demás, es ajena al debate por cuanto no está en la liza "la protección moral de la infancia y la adolescencia" (art. 13, inc. 4, cit.).

En tal sentido, cabe prestar especial atención a que precisamente un caso como el *sub lite* se halla comprendido en las hipótesis de responsabilidad "ulterior": "respeto a los derechos o a la reputación dé los demás", lo cual confirma, si alguna duda subsistiera, la absoluta exclusión de tal circunstancia para justificar la restricción "previa" aquí debatida.

9º) Que lo expuesto es una aplicación válida del apotegma "*in claris non fit interpretatio*". Pero también lo es de las normas sobre hermenéutica que proporciona el propio Pacto, en cuanto establece que "ninguna disposición... puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o *limitarlos en mayor medida que la prevista en ella*" (art. 29, el subrayado no es del original).

10) Que la tensión entre los llamados excesos en el ejercicio de la libertad de expresión que puedan menoscabar el derecho al honor, y la tutela de un bien tan valioso como éste, ha sido objeto de antigua y permanente reflejan, la cual, a su vez, se ha ido profundizando en la medida en que se han desarrollado y consolidado las democracias modernas y perfeccionado los medios de comunicación.

La solución teórica de tan graves asuntos se abre, por cierto, a un abanico de posibilidades, que no es necesario siquiera esbozar.

Esto es así, pues todo cuanto debe decirse en esta litis, juzgable a la luz del ordenamiento infraconstitucional, es que en éste, por vía de la suscripción, aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, imperan las reglas señaladas en el considerando anterior. En otras palabras, el poder legisferante constituido ha resuelto dicha tensión, por un lado, estableciendo una terminante prohibición a la censura previa (con la salvedad antes recordada), con base, seguramente, en que mantener un ámbito de plena libertad para el ejercicio del derecho de expresión, es mantener uno de los cimientos en los que se sustenta la propia democracia, *la autorictas* de los gobernantes y la libertad de los gobernados. Y, por el otro, descartando la impunidad de dicha expresión, al proteger la honra y reputación de las personas mediante remedios "ulteriores" a aquélla.

11) Que en un análogo orden de ideas se ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al responder que, según el citado Pacto, "el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido"; que "la censura previa... es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados en el art. 13, salvo las excepciones contempladas en el

inc. 4..., incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión"; que "en esta materia, toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención"; que, en suma, la censura previa provoca una "violación radical" del Pacto (Opinión Consultiva 5/85), consids. 38, 39 y 54.

12) Que cabe agregar a lo expresado, que las conclusiones antecedentes se corresponden con los propósitos y el sentido plasmados en la Constitución Nacional, que ha dispuesto, concluyentemente, que "todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio:... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa..." (art. 14).

13) Que la Ley Fundamental no es sólo el fruto de encuentros y desencuentros, tribulaciones y enfrentamientos, de una época y de una tierra; es también el fruto madurado, en el curso de los siglos, de la historia de la civilización. Late en ella, una tradición humanista y libertaria, eco, también, de otros tantos encuentros y desencuentros en otras tantas tierras.

Es así imposible, sin incurrir en un grave desgarro, escindir el objeto de "asegurar los beneficios de la libertad" (Preámbulo), del manifiesto propósito de garantizar el derecho a publicar las ideas "sin censura previa" (art. 14).

Nuestra Constitución cuenta, entre muchas de sus virtudes, con la de haber puesto en evidencia la urdimbre que liga a la censura previa con el autoritarismo, en esa intimidad en la que se entrañan el medio y el fin, el instrumento y la obra, la mordaza y la esclavitud.

La lucha por el imperio de la libertad de expresión es un fundamental capítulo de la lucha del hombre por su integridad y su trascendencia. Lucha sólo evitable a riesgo de resultar una persona humana recortada, mutilada.

14) Que, más aún, la expresión "censura previa" no puede ser tomada en un sentido restringido. "No se refiere sólo al examen previo del contenido de las publicaciones que se van a efectuar, sino también a una censura ejercida con respecto a la decisión o iniciativa de ejercitar el derecho de que se trata" (Fallos: 217:161); a "restricciones de índole semejante, como fianzas, permisos, etc., de que los gobiernos han sabido hacer uso"(Fallos: 167:121). Por lo tanto, la protección constitucional impone un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales (Fallos: 311:1553). Las disposiciones constitucionales, ha dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos, aseguran mucho más que la mera exención de las restricciones previas (283 U.S. 697).

Con todo, este caso no se inscribe fuera de la zona en la que la censura previa muestra su sentido más fuerte, más inequívoco. Se pretende, sin más, que una expresión a difundirse televisivamente pueda ser impedida por resultar, según conjeturas de la pretensora, violatoria de su honor.

15) Que la admisión de semejante requerimiento conduce a un resultado francamente paradójico, cuando no inverosímil.

En efecto, si ante la inminencia, incluso enteramente cierta, de que fuesen a ser difundidas expresiones desdorosas o agraviantes contra una persona, ésta pudiese pretender, y los jueces conceder, que tal difusión sea vedada, bien pronto se advertirá que ello convertiría a los estrados judiciales en órganos llamados a librar expresas prohibiciones —por vía del acogimiento de las demandas— o tácitas autorizaciones —por la de la desestimación de aquéllas— res-

pecto de la difusión de las ideas. Y esto, inocultablemente, produciría una sorprendente y no menos deletérea metamorfosis, por la cual nuestros jueces se volverían verdaderos tribunales de censura, de una censura cuya justificación resultaría mucho más escandalosa que el propio delito que pudiere consumarse con la expresión que pretende prohibirse.

No poca sorpresa causaría este nuevo rol de la justicia, puesta a fisgonear por adelantado en las expresiones que vayan a hacer los habitantes de la Nación.

16) Que el repudio constitucional a la censura previa —en casos como el presente en los que se aduce que la expresión libre lesionaría el derecho individual al honor— no está enderezado a la prohibición anticipada, aunque la comprenda, sino a algo todavía más extenso: entraña un impedimento al examen anticipado, si del resultado de éste puede dependerla futura difusión. Está desechado prohibir anticipadamente, porque lo está revisar anticipadamente con tales alcances.

Los jueces pueden y deben censurar, si ello se entiende como juzgar acerca de una expresión vertida. Pero lo que los jueces —o poder alguno— no pueden ni deben, en estos casos, es hacerlo "previamente".

Lo inconstitucional no es exclusivamente que los magistrados inhiban una expresión. Ya lo es el sólo hecho de que asuman la potestad de decidir al respecto. Ningún habitante de la Nación Argentina puede estar sometido a trámite alguno, sea judicial o de otra índole, del que dependa la posibilidad de que llegue o no a ejercer su derecho de expresión, cuando tal sometimiento no halla otro motivo que el resguardo del derecho a la reputación de algún eventual afectado por la difusión.

De ahí que, como lo observó esta Corte con agudeza, el control estatal a la libertad de expresión, cuya ausencia garantiza la Constitución, "no pierde tal carácter por razón de ejercerse por órganos jurisdiccionales", de manera "que deben excluirse... los procedimientos que conduzcan al,sometimiento (de aquélla) a la discreción judicial aunque ella sea bien intencionada e intrínsecamente sana" (Fallos: 248:664; 293:560, entre otros).

¿Acaso los jueces, y los argentinos, pueden retrotraerse a situaciones por lo menos anteriores a 1811, cuando el Triunvirato aprobó, el 26 de octubre, el decreto sobre libertad de imprenta que especificaba que "todo hombre puede publicar sus ideas libremente y sin censura previa", agregando "que las disposiciones contrarias a esta libertad quedan sin efecto" (art. 1º)? Y esto, sin olvidar que ese mismo año, la Junta Grande ya había dispuesto abolir "todos los actuales juzgados de imprenta y la censura de las obras políticas, precedentemente a su impresión" (20 de abril).

No sea la presente, por mala ventura, una hora parecida a la que "jocosamente" aludía Beaumarchais: "Se ha establecido en Madrid un sistema de libertad que se extiende aun a la prensa, en cuya virtud, con tal de que no se hable en sus escritos de la autoridad, ni del culto, ni de la política, ni de la moral, ni de los empleados públicos, ni de las corporaciones, ni de la ópera, ni de los espectáculos públicos, ni de persona que se refiera a cosa alguna se puede imprimir todo libremente, bajo la inspección de tres censores" (cit. por Juan Bautista Alberdi, "Sistema...", 1a. parte, III, art. primero, II, en Obras Completas, Bs. As., 1886, IV, p. 188).

17) Que a esta altura del discurso, es imprescindible reconocer que el derecho a la honra y a la reputación, también encuentran sólido amparo en la Constitución, y deben ser custo-

diados y respetados por gobernantes y gobernados, y protegidos por los jueces en los casos judiciales.

Empero, no es menos cierto que frente a la recordada tensión entre dichos derechos y el de libre expresión, la Ley Fundamental ha seguido un camino que parece haber guiado el del Pacto de San José de Costa Rica.

Si se sostuviera que la revisión judicial y la eventual prohibición sólo tendrían cabida cuando se acreditare un menoscabo al honor del demandante, entonces, cabría efectuar la siguiente pregunta: ¿la garantía del art. 14 de la Constitución en juego, ha sido exclusivamente consagrada para la expresión de ideas inocuas, para el debate desleído? Es preciso concluir que poca cosa habrían asentado los Constituyentes, si ese hubiese sido su pensamiento y la letra en el que lo volcaron.

Es válido para nuestros habitantes, lo manifestado por la Suprema Corte norteamericana para los de ese país: es un preciado privilegio americano decir lo que se piensa aunque no siempre se lo haga con exquisito buen gusto (314 U.S. 252,270); una de las prerrogativas de aquéllos, es el derecho a criticar las medidas y los hombres públicos, crítica ésta que no será siempre razonable o moderada ya que pueden ser objeto de ataques vehementes, cáusticos y algunas veces desagradablemente filosos (*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270-1964).

18) Que, naturalmente, los Constituyentes, tanto los de 1853 como los de 1860, sabían bien que, en algunas oportunidades, lo publicado podía lesionar el honor. Su momento histórico había sido rico en la crítica corrosiva y lijosa, y no menos en la censura previa más estricta. Sin embargo, es evidente que prefirieron privilegiar el libre debate de las ideas, establecer la prohibición de la censura antedicha, difiriendo para después de la publicación las eventuales responsabilidades civiles y criminales.

Con expresivas palabras, dijo Vélez Sársfield en la Convención del Estado de Buenos Aires: "Se dirá que los abusos de la imprenta traen trastornos sociales. Pero trastornos sociales se llaman muchas veces el renacimiento de la libertad de un pueblo, por la consagración de los derechos individuales. Las más veces equivocamos el mal social con el individual, creemos, que la injuria a una persona es la injuria a la sociedad y que el deshonor de un hombre es un mal social y por eso tantas veces se habla contra la libertad de imprenta. Mas los particulares tienen el remedio para este desorden, que sólo a ellos toca, en los Tribunales ordinarios" ("Asambleas Constituyentes Argentinas" edición al cuidado de Emilio Ravignani, Bs. As., 1937, IV, p. 840).

19) Que ha de entenderse en la forma más clara, que todo cuanto justificativo o fundamento se halle para la implantación de remedios jurídicos preventivos —que tiendan a evitar un daño al honor personal— si bien valiosos y necesarios en determinados campos de nuestro ordenamiento, son absolutamente inaplicables en el de la libertad de expresión, en la medida en que conduzcan a la "censura previa".

La prohibición de esa clase de censura previa no consiente graduaciones. Existe o no. Si, por el contrario, se admitiere dicha censura previa, el censor podría ser severo o flexible. Pero, lo que la Constitución ha desterrado de nuestro suelo, no son determinados criterios, sino al censor mismo.

20) Que el Tribunal no desconoce que toda persona próxima a ser objeto de expresiones desdorosas, tendría, seguramente, un menor interés en la posible reparación del perjuicio que

en obtener que éste no se concrete, inhibiendo la difusión de aquéllas. "Evitar un daño es preferible a repararlo"; "prevenir es mejor que curar", son reglas del llamado sentido común, que no han sido ajenas a la esfera del derecho.

Empero, lo que no debe ser perdido de vista en momento alguno para esta controversia, es la inevitable falta de aplicación de esos principios en cuanto traduzcan censura previa.

Un sistema de censura previa es en muchas maneras más restrictivo que un sistema de castigo posterior (Emerson, Thomas I. The System of Freedom of Expression, New York, p. 506).

En palabras no más elaboradas que las anteriormente puestas entre comillas pero de similar elocuencia, corresponde decir que de lo que se trata es del "precio", "sacrificio", o "riesgo", que deben "pagar" o "soportar" todos los habitantes, a fin de mantener una atmósfera de plena libertad en el ámbito de la expresión y recepción de las ideas. La Constitución, por las razones que se han desarrollado y las que seguirán, privilegia dicho ámbito, haciéndolo inmune a la censura previa. Inmune sí, pero no impune. Ha preferido reparar antes que prevenir. Todos pueden decir lo que quieran sin restricciones anticipadas, pero si de ello se sigue la lesión a la honra o reputación de otro, deberán responder por ello.

A esto se circunscribe, sencilla y férreamente, el diseño constitucional.

"La mayor innovación, la única tal vez que la revolución moderna de ambos mundos haya traído en lo concerniente a la prensa, es la supresión de la censura previa... Pero de lo que no tenemos ejemplo en lo pasado, es de la libertad de publicar sin censura previa; libertad que se debe íntegramente al establecimiento del régimen moderno, y forma, por decirlo, como un sello especial y distintivo. Renovad el examen anterior, bajo cualquier nombre, y no tendréis régimen moderno; llamad a la previa censura, *revisión o aprobación, junta protectora o tribunal de libertad, consejo literario o consejo de hombres buenos*, admonición ministerial de carácter amistoso, dadle si queréis nombres más decentes y amables que éstos; y no tendréis otra cosa por resultado, que el régimen español absolutista puesto de nuevo en planta, en materia de imprenta" (Alberdi, Juan Bautista, "Legislación de la Prensa en Chile — 1846", en Obras Completas cit., III, p. 107).

21) La autoridad de uno de los más grandes publicistas patrios, Joaquín V. González, hace aconsejable transcribir *in extenso* su comentario al respecto: "cualquier intervención de la ley o de la autoridad en la conciencia o en las expresiones del pensamiento, antes que se comuniquen de palabra o por escrito, es contraria al derecho natural reconocido en el art. 19, sobre la inviolabilidad de la persona privada. Pero él fue desconocido por los gobiernos despóticos, que establecieron tribunales de censura o vigilancia sobre las publicaciones y los actos que fuesen una expresión de la conciencia de libertad y de examen. Ha existido la censura... para la impresión, circulación, introducción de libros y toda clase de escritos, o para reprimir por el temor al castigo de las libres manifestaciones de las ideas en palabras o hechos... El gobierno argentino desde 1811, reconoció expresamente la libertad de imprenta, y la Constitución asegura 'la absoluta libertad' de emitirlas ideas, pero no la 'impunidad' de las ofensas a la moral, al orden público y a los derechos de recreo. Luego, la única limitación que ella impone al poder de legislar sobre el ejercicio de ese derecho, se refiere a la 'previa censura'. Esta prohibición obliga a todo género y categoría de poderes dentro de la Nación, bajo cualquier título o pretexto, con excepción de las expresas restricciones contenidas en los artículos 23 y 60..." ("Manual de la Constitución Argentina", Bs.. As., Angel Estrada ed., 1959, p. 170).

22) Que no por novedosa y sí por su permanente vitalidad, es del caso recordar, asimismo, la reflexión del *justice* Brandeis: aquellos que lograron nuestra independencia creyeron que la discusión pública es un deber político; que la libertad de pensar como uno quiera y de hablar como uno piensa, son medios indispensables para el descubrimiento y la difusión de la verdad política; que sin la libertad de palabra y de reunión, la discusión sería fútil; y que éstos debían ser principios fundamentales del gobierno americano. Reconocieron los riesgos a que se encuentran sometidas todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no puede asegurarse mediante el miedo al castigo por su infracción; que es riesgoso desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo engendra represión; que la represión engendra el odio; que el odio amenaza los gobiernos estables; que el camino de la seguridad reposa en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y proponer soluciones; que el remedio adecuado para los malos consejos son los buenos consejos. 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 reunión fueran garantizadas" (*Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375/376; asimismo: Fallos: 269:200, dictamen del Procurador General; Fallos: 306:1892 voto del juez Petracchi, consid. 6).

23) Que entre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que posee más entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (Fallos: 248:291; 270:289; 311:2553, entre muchos otros). La verdadera sustancia de la aludida libertad, radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no es la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos (Fallos: 269:189, 195, 200; 293:560, consid. 6; 306:1892, entre otros).

El hecho de que la libertad de prensa pueda prestarse a abusos por parte de individuos sin escrúpulos, negociantes de escándalos, no resta importancia a la necesidad de proteger dicha libertad contra cualquier censura o restricción, que limite o impida las denuncias de inconducta de las autoridades. Si se cometen abusos, los damnificados pueden encontrar remedio y hacer castigar a los culpables, siempre dentro de las vías constitucionales (*Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697-1931).

La liberación de restricciones preliminares se extiende tanto a las publicaciones falsas como a las veraces (*Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454-1907).

24) Que la aceptación de una doctrina diversa de la que se viene enunciando, importaría, además y en el mejor de los casos, un lamentable retroceso en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional de esta Corte, que se volvería más acorde con la pragmática de los Reyes Católicos del 8 de julio de 1502, o con la Inglaterra de los Tudor.

En tal sentido, y al margen de los precedentes ya citados, es oportuno recordar los pronunciamientos del 30 de abril de 1968, dictados bajo el imperio del llamado Estatuto de la Revolución Argentina, y con arreglo al cual el Poder Ejecutivo pretendía, por razones de "seguridad", defender la validez de los decretos que, en cada uno de esos casos, prohibían la impresión,

publicación y circulación de sendos periódicos. Dijo la Corte, confirmando la decisión que había hecho lugar al amparo iniciado por los titulares de los medios, que ni el Acta de Revolución ni otras normas dictadas en su consecuencia, atento su contenido y la prohibición de censura previa del art. 14 de la Constitución podían "negar que el hombre, como ser político que es, tiene el derecho natural de pensar y expresar su pensamiento acerca de la cosa pública". Agregó, seguidamente, que ello no importaba "desconocer los excesos reprobables en que puedan haber incurrido el o los autores de la hoja periódica que ha dado lugar (al) amparo. Pero esos excesos no pueden justificar su clausura sino solamente su eventual represión en sede judicial. Porque, en efecto, ha sido precisamente para resguardo del fundamental derecho que se debate en esta causa que la Constitución ha proscrito el recurso de la censura previa prefiriendo correr el peligro del posible abuso de la libertad de imprenta" (Fallos: 270:268 y 289).

Y si esto fue resuelto en azarosos trances de inestabilidad de las instituciones y ruptura del orden constitucional, con cuánto mayor vigor y entereza ha de ser reiterado en nuestro días, en que la Ley Fundamental debe regir sin cortapisas, y cuando razón de "seguridad" alguna se encuentra en juego.

La contra argumentación y la educación son las armas disponibles para discutir las cuestiones, no el cercenamiento de la libertad de palabra (*Wood v. Georgia*, 370 U.S. 375, 389).

25) Que no ha de ser pasado por alto que el agravio que irroga el pronunciamiento apelado, y el que produciría la admisión de la demanda, no se proyectan sólo sobre la persona censurada, sino que alcanzan a la comunidad toda.

El Tribunal ya ha tenido oportunidad de puntualizar que casos análogos al *sub lite* no sólo atañen al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen; sino incluso al derecho social a la información, al derecho de información de los individuos que viven en un estado democrático (Fallos: 306:1892; 310:508).

Esta distinción se ve también recogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando subraya, con arreglo al art. 13 del Pacto antes transcripto, las dimensiones individuales y sociales de la libertad de expresión: ésta, "así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información que disponen otros como el derecho a difundir la propia" (Opinión Consultiva cit.).

A su vez, la Suprema Corte norteamericana ha destacado que el derecho a decir lo que cada uno piensa no es solamente un aspecto de la libertad individual, pues es también esencial para el común logro de la verdad y la vitalidad de la sociedad como un todo (*Bose Corp. v. Consumers Union of United States*, Inc., 466 U.S. 485, 503/504-1984); mayormente cuando aquél se encuentra al servicio de los gobernados y no de los gobernantes (*New York Times Co. v. United States*, cit. p. 717).

"La censura y la falta de prensa independiente hace a un pueblo abyecto y lo conduce a la idiotez..." (Bielsa, Rafael "Derecho Constitucional", 2a. ed. Bs. As., 1954, p. 248, nota 49).

26) Que, finalmente, se imponen dos señalamientos. En primer lugar, el relativo a que en nada modifica lo antedicho la circunstancia de que esté en juego una emisión televisiva, ya que el citado art. 13 del Pacto protege la difusión, "ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de... elección". Obsérvese, asimismo, el

expreso señalamiento de las "frecuencias radioeléctricas" en el inciso 3, del art. 13, vinculado con restricciones "por vías o medios indirectos".

La libertad en estudio, precisó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, inseparablemente, el derecho a utilizar "cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios" (Opinión Consultiva cit., consid. 31).

Es, desde luego, evidente que la televisión —así como otros procedimientos de comunicación, vgr. la radio y el cine— era desconocida en los comienzos de la segunda parte de la centuria pasada, cuna de la Constitución. También lo es que hoy, la especificidad y singularidad que exhiben cada una de dichas técnicas en los más variados aspectos, sobre lo cual es innecesario abundar por su notoriedad, plantea problemas particulares y, por ende, de respuesta puntual y no siempre generalizable.

Con todo, la conclusión anunciada al comienzo de este considerando se impone con necesidad. Todo cuanto se ha mencionado en punto al origen, sentido y finalidad del derecho "de publicar las ideas (por) la prensa sin censura previa" (art. 14 de la Constitución), confiere un sustento más que suficiente para decidir que, en cuanto dicha censura se pretenda respaldar en la protección de los derechos a la honra y reputación, la prohibición constitucional alcanza a la televisión y sin mengua alguna.

Cabe, empero, sumar otras consideraciones. La voz "prensa" no fue entendida en su acepción propia ni siquiera por los constituyentes. Al justificarse la propuesta de inclusión del actual art. 32 de la Constitución Nacional, la Comisión Examinadora, en el informe que presentó ante la Convención del Estado de Buenos Aires, manifestó: "siendo la palabra escrita o *hablada* uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar, él se haya comprendido entre los derechos intransmisibles de que se ha hablado" ("Asambleas...", op. y loc. cit.. IV, p. 772/773; el subrayado no es del original).

"La escritura, dice Chassan, no es más que un agente del pensamiento. En cuanto a la prensa, la litografía, el grabado, no son más que perfección de la escritura. Escribir, imprimir, grabar, son otras tantas expresiones diferentes de la palabra, que no es otra cosa que una expresión del pensamiento" (Alberdi, Juan Bautista, "Legislación de la Prensa en Chile — 1846", en Obras Completas cit., t. III, p. 113, nota 2).

La Constitución vio la luz en una época en que la comunicación del pensamiento tomaba cuerpo en la hoja, pero también en la tribuna. De ahí que nunca esta Corte dudase de que la palabra oral estuviese contenida en el citado art. 14.

Tampoco su doctrina parece haber sido refractaria a la admisión del medio cinematográfico: "la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión cubre las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica" (Fallos: 282:392), oportunidad en que fue citado el precedente de la Suprema Corte norteamericana, que había estimado que "la expresión por medio de los filmes está incluida en la libertad de palabra y prensa garantizada por las Enmiendas I y XIV" (*Burstyn Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495, 502 —1952—).

Asimismo, y con motivo de una obra pictórica, fue sentenciado que "la garantía que ampara la libertad de expresión no se limita al supuesto previsto en el art. 14... sino que abarca las diversas formas en que aquélla se traduce, entre las que figura la libertad de creación artística,

que constituye una de las más puras manifestaciones del espíritu humano y fundamento necesario de una fecunda evolución del arte" (Fallos: 295:215).

La Ley Fundamental, así en su letra como en su sentido, edifica un sistema que defiende la libertad creadora del arte (Fallos: 257:275, voto del juez Boffi Boggero).

Incluso desde las posiciones marcadamente "originalistas" en orden a la interpretación de los textos constitucionales, se ha reconocido que "mientras el significado de las garantías constitucionales nunca varía, su ámbito de aplicación debe extenderse o contraerse para enfrentarse a las nuevas y diferentes condiciones que constantemente entran en su campo de operatividad. En un mundo en cambio es imposible que fuera de otra forma" (*justice* J. Sutherland en 272 U.S. 365, 387-926).

En el derecho de expresar las ideas sin censura previa se encuentra atesorado un valor de tan elevada importancia para la salud y desarrollo de la democracia, la plenitud del hombre y el perfeccionamiento de la convivencia en libertad, como ya ha sido visto, que sólo subvirtiéndolo podríase desconocer que la expresión televisiva es ajena a la garantía en juego, pues ello requeriría demostrar lo indemostrable, esto es, que resulta un medio igualmente extraño a la manifestación de las ideas, cuando sí lo serían la palabra escrita y la oral.

En suma, reconocido el carácter de instrumento para la publicación de las ideas, no es necesario, en los términos de este debate, efectuar ninguna averiguación más para reconocerle a cualquiera de aquéllos, el amparo del art. 14.

Resulta acorde con los fundamentos de la Constitución considerar que la radio y la televisión están amparados por el art. 14 de aquélla, del mismo modo que los periódicos y las revistas. Esta parece ser una inferencia necesaria pues, con palabras del justice William O. Douglas, "el temor de Madison y Jefferson a la intromisión estatal se extiende quizás con mayor agudeza a la radio y la televisión, que a los diarios y otras publicaciones. Tal temor está fundado no sólo en el fantasma del gobierno fuera de la ley, sino también del gobierno controlado por una facción que aspire a imponer su concepto del bien común sobre los ciudadanos" (V. Tribe, Lawrence H., American Constitucional Law 2a. ed., 1988 The Foundation Press, p. 1007/1010; y Bittner, John R., Broadcast Law and regulation, esp. "Broadcast versus print: equal status", Prentice-Hall Inc., 1982, p. 186).

En este orden de ideas, el Tribunal ha declarado recientemente que "... todos los habitantes tienen el derecho de expresar y difundir, sin censura previa, su pensamiento —ideas, opiniones, críticas— *por cualquier medio de comunicación*" (el subrayado no pertenece al texto; ver voto de la mayoría en la causa "Ekmekdjian", considerando 23, del 7 de julio de 1992).

Exclusivamente, y siempre bajo muy ponderados estándares, sería admisible una reglamentación que, con base en valores que trascienden el individual aquí en juego, y atendiendo a las particularidades de los diferentes medios y el contenido de la expresión, dispusiese, por ejemplo, sobre el modo u horarios de difusión, la calificación o advertencias del material a exponerse como deriva del inc. 4 art. 13, del Pacto citado.

Por lo que se ha expresado, en el párrafo anterior, parece evidente que las singularidades de cada instrumento de difusión y la variedad del género de las "ideas", imponen que la elaboración jurisprudencial, incluso de una Corte de garantías constitucionales, deba guardar una estricta limitación y apego a las concretas circunstancias de la causa.

27) Que el segundo señalamiento anunciado se vincula con el carácter humorístico que, al parecer tendrían los pasajes censurados por el *a quo*, elemento a partir del cual podría considerarse que tal tipo de expresión está fuera del ámbito del art. 14 de la Constitución.

La respuesta ha de ser concluyente. Descartar a discursos de esa índole podría fundarse en argumentos propios del mismo género literario. Tal interpretación solamente podría ser hija de otros tiempos y otras circunstancias en las que floreció la represión que llevó a convertirse en un triste hábito de los argentinos.

Baste, para refutar tamaña "inteligencia" rememorar las eruditas conclusiones de Warner Jaeger sobre la comedia de la Grecia clásica: La comedia ática "nació de la burla más o menos inofensiva contra individuos particulares. Pero sólo alcanzó su verdadera naturaleza con la entrada en la arena pública de la política. Tal como la conocemos en la plenitud de su florecimiento, es el producto más auténtico de la libertad de palabra democrática. Ya los historiadores de la literatura del helenismo reconocieron que el crecimiento y la caída de la comedia política coinciden con los del estado ático... No se limitó a los asuntos políticos en el sentido actual y limitado de la palabra, sino que abrazó todo el dominio de lo público en el sentido griego ordinario, es decir, todos los problemas que en una u otra forma afectan a la comunidad" ("Paideia", FCE, México, 1980, p. 330).

Desde Aristófanes y quizá antes, la sátira social y política ha sido un elemento sustantivo del universo cultural al que se suele denominar "Occidente". Nuestro país no exceptúa a esta regla, según dan cuenta —entre otras— las variadas manifestaciones gráficas que, en el siglo pasado y en el presente, cultivaron el género del humorismo político caricaturesco.

Es asimismo conducente, en este aspecto, hacer referencia a la protección concedida por la Suprema Corte norteamericana a la publicación de una caricatura paródica, ofensiva a una figura pública, que resultaba "indudablemente grosera y repugnante a los ojos de la mayoría" (*Hustler Magazine, Inc. v. Falwell,* 485 U.S. 46, 50-1988, opinión de la Corte expuesta por el *Chief Justice* Rehnquist).

28) Que, no obstante las advertencias que han sido expuestas, no es ocioso insistir en que las presentes consideraciones tienen por objeto resolver los alcances de la prohibición de censura previa en tanto y en cuanto se la relacione con la protección de la reputación u honra de las personas. Es ajeno al "*thema decidendum*" y, en consecuencia, de inoportuno tratamiento, la determinación de tales alcances en su vinculación con otros bienes, o con hipótesis como las previstas en los arts. 23 de la Constitución Nacional y 27 del Pacto de San José de Costa Rica sobre suspensión de garantías.

29) Que si por hipótesis en el conflicto entre libertad de expresión y honor individual (presuntamente afectado), fuera procedente aplicar la censura previa para tutelar este último —posibilidad que por lo dicho supra se descarta totalmente— de todos modos resultaría indispensable recordar el carácter atenuado de la protección cuando lo que está en juego es el honor de un funcionario público, en temas también de interés público.

En ese sentido se ha expresado el Tribunal en la sentencia dictada *in re*: "Costa c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 12 de mayo de 1987 (Fallos: 310:508, considerandos10 a 14). Asimismo, lo ha hecho el voto concurrente de los jueces Fayt y Barra en la causa "Vago, Jorge A.c/ Ediciones de La Urraca S.A.", del 19 de noviembre de 1991, la disidencia de los jueces Cavagna Martínez, Barra y Fayt en los autos "Abad, Manuel E. y otros s/calumnias e injurias —causa Nº 18.880—", del 7 de abril de 1992 y los votos disidentes de los jueces Fayt,

Petracchi y Barra en la causa "Tavares, Flavio Arístides s/calumnias e injurias", del 19 de agosto de 1992.

30) Que, en resumen, debe juzgarse que resulta contraria al Pacto de San José de Costa Rica (art. 13) y a la Constitución Nacional (art. 14), toda sentencia que impida, incluso con carácter preventivo o cautelar, el ejercicio del derecho de expresión, a fin de evitar daños a la honra o reputación de las personas.

Por ello, se hace lugar a las quejas, se declaran procedentes los recursos extraordinarios, se revoca la resolución apelada y, resolviendo el fondo del asunto, se rechaza la demanda (art. 16 segunda parte de la ley 48). Con costas. Reintégrense los depósitos de fs. 1 de las quejas S.289 y S.303 Notifíquese, agréguense las quejas al principal y, oportunamente, devuélvanse. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Libertad de prensa - Censura - Publicidad oficial - Garantías constitucionales.

Emisiones Platenses S.A s/ acción de amparo. 12/06/1997- Fallos: 320:1191.

✎ ***Antecedentes:***

La empresa periodística "Emisiones Platenses" de la ciudad de La Plata promovió acción de amparo contra el intendente de esa ciudad a fin de que adquiriera espacios de publicidad oficial en el diario de su propiedad, en condiciones equitativas y similares a las otorgadas al periódico "El Día" del mismo lugar por el decreto municipal 578.

El juez de primera instancia consideró que no existía un acto arbitrario de la administración, porque la decisión de la comuna de utilizar un solo medio local para difundir la publicidad oficial era inatacable de acuerdo a la ley orgánica de municipalidades (decreto-ley 6769) que autorizaba la publicidad oficial en un solo medio. La Cámara de Apelaciones confirmó ese pronunciamiento. La Suprema Corte provincial declaró mal concedido el recurso de inaplicabilidad de ley y entendió que la decisión recaída en una causa de amparo no era en principio recurrible y no alcanzaba con introducir una alegación de carácter constitucional. La actora interpuso recurso extraordinario el cual denegado dio origen a la presentación de un recurso de hecho ante la Corte Suprema. La Corte, por mayoría, desestimó el recurso presentado.

Los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, en disidencia, consideraron que la Municipalidad de La Plata, al negar publicidad oficial al diario "Hoy en la Noticia", infringió la libertad de prensa.

🔎 ***Algunas cuestiones planteadas:***

a) Publicidad estatal. Fondos del Estado. Libertad de prensa. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Garantías constitucionales. (Mayoría: Conside-

randos 15, 18, 24 y 25 y Disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert: Considerandos 8º, 12, 16 y 17).

b) Adquisición de espacio publicitario. Facultad discrecional de la autoridad pública. Decisión política. (Mayoría: Considerandos 25, 26, 29, 28, 33, 34 y 45 y Disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert: Considerandos 8º, 18, 20 a 22 y 24).

🕮 ***Estándar aplicado por la Corte:***

- El art. 32 de la CN dispone un deber de abstención por parte del Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, mas no establece un derecho explícito o implícito de los medios de prensa a recibir fondos del gobierno estatal, provincial o comunal, ni se impone actividad concreta al Poder Legislativo para promover su desarrollo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las disposiciones que resultan del art. 75, incs. 11 y 16.

- El derecho implícito a recibir publicidad del Estado invocado, convertiría a la empresa periodística en una categoría privilegiada respecto de otras industrias con violación a lo dispuesto por el art. 16 de la C.N, pues la relevante posición en que se encuentra la libertad de prensa dentro del sistema constitucional argentino, no la transforma en una garantía hegemónica de todos los otros derechos tutelados y exenta de todo control jurisdiccional.

- La restricción estatal o privada al normal despliegue de los órganos periodísticos que debe ser evitada mediante una eficaz intervención jurisdiccional, consiste en una actividad distinta a la supuesta negativa a brindar propaganda por un precio en dinero, en tanto ésta sólo se enfrenta con la habilidad del empresario de prensa en el ámbito privado, lo cual se encuentra dentro del riesgo propio de ese negocio.

- Los arts. 14 y 32 de la C.N y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagran un derecho implícito de las empresas periodísticas a obtener fondos estatales en concepto de publicidad.

- La decisión de la comuna importa básicamente un acto de adquisición de su espacio publicitario sin que se haya demostrado que se trate de un subsidio o subvención explícita del gobierno municipal a favor de ese periódico. El ejercicio de tal facultad en el ámbito de las decisiones discrecionales dirigidas al buen gasto de los dineros públicos no puede ser considerado un acto dirigido mediata o inmediatamente a agraviar alguna de las garantías alegadas.

- La posición de la comuna, al optar por un medio publicitario, encuentra fundamento en la relativa disponibilidad de medios económicos de los órganos de gobierno municipales que se hallan habilitados para elegir la vía

que estimen adecuada para difundir sus actos de gobierno con el menor dispendio de sus recursos.

- El derecho empresario a ejercer una industria lícita no está afectado pues la recepción o no de esa publicidad configura uno de los riesgos atinentes a tal tipo de actividad, sin que tampoco aparezca menguado el derecho individual de expresión por el modo como la Municipalidad de La Plata ha decidido disponer del erario para la publicidad de los actos gubernamentales.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 12 de junio de 1997.

Vistos los autos**:** "Emisiones Platenses S.A. s/ acción de amparo."

Considerando:

1º) Que la empresa periodística Emisiones Platenses S.A. promovió acción de amparo contra el intendente de la ciudad de La Plata para que se dispusiera judicialmente la adquisición de espacios de publicidad oficial en el diario de su propiedad "Hoy en la Noticia", en condiciones razonablemente equitativas y similares a las previstas respecto del periódico "El Día" de dicha ciudad por el decreto municipal 578.

2º) Que al no haber respondido el demandado el pedido de informes solicitado por el juez de grado, se le dio por decaído el derecho a que se refiere el art. 10 de la ley provincial 7166, a pesar de lo cual dicho juez admitió, en respuesta a una medida para mejor proveer, la agregación de un oficio del intendente que daba cuenta de las razones en las que se había fundado la distribución de la publicidad oficial.

3º) Que, al resolver sobre el fondo del asunto, el magistrado entendió que la decisión de la comuna de utilizar un solo medio local para la difusión de la publicidad oficial resultaba inatacable a la luz de lo dispuesto por la ley orgánica de municipalidades (decreto-ley 6769), razón por la cual consideró que no existía acto u omisión de la administración que alterara o amenazara con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía tutelado por la Carta Magna.

4º) Que, apelado dicho pronunciamiento por la demandante, la alzada estimó que el juzgador había obrado prudentemente al requerir dicha medida y que, de todos modos, resultaba improcedente la demanda de amparo intentada porque la Constitución Nacional sólo había fijado límites a la censura y a la intromisión de la justicia en los denominados delitos de imprenta, pero no había impuesto una reglamentación positiva tendiente a asegurar mercados para las publicaciones o garantías económicas a los editores.

5º) Que la cámara tuvo en cuenta también que la libertad de prensa no era un derecho absoluto y que podía ser reglamentado; que el recurrente pretendía la asignación de un cupo publicitario que violentaba la filosofía económica de tinte liberal que emanaba de la Ley Fundamental y que la conducta de la comuna se había mantenido dentro de los márgenes previstos por el mencionado decreto-ley que autorizaba la publicidad oficial en un solo medio

mediante la contratación directa, con la facultad para el Departamento Ejecutivo de recurrir a otras vías alternativas para difundir la labor gubernamental.

6º) Que la demandante dedujo recurso de inaplicabilidad de ley que fue declarado mal concedido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires porque consideró que la decisión recaída en una causa de amparo no era, en principio, recurrible en virtud de lo dispuesto por los arts. 24 de la ley 7166 y 414, último párrafo, del Código de Procedimiento Penal, y porque no bastaba para admitir el remedio local el hecho de haber introducido una alegación de carácter constitucional.

7º) Que, por otra parte, dicha corte estimó inadmisible el recurso de inconstitucionalidad planteado por la empresa periodística porque no se había cuestionado la validez de alguna ley, decreto, ordenanza o reglamento en los términos del art. 161, inc. 1º, de la constitución provincial, ni se había planteado y resuelto en la instancia ordinaria ningún caso en el marco de esa norma superior.

8º) Que contra la decisión que desestimó el recurso de inaplicabilidad de ley, la actora dedujo la apelación del art. 14 de la ley 48 y planteó agravios que suscitan cuestión federal para su examen por la vía intentada, habida cuenta de que se vinculan con la inteligencia de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y 13 del Pacto de San José de Costa Rica y el fallo del superior tribunal de la causa ha sido contrario a la validez del derecho invocado por la recurrente sobre la base de dichas normas (confr. causa H.21.XXX, "Horacio Conesa Mones Ruiz c. Diario Pregón s/recurso de inconstitucionalidad y casación" del 23 de abril de 1996).

9º) Que, antes de entrar al tema de fondo, corresponde señalar que las impugnaciones vinculadas con la forma en que se dispuso la medida para mejor proveer resultan ineficaces para considerar que haya existido una transgresión al régimen legal del amparo previsto en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, aparte de que dicha medida fue tomada por el juez de primera instancia en el marco de las facultades otorgadas por el art. 14 de la ley 7166, sin que se advierta razón de mérito suficiente para revisar un tema procesal resuelto por el tribunal de la causa con argumentos de igual carácter que, más allá de su acierto o error, bastan para excluir la arbitrariedad alegada.

10) Que el recurrente afirma que la garantía de la libertad de prensa consagrada por el art. 32 de la Constitución Nacional no queda limitada a la libre difusión de las ideas sin censura previa, sino que también alcanza a la prohibición de imponer discriminaciones en la distribución de publicidad oficial entre diversos medios de prensa, tal como resulta de los arts. 1, 2, 3, 6, 7 y 10 de la Declaración Hemisférica sobre Libertad de Expresión (Declaración de Chapultepec) y surge implícitamente incluida en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11) Que la actora también alegó —en respaldo de su acción de amparo-la existencia de un trato discriminatorio por el intendente de la ciudad de La Plata al no haberle conferido una porción idéntica de compra de espacio de publicidad que la conferida al otro medio local, lo cual violaba lo dispuesto por los arts. 43, segundo párrafo, y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, 11 y 43 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y por la ley 23.592.

12) Que aquella parte aduce también que existe un trato diferente que se centra en un aspecto principal: dado que el diario "El Día" recibe para publicar información pública por

un precio en dinero y el periódico de la apelante no se encuentra favorecido por esa utilidad, sostiene que el derecho a la información no se agota en la posibilidad de acceder a las fuentes ya que también contempla el derecho a informar y a ser informado, derechos que se ven afectados por la forma en la que el demandado distribuye la publicidad oficial, actitud que produce una discriminación en perjuicio de sus lectores que deben recurrir al otro diario platense para tener un debido conocimiento de los actos gubernamentales en el ámbito local.

13) Que la diversidad de temas que el caso suscita justifica recordar que la Corte ha sostenido que la verdadera esencia del derecho a la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es, sin previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir (Fallos: 269:189 y 315:632), como también que dicha libertad tiene un sentido más amplio que la mera exclusión de esa clase de censura y la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales (Fallos: 257:308 y 311: 2553).

14) Que, a luz de tales precedentes, corresponde precisar el alcance de la pretensión de la demandante para determinar cuáles son los derechos supuestamente agraviados por el poder administrador municipal, ya que aquélla no afirma que la comuna platense haya afectado la libertad de prensa en la concepción más literal de esa garantía, pues no existe acto gubernamental dirigido a censurar o reprimir el libre flujo de las ideas que se pretendían difundir, ni ha quedado evidenciado que se presenten en el sub examine actividades perjudiciales para la apelante originadas en el ámbito estatal y proyectadas a afectar el derecho a la libre expresión de las ideas de los editores o periodistas.

15) Que al examinar los temas referidos no debe prescindirse del rango particularmente elevado que la Constitución Nacional ha dado al derecho de expresar las ideas por la prensa (confr. Fallos: 311:2553 y 315:1492), lo que no obsta a que deba precisarse que el art. 32 sólo dispone un deber de abstención por parte del Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, mas no establece un derecho explícito o implícito de los medios de prensa a recibir fondos del gobierno estatal, provincial o comunal, ni se impone actividad concreta al Poder Legislativo para promover su desarrollo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las disposiciones que resultan del art. 75, incs. 11 y 16.

16) Que por ser ello así no es posible imputar a la referida autoridad omisión alguna que hubiese afectado o restringido con ilegalidad manifiesta los derechos y garantías constitucionales (art. 43), toda vez que resultaba presupuesto necesario para aplicar dicha norma la demostración de la existencia de una regla que impusiera a la comuna el deber de ampliar el marco de la libertad de prensa mediante la distribución de la publicidad oficial en favor de las empresas periodísticas en los términos requeridos en la demanda.

17) Que es verdad que la Constitución Nacional —que ha puesto su norte en la garantía de las libertades públicas y privadas— ha consagrado implícitamente una obligación gubernamental de proteger a la empresa periodística de aquellas acciones que afecten su normal desenvolvimiento y, en particular, de maniobras monopólicas que perjudiquen su regular funcionamiento o de actividades de competencia desleal que vayan en menoscabo de la libre propalación de las ideas mediante la prensa.

18) Que, sin embargo, la restricción estatal o privada al normal despliegue de los órganos periodísticos —que debe ser evitada mediante una eficaz intervención jurisdiccional— consiste en una actividad distinta a la supuesta negativa a brindar propaganda por un precio en dinero. Aquélla afecta el ejercicio mismo de la libertad de expresión en cuanto impide o dificulta directamente la libertad de prensa —sea por la censura previa, por impuestos improcedentes o cualesquiera medidas impeditivas de la exposición de las ideas— mientras que la negativa del órgano gubernamental a aportar fondos públicos en la forma requerida por la recurrente, sólo se enfrenta con la habilidad del empresario de prensa en el ámbito privado, lo cual se encuentra dentro del riesgo propio de ese negocio.

19) Que tal distinción resulta relevante pues la intervención jurisdiccional es necesaria para proteger y neutralizar los agravios a una garantía superior especialmente protegida, mientras que dicha habilidad del empresario de prensa es parte de una ocupación privada —generalmente con fines de lucro— y destinada a la satisfacción de las necesidades propias y ajenas de expresión de las ideas en el marco de una sociedad abierta y en un mercado competitivo.

20) Que la admisión de dicho derecho implícito a recibir publicidad del Estado invocado por la recurrente convertiría a la empresa periodística —por el solo hecho de serlo— en una categoría privilegiada respecto de otras industrias con violación a lo dispuesto por el art. 16 de la Constitución Nacional, pues la relevante posición en que se encuentra la libertad de prensa dentro del sistema constitucional argentino, no la transforma en una garantía hegemónica de todos los otros derechos tutelados y exenta de todo control jurisdiccional.

21) Que el recurrente también fundó su demanda en que la libertad de expresión contiene la de dar y recibir información que contempla el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, y comprende a la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección, libertad que no puede ser restringida por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas u opiniones (conf. art. 13, incs. 1º y 3º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la ley 23.054).

22) Que aun cuando el contenido de la libertad de expresión aparece precisado en dicha convención, no puede entenderse que el derecho a que se refiere y su correlativo deber de abstenerse de medidas que la afecten, derive en prerrogativas concretas a recibir publicidad oficial. Dicha convención consagra un precepto que mira a la libertad desde una perspectiva negativa-dejar que los medios publiquen lo que deseen— para evitar la intrusión gubernamental y no desde un criterio dirigido a fortalecer la independencia de los órganos de prensa mediante el aporte económico a todos los medios que así lo requieran.

23) Que, pese a ello, la demandante sostiene que los principios sustentados por la Constitución Nacional de protección privilegiada de la libertad de prensa no se habrían cumplido porque el municipio otorgó la exclusividad en la distribución de la publicidad oficial a un solo medio local.

El fundamento implícito de la recurrente es que la interferencia gubernamental consagraría —por el peso mismo de su influencia financiera— una preeminencia en beneficio de un medio respecto de otro, que vería restringida la normal circulación de sus periódicos a raíz de la participación gravitante del municipio en el libre mercado. La parcial y favoritista distri-

bución de la propaganda pública importaría una restricción injusta a la libertad de prensa al fomentar unos medios periodísticos en perjuicio de otros, lo que permitiría inferir —en tales casos— la regulación del mercado mediante decisiones gubernamentales que afectarían o restringirían los canales de expresión de órganos contrarios a la posición del gobierno de turno.

24) Que, al margen de las razones ya expresadas, cabe señalar que la transformación producida de los medios de comunicación masiva —que ha sido considerada por la Corte en el precedente de Fallos: 315:1492— no ha generado una obligación positiva en cabeza de la comuna para apoyar a un periódico a fin de mantener la igualdad en el grado de competición en el marco de los recursos financieros con otro que disputa a los mismos consumidores el mercado periodístico, a menos que se demuestre —lo que no ha ocurrido en el caso— que la decisión respecto a la forma de distribución de la publicidad gubernamental encubra una maniobra para destruir o restringir el derecho de imprenta de la recurrente.

25) Que, en consecuencia, los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagran un derecho implícito de las empresas periodísticas a obtener fondos estatales en concepto de publicidad, de modo que corresponde —una vez despejado ese fundamento del recurso de amparo— considerar si la difusión de propaganda pública podría afectar la garantía constitucional del art. 32 y, en caso afirmativo, señalar los supuestos en que esa lesión resultaría configurada a la luz de lo dispuesto por esas normas y de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal.

26) Que es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que la decisión de la comuna —evidenciada por el decreto municipal 578— importa básicamente un acto de adquisición de un espacio publicitario en el diario "El Día", sin que se haya demostrado que se trate de un subsidio o subvención explícita del gobierno municipal en favor de ese periódico, a pesar de que la parte ha procurado poner de manifiesto un supuesto trato discriminatorio en menoscabo de la empresa periodística demandante. El ejercicio de tal facultad en el ámbito de las decisiones discrecionales dirigidas al buen gasto de los dineros públicos no puede ser considerado exclusivamente un acto dirigido —mediata o inmediatamente— a agraviar alguna de las garantías alegadas en el recurso de amparo.

27) Que, por otro lado, la explicación dada por el municipio en el sentido de que reproduce habitualmente tal propaganda en el diario "El Día" y en los periódicos nacionales de mayor penetración en el partido, importa una justificación suficiente de la voluntad de los gobernantes para descartar el trato discriminatorio aludido en la demanda, aparte de que contiene sustento bastante para considerar que no se presenta en el sub examine una afectación siquiera indirecta a las mencionadas garantías constitucionales.

28) Que la publicidad comercial de los actos de gobierno —efectuada discrecionalmente por el municipio— no equivale a una subvención destinada a favorecer o restringir la actividad de la empresa periodística, e incumbía a la recurrente probar que se configuraba tal supuesto (art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial local) como también que la actitud intervencionista de la demandada había lesionado el derecho del apelante a publicar sus ideas por el diario de su propiedad.

29) Que la posición de la comuna encuentra fundamento en la relativa disponibilidad de medios económicos de los órganos de gobierno municipales que se hallan habilitados para elegir la vía que estimen adecuada para difundir sus actos de gobierno con el menor dispendio de sus recursos. La garantía de la libre expresión en los medios de prensa escritos permite teóricamente una innumerable posibilidad de alternativas de expresión de la propia o ajena

opinión para quien desee hacer conocer sus ideas por esa vía y no es posible imputar a la comuna platense —al menos en el sub examine— que no pueda lograrse un acceso de todas las empresas periodísticas a la recepción de publicidad oficial.

30) Que, en particular, cabe consignar que las explicaciones dadas en el informe de fs. 89/90 para esclarecer la distribución de la propaganda oficial, ponen de manifiesto que la elección del diario "El Día" obedece a una decisión política —en el sentido amplio de la expresión— de distribución de fondos que no está basada necesariamente en la calidad o forma de exposición de los hechos públicos o privados efectuada por la empresa recurrente en el periódico de su propiedad.

31) Que debe tenerse también en consideración —para verificar la eventual afectación de la garantía tutelada por el art. 32— que tampoco ha sido corroborada la modificación de un anterior curso de acción de la publicidad estatal en el diario "Hoy en la Noticia" a raíz del contenido de la línea editorial adoptada por la apelante, quien, en realidad, nada ha perdido porque ninguna publicidad proveniente de la comuna poseía con anterioridad.

32) Que es cierto que el apropiado uso de distintas vías para difundir los actos y decisiones comunales —propaganda en diario local y periódicos distribuidos en el ámbito nacional, radios y televisión— participa en grado relevante en la estructura formal y material del sistema republicano, una de cuyas características principales es la publicidad de los actos de gobierno (Fallos: 306:370).

33) Que el examen de las medidas adoptadas en el caso permite concluir que el derecho de la sociedad a la información se encuentra debidamente tutelado al no haberse probado una irrazonable restricción en la comunicación de la publicidad oficial de los actos de gobierno a los periodistas de la apelante; que el derecho empresario a ejercer una industria lícita no está afectado pues la recepción o no de esa publicidad configura uno de los riesgos atinentes a tal tipo de actividad, sin que tampoco aparezca menguado el derecho individual de expresión —esto es la posibilidad de cualquier persona de emitir su pensamiento por la prensa o por otro medio— por el modo como la Municipalidad de La Plata ha decidido disponer del erario para la publicidad de los actos gubernamentales.

34) Que, por consiguiente, el Tribunal estima que la actitud de dicha comuna no configura un acto u omisión concreta que perturbe el normal desarrollo del derecho a expresar libremente las ideas, ya que la designación de uno o varios medios para la difusión de la publicidad oficial importa una elección que no trasciende el marco discrecional de las facultades de las autoridades públicas, más allá de que no se ha demostrado que resulte afectado algún derecho específico del recurrente.

35) Que, de todos modos, aun poniendo de relieve la importancia de la garantía de la libertad de prensa, resulta improcedente considerar que un municipio pueda ser compelido —mediante la cita de esa garantía— a distribuir sin justificación suficiente la publicidad oficial de sus decisiones o actos entre todos los medios que requieran indiscriminadamente su reproducción.

36) Que, en consecuencia, la ponderación entre las alegaciones formuladas por la apelante destinadas a demostrar la favoritista distribución de fondos públicos y la defensa de la comuna platense respecto a la justificación para la asignación de la publicidad oficial permite concluir que la actividad del municipio platense no conculca la garantía de la libertad de prensa ni viola

el régimen de la soberanía del pueblo o el principio representativo republicano de gobierno tutelado por los arts. 1 y 33 de la Ley Fundamental.

37) Que resulta igualmente infundada la posición de la apelante de requerir —en defecto de tales recursos financieros— la edición de la publicidad a prorrata entre los diversos órganos periodísticos (conf. art. 674 del Código Civil), pues tal criterio no tiene en cuenta el grado de difusión de cada medio y podría producir hasta una peor distribución del caudal informativo entre los lectores de los diversos medios, que de admitirse esa hipótesis, se hallarían forzados a comprar todos los diarios de ese ámbito municipal para acceder a un conocimiento fehaciente e íntegro de los actos y decisiones gubernamentales.

38) Que es cierto que los arts. 14 y 32 de la Carta Magna imponen erradicar todo tipo de medidas que restrinjan el libre ejercicio de la libertad de expresión en el foro público de expresión de las ideas, a punto tal que el Tribunal ha tenido en cuenta la importancia que los medios de comunicación social tienen en la sociedad contemporánea y la situación estratégica que se reconoce a la prensa escrita dentro del sistema constitucional argentino (Fallos: 315:1492).

39) Que tal situación estratégica en que se halla la libertad de prensa tiene por objetivo transformarla en un acicate para la expresión y diversificación de la actividad periodística. La prensa actúa con mayor legitimidad cuando menos dependiente sea de los intereses del gobierno, de modo que no es posible asimilar —sin justificación suficiente— el derecho especialmente protegido a la libre expresión de las ideas con el acceso irrestricto a una información gubernamental retribuida.

40) Que tal pretendida equiparación restringe la independencia de la profesión periodística, pues la reduciría al estado de una profesión con riesgos comerciales relativamente menores al resto de las otras actividades privadas. La independencia de la prensa trae agregada responsabilidades de diversa índole y estimar que el art. 32 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran el derecho invocado de manera indiscriminada, importa una confusión improcedente sobre el alcance de la libertad de prensa con el aseguramiento de un ingreso financiero que entra en los riesgos propios de la actividad del empresario periodístico.

41) Que no escapa al Tribunal que la posibilidad de disponer de ingentes recursos financieros permite a ciertos grupos expresarse en un ámbito más amplio y con mayores facilidades que otros órganos que no alcanzan a obtener, por cualesquiera razones, ingresos semejantes. Sin embargo, la decisión requerida por el apelante escapa de la letra y del espíritu de la citada norma constitucional, que sólo implica un ámbito de abstención de la interferencia gubernamental del cual sólo es posible salir cuando se advierte directa o indirectamente afectado el derecho a expresar las ideas por la prensa.

42) Que la pretensión de la actora dirigida a lograr el dictado de una sentencia que consagre e imponga una entrada a su favor por publicidad oficial proveniente de la comuna de La Plata, se había fundado también —y no exhaustivamente— en el derecho a ser tratado en términos iguales al diario “El Día” en el mencionado decreto municipal.

43) Que la mera enunciación por parte de la actora de dicho acto de gobierno no resulta suficiente, por sí sola, para concluir que la clasificación efectuada por la comuna —que fue basada en la eficacia y en el adecuado uso de los recursos públicos— sea inconstitucional por haberse violado con aquel decreto el principio de igualdad ante la ley tutelado por el art. 16 de la Carta Magna.

44) Que no obsta a lo expresado el hecho de que las autoridades del municipio hayan efectuado una discriminación sustentada en las facultades otorgadas para la comunicación de licitaciones por la ley orgánica de las municipalidades y en razones de eficacia de gastos de los fondos públicos. Lo que se trata de elucidar es si esta selección aparece manifiestamente injusta, irrazonable o agraviante para la actora respecto del derecho a ser tratada igualitariamente con otros medios periodísticos.

45) Que, a partir de ese criterio distintivo, el Tribunal entiende improcedente el reproche de la recurrente, porque la selección de la comuna platense no se ha basado en que el diario "Hoy en la Noticia" sea menos digno de estima que el otro medio periodístico, sino en el criterio opinable de que los fondos públicos serán mejor servidos y podrán ser más eficazmente utilizados a través de la vía elegida.

46) Que las reglas que surgen de la Declaración de Chapultepec —según las cuales la publicidad estatal no puede ser utilizada para premiar o castigar a medios o periodistas— no resultan eficaces para modificar el criterio expresado, ya que la negativa del intendente de la ciudad de La Plata a adquirir un espacio publicitario en el diario de la actora se ha fundado de manera opinable en el informe de fs. 89/90, de modo que no resulta posible considerar —con la mera alegación formulada en la demanda y en los escritos posteriores— que haya existido resolución de sancionar a la demandante por razón alguna por parte de aquella autoridad.

47) Que no resulta argumento suficiente para poner de resalto discriminación alguna las imputaciones de un eventual favoritismo para otro medio o como factor para evitar la corrupción, toda vez que la decisión políticamente válida de escoger un medio para la difusión de la labor gubernamental aparece —por ese exclusivo motivo— como un acto que da fundamento apropiado y es ineficaz para poner de manifiesto un agravio a la garantía constitucional en examen.

48) Que, por consiguiente, resulta improcedente sustentar la acción de amparo en la ley 23.592-que veda todo acto discriminatorio que menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional— pues no se ha presentado en el caso el presupuesto de hecho para la aplicación de dicha norma al no haberse demostrado la existencia de una arbitraria actividad del intendente de la ciudad de La Plata en la distribución de la publicidad oficial.

49) Que, en tales condiciones, no se advierte que la actividad desarrollada por el demandado cause agravio a las garantías constitucionales invocadas o que importe un acto de discriminación arbitrario —en los términos de la ley 23.592— que justifique la intervención de la Corte en defensa del principio de igualdad ante la ley.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos. — JULIO S. NAZARENO — CARLOS S. FAYT *(en disidencia)* — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI *(en disidencia)* — ANTONIO BOGGIANO — GUILLERMO A. F. LÓPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT *(en disidencia)* — ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON GUSTAVO A. BOSSERT.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que confirmó la de la instancia anterior que rechazó la demanda promovida por Emisiones Platenses S.A. contra la Municipalidad de La Plata, por la que cuestionaba la distribución de los espacios de publicidad oficial efectuados por ésta entre los diarios locales, aquélla interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que para hacerlo consideró que no existía acto u omisión de la demandada que lesionara o amenazara con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta algún derecho o garantía tutelado por la Constitución Nacional sino que, por el contrario, la actuación de la comuna se ajustaba a lo dispuesto por los arts. 142, 153, 156 inc. 4º y 165 del decreto-ley 6769, orgánico de las municipalidades.

3º) Que, surge de las constancias de la causa, que la empresa periodística "Emisiones Platenses S.A.", editora del diario "Hoy en la noticia" inició acción de amparo a fin de que se impusiese al demandado "el deber de contratar publicidad oficial en el Diario que edita la empresa accionante, en condiciones razonablemente equitativas y similares a las que se consignan en el Decreto Nº 578 del 09/06/94 (Exped. Nº 4061-125.206) bajo apercibimiento de que, en caso de no proceder de tal suerte, el Tribunal determinará prudentemente la proporción y condiciones".

4º) Que, según relató, un grupo de ciudadanos platenses, con la intención de generar un órgano periodístico independiente que reflejara la pluralidad de opiniones e intereses sectoriales, decidió editar el diario mencionado. Una de las primeras gestiones que realizó, fue la de requerir la publicidad oficial emanada de la municipalidad local. Sin embargo, no la obtuvo pues aquélla —afirma— es derivada exclusivamente al diario "El Día" e inútiles resultaron todos los reclamos posteriores, incluido el efectuado por la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (A.D.E.P.A.).

5º) Que este proceder —a su juicio— es claramente discriminatorio. Los fondos estatales destinados a la publicidad no pueden ser manejados con absoluta discrecionalidad, derivándolos hacia un solo diario en desmedro del único otro órgano periodístico existente en la ciudad. Lo que corresponde —continúa— es que "la publicidad oficial llegue, en cada jurisdicción, a los distintos medios locales, de un modo racional y equitativo, de suerte tal que ningún medio ni ningún lector sean injustamente discriminados".

6º) Que, por su parte, el municipio adujo que "no existe normativa alguna que establezca criterios de selección y proporcionalidad, en cuanto al otorgamiento de la publicidad de los actos". Por ello —señaló— la ha orientado "a través de los medios de mayor penetración en el Partido, de forma tal de difundir nuestro quehacer municipal e informar a la mayor cantidad de vecinos" y, en este sentido, "esta Municipalidad al publicitar sus actos de gobierno a través de los medios elegidos como El Día, Clarín, Página 12, La Nación y Diario Popular" consideró especialmente la "indiscutida inserción social" de dichos periódicos. Y concluyó: "pretender que por medio de la publicación oficial tenga que llegarse a todos y cada uno de los habitantes del partido, mediante la publicación en todos y cada uno de los medios existentes, podría resultar en extremo dificultoso tanto material como económicamente, además de afectar la libertad contractual del Municipio".

7º) Que el recurso extraordinario resulta procedente toda vez que en autos se encuentran en tela de juicio las garantías que la Constitución Nacional otorga a la libertad de prensa y la aplicación de tratados internacionales de los cuales la Nación es parte —que, por sus objetivos y contenidos— constituyen cuestión federal (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). Por el contrario, no

lo es, en cuanto sus agravios se dirigen a cuestionar la forma en que se dispuso la medida para mejor proveer, pues no se advierten razones de mérito suficiente para revisar un tema de índole procesal, resuelto por el tribunal de la causa con argumentos que, más allá de su acierto o error, bastan para excluir la tacha de arbitrariedad invocada.

8º) Que se encuentra fuera de discusión que en la ciudad de La Plata se editan solamente dos periódicos, "El Día" y "Hoy en la noticia"; que la publicidad de la comuna se adjudica sólo al primero; que el procedimiento escogido para la contratación es la compra directa —modalidad a la que autoriza el art. 156 inc. 4º de la ley orgánica de las municipalidades local— y, por último, que la actora realizó gestiones de distinta índole para obtener parte de aquella publicidad, sin alcanzar resultado favorable.

9º) Que así planteados los hechos esta Corte está llamada a decidir si el comportamiento de la Municipalidad de La Plata es consistente con la libertad que proclama el art. 14 de la Ley Fundamental. En este sentido, ha dicho este Tribunal que "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica" (Fallos: 248:291, considerando 25); que "esta Corte participa del criterio admitido por el derecho norteamericano, con arreglo al cual la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa en los términos del art. 14. Basta para ello referirse a lo establecido con amplitud en los arts. 32 y 33 de la Constitución Nacional y a una razonable interpretación del propio art. 14" (Fallos: 257:308, considerando 8º) y que la protección constitucional "debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales" (Fallos: 257:308, cit., considerando 10 y 308:789, voto de la mayoría, considerando 9º, primera parte).

10) Que la concepción clásica de la libertad de prensa reprodujo los caracteres generales de la libertad de la época liberal y, como ellas, es negativa; la abstención gubernamental, por su sola virtud, garantiza aquélla. Seguramente, esta concepción no se halla perimida; pero, aunque válida para los tiempos de la presse à bras, del diario caro y de los lectores bastante poco numerosos, se adapta mal a la prensa contemporánea. Ello es el producto de una evolución que ha modificado las nociones de la libertad (Georges Burdeau, Les libertés publiques, 12va. ed., París, 1961, pág. 206).

11) Que las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidas en términos estrictamente individuales (Fallos: 306:1892, considerando 7º).

Estas mutaciones ocurridas en lo que va del presente siglo, han dado a la prensa una fisonomía en cierto modo insospechada en la centuria pasada. Los medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas.

"La prensa ha seguido el movimiento que, de la empresa artesanal, ha desembocado en la sociedad capitalista" (Georges Burdeau, op. cit., pág. 206).

12) Que es clara entonces la importancia que cabe asignar a la estructura económica de la información, ya que la capacidad financiera se corresponde con el grado de independencia y eficacia de la prensa. Cuando la empresa periodística dispone de recursos financieros y técnicos puede cumplir sin condicionamientos externos los servicios de información y de crónica. Cuando no es así por reducción del número de lectores, disminución de la publicidad privada y reducción o falta de avisos oficiales y el incremento de los gastos fijos, la inseguridad económica afecta a la actividad periodística, la que debe optar por mantener su integridad e independencia en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno.

13) Que una de las referidas circunstancias se plantea en el caso pues la actora le imputa a la demandada privarla de la publicidad oficial que —como se señaló— sólo encauza en favor del otro diario local; proceder que ésta justifica en la inexistencia de normas que establezcan criterios de selección y proporcionalidad en la materia.

14) Que, sobre el punto, resulta útil recordar que el derecho francés muestra una temprana preocupación por reglar los aspectos más importantes de la cuestión. Entregada, en un principio, a la voluntad discrecional del prefecto la determinación de los periódicos en que debían formularse los anuncios (ley del 2 de junio de 1841 y decreto del 17 de febrero de 1852), el legislador reaccionó contra este criterio al sancionar la ley del 4 de enero de 1955 que impone criterios objetivos para la designación de los diarios autorizados para aquellos fines.

Con este propósito, los sujeta a un procedimiento de habilitación para el cual se exige satisfacer una serie de requisitos: a) que el diario se encuentre inscripto en la comisión paritaria de publicaciones; b) que justifique una venta efectiva; c) que haya aparecido al menos seis meses antes y una vez por semana; d) que sea publicado en el departamento y e) que justifique una difusión que alcance el mínimo fijado por la reglamentación. Ha sido pues bien clara —como se ha señalado— la voluntad del legislador de suprimir el poder discrecional de aquel funcionario, "a fin de que no sea únicamente designado el diario amigo de la prefectura, en tanto que el diario de la oposición es privado de este sustento (manne)" (Henri Blin, Albert Chavanne, Roland Drago y Jean Boinet, Droit de la presse, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1993, fasc. 561).

15) Que similar filosofía inspira a la "Declaración Hemisférica sobre Libertad de Expresión" dada en la ciudad de Chapultepec el 11 de marzo de 1994. Tras afirmar que "no hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa", que "las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público" y que "la censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa", proclama un principio de singular gravitación para el caso: "la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas".

16) Que, también, persigue análoga finalidad la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que, según dispone el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, debe entenderse complementaria de los derechos y garantías consagrados por ésta en su primera parte, entre otros, claro está, la libertad de prensa— que en su art. 13, inc. 3º, al establecer que "no

se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

17) Que lo expuesto coloca al descubierto la relevancia que cabe asignar a la publicidad oficial en la vida de la prensa, las condiciones a las que debe sujetarse su difusión entre los distintos medios y los usos desviados a que puede dar lugar su distribución. En rigor, no son sino aspectos de un problema más amplio y que históricamente ha sido considerado uno de los peligros más amenazantes de la libertad de prensa: su estrangulación financiera (Jean Morange, Les libertés publiques, Paris, P.U.F., 1979, cap. II, 2, 4).

18) Que es un hecho notorio que los diarios, para poder hacer frente a los gastos que demanda su edición, acuden a la publicidad. Para la mayoría, ésta representa una parte importante de sus recursos pero, habiéndose convertido en su fuente de subsistencia, ha generado una situación poco favorable a la independencia de los redactores (Jean Rivero, L'Opinion publique, Paris, P.U.F., 1957, pág. 116). Si esto es así con relación a la publicidad proveniente del sector privado, sujeta a las reglas del libre mercado, la cuestión no es menos crítica cuando aquélla procede del ámbito estatal y está ligada a la discreción de un solo órgano.

19) Que, aunque aplicadas a otras circunstancias, interesa destacar —por lo que se dirá— que este Tribunal (véase causa M.442.XXXI. "Morales Solá, Joaquín Miguel s/injurias", fallada el 12 de noviembre de 1996) ha seguido las pautas sentadas por su par norteamericano en el caso "New York Times vs. Sullivan" (373 U.S. 254). Las afirmaciones erróneas —dijo— son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir. La importancia de esta doctrina se funda en la necesidad de evitar la autocensura y, de este modo, no desalentar el vigor de la crítica o limitar la variedad del debate público.

20) Que el caso en examen se vincula también con la necesidad de preservar el discurso de toda cortapisa. Si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente, que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo; si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio, no es aventurado sostener que unos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla. Esto, claro está, no es consistente con la amplia protección de que goza la libertad de prensa en nuestro ordenamiento que no admite un condicionamiento de esta especie.

21) Que, por otra parte, mal puede afirmarse que el silencio del legislador, en punto a establecer pautas para la elección de los periódicos destinatarios de la propaganda oficial, derive en una suerte de facultad ilimitada del municipio. Frente a la existencia de dos diarios de circulación en la ciudad, la demandada no ha podido entregarla exclusivamente a uno de ellos invocando un supuesto principio de eficacia. La preferencia de la comuna —llamada a tener decisiva influencia en un mercado bipartito— le imponía acreditar la existencia de motivos suficientes que la justificasen. Y no lo es, la mayor o menor tirada de la publicación pues —superado cierto umbral, que puede tenerse por satisfecho en el caso en que el diario "Hoy en la noticia" ha acreditado una venta que oscila entre los 9600 y 10.500 ejemplares diarios (fs. 63/65)— este aspecto cuantitativo es sólo relevante, en todo caso, para justificar la entrega de un volumen mayor de publicidad a un medio, pero nunca para excluir absolutamente al otro.

22) Que, así planteado, este marco jurisprudencial enerva el argumento de la demandada en cuanto sostiene que, condenarla a distribuir la publicidad afectaría, irremediablemente, su libertad contractual. En efecto, si —como se expuso— los poderes tributarios sean nacionales, provinciales o municipales cuando recaen, directa o indirectamente, sobre las empresas periodísticas encuentran una fuerte limitación a fin de preservar de toda amenaza la actividad que desarrollan, tratándose de la libertad de contratar resulta exigible pareja restricción a fin de procurar que, no ya la percepción sino la distribución de fondos que integran el erario público, se empleen de modo compatible con la libertad de prensa.

23) Que no empece la solución del caso que la actora haya fundado su apelación más en la violación a los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional que en el 16 o, que no haya acreditado, debidamente, que la demandada al obrar como lo hace obedezca a algún propósito persecutorio. En primer lugar porque no es técnicamente necesario acudir ni invocar aquel último en tanto que todo caso de libertad de prensa posee un contenido de igualdad propio (Rodney A. Smolla, Free speech in an open society, New York, Alfred A. Knopf, 1992, pág. 233) o, lo que es igual, los reclamos fundados en la libertad de prensa se encuentran claramente entrelazados con los intereses tutelados por la garantía de la igualdad y autorizan, por tanto, su análisis desde la perspectiva de aquélla ("Arkansas Writers'Project, Inc.", 481 U.S. 221, pág. 227, nota 3). En segundo lugar, la intención ilícita no es condición sine qua non para que se configure una violación a la libertad de prensa ("Arkansas Writers'Project, Inc.", cit., pág. 228). De este modo, es irrelevante que el municipio haya actuado o no con ánimo de discriminar al matutino de autos en razón de sus ideas y que éste haya probado o no tal intención, pues, a los efectos de brindar la protección que deriva de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, es suficiente con que resulte un tratamiento desparejo y que éste no se encuentre debidamente justificado, tal como se verifica en la especie.

24) Que resta añadir que la moderna práctica constitucional ha advertido que los perjuicios y atentados a la libertad de prensa hallan orígenes diversos. Pueden desprenderse no sólo de violaciones groseras al derecho de expresar las ideas por ese medio, sino también de perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas, como la manipulación de las materias primas para las publicaciones, la limitación del acceso a las fuentes de información, la creación de monopolios estatales o privados en el área, el acorralamiento impositivo o, en fin, mediante el manejo discrecional en la entrega de la publicidad oficial. Cada una de éstas minan las bases sobre las que asienta la prensa, que sigue siendo condición necesaria para un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad del gobierno y que actúa, en la práctica, como un medio de contralor de las instituciones y sus hombres y rinde un servicio de inestimable valor afianzando la salud del sistema y las instituciones republicanas.

25) Que no admite controversia, entonces, que aquélla debe ser preservada, con igual energía, de una y otra clase de atentados, pues es también claro que el Estado no puede lograr indirectamente aquello que le está vedado hacer directamente. En consecuencia, la negativa de la Municipalidad de La Plata a otorgar al diario "Hoy en la noticia" de la misma ciudad publicidad oficial, conculca la libertad de prensa amparada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, motivo por el cual corresponde ordenarle que cese en aquélla y que, las futuras publicaciones, sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones antes expuestas, sin perjuicio del ulterior control judicial a que dicha decisión pudiera dar lugar. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario, se revoca la sentencia y se hace lugar a la demanda, con el alcance que surge del último considerando (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Agréguese la queja al principal. Costas por su orden en atención a la naturaleza

de la cuestión planteada (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase. CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — GUSTAVO A. BOSSERT.

Libertad de prensa - Publicidad oficial.

Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo - 05/09/2007 - Fallos: 330:3908

✎ ***Antecedentes:***

Editorial Río Negro interpuso acción de amparo contra el poder ejecutivo provincial, con el objeto del cese de la arbitraria decisión de privar al diario Río Negro y a sus lectores de la publicidad oficial que se le atribuía normalmente, como consecuencia de una serie de publicaciones referidas a una supuesta maniobra vinculada al procedimiento de integración del Superior Tribunal de la provincia del Neuquén, lo que habría generado "como represalia" la reducción de la publicidad oficial.

La Corte, por mayoría, admitió la demanda, y requirió al gobierno provincial que en el plazo de un mes establezca la distribución de la pauta publicitaria con un criterio compatible con los principios constitutivos de la libertad de prensa (45).

El juez Fayt, en su voto, sostuvo que la negativa del Gobierno provincial de otorgar publicidad oficial a un diario local conculcaba la libertad de prensa amparada por los arts. 14 y 32 CN toda vez que si bien no existe un derecho intrínseco a recibir fondos oficiales por publicidad,

---

(45) **Nota de Secretaría:** En **Fallos: 331:2237** al no cumplir la provincia demandada con el mandato de hacer, se la intimó a que en el plazo de quince días cumpliera con lo dispuesto en el fallo analizado. El 15/6/2010 se resolvió aprobar el esquema de distribución de publicidad oficial que le fuera requerido a la provincia demandada.

En la causa **"Dercoem c/Nación Argentina" (Fallos: 304:1020)** la Corte se pronunció a favor de la libertad de prensa y dejó sin efecto la medida adoptada por el Poder Ejecutivo que prohibió la distribución, circulación y venta y secuestro de los ejemplares del periódico "Cambio para una Democracia Social" en virtud del estado de sitio. En similar sentido ver **"Mallo Daniel s/amparo" (Fallos: 282:392).**

En sentido contrario, "Salvat Editores Argentina S.A" (Fallos: 304:474) la Corte rechazó la acción de amparo interpuesta por la Editorial al verse afectada por la prohibición y el secuestro que el Poder Ejecutivo hiciera de una de sus obras; en igual sentido en **"Diario La Hora c/ Juan Antonio Grosso" (Fallos:236:41); "Torres Fernando Enrique" (Fallos: 244:59);"S.R.L El Signo Publicaciones" (Fallos: 251:404); "Diario Tierra Nuestra" (Fallos:250:826)** en esta causa la Corte convalidó el secuestro de la edición de un periódico haciendo alusión al correspondiente control del constitucionalidad; en similar sentido ver: "**Semanario Azul y Blanco" (Fallos:250:826); "Rodolfo Sauze Almagro" (Fallos: 252:244)** y **"Primera Plana c/La Nación (Poder Ejecutivo Nacional)) (Fallos: 276:72)**

En la causa "Bertotto, José Guillermo" (Fallos: 160:104) la Corte entendió que la medida adoptada por el Interventor Nacional de clausurar un diario, no implicó la imposición de una pena, sino el uso de una medida para asegurar la prohibición, ante la desobediencia a prevenciones verbales. En similar sentido **"San Miguel, José S." (Fallos: 216:606)** modificando esta jurisprudencia en **"Siri, Angel" (Fallos: 239: 459).**

En período de estado de sitio, en la causa **"Editorial Sarmiento S.A.I.C. (Diario Crónica)" (Fallos 293:560)** el Poder Ejecutivo dispuso la clausura del diario Crónica y la prohibición de su impresión, distribución y circulación. La Corte en base a la dignidad institucional de la justicia independiente y de la prensa libre como valores preeminentes del orden democrático. Por su parte, el juez Levene, en su voto enfatizó la pertinencia del control judicial suficiente de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo aunque se tratara del ejercicio de las facultades que le confiere el art. 23 CN.

cuando el Estado asigna esos recursos de forma discriminatoria se viola el derecho a la libre expresión.

Por su parte, los jueces disidentes, Petracchi y Argibay, sostuvieron que la desigualdad de trato publicitario y su impacto en la estabilidad económica de un determinado medio de prensa deben ser probados por la parte que los invoca en su favor, y la empresa periodística no ha demostrado que dicha disminución fuera apta para producir un deterioro en su estructura económico-financiera. Por otra parte, la acreditación de causas justificadoras de la conducta del Estado corre por cuenta de este último.

El juez Maqueda, también disidente, sostuvo que el art. 32 CN —entre otras cosas— no establece un derecho explícito o implícito de los medios de prensa a recibir fondos del Estado. La admisión del derecho de los medios de difusión a recibir publicidad del Estado convertiría a la empresa periodística en una categoría privilegiada respecto de otras industrias, violando lo dispuesto por el art. 16 CN. Frente a la reducción de la publicidad oficial en el medio de prensa actor, éste debía demostrar la disminución de publicidad de manera discriminatoria y con impacto económico, que medie una relación de causalidad ente el acto gubernamental y la represalia adoptada y que dicha actitud no sea justificada.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Libertad de prensa - Publicidad oficial (Mayoría: Considerandos 9º y 11; Voto del juez Fayt: Considerandos 13 a 17; Disidencia de los jueces Petracchi y Argibay: Considerandos 6º a 9º; Disidencia del juez Maqueda: Considerandos: 3º, 6º, 7º 9º y 10)

Estándar aplicado por la Corte:

- El gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado. Basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación a dicha libertad y tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique (46).

---

(46) **Nota de Secretaría:** En la causa **"Diario La Nueva Provincia S.R.L. s/ acción de amparo" (Fallos: 316:1768)** La Corte sostuvo que la comprobación de que en un determinado día del año no pudieran "lanzar a la venta pública las ediciones en cuestión", no era suficiente para determinar si había existido una restricción ilegítima a la libertad de prensa.

En la causa **"Alemann y Cia. S.A.G.I.F." (Fallos: 293:50)**, la Corte sostuvo que carece de relación directa e inmediata con la garantía constitucional de la libertad de imprenta la imposición de una multa a la empresa recurrente por falta de comunicación a las autoridades de control comercial, del aumento del precio de los ejemplares de un periódico. En **"Colombres, Ignacio y otros c/ Nación" (Fallos 295:215)** la Corte sostuvo que constituye un razonable ejercicio del poder de policía y no resulta violatorio de la libertad de expresión el acto administrativo que excluyó una obra del II Certamen Nacional de Investigaciones Visuales, por considerarla apta para disminuir en el exterior el respeto debido a la República. La garantía que ampara la libertad de expresión no se limita al supuesto previsto en los arts. 14, 32 y 33 CN sino que abarca las diversas formas en que aquella se traduce, entre las que figura la libertad de creación artística.

En la causa **"La prensa Sociedad Anónima s/ apelación" (Fallos: 310:1715)** la Corte, por mayoría, a raíz de la multa impuesta al diario por aumento del precio del ejemplar sin autorización entendió que los diarios no estaban comprendidos en la ley de abastecimiento, ya que su fin primordial no era difundir la cultura sino la información o las ideas de sus redactores (art. 14 CN), lo cual implicaba una restricción a la libertad de imprenta, y parte de ella era la

- No puede afirmarse la existencia de un derecho a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial. Más existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos.

- A fin de estimar que la libertad de prensa ha sido violada en forma indirecta por medios económicos no es necesaria la asfixia económica o quiebre del diario. La afectación económica debe examinarse no sólo en relación a la pérdida por no recibir publicidad oficial, sino también por la disminución en la venta de diarios en tanto muchos lectores se verán obligados a informarse por otros medios de la gestión pública.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General de la Nación:

Suprema Corte:

I. La Editorial Río Negro S. A. promovió acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y la ley 16.986 contra el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén, a efectos de que cesara en el hecho de privarlo de las pautas de publicidad oficial contratada por la mencionada provincia y se le restituyera la distribución que normalmente se le atribuía para su publicación en el diario.

En concreto, solicitó que se hiciera lugar a la acción de amparo promovida "a efectos de que se le imponga (al Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén) el cese de la arbitraria decisión de privar (a Editorial Río Negro) ... y sus lectores de la publicidad oficial de los actos de Gobierno de esa Provincia y (se le) restituya la distribución de la publicidad oficial que se atribuía normalmente a (aquélla) para su publicación en el diario Río Negro" (fs. 4).

Sostuvo —sin perjuicio de reconocer la legitimidad de la actuación del gobierno provincial para decidir cómo pautar su publicidad oficial— que el hecho aquí denunciado no sólo perjudicaba al periódico económicamente, sino que dicha actuación y la reducción a "cero" de la publicidad oficial en el diario debía ser tenido como un acto encubierto de sanción a un medio de comunicación por haber difundido en forma completa los presuntos intentos de soborno respecto de diferentes autoridades de la administración provincial —incluido su gobernador— lo cual, en definitiva, resultaba un medio indirecto e ilegítimo de restringir la libertad de expresión, de jerarquía constitucional, y que se encuentra garantizada en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ratificada por la ley 23.054.

---

de fijar el precio. El juez Belluscio sostuvo que los lectores conservaban la opción de comprarlo o de cambiar por otro más barato salvo supuestos de concertación monopolística que no se presentaban en el caso. EL juez Fayt enfatizó que la prensa debe ser objeto de la máxima protección jurisdiccional en todo cuanto se relacione con su finalidad de servir leal y honradamente a la información de la opinión pública. Los jueces Petracchi y Bacqué, en su disidencia, sostuvieron que de estimarse que la ley 20.680 impide que el Congreso reglamente aspectos relativos al derecho de comercio de la prensa, resultaría cercenada una de sus atribuciones constitucionales más importantes: orientar la política económica nacional.

Además, solicitó el dictado de una medida de no innovar que retrotrayera la situación al estado anterior a la fecha en que se dispuso el cese de la publicidad oficial.

II. De conformidad con el dictamen de este Ministerio Público de fs. 20, V. E. entendió que correspondía requerir a la Provincia del Neuquén el informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de las medidas que se impugnan en el amparo (fs. 25).

Además, a fs. 91/92 del incidente de medida cautelar, el Tribunal desestimó la petición innovativa.

III. Después de solicitado el informe del art. 8º de la ley 16.986, la actora denunció como hecho nuevo la emisión de dos órdenes de publicidad a favor del diario Río Negro mediante contratación directa de la Dirección General de Medios y Comunicación de la provincia (fs. 45).

IV. A fs. 121/137, los representantes de la provincia acompañaron el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986 y solicitaron el rechazo de la demanda.

Sostuvieron la improcedencia del amparo ante la inexistencia de acto u omisión del Poder Ejecutivo local que, arbitraria o ilegítimamente, restringiera, alterara, lesionara o amenazara un derecho constitucional; máxime según manifestaron cuando el derecho a la libre expresión no aseguraba el acceso irrestricto a una información gubernamental retribuida ni cabía comprometer un ingreso financiero que evitara los riesgos propios de la actividad del empresario periodístico.

Afirmaron, además, que las decisiones y pautas aplicadas para la publicidad contratada de los actos de gobierno respondían a reglamentaciones normativas expresas, a criterios objetivos de difusión, a la aplicación eficiente de los recursos presupuestarios y al denominado "compre neuquino" y no guardaban relación alguna con los hechos a los que se aludía en el escrito de demanda. Estas disposiciones, expresaron, se omitieron en aquél en el que, además, se tuvo erróneamente por vigente al decreto provincial 764/96.

Indicaron que de las numerosas normas que establecen las publicaciones legales —que enumeraron— surge la exigencia para el estado local de publicar ciertos actos, al menos en el boletín oficial y en un diario de los de mayor circulación en la provincia.

Por su parte, adujeron que la eficiencia del gasto en publicidades públicas depende de varios factores, entre ellos, las tarifas aplicadas por cada una de las empresas periodísticas y la disponibilidad o no, de parte de aquéllas, para formular descuentos y bonificaciones en favor de la provincia, o de que se acuerden planes especiales diferentes de los que las vinculan con los particulares o empresas privadas. En el caso del periódico en cuestión, afirmaron que no había estado dispuesto a reducir tarifas o efectuar planes diferenciales respecto de la provincia.

Prosiguieron argumentando que la incidencia de la publicidad contratada por el Poder Ejecutivo local en la facturación de la empresa periodística actora era mínima, por lo que el grave perjuicio económico que aquélla adujo estaba ausente; más aún si se tenía en cuenta que en la demanda se incluyeron, para fundar el amparo, los montos de la publicidad contratada por entes pertenecientes a la administración descentralizada que, como el Banco de la Provincia de Neuquén S.A. y la Lotería La Neuquina, tienen capacidad jurídica y patrimonio autónomo y son quienes —a todo evento— deberían haber sido demandados directamente.

Aseguraron que no existió corte o privación total ("reducción a cero") de la publicidad oficial en el diario, circunstancia que, dijeron, reconoció la propia amparista con la denuncia del hecho nuevo.

Entendieron que era fácticamente imposible mantener pautas publicitarias concretas desde el momento en que éstas varían conforme a la necesidad real de información, así como que pretender privilegiar la ecuación económica financiera de un medio periodístico con el mantenimiento fijo de pautas publicitarias oficiales en perjuicio de los intereses estatales, implicaría —a su criterio— vulnerar el Estado de Derecho y el principio de la sana crítica.

Concluyeron con la cita, en síntesis, del precedente del Tribunal en "Emisiones Platenses S.A." (Fallos: 320:1191) que abordó el tema de la libertad de expresión en relación con la publicidad oficial, a cuyo examen y decisión remitieron por entender que se vinculaba con el presente caso.

V. La demandada detalló, a lo largo del juicio "... a los efectos de acreditar la continuidad de la contratación de publicidad con la empresa accionante, tal cual fuera expuesto al presentar el informe circunstanciado como responde a la demanda ..." los períodos y montos de publicidad que otorgó al diario entre diciembre de 2002 y febrero de 2004 (fs. 203 en cita, 331, 444 y 467).

Por su parte, la amparista, al contestar los traslados que de dicha documentación efectuó el Tribunal (fs. 204 y 332), señaló que la publicidad contratada en esos períodos era sensiblemente inferior a la que anteriormente se le otorgaba, por lo que seguía vigente la situación que originó la promoción del amparo, así como que, con su proceder, el gobierno local "... sigue usando la distribución de la publicidad oficial como un recurso más para beneficiar o perjudicar a la prensa libre" (fs. 208/209). En su segunda contestación indicó que "... como la acción judicial se encamina hacia un pronunciamiento contrario a los intereses de la demandada, se aumentan las contrataciones para tratar de desvanecer la actualidad del reclamo". Dijo también entonces que "... llevando al absurdo esta situación, esta acción de amparo debería permanecer abierta eternamente. Claro, cuando la crítica del diario a la acción del Gobierno local aumente y por tanto disminuyan las contrataciones, nosotros deberíamos presentarnos a instar el dictado de la sentencia y en cambio cuando ese momento se acerque, la demandada se presentaría a informar nuevas contrataciones por montos mayores. Una historia sin fin, para un remedio judicial que debió llegar hace mucho tiempo" (fs. 335 vta.).

VI. A esta altura, reseñadas las argumentaciones de las partes, corresponde precisar el alcance de la pretensión de la demandante.

La amparista afirma que la conducta de la demandada, al dejar de realizar o disminuir notablemente la publicidad oficial en el medio de su propiedad (Diario Río Negro) a partir de la publicación de artículos que daban cuenta de actividades supuestamente ilícitas relacionadas con funcionarios de la administración pública local, implicó una sanción que afectó la libertad de prensa.

En ese contexto, en concreto pretende que, sobre la base de considerarse la conducta del Ejecutivo de la provincia como violatoria de lo dispuesto en los arts. 32 de la Constitución Nacional, 13 de la CADH, en la Declaración de Chapultepec y en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, se restituya al diario la distribución de la publicidad oficial que normalmente se le atribuía.

VII. Corresponde entonces reseñar las normas, disposiciones y declaraciones que conformarían el plexo jurídico a evaluar referidas a la libertad de expresión y en su relación con la distribución de la publicidad oficial.

El art. 32 de la Constitución Nacional establece que el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Por su parte, la CADH (a la que se le otorgó jerarquía constitucional por medio del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) en su art. 13 prescribe que "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión ... 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

A su turno, la Declaración de Chapultepec, adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D. F. en marzo de 1994 en su punto 7 estatuye que "... la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas".

También la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión elaborada por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y aprobada por ésta durante su 108º período ordinario de sesiones en octubre de 2000 como instrumento para interpretar el art. 13 de la CADH, en su principio 13 —en lo que aquí interesa— establece que "... la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales ... con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión ..." y debe estar expresamente prohibida por la ley. Agrega que "... Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión".

Por su parte, surge del documento titulado "Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios" elaborado por la citada Relatoría, que la aprobación de la Declaración "... no sólo es un reconocimiento a la importancia de la protección de la libertad de expresión en las Américas sino que además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho (la libertad de expresión)". En los puntos 56, 57 y 58 referidos a la interpretación del principio 13 de la Declaración, se expresa la necesidad de que el Estado se abstenga de utilizar su poder y los recursos de la hacienda pública con el objetivo de castigar, premiar o privilegiar a comunicadores y medios en función de sus líneas informativas. Asimismo se hace referencia a que la utilización del poder del Estado para imponer criterios de restricción puede ser empleado como mecanismo encubierto de censura a la información que se considera crítica a las autoridades. Destaca el Relator Especial que "... al imponer presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa ... se obstruye el funcionamiento pleno de la democracia, puesto que la consolidación de la democracia en el hemisferio se encuentra íntimamente relacionada al intercambio libre de ideas, información y opiniones entre las personas".

Finalmente, cabe mencionar la Declaración Conjunta de los mecanismos internacionales para promover la libertad de expresión, suscripta en noviembre de 2001 por el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre la Libertad de los Medios de Comunicación y el

Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en lo que constituyó una manifestación sobre la ilegalidad de la asignación discriminatoria de publicidad oficial: "... Los gobiernos y los órganos públicos nunca deben abusar de su custodia de las finanzas públicas para tratar de influir en el contenido de la información de los medios de prensa; el anuncio de publicidad debe basarse en razones de mercado" (Anexo al Informe de la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2001, OEA/Ser.L/II.114, Doc. 5 rev.1, 16 de abril de 2002, ver Informe Relatoría 2003 —Cap. V, pto 17, pie de pág. 13— www.cidh.org).

Por su parte, en el ámbito de la Provincia del Neuquén, el régimen legal para la contratación de publicidad oficial, aportada como prueba por la demandada, se refiere y limita a la posibilidad de contratación directa de aquélla (art. 64 inc. m de la ley 2141 de Administración Financiera y Control), a la suspensión de la propaganda pública con motivo de la contención del gasto por la emergencia económica, salvo excepciones específicamente detalladas (decretos 50/99, 71/99, 1875/00, 2701/00) y a la asignación de competencia para la coordinación, autorización y aprobación de la contratación de la publicidad oficial del Poder Ejecutivo Provincial —extendida a toda difusión y comunicación de las actividades oficiales— en el órgano Subsecretaría General de la Gobernación (decretos 514/01 y 1415/02). También se anexa fotocopia del decreto 2700/00 sobre el denominado "compre neuquino" que tiende a estimular la creación, crecimiento y sostenimiento de una oferta de bienes y servicios solvente y suficiente originada en la iniciativa de productores, industriales, profesionales y comerciantes de todos los rubros radicados en la provincia para satisfacer la demanda que surge de la actividad del Estado y del sector privado. Asimismo se citan las leyes y decretos reglamentarios referidos a las publicaciones sobre licitaciones públicas, emplazamiento y citación de personas inciertas, viviendas institucionales, reglamento de contrataciones y edictos, en los que se determina la publicación de ciertos actos en el boletín oficial local y en uno o más diarios de los de mayor circulación en la provincia (leyes 1284, 2021, 2141, 1305 y decretos 108/72 y 1132/79).

VIII. A continuación se relatarán las consideraciones y la solución que recayó en el precedente "Emisiones Platenses" registrado en Fallos: 320:1191.

En el voto de la *mayoría*, V. E. sostuvo que la verdadera esencia del derecho a la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es, sin previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir, como también que dicha libertad tiene un sentido más amplio que la mera exclusión de esa clase de censura, así como que la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o el entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales (consid. 13).

Entendió el Tribunal que el art. 32 de la Ley Fundamental sólo dispone un deber de abstención por parte del Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, mas no establece un derecho explícito o implícito de los medios de prensa a recibir fondos del gobierno estatal, provincial o comunal, ni se impone actividad concreta al Poder Legislativo para promover su desarrollo (consid. 15).

La Constitución Nacional —prosiguió— consagró implícitamente la obligación gubernamental de proteger a las empresas periodísticas de maniobras monopólicas y de actividades de competencia desleal. Sin embargo, aseveró que la restricción estatal o privada al normal despliegue de los órganos periodísticos —que debe ser evitada mediante una eficaz intervención

jurisdiccional— consiste en una actividad distinta a la supuesta negativa a brindar propaganda por un precio en dinero. La distinción "... resulta relevante pues la intervención jurisdiccional es necesaria para proteger y neutralizar los agravios a una garantía superior especialmente protegida ..." mientras que la negativa del órgano gubernamental a aportar fondos públicos en la forma requerida por el recurrente sólo se enfrenta con la habilidad del empresario de prensa en el ámbito privado, lo cual se encuentra dentro del riesgo propio de ese negocio. Admitir un derecho implícito a recibir publicidad del Estado por el solo hecho de ser una empresa periodística la convertiría en una categoría privilegiada respecto de otras industrias, en violación al art. 16 de la Constitución Nacional (consid. 17 al 20).

Respecto del art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, V. E. expresó que "... aun cuando el contenido de la libertad de expresión aparece precisado en dicha convención, no puede entenderse que el derecho a que se refiere y su correlativo deber de abstenerse de medidas que la afecten, derive en prerrogativas concretas a recibir publicidad oficial. Dicha convención consagra un precepto que mira a la libertad desde una perspectiva negativa —dejar que los medios publiquen lo que deseen— para evitar la intrusión gubernamental y no desde un criterio dirigido a fortalecer la independencia de los órganos de prensa mediante el aporte económico a todos los medios que así lo requieran" (consid. 21 y 22).

Concluyó, en punto a esta argumentación, que *"... los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagran un derecho implícito de las empresas periodísticas a obtener fondos estatales en concepto de publicidad ..."* (consid. 25, la cursiva no figura en el original).

Sentado ello, se abocó a analizar si la difusión de propaganda pública podía afectar la garantía del art. 32 de la Constitución Nacional. A este respecto consideró que en tanto no se demostrara la existencia de un subsidio explícito a un medio determinado, el ejercicio de facultades discrecionales en la elección de la difusión publicitaria justificada en el "buen gasto de los dineros públicos" no podía ser tomado como un acto dirigido a agraviarla.

Asimismo sostuvo que si bien era cierto que el apropiado uso de las distintas vías para difundir los actos y decisiones de gobierno participa en grado relevante en la estructura formal y material del sistema republicano, una de cuyas características es la publicidad de los actos de gobierno (Fallos: 306:370), el derecho de la sociedad a la información se encontraba tutelado al no probarse una restricción irrazonable en la comunicación de la publicidad oficial. Afirmó que "... el derecho empresario a ejercer una industria lícita no está afectado pues la recepción o no de esa publicidad configura uno de los riesgos atinentes a tal tipo de actividad..." y que tampoco se mengua el derecho individual de cualquier persona de emitir su pensamiento por la prensa u otro medio.

El Tribunal estimó que la designación de uno o varios medios para la difusión de publicidad oficial importaba una elección que no trascendía el marco discrecional de las facultades de las autoridades públicas y no configuraba un acto u omisión concreta que perturbara el derecho de expresar libremente las ideas; además de resultar improcedente que una autoridad pública pudiera estar compelida a distribuir sin justificación suficiente la publicidad oficial entre todos aquellos que la requirieran (consid. 32 a 35) toda vez que ello importaría una confusión sobre el alcance de la libertad de prensa con el aseguramiento de un ingreso financiero, lo que entra en los riesgos propios de la empresa (consid. 40).

Con relación a las reglas que surgen de la Declaración de Chapultepec, entendió que no resultaban eficaces para modificar el criterio de falta de agravio constitucional desde el mo-

mento en que la decisión de no adquirir un espacio publicitario en el diario de la actora no permitía considerar que hubiera existido una resolución de sancionarla por parte de aquella autoridad.

El voto en *disidencia* de los doctores Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi y Gustavo A. Bossert se refirió, en primer lugar, a que la concepción clásica de la libertad de prensa —que consiste en que la abstención gubernamental, por su sola virtud, garantiza aquélla— no estaba perimida, pero no se adaptaba a la prensa contemporánea, la que se ha visto insertada "en el tejido de las complejas relaciones económicas". Por ende, aseveraron los citados jueces, la capacidad financiera de los medios se corresponde con el grado de independencia y eficacia de la prensa (consid. 10 a 12).

En ese sentido, se entendió que tanto el derecho francés del siglo XIX, como los principios que dimanan de la Declaración de Chapultepec y de la CADH colocan "...al descubierto la relevancia que cabe asignar a la publicidad oficial en la vida de la prensa, las condiciones a las que debe sujetarse su difusión entre los distintos medios y los usos desviados a que puede dar lugar su distribución ..." como aspectos de un problema que denomina "de estrangulación financiera". Expuso que si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad pública que lo concede o retira a modo de premio y castigo o que gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio "... no es consistente con la amplia protección de que goza la libertad de prensa en nuestro ordenamiento que no admite un condicionamiento de esta especie" (consid. 14 a 20).

Además, destacó que "... mal puede afirmarse que el silencio del legislador, en punto a establecer pautas para la elección de los periódicos destinatarios de la propaganda oficial, derive en una suerte de facultad ilimitada ..." de la autoridad pública que prefiera exclusivamente a uno de los medios y excluya absolutamente a los otros (consid. 21).

Añadió que "... la moderna práctica constitucional ha advertido que los perjuicios y atentados a la libertad de prensa hallan orígenes diversos", los que pueden desprenderse no sólo de violaciones groseras al derecho de libertad de expresión sino también de otras perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas como el manejo discrecional en la entrega de la publicidad oficial. De ahí concluyó en que la distribución de fondos que integran el erario público debe emplearse "... de modo compatible con la libertad de prensa." (consid. 22 a 25).

IX. Así reseñadas las normas y los principios sobre la cuestión y el precedente jurisprudencial relacionado con el tema propuesto, corresponde resaltar que dentro de los estándares internacionales se ha forjado una nueva categoría de censura a la libertad de expresión a través de lo que se ha dado en llamar medios indirectos o "censura sutil" referida, entre otros aspectos, a la posible distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial.

Ello ha sido motivo de estudio por parte de la Oficina de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, a instancias de la cual la CIDH aprobó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, que "...constituye un documento fundamental para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (ver Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2003, en adelante Informe/2003-cap. II, punto B, pto. 6, pie de página). Es decir que se trata de un documento *"... para ayudar a los Estados a abordar* estos problemas y defender el derecho a la libertad de expresión" (punto 6 de la Introducción del Informe/2003).

Cabe destacar que durante la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada en Québec, Canadá, entre el 20 y 22 de abril de 2001, los Jefes de Estado y de Gobierno ratificaron el mandato de la Relatoría —cuyo papel fundamental había sido reconocido en la Segunda Cumbre en la Declaración de Santiago de 1998—, apoyaron la labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión por medio del Relator Especial de la CIDH y decidieron proceder a la difusión de los trabajos de jurisprudencia comparada y a *buscar asegurar que su legislación nacional sobre libertad de expresión esté conforme a las obligaciones jurídicas internacionales* (pto. 9, ap. A, Informe General del Cap. I del Informe/2003).

Dentro del apartado B (ídem anterior) dedicado a las principales actividades de la Relatoría, el punto 13 expresa que desde la creación de dicho organismo "... se efectuaron *recomendaciones* a algunos Estados miembros *para que modifiquen las leyes* y artículos, vigentes en sus legislaciones, que afectan la libertad de expresión con el fin de que las adecuen con los estándares internacionales para una más efectiva protección del ejercicio de este derecho".

En el Capítulo V del citado informe, referido específicamente a las "Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión—Asignación Discriminatoria de la Publicidad Oficial" se examina el impacto de las decisiones gubernamentales y se hace un llamado a la búsqueda de mecanismos para fortalecer y establecer directrices transparentes en la adopción de aquéllas. Es oportuno transcribir algunas de sus expresiones: "12. No existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad. Sólo cuando el Estado asigna esos recursos en forma discriminatoria se viola el derecho fundamental a la libre expresión ... Es posible que la publicidad estatal sea tan fundamental para el funcionamiento de un medio de comunicaciones que la negativa a asignársela tenga un impacto tan adverso que equivalga a una multa o una condena de cárcel ... 13. La obstrucción indirecta a través de la distribución de publicidad estatal actúa como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión ...". La Convención Americana ofrece un marco legal contra esas violaciones indirectas con la aprobación del instrumento interpretativo de su art. 13, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, que en su principio 13 —que cité al reseñar las normas en el apartado VII del presente— establece que, entre otras conductas, "... la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales ... con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales" *debe estar expresamente prohibida por la ley.*

Por su parte, se aclara que si bien la Declaración de Chapultepec no *es jurídicamente vinculante*, constituye una manifestación de voluntad y apoyo a la defensa del derecho a la libertad de expresión (pto. 16).

En el apartado F del Capítulo V del citado Informe/2003 "Marco Legal de los Países miembros", al referirse a la República Argentina se sintetiza, en el punto 31 lo siguiente: "Las decisiones relacionadas con la asignación de publicidad estatal en la Argentina son efectuadas, en la mayor parte de los casos, por jefes administrativos de las distintas entidades gubernamentales que solicitan espacios publicitarios. Otras decisiones son tomadas por el Ejecutivo de los distintos gobiernos provinciales. Parecería que no existe un criterio oficial nacional para determinar la asignación de publicidad. Algunas provincias cuentan con legislación específica que permite la supervisión de las decisiones gubernamentales".

El informe continúa expresando la preocupación del Relator Especial por la falta de una legislación específica sobre la asignación de publicidad oficial en los países miembros de la OEA en cuanto dicha carencia "... pueda crear riesgos de una facultad discrecional excesiva en

los órganos que toman las decisiones, que pueda dar lugar a asignaciones discriminatorias de la publicidad oficial" (pto. 56, ap. G, Cap. V).

Valga citar sobre el punto la conclusión del informe "H. Conclusiones 86. La multitud de casos denunciados prueban el carácter generalizado de las presuntas violaciones indirectas a la libertad de expresión. Estas posibles violaciones indirectas *son promovidas por la falta de disposiciones legales* que ofrezcan recursos adecuados frente a la asignación discriminatoria de publicidad oficial, pues este *vacío legal* da lugar a un poder discrecional excesivo por parte de las autoridades que adoptan las decisiones en la materia. 87. El Relator Especial para la Libertad de Expresión *exhorta y recomienda* a los Estados miembros de la OEA *que adopten leyes* que impidan las prácticas discriminatorias en la asignación de la publicidad oficial, así como mecanismos para ponerlas en efecto. 88. *Es imperativo que exista un marco jurídico* que establezca directrices claras para la distribución de la publicidad oficial a fin de que se siga una administración justa de los fondos destinados a la publicidad. *A fin de garantizar la libertad de expresión en el futuro, los Estados deben dejar de lado las leyes insuficientemente precisas y evitar el otorgamiento de facultades discrecionales inaceptables* a sus funcionarios. El establecimiento de un mecanismo de supervisión de las decisiones sería fundamental para dar legitimidad a las asignaciones discrecionales que realizan los funcionarios. 89. Al considerar la adopción de esta legislación, los Estados deben tener en cuenta que la transparencia es un elemento imperiosamente necesario. Deben divulgarse públicamente los criterios que utilicen quienes toman las decisiones a nivel de gobierno para distribuir la publicidad del Estado. La asignación real de publicidad y la suma total del gasto en esta esfera deben ser también objeto de divulgación pública, para garantizar la justicia y el respeto a la libertad de expresión" (los resaltados no figuran en el original).

En otro orden, en el informe presentado por la Asociación por los Derechos Civiles, titulado "Una Censura Sutil. Abuso de la Publicidad Oficial y otras Restricciones a la Libertad de Expresión en Argentina" (Ed. Asociación por los Derechos Civiles —ADC— y Open Society Institute, Buenos Aires, 2005) se expresa que *"El marco legal, tanto a nivel provincial como nacional, presenta lagunas jurídicas que permiten a los funcionarios usar los presupuestos de publicidad para interferir con la libertad de expresión, sin que por ello estén necesariamente violando la ley"* (pág. 21), a la vez que se recomienda a los gobiernos nacional, provinciales y municipales que se comprometan políticamente a no usar la publicidad y otras presiones financieras o indirectas como herramientas para interferir con la libertad e independencia de los medios. También se sugiere allí que "... los organismos legislativos respectivos (aprueben) legislación clara y específica que defina procedimientos de contratación justos, competitivos y transparentes para todos los poderes del gobierno que asegure la asignación sin prejuicios de todos los gastos relacionados con publicidad ...", entre otras recomendaciones (pág. 89/93, cita de pág. 89).

X. Lo hasta aquí expuesto permite advertir que, más allá de la innegable aceptación de que el uso arbitrario y discriminatorio de la publicidad oficial es una de las posibles manifestaciones de las restricciones indirectas al derecho a la libertad de expresión, resulta insoslayable contar con un marco jurídico normativo interno (nacional y local) que establezca los parámetros objetivos necesarios para que se habilite a los jueces a controlar el modo en que se distribuye la publicidad oficial a fin de verificar si existe ilegitimidad o irrazonabilidad en la conducta u omisión estatal.

Como se ha reseñado, las declaraciones internacionales han detectado la presencia de esta categoría de censura al derecho de libertad de expresión pero no han establecido los criterios

para entenderla configurada, por lo que su determinación debe ser realizada en la legislación de cada nación conforme a su régimen constitucional.

XI. Corresponde entonces decidir si, aun en el entendimiento de que el comportamiento del Poder Ejecutivo neuquino pueda haber afectado de modo indirecto la libertad de expresión —de tenerse por acreditada una suerte de relación entre las publicaciones realizadas por la amparista y la denunciada supresión y reducción a cero o limitación de la publicidad estatal (ver manifestaciones en el escrito de inicio y cuadro comparativo de fs. 86, en especial montos de publicidad oficial contratada para el año 2002 y para el período enero/abril de 2003)— y ante la falta de una legislación que establezca los parámetros requeridos para evitar una discrecionalidad excesiva en la asignación de publicidad oficial, resulta posible a los jueces dictar una sentencia en los términos solicitados por la actora; máxime cuando la empresa reconoce la "legitimidad" del gobierno provincial para decidir cómo pautar su publicidad oficial.

Para responder a esa cuestión se plantean, a mi modo de ver, una serie de interrogantes de difícil o imposible dilucidación. Entre ellos, por ejemplo, en qué condiciones y bajo qué pautas puede obligarse a un gobierno y, en su caso, controlar su actuación, sin criterios legales definidos que así lo determinen, a distribuir la publicidad oficial de determinado modo y en determinados porcentajes.

Es que si se pretende que sean los jueces quienes fijen las pautas de distribución de la publicidad oficial ¿qué criterios deben éstos considerar? ¿Cuáles se estimarían justos o equitativos? Pues, entre otros parámetros posibles, podría sostenerse que la distribución debería basarse en la cantidad de ejemplares vendidos de una determinada publicación, o de oyentes o espectadores de cierta audición o programa, eligiendo a los medios con mayor audiencia o tirada con el objeto de lograr una más extensa difusión de lo que el Estado quiere o debe publicitar. Pero, si se evaluaran otros aspectos podría decidirse, al contrario, que la publicidad oficial debe dirigirse preferentemente a los medios con menor capacidad económica (por menor venta, por ejemplo) para fomentar y asegurar su existencia, a fin de resguardar el pluralismo informativo. ¿Tiene el gobierno la obligación de distribuir publicidad oficial, aun en un escaso porcentaje, incluso a medios con mínima tirada, venta o audiencia?

Desde otra perspectiva, si fueran los magistrados quienes debieran pronunciarse al respecto, también podría considerarse la cantidad de publicidad que los medios recibirían de otra procedencia, la que en general, es de suponer, tendrá que ver con la tirada del diario, la cantidad de oyentes de una audición (medición de audiencia), etc. La afectación a la libertad de prensa que implicaría en ese caso la supresión o la reducción de la publicidad oficial en un medio, ¿tiene que ver con que, con ese proceder, se ahogue financieramente a ese medio o se genera aun cuando aquella circunstancia no se produzca?

A mi juicio, la imposibilidad de que el Poder Judicial fije pautas al respecto se muestra evidente si se piensa en que, por un lado, ellas serían, en la realidad, variables en el tiempo y por el otro en que, dictada una sentencia de condena sobre la base de criterios que sólo surgirían de la voluntad del juzgador, esa decisión estaría sujeta a constantes modificaciones derivadas del cambio de las circunstancias. A esta altura, corresponde recordar, en consonancia con lo expuesto, que es el legislador quien debe establecer las pautas que posibiliten el control judicial, pues constituye no sólo su facultad sino también su deber fijar el contenido concreto de las garantías constitucionales. Como ha sostenido reiteradamente V. E. y ha reiterado en fecha reciente, "la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las

decisiones que deben adoptar para solucionar el problema y dar acabado cumplimiento a las disposiciones ... de la Constitución Nacional. Todo ello sin perjuicio del ejercicio a posteriori del control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal (Fallos: 308:1848)" (sentencia del 8 de agosto de 2006, causa B.675.XLI, "Badaro, Adolfo Valentín c/Anses s/reajustes varios"—consid. 18).

En atención a lo expuesto, pienso que las consecuencias de un arbitrario o ilegal proceder estatal no podrían ser sancionadas por medio de una condena como la pretendida, en tanto no existe normativa que desarrolle los parámetros de distribución de la publicidad estatal.

Es claro entonces, a mi juicio y a riesgo de ser insistente, que es necesario que se sancionen reglas claras sobre el tema y que sea la voluntad del legislador la que delimite el poder discrecional de las autoridades públicas que deciden sobre la asignación de publicidad estatal y permita, de ese modo, a los jueces decidir en qué casos se ha producido una violación de esa normativa.

En caso de verificarse una sucesión de hechos como el denunciado en autos, ello debería conducir a que el Estado (nacional, provincial y municipal) proveyera la norma de derecho interno que conduzca a la verdadera efectividad del derecho protegido.

XII. Entiendo, en conclusión, que al carecer de normativa que establezca las pautas sobre las cuales realizar el control judicial, la pretensión de la actora dirigida a lograr el dictado de una sentencia que imponga una distribución a su favor por publicidad oficial de acuerdo a los niveles atribuidos en años anteriores, no puede prosperar.

En consecuencia, opino que el amparo debe ser rechazado.

Buenos Aires, 7 de septiembre de 2006. ESTEBAN RIGHI.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 5 de septiembre de 2007

Vistos los autos: "Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo", de los que

Resulta:

I) La firma Editorial Río Negro S.A., por medio de su apoderado, promueve acción de amparo —en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y del art. 1º de la ley 16.986— contra el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén, con el objeto de que se "le imponga el cese de la arbitraria decisión" de privar al diario "Río Negro" —que ella edita— y a sus lectores "de la publicidad oficial de los actos de gobierno de esa provincia y restituya la distribución de la publicidad oficial que se [le] atribuía normalmente" (fs. 4/16).

Relata que en diciembre de 2002 el referido diario difundió la denuncia que el día 7 de ese mes y año un diputado de la Provincia del Neuquén —Jorge Taylor— había efectuado en el sentido de que el vicepresidente primero de la Legislatura de la provincia —Osvaldo Ferreira— le habría ofrecido un crédito por la suma de $ 640.000 de una entidad local a fin de que diera quórum para permitir el tratamiento de las ternas propuestas por el gobernador provincial

—Jorge Sobisch— para cubrir las vacantes que existían en el Superior Tribunal de Justicia "con abogados de su confianza".

Manifiesta que el gobierno de la Provincia del Neuquén, en represalia a la publicación y difusión de aquella noticia y con una actitud "discriminatoria" hacia el diario, comenzó inmediatamente una campaña de desprestigio en su contra. Como una de sus manifestaciones, y en virtud de un manejo discrecional de los fondos públicos destinados a la publicidad oficial en los medios de comunicación social, privó a ese diario totalmente de dicha publicidad, no solamente respecto de la administración central sino también de la descentralizada, "con el exclusivo objeto de silenciar la crítica política", y la concedió únicamente al diario "Mañana del Sur". Sostiene, en tal sentido, que en este último diario siguen anunciando entidades como el Instituto de Seguridad Social del Neuquén, el Instituto de Vivienda y Urbanismo, el Consejo Provincial de Educación, la Dirección Provincial de Vialidad, la Subsecretaría de Energía y el Banco de la Provincia del Neuquén.

Como ejemplo de la aludida campaña, señala que el presidente de la Lotería provincial —Alfredo Mónaco— hizo saber al diario "Río Negro", el 22 de diciembre de 2002, su decisión de interrumpir la publicidad —que mantuvo durante años— con justificación en cuestiones presupuestarias, a las que califica como inexistentes ya que en el diario "La Mañana del Sur" se incrementó la publicidad oficial.

Pone de relieve que hasta la publicación de la denuncia de intento de soborno, el diario "Río Negro" —al que señala como el de mayor circulación en la Provincia del Neuquén, cercana al 80% de todos los diarios que se distribuyen en esa geografía incluyendo los nacionales— tuvo en los años 2000, 2001 y 2002 una participación creciente en la publicidad oficial de la Subsecretaría General de la Gobernación —aunque menor a otros medios gráficos regionales— la cual significó, respectivamente, el 3,77%, el 4,50% y el 8,98% de su venta neta de publicidad.

Enfatiza que lo que denomina "reducción a cero del centimetraje de publicidad" o "corte publicitario" constituye la "contraparte económica de las agresiones verbales impulsadas por altos funcionarios neuquinos que se expresan públicamente contra el diario", entre los que menciona al diputado por el Movimiento Popular Neuquino Julio Falleti, al ministro de gobierno Oscar Gutiérrez, al concejal Federico Brollo, al presidente del banco provincial Luis Manganaro y al propio gobernador Sobisch.

Dice que la decisión del gobierno provincial puede crear un clima propicio para la limitación ilegítima de la libertad de expresión, con desconocimiento del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —y la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos de dicha libertad—, cuya jerarquía constitucional ha sido consagrada en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental. Aquella disposición veda no sólo las afectaciones directas sino también las indirectas y, además, tutela los dos aspectos de la libertad de "buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole": la individual y la social.

Agrega que los gobiernos "no pueden utilizar el dinero de los contribuyentes para presionar a los medios de comunicación cuya crítica política les resulta molesta, a través de la asignación arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial".

En este sentido, manifiesta que el corte de la publicidad "es consecuencia...de la represalia y discriminación contra Río Negro" (fs. 7 vta.); que la política oficial se sustenta en la discrimi-

nación (fs. 8) y que no es la primera vez que la administración Sobisch plantea una discriminación en su contra (fs. 9 vta.).

Indica, asimismo, que la conducta controvertida tiene efectos perjudiciales sobre la economía de la empresa, aspecto que, en tanto garantiza su existencia, ha sido reconocida por esta Corte en el precedente "S.A. La Nación s/ infracción a la ley 11.683" (Fallos: 316:2845).

Funda la competencia originaria de esta Corte en la distinta vecindad, ya que el diario tiene domicilio en la ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, y la demandada es la Provincia del Neuquén.

II) La provincia demandada presentó el informe del art. 8º de la ley 16.986 (fs. 121/137).

Alega que al asumir en 1999 la nueva gestión se encontró con una situación de cesación parcial de pagos —con el colapso de las cuentas públicas— por lo que el Poder Ejecutivo adoptó diversas medidas de estricta contención del gasto público en orden a reducir el déficit estructural. Para ello dictó los decretos 50/99, 71/99 y 1875/00 mediante los cuales se procedió a suspender la publicidad oficial (exceptuando a los llamados "avisos de ley") a fin de garantizar, dentro de los preceptos constitucionales, la publicidad de los actos de gobierno. En el último de los decretos mencionados, dice, se vislumbra una nueva concepción de la comunicación oficial como instrumento viable para la concreción de determinados objetivos planteados desde la gestión como prioritarios para el desarrollo de la sociedad.

Sostiene que, a raíz de los convulsionados episodios que ocurrieron en el ámbito nacional en diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo local dispuso que se utilizara la comunicación de gobierno como base fundamental para facilitar los procesos de intercambio con los ciudadanos. Como consecuencia de la nueva concepción, el gasto publicitario pasó a considerarse una inversión en términos sociales, lo que quedó plasmado en los decretos 1415/02, 1459/02 y 1482/02, que establecieron la coordinación y estructura funcional de la difusión de las actividades oficiales.

Afirma que, dado el reducido porcentaje de consumidores de medios gráficos en la provincia (aproximadamente el 7% de la población), desde una óptica netamente técnica como la implementada resulta redundante e ineficiente la multiplicidad de contratación en dicho formato. Manifiesta que en la tarea de redistribución de los recursos financieros de un modo más eficiente, se seleccionó el medio gráfico a contratar mediante parámetros objetivos de valoración del costo y el beneficio, esto es, el alcance y la distribución de ejemplares y el segmento objetivo, en función de las tarifas oficiales publicitarias y el precio unitario del ejemplar. La eficiencia del gasto depende, entre otros aspectos, de las tarifas aplicadas por cada empresa periodística y de la disponibilidad o no de descuentos o bonificaciones, punto de referencia que ha sido esencial —expresa— para definir las contrataciones. En efecto, dice que la empresa demandante posee tarifas notoriamente superiores, en más de un 100%. Como ejemplo de ello indica que, a raíz del pedido de presupuesto para la contratación de cinco páginas de publicidad, aquélla no ofreció descuento alguno por volumen, en tanto la competencia —es decir el diario "La Mañana del Sur"— ofertó un descuento del 25%.

También —señala— se ponderó la aplicación extensiva y coherente del espíritu del "compre neuquino" instaurado por la actual gestión de gobierno por medio de convenios y decretos, como, por ejemplo, el 2700/00.

Apunta que diversas normas provinciales prevén las pautas para las publicaciones legales exigidas, entre ellas la ley 1284, el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial (aprobado por la ley 1036), el Código Procesal Administrativo (aprobado por la ley 1305), la ley de viviendas (2021), la ley de contrataciones públicas (2141), y los decretos 108/72 y 1132/79, y que todas ellas exigen —como mínimo— la publicidad en el boletín oficial y en un diario de los de mayor circulación en la provincia.

Pone de relieve que la publicidad varía año a año y que el diario "Río Negro" incrementó la venta de publicidad proveniente de diversos organismos provinciales.

Subraya que no existió privación ni cese total de publicidad, ya que en el período comprendido entre diciembre de 2002 y abril de 2003 se libraron órdenes de compra para el referido diario por aproximadamente $ 49.000.

Agrega que existe una imposibilidad fáctica para el mantenimiento de pautas publicitarias concretas, ya que ellas responden a las necesidades reales de información; en tal sentido, puntualiza que acceder lisa y llanamente a la pretensión implicaría el absurdo jurídico de privilegiar la ecuación económica-financiera de la empresa periodística en perjuicio de los intereses estatales.

Destaca que el derecho a la libre expresión no asegura el acceso irrestricto a una información gubernamental retribuida y que no cabe comprometer un ingreso financiero que evite los riesgos propios de la actividad del empresario periodístico; a lo que añade que los aspectos puramente económicos de la actividad están relacionados con las reglas del mercado y las leyes aplicables a los negocios en general. En la misma línea de ideas, dice que no puede obligarse a uno de los clientes de una empresa a mantener una contratación con fundamento en que, de lo contrario, ella no sería rentable y correría el riesgo de cesar en su actividad. Dicha pretensión, asegura, resulta absolutamente inatendible en el caso de clientes particulares y, también, cuando se trata del Estado. En el presente caso —advierte— no se trata de la rescisión o incumplimiento contractual por parte del Estado, sino que simplemente concurre la fluctuación de las pautas de publicidad oficial.

Con relación al Banco de la Provincia del Neuquén y a la Lotería provincial, alega, por un lado, que ambos son entes con personalidad jurídica propia y, por el otro, que los datos aportados en la demanda demuestran de manera irrefutable que la disminución de la contratación es de origen anterior y ninguna vinculación tiene con las circunstancias que invoca la contraparte.

Cita en apoyo de su posición la doctrina del precedente de Fallos: 320:1191.

III. El señor Procurador General de la Nación dictaminó en sentido de rechazar la demanda (fs. 615/624).

Considerando:

1º) Que tal como lo ha dictaminado el señor Procurador General sustituto (fs. 20/20 vta.), el presente juicio es de la competencia originaria de esta Corte (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que la cuestión sometida a decisión del Tribunal radica en determinar si la Provincia del Neuquén redujo sustancialmente la publicidad oficial en el diario "Río Negro" a partir de diciembre de 2002 —hasta llegar a interrumpirla en enero de 2003— como consecuencia de

noticias publicadas por el diario demandante y —de ser ello así— si dicha conducta gubernamental resulta discriminatoria y viola la libertad de prensa tutelada en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional.

3º) Que el supuesto de hecho consistente en que la Provincia del Neuquén redujo sustancialmente la publicidad oficial en el diario "Río Negro" en diciembre de 2002, la suprimió en enero de 2003 y la volvió a otorgar a partir del 15 de febrero de 2003 se encuentra probado.

La reducción de publicidad oficial en el diario de la actora, el aumento para la competencia y la supresión de publicidad oficial durante el mes de enero de 2003, surge del cuadro comparativo de los años 2000, 2001, 2002 y 2003 respecto de la publicidad oficial contratada con aquel diario y con "La Mañana del Sur" (fs. 86/87), de las copias de contratación de dicha publicidad acompañados por la propia demandada (fs. 88/96) y del informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986 (ver fs. 127 vta./128).

En efecto, de la cuarta columna del cuadro de fs. 86 se extrae que el diario Río Negro recibió entre enero y abril de 2003 publicidad oficial de Jefatura de Gabinete ($ 2.395,80), de la Secretaría de Estado de Educación ($ 42.198,75) y de la Fiscalía ($ 556,60). Si se cotejan estos datos con las órdenes de compra de fs. 93 a 96 se concluye que dicha publicidad oficial fue contratada en los meses de febrero, marzo y abril de 2003.

De aquí se sigue que se puede afirmar sin hesitación que durante el mes de enero el diario "Río Negro" no recibió publicidad oficial la que recién fue retomada a partir del 15 de febrero de 2003, es decir, algunos días después de la promoción de la demanda que aquí se examina (23 de enero de 2003; ver cargo de fs. 16 vta.).

Cabe señalar, que la demandada argumenta que, ante dicha reanudación, resulta inoficioso un pronunciamiento judicial. Tal planteo resulta inadmisible en tanto lo que aquí se discute es si el Estado provincial puede quitar la publicidad oficial en forma abrupta ante una noticia periodística que le parece inconveniente, para volver a darla cuando cese esa situación, según su puro arbitrio, o si, por el contrario, tal discrecionalidad se encuentra limitada por razones constitucionales.

4º) Que una vez acreditado que el Estado demandado contrató publicidad oficial con el diario actor, la interrumpió y la volvió a conceder después de promovida esta acción, corresponde determinar si esa conducta importó discriminar al actor generando una lesión a la libertad de prensa. En este sentido, y para descartar dicha afectación, se debe examinar si existió un motivo razonable para adoptar dicha conducta. A tales efectos, —y conforme surge del voto en disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en la causa "Emisiones Platenses S.A." (Fallos: 320:1191)— es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial.

Al respecto, cabe señalar que no existe un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial. Sin embargo, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables. Así, los criterios no serían ilegítimos cuando "La necesidad de selección se relaciona con la necesidad de que los funcionarios del Estado establezcan una diferenciación entre una serie de medios de comunicación dentro de una categoría". "Para adoptar esas decisiones de acuerdo con los principios de la libertad de expresión, las mismas deben estar basadas en criterios 'sustancialmente relacionados' con el propósito descrito y que debe ser neutro en relación con los puntos de vista del medio" (Punto

11 del Informe Anual 2003 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp).

Por lo demás, no sólo debe evitar el gobierno acciones intencional o exclusivamente orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa, sino también aquellas que llegan a idéntico resultado de manera indirecta.

Los actos indirectos son, en particular, aquellos que se valen de medios económicos para limitar la expresión de las ideas. Esta Corte ha señalado la influencia del factor económico en la prensa actual, ya que "Los medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas" (Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert). La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su art. 13, inc. 3º, que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

Por lo tanto, la distribución de publicidad estatal puede ser utilizada como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión, obstruyendo este derecho de manera indirecta (conf. Punto 13 del Informe mencionado).

5º) Que, conforme a los principios expuestos, corresponde examinar los argumentos desarrollados por la provincia demandada para justificar su conducta los que pueden resumirse del siguiente modo: (1) el "compre neuquino"; (2) la inexistencia de una obligación de proporcionar publicidad oficial a diarios como el actor y (3) la adopción de medidas para reducir el gasto público.

6º) Que con respecto al "compre neuquino" implementado en el decreto 2700/00, existen diversas razones que impiden atender este argumento.

En primer lugar, el referido decreto no contempla el específico supuesto de la contratación de publicidad oficial con los medios gráficos de comunicación, sino que su pretendida aplicación por la provincia —por no tener el diario actor domicilio real en ella— parte únicamente de una interpretación de sus previsiones. En efecto, el decreto creó un "Programa de apoyo a la actividad de las pymes neuquinas", en beneficio de "productores, contratistas profesionales y técnicos neuquinos" que tengan domicilio real en la provincia demandada. Sin embargo, dicho "programa" no regula el supuesto en examen, por lo que resultaría inconveniente aplicar sus disposiciones en un ámbito material ajeno.

En segundo lugar, si, por vía de hipótesis, se considerase que el decreto es aplicable, existen dos razones más que avalan aquella conclusión.

Por un lado, si bien es cierto que —según jurisprudencia pacífica de esta Corte— nadie tiene derecho al mantenimiento de un régimen normativo, no puede desconocerse que dicho decreto fue dictado el 14 de diciembre de 2000 y sólo fue aplicado al diario actor a partir de diciembre de 2002, es decir, dos años después de su entrada en vigencia, en fecha coincidente con los sucesos alegados en la demanda como origen de la reducción y supresión de la publicidad oficial en el diario "Río Negro". En otros términos, **resulta —al menos— llamativo que**

un decreto que entró en vigencia en el año 2000 haya sido recién aplicado al actor dos años después y en forma contemporánea a la fecha en que el diario publicó la denuncia referida.

Por otro lado se advierte que, a pesar de la invocación del decreto 2700/00 la provincia demandada, a partir de febrero de 2003, y hasta el presente, ha continuado la contratación y la oferta de publicidad oficial con el diario editado por la actora —sin que ésta cuente con la medida cautelar que fue solicitada en la demanda—, lo que importaría dejar de lado dicha norma y ponerse en contradicción con su conducta inmediata anterior (Fallos: 313:367; 315:1738 y 316: 1802, entre otros). La teoría de los actos propios hace, pues, que el argumento en examen pierda toda eficacia.

7º) Que con relación al segundo argumento referido a la inexistencia de una obligación de proporcionar publicidad oficial a diarios como el actor, la provincia señala que, si bien la publicidad de los actos oficiales la obliga a publicarlos en el boletín oficial y en un diario de gran circulación, no le impone, en cambio, hacerlo con otros medios gráficos.

Tampoco este razonamiento tiene consistencia.

En efecto, la obligación que, según sus leyes, tiene la demandada en el sentido invocado, no cierra el camino a la publicación en otro de los diarios de mayor circulación provincial y deja abierta esa posibilidad; la cual, como no ha sido discutido, fue concretada por la provincia durante los años 2000, 2001 y 2002 —hasta el mes de diciembre— con los diarios "Río Negro" y "La Mañana del Sur" de un modo parejo.

Además, como se vio en el considerando precedente, es la propia demandada la que retomó a partir de febrero de 2003 la contratación oficial con el diario "Río Negro", conducta que, también, tiene encuadramiento en la doctrina de los actos propios y deja sin sustento el razonamiento postulado por aquélla.

8º) Que la provincia señala como tercer argumento para justificar su conducta la necesidad de adoptar diversas medidas de estricta contención del gasto público en orden a reducir el déficit estructural y la inconveniencia de pagar tarifas más caras como las que pretendía cobrar el diario actor.

Al respecto, cabe señalar que la provincia demandada no ha logrado probar que las diferencias entre las tarifas que presentaron los diarios "Río Negro" y "La Mañana del Sur" tengan la entidad que le atribuye para justificar la conducta cuestionada por la actora.

Los cuadros adjuntados muestran, efectivamente, una diferencia entre las tarifas que cobraban los dos diarios. Empero, cabe advertir, que las tarifas contenidas en dichos cuadros corresponden a períodos distintos (fs. 112/115, 340 y 343), con la imprecisión que ello provoca en la pretendida comparación.

9º) Que, por lo demás, el comportamiento de la Provincia del Neuquén configura un supuesto de presión que lejos de preservar la integridad del debate público lo puso en riesgo, afectando injustificadamente, de un modo indirecto, la libertad de prensa y el legítimo interés que el diario "Río Negro" y sus lectores tienen en el comportamiento de los funcionarios políticos de dicha provincia en el ejercicio de sus funciones.

Tal como se manifestó *ut supra* el gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas

que llegan indirectamente a ese resultado. Es decir, basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación a dicha libertad. Es por ello, que no resulta necesario la asfixia económica o quiebre del diario, supuesto que, por otro lado, se configuraría en casos de excepción. Por lo demás, la afectación económica debe examinarse no sólo en relación a la pérdida por no recibir publicidad oficial, sino también por la disminución en la venta de diarios en tanto muchos lectores se verán obligados a informarse por otros medios acerca de la gestión pública.

10) Que es deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que "la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre" (caso "La colegiación obligatoria de periodistas", Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A Nº 5, párr. 69). Asimismo destacó que "la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente" (caso "La última tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros]", sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C Nº 73, párr. 65), y que los medios de comunicación en una sociedad democrática son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (caso "Ivcher Bronstein vs. Perú", sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C no. 74, párr. 149). Y también sostuvo que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social. Dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (casos "La colegiación obligatoria de periodistas"; "La última tentación de Cristo"; "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, serie C Nº 107, párr. 108).

En la misma línea de pensamiento, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que "la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática" (caso "Lingens vs. Austria", sentencia del 8 de julio de 1986, serie A Nº 103, párr. 42).

11) Que, por todo lo expuesto, cabe concluir:

a) Existencia de supresión y reducción sustancial de la publicidad oficial. En el caso existe evidencia de que el Estado provincial contrató publicidad oficial con el diario actor, la interrumpió y la volvió a otorgar después de promovida esta acción. No cabe duda alguna de que se configuró un supuesto de supresión temporaria y, luego, de un retorno a la contratación con reducción sustancial de la publicidad que antes se le suministraba.

b) Ausencia de motivos razonables cuya existencia debe ser probada por el Estado. El pleno ejercicio de las libertades es la regla en un Estado de Derecho, mientras que toda limitación de ellas es de interpretación restrictiva. En consecuencia, quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique. Por ello, en este caso es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de

motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial, lo que, como se dijo, no ha ocurrido.

c) Ejercicio irrazonable de facultades discrecionales. Existe una supresión temporaria y una reducción sustancial sin causa justificada y, además, evidencia sobre el ejercicio irrazonable de facultades discrecionales. Para tener por acreditado este hecho es suficiente la ausencia de medios económicos en grado suficiente para poner al medio de comunicación en desventaja con otros competidores de similar envergadura o bien para colocarlo en una dificultad seria de dar a conocer sus ideas. No es imprescindible la acreditación de una intención dolosa, o un ánimo persecutorio o discriminatorio, ni tampoco la existencia de una situación de asfixia económica.

d) No puede afirmarse la existencia de un derecho a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial.

e) Existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones.

Por tanto, la presente demanda habrá de ser admitida, condenando a la Provincia del Neuquén a que las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas. No obstante, las modalidades de ejecución deberán diferir necesariamente de las usuales. En tales condiciones, corresponderá que la Provincia del Neuquén presente en el término de 30 días un esquema —con el grado de elasticidad que la cuestión requiere— de distribución de publicación de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informa la presente decisión.

Por lo expuesto, y oído el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: Hacer lugar a la demanda en los términos que surgen del párrafo anterior. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, archívese. RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT *(según su voto)* — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI *(en disidencia)* — JUAN CARLOS MAQUEDA *(en disidencia)* — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY *(en disidencia)*.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la presente causa es de la competencia originaria de esta Corte (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que los términos en que ha quedado planteada la cuestión a decidir resultan de los apartados primero a sexto del dictamen del señor Procurador General, al que corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias.

3º) Que, en tales condiciones, se encuentra fuera de discusión que en la publicidad oficial de la Provincia del Neuquén no se asigna —a partir del mes de enero del año 2003— participación alguna a uno de los diarios de mayor circulación en ese Estado local como es el diario "Río Negro". No es óbice para esta conclusión la circunstancia apuntada en las presentaciones de fs. 203 y 331. Es que si bien es cierto que las sentencias de este Tribunal deben atender —según reiterada doctrina de innecesaria cita— a la situación de hecho existente en el momento de su dictado, las características singulares de esta causa requieren —no obstante las circunstancias apuntadas— de una decisión judicial que se pronuncie en orden a la existencia de una verdadera obligación estatal de distribuir publicidad oficial conforme a pautas generales respetuosas de la libertad de expresión o, dicho en otros términos, a la inexistencia de facultades discrecionales al respecto. Si entendiéramos que el haber reanudado la publicación de publicidad oficial en el diario "Río Negro" tuviera el efecto de volver abstracta la cuestión a decidir, estaríamos partiendo de una base que es justamente la que se encuentra en crisis en autos, esto es, la discrecionalidad estatal sobre el punto.

4º) Que esta Corte está llamada a decidir, como se indicó, si el comportamiento de la provincia demandada es consistente con la libertad que proclama el art. 14 de la Ley Fundamental y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). En este sentido, y tal como lo ha recordado el Tribunal en Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica" (Fallos: 248:291, considerando 25); que "esta Corte participa del criterio admitido por el derecho norteamericano, con arreglo al cual la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa en los términos del art. 14. Basta para ello referirse a lo establecido con amplitud en los arts. 32 y 33 de la Constitución Nacional y a una razonable interpretación del propio art. 14" (Fallos: 257:308, considerando 8º) y que la protección constitucional "debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales" (Fallos: 257:308, cit., considerando 10 y 308:789, voto de la mayoría, considerando 9º, primera parte). En el mismo sentido puede hoy agregarse que según lo dispone el art. 4 de la Carta Democrática Interamericana adoptada por la Asamblea General de la O.E.A. en su vigésimo octavo período extraordinario de sesiones, el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú, "[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa".

5º) Que en esa ocasión señaló igualmente que la concepción clásica de la libertad de prensa reprodujo los caracteres generales de la libertad de la época liberal y, como ellas, es negativa; la abstención gubernamental, por su sola virtud, garantiza aquélla. Seguramente, esta concepción no se halla perimida; pero, aunque válida para los tiempos de la *presse à bras*, del diario caro y de los lectores bastante poco numerosos, se adapta mal a la prensa contemporánea. Ello es el producto de una evolución que ha modificado las nociones de la libertad (Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, 12va. ed., París, 1961, pág. 206).

Las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances

de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidas en términos estrictamente individuales (Fallos: 306:1892, considerando 7º). Estas mutaciones ocurridas en el siglo pasado, han dado a la prensa una fisonomía en cierto modo antes insospechada. Los medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas. "La prensa ha seguido el movimiento que, de la empresa artesanal, ha desembocado en la sociedad capitalista" (Georges Burdeau, op. cit., pág. 206).

6º) Que, por ello, se sostuvo en el citado precedente de Fallos: 320:1191 que es clara entonces la importancia que cabe asignar a la estructura económica de la información, ya que la capacidad financiera se corresponde con el grado de independencia y eficacia de la prensa. Cuando la empresa periodística dispone de recursos financieros y técnicos puede cumplir sin condicionamientos externos los servicios de información y de crónica. Cuando no es así por reducción del número de lectores, disminución de la publicidad privada y reducción o falta de avisos oficiales y el incremento de los gastos fijos, la inseguridad económica afecta a la actividad periodística, la que debe optar por mantener su integridad e independencia en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno.

7º) Que una de las referidas circunstancias se plantea en el caso, como ocurrió en el de Fallos: 320:1191. Así, la actora le imputa a la demandada privarla de la publicidad oficial que sólo encauza en favor del otro diario de "tirada" local; ***proceder que ésta justifica en la inexistencia de normas que establezcan criterios de selección y proporcionalidad en la materia***, extremo que como habrá de verse no es obstáculo para la procedencia de la demanda como parece afirmarlo el señor Procurador General.

8º) Que, en efecto, la "Declaración Hemisférica sobre Libertad de Expresión" dada en la ciudad de Chapultepec el 11 de marzo de 1994 —tras afirmar que "no hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa", que "las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público" y que "la censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa" (principio quinto)— proclama un principio de singular gravitación para el caso: "la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas" (principio séptimo).

9º) Que persigue análoga finalidad la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que, según dispone el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, debe entenderse complementaria de los derechos y garantías consagrados por ésta en su primera parte, entre otros, claro está, la libertad de prensa— que en su art. 13, inc. 3º, al establecer que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

10) Que lo expuesto coloca al descubierto la relevancia que cabe asignar a la publicidad oficial en la vida de la prensa, las condiciones a las que debe sujetarse su difusión entre los distintos medios y los usos desviados a que puede dar lugar su distribución. En rigor, no son sino aspectos de un problema más amplio y que históricamente ha sido considerado uno de los peligros más amenazantes de la libertad de prensa: su estrangulación financiera (Jean Morange, *Les libertés publiques*, Paris, P.U.F., 1979, cap. II, 2, 4).

11) Que es procedente afirmar en autos como lo hizo el Tribunal en Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, que es un hecho notorio que los diarios, para poder hacer frente a los gastos que demanda su edición, acuden a la publicidad. Para la mayoría, ésta representa una parte importante de sus recursos pero, habiéndose convertido en su fuente de subsistencia, ha generado una situación poco favorable a la independencia de los redactores (Jean Rivero, *L'Opinion publique*, Paris, P.U.F., 1957, pág. 116). Si esto es así con relación a la publicidad proveniente del sector privado, sujeta a las reglas del libre mercado, la cuestión no es menos crítica cuando aquélla procede del ámbito estatal y está ligada a la discreción de un solo órgano.

12) Que el caso en examen se vincula —como otras formas susceptibles de ocasionar autocensura— con la necesidad de preservar el discurso de toda cortapisa.

Está fuera de discusión que no existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad. Sin embargo, cuando es el Estado quien asigna esos recursos de forma discriminatoria, se viola el derecho fundamental a la libre expresión. Y ello es así porque la publicidad estatal puede ser tan fundamental para el funcionamiento de un medio de comunicación que la negativa a asignársela tenga un impacto tan adverso que equivalga a una **multa o a una "condena de cárcel"** (ver en este sentido Informe Anual 2003 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión —Comisión Interamericana de Derechos Humanos— "Violaciones Indirectas de la Libertad De Expresión. Asignación discriminatoria de la publicidad oficial", ap. 12).

Si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente, que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo; si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio —la publicidad oficial ha sido considerada como imperiosamente necesaria para los medios (ver Informe Anual 2003 antes citado)—, no es aventurado sostener que unos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla. Esto, claro está, no es consistente con la amplia protección de que goza la libertad de prensa y el derecho del público a recibir información que en nuestro ordenamiento no admite un condicionamiento de esta especie. Se trata como se ha señalado de un hostigamiento diferente, pero con el mismo propósito que otro tipo de presiones inaceptables sobre los medios de comunicación, esto es, reprimir el pluralismo y el debate abierto sobre temas de interés para los ciudadanos (ver la Declaración conjunta de los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la OEA y el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación de Europa para la libertad de los medios de comunicación, dada en Londres el 26 de noviembre de 1999).

13) Que como lo sostuvo esta Corte en Fallos: 320: 1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, por otra parte, mal puede afirmarse que el silencio del legislador en punto a establecer pautas para la elección de los periódicos destinatarios de la propaganda oficial, derive en una suerte de facultad ilimitada del Estado local. Frente a la existencia de dos diarios de circulación en la provincia, la demandada no ha podido entregarla exclusivamente a uno

de ellos invocando un supuesto principio de eficacia o economía, mucho más si se tiene en cuenta la diferencia que resulta de la documentación agregada a estos autos. ***La preferencia del Estado provincial —llamada a tener decisiva influencia en un mercado bipartito— le imponía acreditar la existencia de motivos suficientes que la justificasen***.

14) Que, en estas condiciones, no puede admitirse el recurso a explicaciones tales como "aspectos puramente económicos" o "las reglas de mercado y...a las leyes aplicables a los negocios...". En efecto, si —como se expuso— los poderes tributarios sean nacionales, provinciales o municipales cuando recaen, directa o indirectamente, sobre las empresas periodísticas encuentran una fuerte limitación a fin de preservar de toda amenaza la actividad que desarrollan, tratándose de la libertad de contratar y de los aspectos económicos a ésta vinculados, resulta exigible pareja restricción a fin de procurar que, no ya la percepción sino la distribución de fondos que integran el erario público, se empleen de modo compatible con la libertad de prensa.

15) Que no empece la solución del caso —de igual modo al que este Tribunal señaló en Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert—, que la actora haya fundado su pretensión más en la violación a los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional que en el 16 o, que no haya acreditado, debidamente, que la demandada al obrar como lo hace obedezca a algún propósito persecutorio. En primer lugar porque no es técnicamente necesario acudir ni invocar aquel último en tanto que todo caso de libertad de prensa posee un contenido de igualdad propio (Rodney A. Smolla, *Free speech in an open society*, New York, Alfred A. Knopf, 1992, pág. 233) o, lo que es igual, los reclamos fundados en la libertad de prensa se encuentran claramente entrelazados con los intereses tutelados por la garantía de la igualdad y autorizan, por tanto, su estudio desde la perspectiva de aquélla ("*Arkansas Writers'Project, Inc.*", 481 U.S. 221, pág. 227, nota 3). En segundo término, la intención ilícita no es condición *sine qua non* para que se configure una violación a la libertad de prensa ("*Arkansas Writers'Project, Inc.*", cit., pág. 228). De este modo, es irrelevante que el ánimo con que haya actuado la provincia en orden a la eventual discriminación de la actora en razón de sus ideas o posiciones críticas respecto de las autoridades locales y, por tanto, su demostración. El Poder Judicial debe examinar la actitud estatal sin tener en cuenta el motivo de esa actitud, sino atendiendo a la determinación cuidadosa del efecto global de la regulación estatal sobre el debate público (cfr. Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, pág. 15 y sgtes, especialmente pág. 38, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999). A efectos de acordar la protección que deriva de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, es suficiente con que resulte un tratamiento desparejo y que éste no se encuentre debidamente justificado, tal como se verifica en la especie.

16) Que resta añadir —transcribiendo una vez más lo decidido en Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert— que la moderna práctica constitucional ha advertido que los perjuicios y atentados a la libertad de prensa hallan orígenes diversos. Pueden desprenderse no sólo de violaciones groseras al derecho de expresar las ideas por ese medio, sino también de perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas, como la manipulación de las materias primas para las publicaciones, la limitación del acceso a las fuentes de información, la creación de monopolios estatales o privados en el área, el acorralamiento impositivo o, en fin, mediante el manejo discrecional en la entrega de la publicidad oficial. Cada una de éstas minan las bases sobre las que asienta la prensa, que sigue siendo condición necesaria para un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad del gobierno y que actúa, en la práctica, como un medio de control de las instituciones y sus hombres y rinde un servicio de inestimable valor afianzando la salud del sistema y las instituciones republicanas. Similares

argumentos sustentan la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (ver especialmente principio nº 13).

17) Que no admite controversia, entonces, que aquélla debe ser preservada, con igual energía, de una y otra clase de atentados, pues es también claro que el Estado no puede lograr indirectamente aquello que le está vedado hacer directamente. En consecuencia, la negativa de la Provincia del Neuquén a otorgar al diario "Río Negro" —de circulación en la provincia— publicidad oficial, conculca la libertad de prensa amparada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, motivo por el cual corresponde ordenarle que cese en aquélla y que, las futuras publicaciones, sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones antes expuestas.

18) Que, desde luego, esta decisión no importa avanzar sobre las facultades reservadas de la provincia en orden a su gobierno (arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional). Es por demás evidente que resultaría deseable que la propia provincia demandada regulara esta importante cuestión de un modo compatible con el respeto a la libertad de expresión en los términos en que ha sido definida en este pronunciamiento.

Por tanto, la presente demanda habrá de ser admitida, condenando a la Provincia del Neuquén a que las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas. No obstante, las modalidades de ejecución deberán diferir necesariamente de las usuales. En tales condiciones, corresponderá que la Provincia del Neuquén presente en el término de treinta (30) días un esquema —con el grado de elasticidad que la cuestión requiere— de distribución de publicación de su publicidad, respetuoso de los términos y principios que informan la presente decisión.

Por lo expuesto y oído el señor Procurador General, se resuelve: Hacer lugar a la demanda en los términos que resultan del considerando precedente. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, archívese. CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que la presente causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que la Editorial Río Negro S.A., con domicilio en la ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, promueve acción de amparo —en su carácter de editora del diario "Río Negro"— contra la Provincia del Neuquén, a fin de que "*se le imponga el cese de la arbitraria decisión de privar a mi cliente y sus lectores de la publicidad oficial de los actos de Gobierno de esa Provincia y restituya la distribución de la publicidad oficial que se atribuía normalmente a mi mandante para su publicación en el diario Río Negro*" (fs. 4).

Relata la actora que el 7 de diciembre de 2002 el diputado provincial de la Provincia del Neuquén, señor Jorge Taylor, convocó a una conferencia de prensa en un estudio jurídico ubicado en la Ciudad de Buenos Aires. Durante su transcurso denunció que el vicepresidente primero de la legislatura neuquina le había ofrecido un crédito del Instituto Autárquico de Desarrollo Productivo a cambio de que diera quórum para permitir el tratamiento de las ternas propuestas por el gobernador del Neuquén, Jorge Sobisch, para completar el Tribunal Superior de

esa provincia. El diario "Río Negro" difundió —como lo hicieron otros medios de prensa— lo relativo a esa grave denuncia y luego se ocupó de las repercusiones del tema, recogiendo todas las manifestaciones, incluso las de los propios denunciados cuando quisieron hacerlas.

La demandante señala que, después de algunos días de silencio, el gobernador de la Provincia del Neuquén definió como estrategia atacar y desprestigiar al diario "Río Negro". Destaca que "*el cese de la publicidad oficial no es más que la contraparte económica de las agresiones verbales impulsadas por altos funcionarios neuquinos*" (fs. 6). Después de transcribir algunas de esas declaraciones, afirma que el gobernador neuquino "*dispuso o admitió, que para el caso es lo mismo, castigar a Río Negro, privándola totalmente de la publicidad oficial*" (fs. 7/7 vta.). La publicidad gráfica se dirigió entonces, exclusivamente al diario "La Mañana del Sur". Afirma que hay una notoria relación de causalidad entre la publicación de la información antes mencionada y la merma de la publicidad oficial. Agrega que es discriminatoria la afirmación de algún funcionario de la mencionada provincia, en el sentido de que, a partir de aquel momento, se destinaría el presupuesto de publicidad al diario "*de*" Neuquén (aludiendo a "La Mañana del Sur") y subraya que "Río Negro" es tan neuquino como cualquier empresa de esa provincia puesto que es, de hecho, el medio de prensa de mayor circulación en Neuquén.

Termina citando los principios y normas —relativos a la libertad de expresión— que resultan violados cuando la publicidad oficial se usa como "sanción" a un periódico que molesta a la administración pública.

3º) Que a fs. 121/137 se presenta la Provincia del Neuquén haciendo el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986 y pidiendo el rechazo de la demanda, con costas. Después de negar todos los hechos que no son reconocidos expresamente, señala que las pautas adoptadas para la publicidad contratada de los actos de gobierno o institucionales responden a reglamentaciones normativas expresas y criterios objetivos basados en el interés público, de acuerdo a la cobertura de los distintos medios periodísticos existentes.

Indica que, a partir del decreto 1415/02, se ha dado una nueva estructura orgánica al área de la comunicación, aplicando nuevas pautas (de comunicación y publicitarias) que tienden a diversos fines. Ellos son, por ejemplo, diseñar mejor los objetivos perseguidos, coordinar los mensajes de las distintas dependencias, afianzar el sentido de pertenencia a través de la implementación de un mensaje integrador recurrente, seleccionar adecuadamente los soportes comunicativos a utilizar en cada acción en base a sus características, seleccionar el medio a contratar en virtud de su alcance, segmento objetivo y costo/beneficio; en suma, lograr en la materia una más eficiente aplicación de los recursos económicos.

Reseña diversas normas provinciales y destaca que éstas exigen, como mínimo, la publicidad en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor circulación en la provincia. Sobre esa base, desde un punto de vista netamente técnico, resulta redundante e ineficiente la multiplicidad de contratación en dicho formato, lo que no excluye que, cuando el carácter de la información y la necesidad de más amplia cobertura lo exijan, se haga publicidad en más diarios. Una vez detectada la posibilidad concreta de redistribuir los recursos financieros y volcarlos hacia acciones comunicacionales más efectivas, en soportes masivos más idóneos, se procede a seleccionar el medio gráfico a contratar a través de parámetros objetivos de valoración del costo/beneficio. La eficiencia del gasto depende —entre otros aspectos— de las tarifas aplicadas por cada empresa periodística y de la disponibilidad de descuentos o bonificaciones. Este parámetro ha sido esencial para definir las contrataciones, ya que existen diferencias apreciables en los cuadros tarifarios de los diarios regionales de mayor circulación. También se

ponderó la predisposición a efectuar descuentos por volumen y la aplicación extensiva y coherente del espíritu del "compre neuquino", llevado adelante a través de convenios y decretos como el 2700/00. Aduce que la empresa accionante posee tarifas más elevadas y no suele hacer descuentos por volumen.

Se apunta la improcedencia de incluir en la demanda reclamos por la actitud comercial tomada —en el tema publicidad— por el Banco de la Provincia del Neuquén S.A., que es una sociedad anónima, y por la Lotería La Neuquina, ente autárquico. Ambos entes tienen personalidad jurídica propia y definen independientemente sus pautas publicitarias. Por otro lado, el gasto publicitario de ambos es notoriamente superior al de cualquier organismo centralizado.

Termina señalando que no existió jamás la privación total que la actora alega; que no hay ninguna prueba de la intención que aquélla atribuye al ejecutivo provincial; que la actora es vecina de otra provincia; que no ha sufrido grave perjuicio económico; que el periódico "Río Negro" carece de derecho a que se le mantengan de modo constante ciertas pautas publicitarias en algún momento aplicadas y que, por fin, en el presente caso "*no se presenta una situación de rescisión o incumplimiento contractual por parte del Estado, simplemente concurre la fluctuación de las pautas de publicidad oficial*" (fs. 135 vta.).

4º) Que, con posterioridad, existieron diversas presentaciones de la demandada, que acompañó constancias de contratación de publicidad en el diario "Río Negro". La actora consideró —por una parte— que esa publicidad era sensiblemente inferior a la que antes se le otorgaba y —por la otra— que eran intentos de la provincia para quitarle actualidad al reclamo concretado en la demanda. Por último, la demandada adujo (fs. 686/690 y 708/710) que la actora se negaba, a partir de un momento dado, a contratar publicidad oficial que la provincia le ofrecía.

5º) Que, abordando ya el fondo del asunto, esta Corte hace suya la doctrina expresada en la disidencia de la causa "*Emisiones Platenses S.A.*", **Fallos:** 320:1191, 1209, sentencia del 12 de junio de 1997, (disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert). Según se consigna en el considerando 8º de esta última, en esos autos se consideró probado que en una ciudad (La Plata) se publicaban exclusivamente dos periódicos, que la publicidad oficial de la comuna se adjudicaba, en su totalidad, sólo a uno de ellos y que la editora del otro había realizado gestiones infructuosas para que se le diera parte de aquella publicidad, sin alcanzar resultado favorable alguno.

Sobre esa base fáctica, los jueces disidentes entendieron que la negativa de la Municipalidad de La Plata a otorgar publicidad oficial a uno de los dos periódicos editados en esa ciudad, conculcaba la libertad de prensa amparada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional (fallo cit., considerando 25).

Para arribar a esa conclusión, puntualizaron que "Cuando la empresa periodística dispone de recursos financieros y técnicos, puede cumplir sin condicionamientos externos los servicios de información y de crónica. Cuando no es así, por reducción del número de lectores, disminución de la publicidad privada y reducción o falta de avisos oficiales y el incremento de los gastos fijos, la inseguridad económica afecta a la actividad periodística, la que debe optar por mantener su integridad e independencia en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno" (considerando 12 de la mencionada disidencia). En ese juicio se presentaba una de las señaladas circunstancias pues la publicidad oficial se encauzaba sólo a favor de uno de los

dos diarios locales, a pesar de que el otro periódico tenía una venta que oscilaba en torno a los 10.000 ejemplares diarios (disidencia cit., considerandos 13 y 21).

Es necesario "preservar el discurso de toda cortapisa. Si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente, que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo; si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio, no es aventurado sostener que unos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla. Esto, claro está, no es consistente con la amplia protección de que goza la libertad de prensa en nuestro ordenamiento..." (disidencia cit., considerando 20). Antes se había recordado que uno de los peligros más amenazantes de la libertad de prensa era su estrangulación financiera (loc. cit., considerando 17).

Los allí disidentes subrayaron que "la preferencia de la comuna —llamada a tener decisiva influencia en un mercado bipartito— le imponía acreditar la existencia de motivos suficientes que la justificasen (loc cit., considerando 21). No es necesario probar una intención ilícita en los gobernantes que distribuyen la publicidad oficial: "es suficiente con que resulte un tratamiento desparejo y que éste no se encuentre debidamente justificado" (loc. cit., considerando 23).

En suma, que se trata de la necesidad de evitar la autocensura y, por lo tanto, no desalentar el valor de la crítica o limitar la variedad del debate público (loc. cit., considerando 19).

6º) Que la doctrina a que se alude en el considerando precedente exige, entre otros requisitos, que haya un tratamiento desparejo en materia de asignación de publicidad oficial, con relación a un determinado medio de comunicación. En segundo lugar, esa disparidad de trato debe producir efectos en la economía del aludido medio y éstos deben ser de una cierta entidad. Por fin, el actuar gubernamental debe ser injustificado.

Con respecto a cada uno de los requisitos, el *onus probandi* es distinto. Así, la desigualdad de trato publicitario y su impacto en la estabilidad económica de un determinado medio de prensa deben ser probados por la parte que los invoca en su favor. En cambio, la acreditación de causas justificadoras de la conducta del Estado corre por cuenta de este último.

En tanto la parte interesada haya ofrecido razones suficientemente persuasivas de que la restricción de publicidad estatal tiene entidad para distorsionar o restringir su libertad de prensa, la medida sólo podrá ser convalidada si se ajusta de manera sustancial a los fines invocados por el gobierno como justificación.

Además, en el caso de existir —en la jurisdicción de que se trate— normas infraconstitucionales que regulen el tema, éstas serán prioritarias para el juzgamiento de la cuestión, a condición, claro está, de que sean compatibles con la Ley Fundamental.

Por último, si se ha elegido —como en el caso— la vía del amparo, la *lesión, restricción, alteración o amenaza* que se produzca a la libertad de expresión reconocida en la Constitución Nacional, debe presentarse "*con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*" (conf. art. 43 de la Constitución Nacional).

7º) Que, a la luz de estos lineamientos, cabe concluir que, aun cuando pueda entenderse probada una reducción en la publicidad oficial que la demandada contrató con el diario "Río Negro" a partir de fines de 2002, no se ha demostrado que dicha disminución fuera apta para producir un deterioro en la estructura económico-financiera de la empresa periodística.

En primer lugar, porque, según la propia actora manifiesta en su escrito inicial (fs. 7), los ingresos provenientes de la publicidad oficial del gobierno de Neuquén han representado un porcentaje que no excede el 9% de sus ventas netas de publicidad (3,77%, 4,50% y 8,98% para los años 2000, 2001 y 2002, respectivamente).

Además, la misma actora se opuso, al acusar su caducidad, a la realización de la prueba pericial contable propuesta por la parte demandada, que podría haber arrojado luz sobre la magnitud del impacto económico que la decisión gubernamental pudo tener en las finanzas de la parte actora quien, no obstante, pretende apoyar su reclamo, justamente en ese perjuicio.

8º) Que la referida incertidumbre sobre la realidad y trascendencia del perjuicio económico sufrido por la empresa quita todo poder de convicción al argumento de que la merma en las compras de publicidad oficial decidida por la Provincia del Neuquén puso en peligro la independencia del periódico o condicionó su accionar. Por el contrario, los responsables del diario "Río Negro", en varias oportunidades, subrayaron la independencia de ese medio de prensa, destacando que —a diferencia de otros— no dependía del Estado provincial pues "*sus ingresos provienen fundamentalmente de sus lectores y sus anunciantes privados*" (fs. 120).

Consiguientemente, no puede darse por probado el requisito de la entidad del daño.

9º) Que las consideraciones precedentes son suficientes para rechazar la acción de amparo y relevan a la provincia demandada de cumplir con la carga de ofrecer otra justificación de su decisión que la mera invocación de un interés legítimo. Es oportuno, entonces, hacer mención de las razones expuestas por el gobierno provincial en su contestación para fundar la reducción mencionada *ut supra* en el considerando 7º.

En primer lugar está el hecho —por todos reconocido— de que el diario "Río Negro", editado por la actora, es una publicación llevada a cabo por una editorial que tiene su sede y domicilio en la ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, es decir, en una provincia distinta. Esto, sumado a que existen normativas neuquinas orientadas a promover el desarrollo de las PyMES (pequeñas y medianas empresas) que tienen domicilio real en la Provincia del Neuquén (conf., por ej., decreto 2700/00), puede justificar una orientación del flujo publicitario como la que revelan las constancias de fs. 86/87, reconocidas por ambas partes.

Por otro lado, también puede darse por acreditado —dentro de la magra prueba producida en el expediente— que existen constancias de que las tarifas del diario "La Mañana del Sur" son más económicas que las del "Río Negro" (conf. fs. 112/115) y que, además, el primero de los citados medios ofrece descuentos (por volumen de la publicidad) que no propone el segundo (conf. fs. 116/117).

Las circunstancias apuntadas resultan suficientes para justificar la conducta de la demandada —en materia de orientación de la publicidad oficial contratada— en un proceso como el amparo. En suma, no se ha acreditado la lesión constitucional que de modo ***manifiesto*** (conf. art. 43 de la Constitución Nacional) debe aparecer en juicios como el *sub lite*.

Por ello, oído el señor Procurador General, se rechaza la demanda, con costas en el orden causado, en atención a la naturaleza del caso y a que la actora pudo creerse con derecho a litigar como lo hacía (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Resulta:

I) Que Editorial Río Negro S.A. promovió acción de amparo contra el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén a fin de que se le imponga el cese de la arbitraria decisión de privar a su parte y a los lectores de esa provincia y para que se le restituya la distribución de esa publicidad que se atribuía normalmente para su publicación en el diario Río Negro.

Sostiene la competencia originaria de esta Corte en la circunstancia de que se trata de una demanda dirigida por una persona domiciliada en la Provincia de Río Negro contra el Poder Ejecutivo de otra provincia (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

La actora afirma que el diputado provincial de la Provincia del Neuquén Jorge Taylor convocó el 7 de diciembre de 2002 a una conferencia de prensa en el estudio "Moreno Ocampo & Wortman Jofre" para denunciar que el vicepresidente primero de la legislatura neuquina le había ofrecido la suma de $ 640.000 en un crédito del Instituto Autárquico de Desarrollo Productivo a cambio de que ese representante diera quórum para permitir el tratamiento de las ternas propuestas por Jorge Sobisch para completar el Tribunal Superior de Justicia de esa provincia con abogados de su confianza.

Según afirma, dicha noticia fue difundida por la actora en el diario Río Negro lo que motivó que el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén atacara y desprestigiara al denunciante Taylor y al periódico a pesar de que dicha noticia también había sido difundida en medios de alcance nacional y regional. La demandante sostiene que el cese de la publicidad dispuesta a partir de entonces fue "la contraparte económica" de las agresiones verbales impulsadas por altos funcionarios neuquinos que se expresaron públicamente contra el periódico, entre los cuales cita al diputado del Movimiento Popular Neuquino Julio Falleti, al ministro de gobierno Oscar Gutiérrez, al concejal Federico Brollo, al presidente del Banco Provincia del Neuquén Luis Manganaro y al gobernador Jorge Sobisch.

La demandante señala que las autoridades provinciales ejercieron un manejo discrecional de los fondos del gobierno provincial destinados a publicidad en los medios de comunicación social con el exclusivo objeto de silenciar la crítica política. En tal sentido, Editorial Río Negro S.A. destaca que la publicidad oficial de la Subsecretaría General de la Gobernación —Dirección General de Medios y Comunicación— Dirección de Difusión del Gobierno del Neuquén significó una participación de $ 369.535, $ 368.680 y $ 521.562 lo que representó correlativamente el 3,77%, 4,50% y 8,98% de la venta neta de publicidad del periódico para los años 2000, 2001 y 2002. Asimismo, la Lotería de la Provincia del Nequén participó en esos mismos años con $ 187.235, $ 180.000 y $ 146.132 respectivamente, mientras que el Banco de la Provincia del Neuquén aportó las sumas de $ 199.728, $ 74.587 y $ 23.447 para los años mencionados.

Asimismo, destaca, que la sanción económica implementada por la demandada se habría concretado a partir del mes de enero de 2003, fecha a partir de la cual la publicidad gráfica se dirigió exclusivamente hacia el diario La Mañana del Sur con lo que se demostraría una notoria relación de causalidad entre la publicación de la investigación periodística cuestionada y la merma de la publicidad oficial. Por otro lado, la Lotería Neuquina comunicó el 30 de diciembre de 2002 su decisión de interrumpir la publicidad en el Diario Río Negro mediante una nota en la que se afirmaba que se había "puesto oportunamente en conocimiento de esta situación a la Lotería de Río Negro, con la que se comparte tanto la pauta publicitaria como los costos

que la misma demanda, y a la que se propuso que ella continúe con la misma mientras que nuestra institución afronte los gastos en el diario de esta provincia".

Frente a ello, la actora manifiesta que "el 'Río Negro' es neuquino y que aun cuando el domicilio legal y la planta impresora están en la ciudad de General Roca, el 'Río Negro' es, por lejos, el diario de mayor circulación de Neuquén, vendiendo —según datos propios— el 80% de todos los diarios que se distribuyen en la provincia incluidos los nacionales".

La actora funda su derecho en un informe del Relator de la Comisión Americana de Derechos Humanos (Relatoría de Libertad de Expresión, Comunicado de Prensa 41/01, Washington, 26 de abril de 2001; en el caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC - 5/85 del 13 de noviembre de 1985; la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ivcher Bronstein contra Perú del 2 de febrero del 2001 y en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

II) Que la Provincia del Neuquén comparece a fs. 121/137 con el informe previsto por el art. 8 de la ley 16.986 y niega todo hecho afirmado en la demanda no reconocido de manera expresa y sostiene que el gobernador Sobisch se presentó espontáneamente ante la justicia competente para la investigación de los hechos denunciados habiéndose dictado sobreseimiento definitivo en la causa según decisión de la Cámara en lo Criminal Nº 1 del Neuquén mediante fallo del 21 de abril de 2003 en la causa caratulada "Fiscalía Delitos contra la Administración Pública s/ investigación de oficio".

Respecto del planteo del amparo, la demandada argumenta que las decisiones y pautas aplicadas para la publicidad contratada responden a reglamentaciones normativas expresadas y criterios objetivos basados en el interés público. En particular, destaca que el decreto provincial 764 del 13 de marzo de 1996 —única norma mencionada en la demanda— no se encuentra vigente y que se han dictado diversos decretos desde fines de 1999 que configuran el marco aplicable a la publicidad oficial. Tales disposiciones consisten en los decretos 50/99, 71/99 y 1875/99 a través de los cuales se procedió a suspender la publicidad oficial —exceptuando a los llamados "avisos de ley"— a fin de garantizar dentro de los preceptos constitucionales la publicidad de los actos de gobierno. Ante la crisis económica ocurrida en el año 2001, la demandada afirma haber elaborado un plan comunicacional para la difusión de las actividades oficiales que quedó condensado en el decreto 1415 del 21 de agosto de 2002 por el cual se modificó la estructura orgánico-funcional de la Subsecretaría General de la cual dependen la Dirección Provincial de Coordinación Técnica y la Dirección General de Información Pública creando un ámbito específico para su análisis y desarrollo mediante la Dirección General de Medios y Comunicaciones de la cual dependen, a su vez, la Dirección de Difusión y la de Medios (decretos 1459/02 y 1482/02).

La Provincia del Neuquén sostiene que tuvo en cuenta la obligatoriedad del Estado de publicar en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor circulación en la provincia como así también la circunstancia del reducido porcentaje de consumidores de medios gráficos que calculó en el 7% de la publicación para evitar la multiplicidad de contratación en dicho formato. A partir de tales circunstancias aduce que se procedió a seleccionar el medio gráfico a contratar mediante parámetros objetivos de valoración de costo/beneficio ponderando que los medios comparten características de alcances, distribución de ejemplares y segmento objetivo comparándolas con las tarifas oficiales publicitarias y el precio unitario del ejemplar. Agrega

que también fueron ponderados tanto la predisposición a efectuar descuentos por volumen así como la aplicación extensiva y coherente del espíritu del "compre neuquino" llevado adelante a través de convenios y decretos como el 2700/00.

La demandada aduce que la empresa actora posee tarifas más elevadas que no ofreció descuento alguno por volumen mientras que la competencia había ofertado una rebaja del 25%, que las empresas editoras de los dos diarios de mayor circulación aplican a la publicidad oficial "un tarifario distinto al que rige para los particulares o empresas privadas" y que las tarifas aplicadas al Estado son superiores en un 100% a las que se cobran a otros anunciantes. Asimismo, alega que nunca existió privación total de publicidad, que el Banco de la Provincia del Neuquén S.A. es una sociedad anónima con participación estatal y la Lotería La Neuquina una sociedad autárquica, que nunca existió animosidad política, que el diario Río Negro es de manera indubitable oriundo de otra provincia y que la demanda está basada en el decreto provincial 764/96 que no se encuentra actualmente vigente.

Considerando:

1º) Que de acuerdo a lo dictaminado a fs. 20 por el señor Procurador General sustituto, este juicio es de competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que Editorial Río Negro S.A. —en su carácter de propietaria del diario Río Negro— deduce acción de amparo para que el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén cese su arbitraria decisión de privarla de la publicidad oficial de los actos de gobierno. Expresa que esa decisión se concretó a partir de diciembre de 2002 a raíz de ciertas noticias divulgadas por ese medio que condujeron a que cesara o se restringiera el flujo de publicidad oficial que habitualmente recibía del gobierno provincial. Reclamó que se hiciera lugar a una prohibición de innovar y solicita que se admita la acción de amparo en resguardo de las garantías constitucionales invocadas.

3º) Que con carácter previo al examen de los fundamentos y de la prueba producida en autos resulta necesario señalar que esta Corte ha sostenido que la verdadera esencia del derecho a la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es, sin previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir (Fallos: 269:189 y 315:632), como también que dicha libertad tiene un sentido más amplio que la mera exclusión de esa clase de censura y la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales (Fallos: 257:308 y 311:2553).

Sin embargo, no es posible pasar por alto también que dentro de dicha perspectiva resulta fundamental considerar asimismo que es esencial para la concepción republicana que inspira a nuestra Constitución Nacional que se permita el libre despliegue de un debate robusto y amplio que autorice la libre participación de aquellos interesados en recibir y dar información. Una concepción moderna de la libertad de prensa se asienta también en la apertura de los canales de información de modo que todos los habitantes de la Nación —ciudadanos y extranjeros— puedan alcanzar el necesario acceso a las fuentes de información imprescindibles para el desarrollo de todo Estado realmente democrático.

4º) Que desde ese doble basamento es que resulta ahora necesario examinar los planteos de la actora que sostiene, en resumidos términos, que el gobierno de la Provincia del Neuquén

respondió a la difusión de diversas noticias por el diario Río Negro mediante diversos actos que importaron la disminución y la posterior cesación de publicidad oficial con agravio a la libertad de prensa.

El planteo formulado en la demanda requiere el examen de cuatro aspectos no necesariamente vinculados entre sí, a saber:

a) Corresponde determinar, en primer lugar, si existe un derecho explícito o implícito de los medios de difusión —basado en la Constitución Nacional y en los tratados contemplados por el art. 75, inc. 22— para recibir publicidad oficial. En caso afirmativo también cabría precisar el modo y el alcance en el que tal obligación positiva ha sido impuesta sobre los órganos gubernamentales.

b) En segundo término, resulta necesario juzgar si la ponderación de las pautas para la distribución de la publicidad oficial es atribución exclusiva del Poder Judicial o si, por el contrario, es competencia del Poder Judicial la revisión de los criterios de exclusión de reducción o cesación de publicidad adoptados por las autoridades administrativas nacionales, provinciales o municipales.

c) En tercer lugar, debe determinarse si la concreta actividad del Estado acerca del modo en que ha sido desplegada en la causa supone la afectación de la libertad de prensa al haberse adoptado medidas indirectas de restricción o coacción sobre los medios de difusión.

d) Finalmente debe ponderarse —aun demostrada la supuesta distribución desproporcionada o asimétrica de la publicidad oficial entre los diversos medios de prensa— si existe una justificación suficiente para que los órganos gubernamentales adoptaran tal conducta en el *sub examine*.

5º) Que por consiguiente y ante la presente acción de amparo, el Tribunal debe considerar si existe un derecho constitucional a la subvención de publicidad por el Estado. En el supuesto de que no exista tal derecho, cabe todavía examinar si es posible que se configure un agravio indirecto a un derecho constitucional en el caso de haberse adoptado una medida que arbitrariamente restringió el flujo publicitario afectando el ejercicio de la libertad de expresión de la actora y determinar si su remedio corresponde al Poder Judicial y, en este último caso, cuáles son los requisitos de procedencia de la acción dirigida a cesar con tal actitud.

6º) Que la lectura del escrito de demanda permite inferir (ver en especial fs. 10 vta. y 12 pto. IV.2.II) que existiría, a entender de la actora, el derecho de recibir publicidad oficial como un medio indirecto de subsidiar la libertad de información propia de un sistema democrático. De todos modos, no se advierte en este caso una sólida fundamentación jurídica que permita llegar a derivar de mandatos relativamente abstractos la obligación específica de distribuir publicidad en los términos planteados en la demanda.

En efecto, el escrito de inicio sólo se refiere al art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sin mencionar los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, con lo que su planteo carece de real sustento en este sentido y debería ser desestimado ante la orfandad de argumentos que permitan hacer manifiesta la supuesta obligación de distribución de la publicidad oficial.

De todos modos resulta apropiado puntualizar que —al examinar los temas referidos— no debe prescindirse del rango particularmente elevado que la Constitución Nacional ha dado al derecho de expresar las ideas por la prensa (confr. Fallos: 311:2553 y 315:1492), lo que no

obsta a que deba precisarse que el art. 32 sólo dispone un deber de abstención por parte del Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, mas no establece un derecho explícito o implícito de los medios de prensa a recibir fondos del gobierno provincial, ni se impone actividad concreta al Poder Legislativo para promover su desarrollo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las disposiciones que resultan del art. 75, incs. 11 y 16 de la Constitución Nacional.

Por ser ello así no es posible imputar a la Provincia del Neuquén omisión alguna que hubiese afectado o restringido con ilegalidad manifiesta los derechos y garantías constitucionales (art. 43 Constitución Nacional), toda vez que resultaba presupuesto necesario para aplicar dicha norma la demostración de la existencia de una regla que impusiera al gobierno provincial el deber de ampliar el marco de la libertad de prensa mediante la distribución de la publicidad oficial a favor de la actora en los términos requeridos en la demanda.

Es verdad que la Constitución Nacional —que ha puesto su norte en la garantía de las libertades públicas y privadas— consagró implícitamente una obligación gubernamental de proteger a los medios de prensa de aquellas acciones que afecten su normal desenvolvimiento y, en particular, de custodiar su actividad respecto de maniobras monopólicas que perjudiquen su regular funcionamiento o de actividades de competencia desleal que vayan en menoscabo de la libre propalación de las ideas mediante la prensa.

Sin embargo, la restricción estatal o privada al normal despliegue de la actividad de los órganos periodísticos —que debe ser evitada mediante una eficaz intervención jurisdiccional— consiste en una conducta distinta a la supuesta negativa a brindar propaganda por un precio en dinero. Aquélla afecta el ejercicio mismo de la libertad de expresión en cuanto impide o dificulta directamente la libertad de prensa —sea por la censura previa, por impuestos improcedentes o cualesquiera medidas que impidan la exposición de las ideas— mientras que la negativa del órgano gubernamental a aportar fondos públicos, en la forma requerida por la recurrente, sólo se enfrenta con la habilidad del empresario de prensa en el ámbito privado, lo cual se encuentra dentro del riesgo propio de ese negocio.

En este sentido resultan particularmente relevantes las consideraciones de la actora respecto a la pequeña incidencia que tiene la publicidad oficial del gobierno de la Provincia del Neuquén —calculada en 3,77%, el 4,50% y 8,98% de la venta neta de publicidad para los años 2000, 2001 y 2002 respectivamente según resulta de fs. 7—, en términos que denotan claramente que la tarea periodística —al menos en este caso— supone el desarrollo de una actividad comercial lícita que encuentra normalmente su financiamiento en fuentes ajenas a la disposición de los fondos públicos. En este orden de ideas corresponde también considerar que es la misma actora la que reseña su actividad en al menos dos provincias —Neuquén y Río Negro—, su planta de empleados en diversas ciudades, la amplitud de sus medios de distribución y su aporte a la economía regional.

No se trata, por consiguiente, de un medio de difusión de minorías excluidas o de sectores de escasos recursos que requieran la asistencia estatal para promover la difusión de sus ideas —supuesto que no necesariamente consagraría el derecho invocado en la demanda— sino precisamente de una organización comercial que desarrolla sus actividades como sociedad anónima y que busca, en definitiva, subsidiar el desarrollo de sus actividades mediante la publicidad oficial exigida en términos perentorios en la demanda.

Tales distinciones resultan prioritarias para la dilucidación del presente caso ya que la intervención jurisdiccional es necesaria para proteger y neutralizar los agravios a una garantía

superior especialmente protegida, mientras que dichas habilidades del empresario de prensa son parte de una ocupación privada —en el caso con fines de lucro de acuerdo al encuadramiento societario en el derecho mercantil (conf. art. 1 de la ley 19.550)— y destinada a la satisfacción de las necesidades propias y ajenas de expresión de las ideas en el marco de una sociedad abierta y en un mercado competitivo.

La denegación eventual de fondos públicos en estos casos tampoco afecta el derecho a la información (desde una perspectiva estrictamente liberal) porque "si alguien no se encuentra satisfecho porque el periódico local no esta imprimiendo sus puntos de vista, puede publicar sus panfletos, carteles o folletos (todos ellos sin requerir licencia gubernamental y abriendo sus canales de comunicación a otros de perspectivas opuestas). Por otra parte, si un periódico es suficientemente insensible a las necesidades de sus lectores, el sistema económico desarrollara competidores que lo sean" (Nowak, Rotunda y Young, *Constitucional Law*, 2da ed., St. Paul, West Publishing, 1983, pág. 903).

La admisión del derecho a recibir publicidad del Estado convertiría a la empresa periodística —por el solo hecho de serlo y sin consideración a otras posibles justificaciones alternativas— en una categoría privilegiada respecto de otras industrias, con violación a lo dispuesto por el art. 16 de la Constitución Nacional, pues la relevante posición en que se encuentra la libertad de prensa dentro del sistema constitucional argentino no se traduce en una garantía absoluta, por sobre las que resguardan todos los otros derechos tutelados, y exenta de todo control jurisdiccional.

Por otro lado, no se advierte que los tratados incorporados por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional reconozcan ese derecho como derivado del derecho esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática. Tanto es así, por otra parte, que como se indica a fs. 13, y bien señala el señor Procurador General en su dictamen, asimismo, el art. 13 incs. 1 y 3 de dicha Convención contemplan la protección de la libertad de expresión pero en modo alguno imponen esta obligación de subvencionar a la prensa que tampoco surge de fallo alguno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo tanto, no se advierte en el caso que exista fundamento constitucional para tal pretensión formulada bajo la vía de la acción de amparo. Ello sin perjuicio, por supuesto, de la facultad del Poder Legislativo de elaborar, en el futuro, un marco normativo apropiado para la distribución de los fondos gubernamentales destinados a publicidad. En tal sentido, la existencia de fondos públicos disponibles para la propaganda oficial requiere, en principio, de reglas legales que establezcan con carácter previo la forma en que se asignarán tales recursos. Estas pautas deben ser establecidas necesariamente por el órgano legislativo de acuerdo a las consideraciones de mérito, oportunidad y conveniencia de orden político que establezcan los representantes de la voluntad popular para el cumplimiento de los fines específicos que se consideren admisibles en cada caso por la autoridad administrativa.

Esas pautas se sostienen habitualmente —como resulta del derecho comparado— en lo que podría denominarse criterios positivos de asignación de recursos destinados a la publicidad oficial, ya que corresponde a la legislación elegir, determinar y ponderar los fines de conveniencia política, social y económica que entienda adecuado al órgano legislativo.

En la elaboración de tales normas se puede constatar la elección de ciertas pautas objetivas tales como el costo de las tarifas, el ámbito de distribución del diario, el número de ejemplares distribuidos, el número de eventuales lectores, los sectores hacia los que van dirigidos los medios, el lenguaje en que son emitidos los mensajes, la eventual distribución de publici-

dad hacia medios que no reciben ingresos del mercado y la ponderación de los efectos que la asignación de la publicidad oficial puede tener en diversos sectores.

7º) Que, a la fecha en el sistema argentino no existe en la norma fundamental texto alguno que permita inferir un derecho constitucional a la distribución de publicidad oficial. Tampoco existe actualmente una norma de jerarquía infraconstitucional que regule la práctica de la distribución de publicidad oficial —como bien escaso— sobre la base de principios, criterios, mecanismos y procedimientos que incluyan evaluaciones discrecionales y no discrecionales (Jon Elster, *Justicia Local*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1994, págs. 27, 77 y 83).

Tal como se señala en el dictamen del señor Procurador General la existencia de normas generales en la materia —circunstancia que no se da en el caso— traducirían criterios propios del ámbito del Poder Legislativo surtidos por los principios de representación de la voluntad popular, de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (conf. art. 33 de la Constitución Nacional).

8º) Que, por ello corresponde verificar —desde un plano distinto— si ha mediado una presión indirecta, con el objetivo de afectar el ejercicio de la libertad de expresión de la actora, mediante una restricción en la difusión de publicidad oficial por parte de la Provincia del Neuquén. El Tribunal debe ponderar si la alegada restricción del flujo de publicidad supone un agravio indirecto a los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, en el ámbito de las relaciones de distribución comercial de publicidad que mantenían las partes a raíz de la divulgación de noticias que habrían afectado al gobierno neuquino desde diciembre de 2002.

La demandante pretende demostrar que la actividad desarrollada por la demandada implicó una suerte de venganza o represalia por el modo en que realizó su tarea periodística respecto a informaciones relativas a una supuesta maniobra vinculada al procedimiento de integración del Superior Tribunal de esa provincia que se publicaron en ese medio en diciembre de 2002 y que provocaron la disminución de la publicidad oficial a partir de esa fecha motivada en la difusión de aquella noticia.

9º) Que, en consecuencia, existen otros aspectos que deben ser estudiados en el planteo de la demanda ya que la actora ha invocado el agravio a derechos fundamentales cuya tutela, desde los casos Siri y Kot (Fallos: 239:459 y 241:291), esta Corte considera que deben ser objeto de debido resguardo mediante las acciones apropiadas que, en esos casos, permitieron la elaboración pretoriana de la acción de amparo.

La necesidad de un remedio accesible para la tutela de los derechos constitucionales originó la sanción de la ley 16.986 y, posteriormente, la incorporación de la acción de amparo por el art. 43 de la Reforma Constitucional de 1994, de modo que no es posible admitir que el agravio a un derecho constitucional básico —como es el ataque a la libertad de prensa— no reciba protección hasta que el Poder Legislativo entienda oportuno la elaboración y sanción de las normas pertinentes. Una parte primordial de la historia de la Constitución es "el relato (*story*) de la extensión de los derechos constitucionales y de las protecciones a gente alguna vez ignorada o excluida" (United States v. Virginia, 518 U.S. 515, 557; 1996). La negativa a la concesión de —precisamente el remedio por excelencia elaborado en nuestro país por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos citados y recibidos posteriormente por vía legislativa y constitucional— supondría convertir en inútil a un derecho que el Tribunal ha consagrado, precisamente, como fundamental. Adviértase que no se trata aquí de reconocer un derecho que no está incorporado a la Constitución Nacional, el derecho a recibir subvenciones gubernamentales como recaudo básico para el ejercicio del derecho a la libertad de prensa. Se

trata, en realidad, de considerar si existen criterios judiciales elementales para determinar si la conducta gubernamental en el caso ha sido dirigida a limitar —mediante una vía indirecta— el ejercicio de la libertad de expresión por la empresa periodística demandada.

Tal postura es también la que resulta de lo establecido por la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión elaborada por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobada en el 108 período ordinario de sesiones de octubre de 2000 que en su principio 13 establece que "la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales...con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales debe estar expresamente prohibida por ley".

En este orden de ideas la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado que existen medios indirectos que usan los gobiernos para restringir la libertad de expresión de medios periodísticos que pueden considerarse violatorios de los arts. 13.1 y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que ello puede ser remediado mediante una decisión que permita la recuperación del uso y el goce del medio respectivo por el titular —a quien se le había quitado la nacionalidad— para el libre ejercicio de aquel derecho (Caso *Ivcher Bronstein* del 6 de febrero de 2001, nº 162 y 164 y 191, nº 8 - Serie C Nº 74).

Es posible advertir que se han dictado algunos pronunciamientos en derecho comparado que respaldan las pretensiones de quienes se han considerado agraviados por la disminución o cesación de la recepción de subvenciones gubernamentales a raíz del ejercicio de la libertad de expresión. En efecto, la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos en el caso *El Día, Inc.; et al v. Rosello* (165 F. 3d 106, 1999) estableció mediante sentencia del 25 de enero de 1999 que "el derecho claramente establecido prohíbe al gobierno condicionar la revocación de beneficios sobre una base que infringe intereses constitucionalmente protegidos ver *Perry v. Sindermann*, 408 U.S. 593, 597 (1972), y concluir su relación con una contratista independiente como El Día, en represalia por ejercer sus derechos de la Primera Enmienda, ver *Borrad of Country Comm´rs v. Umbehr*, 518 U.S. 668, 685 (1996), *Néstor Colon Medina & Sucesores, Inc. v. Custodio*, 954 F. 2d 32., 40-41 (Primer Circuito 1992)...De hecho, en las palabras de la Corte Suprema en *Anderson*, 483 U.S. en 640, 'la misma acción en cuestión ha sido previamente considerada como ilegal' Ver, por ejemplo, *North Mississippi Communications, Inc. v. Jones*, 792 F. 2d 1330, 1337 (Quinto Circuito 1986), (la retirada del gobierno de avisos de un diario en represalia por noticias y editoriales críticas viola la Primera Enmienda). *Frissell v. Rizzo*, 597 F. 2d. 840, 845 (3d Cir. 1979) (dicta), ver también *Umbehr*, 518. U.S. en 673 (citando con aprobación *North Mississippi Communications*)".

Estas consideraciones aisladas dan alguna justificación al planteo de la recurrente ya que —tal como en este caso— los planteos allí formulados se sostenían en la violación de un derecho constitucional invocado por las demandas y no se fundan en el incumplimiento de los contratos existentes con referencia al derecho común. Los fallos citados ponen en evidencia que es posible elaborar ciertos estándares judiciales para ponderar la conducta del gobierno cuando adopta conductas que quiebran una relación contractual para afectar medianamente el ejercicio de la libertad de prensa.

Ante la relevante posición que confiere la Constitución Nacional a la libertad de prensa resulta conveniente examinar si resulta posible elaborar algún criterio válido que permita superar los óbices que enfrenta este reclamo basado en un derecho constitucional por parte de un medio de prensa que se considera arbitrariamente excluido de una pauta publicitaria oficial previa por el ejercicio de la función de informar sobre una materia de interés público.

Desde esta perspectiva, en el caso concreto se someten a debate algunos *criterios negativos de exclusión de la publicidad* por parte del gobierno de la Provincia del Neuquén con fundamento en razones que, según lo entiende la demandada, resultan insostenibles y violatorios de derecho a la libertad de prensa. En otros términos, mientras que la ponderación acerca de las pautas posibles para la atribución positiva de recursos requiere de la sanción de las normas generales previas a la distribución de publicidad, ya que no existe norma constitucional que reconozca tal derecho, distinto es el supuesto cuando se advierte que el órgano gubernamental pudo haber dispuesto como represalia la arbitraria cesación de publicidad mediante criterios negativos de exclusión de un medio, en especial como eventual beneficiario de la respectiva pauta publicitaria que se venía cumpliendo con anterioridad.

Ello no supone, desde luego, limitar las facultades del Estado para distribuir sus recursos públicos con destino a la publicidad oficial sino considerar si ha existido una actividad concreta, que bajo la apariencia de las limitaciones presupuestarias, tiene el objetivo de adoptar medidas de represalia respecto de un medio de prensa por haber desarrollado una conducta que el órgano estatal considera inconveniente.

Deben distinguirse en estos casos las acciones estatales reguladoras y las distribuidoras: en el contexto de estas últimas es inevitable un cierto grado de efecto silenciador que surge de la escasez de recursos (Owen M. Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, ED. Gedisa 1999, pág. 52). El establecimiento de un programa de subvenciones puede no ser obligatorio pero puede ser algo más que meramente lícito o admisible (*permisible*). Puede estar constitucionalmente favorecido —una categoría intermedia entre lo permitido y lo obligatorio— y en virtud de este estatus merecer el mismo tipo y grado de escrutinio judicial que se aplica a las regulaciones estatales (*The Irony of Free Speech*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 3ª ed., 1998, pág. 38 y de la edición en castellano). El escrutinio judicial —ante la ausencia de una atribución directa de publicidad a los medios privados en la Constitución Nacional— debe quedar reservado a la protección de los medios de difusión ante las medidas que encubran una voluntad de afectar indirectamente a la libertad de prensa.

El tema que se plantea no consiste en analizar si el gobierno tiene o no el derecho de decidir dónde publicar sino, más bien, si el gobierno ha violado los derechos a la libertad de imprenta tutelados por los arts. 14 y 32 en razón del modo en que ejerció tal decisión. Más específicamente, la pregunta es si el gobierno violó aquellos derechos cuando decidió acotar o modificar una relación comercial preexistente con un diario en respuesta a una cobertura de noticias poco favorable (Alberto Bernabé-Riefkohl, *Government Advertising Placement and the First Amendment: Freedom of the Press Should Outweigh the Rights of the Government as Contractor*, *22 Communications and the Law* 1, 3 [2000]).

La ponderación de estas cuestiones no se refiere a las características del medio o del contenido de la información gubernamental para cumplir fines eficientes en el acceso al público en general o a ciertos sectores en particular. El punto consiste, más bien, en considerar que, a raíz del contenido concreto de la expresión, el poder administrador ha decidido disminuir o cesar la publicidad oficial como instrumento para silenciar o para restringir las voces en el ámbito del debate público. Es necesario, pues, determinar si en el caso se ha verificado una lesión a los derechos tutelados por los arts. 14, 32 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional mediante una acción indirecta del gobierno de turno que pretende sofocar o restringir la difusión de expresiones o noticias que se expresan a través de un medio de prensa.

Una vez demostrada la restricción en la distribución de publicidad oficial por parte de la actora podría eventualmente llegar a considerarse una afectación legítima al ejercicio de la libertad de expresión, en tanto esa conducta tendría por objetivo una voluntad de silenciamiento de un medio opositor.

10) Que es cierto —como quedó dicho— que no se advierte una afectación al derecho tutelado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional por no recibir publicidad, pero también debe tenerse en cuenta que la abrupta interrupción o disminución en la distribución de publicidad por los dichos emanados de un medio periodístico podría suponer una restricción de esos derechos para el medio periodístico, destinado a amordazar una voz discordante con el gobierno de turno.

De acuerdo a las pautas ya citadas, el Tribunal estima que en estos casos deberían demostrarse:

a. La reducción o la cesación de la publicidad oficial en el medio actor que ponga en evidencia un tratamiento desparejo en la materia y afecte la economía del medio.

b. La relación de causalidad entre la difusión de la noticia y el acto estatal;

c. La intencionalidad de los funcionarios gubernamentales para usar instrumentalmente la distribución de publicidad oficial; y

d. La ausencia de una justificación suficiente e independiente para haber motivado la cesación o reducción.

La prueba producida por los actores no resulta concluyente respecto a la reducción del flujo publicitario de avisos oficiales. Baste señalar que el ofrecimiento de prueba del escrito de inicio sólo consistió en prueba documental, informativa y la declaración de un testigo. De todos modos, es posible advertir del cuadro de fs. 86/87 (ver también lo expresado al respecto por el señor Procurador General) que ha existido, en términos comparativos, una reducción del flujo publicitario que venía recibiendo el diario demandado en los años 2000, 2001 y 2002 en relación con los avisos recibidos en el año 2003.

Asimismo, podría advertirse una cierta conexión entre la noticia difundida de diciembre de 2002 (sobre la que gira el planteo de la demanda) y la reducción y posterior cesación de publicidad oficial. Esta disminución se hace más clara todavía si se tiene en cuenta correlativamente que los medios estatales de distribución de publicidad oficial incrementaron su publicidad en el medio La Mañana del Sur. En concreto, se ha puesto en evidencia que ha existido cierta disminución en la cuantía de la publicidad correspondiente a los años siguientes a la crisis que originó la declaración de emergencia económica mediante la ley 25.561 (ver especialmente cuadro de fs. 86/87) y ello es también reconocido al agregar dicha constancia y según lo que resulta también de sus manifestaciones de fs. 126 vta. y 135 vta., razones por las cuales debe tenerse como un hecho probado en la causa al haber agregado dicha prueba documental en los términos del art. 333 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, las probanzas relevantes de la actora concluyen aquí. En efecto, sólo ha producido prueba testifical de fs. 447/450 que emana de un empleado de la demandante cuyos ingresos también dependen indirectamente de ingreso de publicidad emanada de los fondos públicos de la demandada. Sin embargo, resulta extraño —examinando el tema a la luz de la sana crítica (art. 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)— que la actora no haya siquiera ofrecido prueba testifical adicional relativa al tema. La demandada había ofreci-

do prueba pericial contable para demostrar los porcentajes anuales de participación sobre la venta neta de publicidad entre los años 2000 y 2002 (ver fs. 136 vta., punto c), pero fue declarada negligente en la producción de tal probanza mediante la resolución de fs. 600/601.

De todos modos la única declaración testifical producida en la causa solo permitiría concluir que pudieron haberse presentado algunos conflictos entre ambas partes a raíz de factores no suficientemente elucidados y que no decidieron la suerte consecuente de la distribución de la publicidad ya que la demanda continuó publicando avisos en el diario de la actora (ver las denuncias de hechos nuevos de fs. 331 y 444).

Por otra parte, el carácter intencional de la modificación del flujo de publicidad proveniente de fondos públicos requiere algo más que la demostración de una serie de controversias y discusiones entre la demandada y los funcionarios gubernamentales que son propias de una sociedad abierta y democrática. Se requiere —ante la inexistencia de norma alguna— que el Poder Judicial pueda verificar que la decisión administrativa se fundó en una motivación arbitraria destinada a coartar el ejercicio de la libertad de expresión por parte de la empresa periodística.

Una prohibición que afecta diferencialmente a distintas personas no es razón para condenarla como una actitud no neutral del Estado —en el caso la negativa del Estado a darle el mismo cupo de publicidad a la actora— siempre que haya instituido o continúe siendo respaldada por razones que la justifican y no para proporcionar beneficios adicionales. De acuerdo con este principio sería condenable el procedimiento de la Provincia del Neuquén —esto es como no neutral y discriminatorio— sólo si no hubiera ninguna justificación independiente para las reglas y prohibiciones aplicadas en la discriminación de los fondos públicos (Robert Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, F.C.E., 1988, pág. 264).

Es verdad que conceptos tales como justificaciones independientes o suficientes para admitir la disímil postura del Estado local respecto a la distribución de la publicidad oficial, son nociones que pueden abarcar un amplio tipo de situaciones, y por eso mismo no son dignas de confianza (ver al respecto Isaiah Berlin, *La igualdad*, en Conceptos y categorías, Madrid, F.C.E., 1992, págs. 149 y sgtes.) Empero, es posible advertir —al mismo tiempo— que tales nociones se encuentran evidenciadas con detalles concretos que surgen tanto del escrito de demanda como de su responde y que resaltan una justificación suficiente e independiente del Estado provincial para distribuir la publicidad oficial en los términos señalados ante la inexistencia de criterios de atribución positiva de distribución de publicidad basados en una ley previa.

La justificación es independiente en el caso ya que no se deriva de la motivación de represalia alegada por la actora sino que se sustenta en normas generales previas al origen de la controversia que dan sustento a esta decisión política. Asimismo, la justificación resulta suficiente toda vez que la decisión eminentemente política de disponer la distribución de los recursos provinciales para beneficiar a medios locales no resulta arbitraria o irrazonable a la luz del criterio establecido por el art. 43 de la Constitución Nacional.

En efecto, la demandada ha insistido en que su distribución oficial de publicidad se sustentó en el concepto de “compre neuquino” (conf. decreto 2700 del 14 de diciembre de 2000) y que ha sido uno de los fundamentos para privilegiar la asignación de publicidad oficial al diario neuquino (ver fs. 126). En los considerandos de tal norma se señaló que es misión del Estado estimular la creación, crecimiento y sostenimiento de una oferta de bienes y servicios solvente y suficiente originada en la iniciativa de productores, industriales, profesionales y comerciantes de todos los rubros radicados en la Provincia del Neuquén y que es obligación

ineludible del Poder Ejecutivo provincial propiciar políticas y adoptar medidas a su alcance, conducentes a conservar las fuentes de trabajo locales existentes.

Asimismo, el decreto dispuso establecer un régimen de promoción de las actividades productivas comerciales e industriales en la Provincia del Neuquén bajo la denominación de "Programa de Apoyo a la Actividad de las Pymes Neuquinas" a cuyo fin considera como productores, contratistas, profesionales y técnicos neuquinos a los que tengan domicilio real en la Provincia del Neuquén. Entre otras medidas se estableció en el art. 8º de ese decreto un régimen por el cual se privilegian las cotizaciones de empresas, profesionales y técnicos neuquinos que ofrezcan precios con una diferencia que no supere en un 5% a la propuesta de menor monto, cuando esa sea de un oferente no neuquino.

Tal fundamento tiene especial importancia en el caso toda vez que no se ha presentado un acto u omisión de autoridad publica, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

La modificación del criterio de distribución de la publicidad oficial por parte de la demandada se ha sustentado en una razón independiente y suficiente —el carácter local de los medios a los que se distribuye actualmente la información— que resulta motivación bastante para justificar la conducta del gobierno de la Provincia del Neuquén. En tales términos, la aparente relación de causalidad entre la noticia con la disminución de publicidad en el diario Río Negro y la aparente voluntad de algunos integrantes del gobierno de la demandada no basta para considerar que en el caso se haya configurado una represalia dirigida a silenciar una de las múltiples voces existentes en el ámbito de la información tutelada por el derecho a la libertad de prensa.

En conclusión, la actora carece de un derecho implícito o explícito basado en la Constitución Nacional a recibir la distribución de publicidad oficial, lo que no obsta a admitir la revisión judicial frente a las decisiones administrativas adoptadas en casos de exclusión negativa de publicidad oficial, cuya arbitrariedad ha sido invocada, mediante el remedio del amparo. Sin embargo para la procedencia de este tipo de acción los actores deben demostrar la cesación o reducción de publicidad del medio respectivo de manera **discriminatoria y con impacto económico**, que exista una relación de causalidad adecuada entre tal acto gubernamental y la medida de represalia supuestamente adoptada, que exista una motivación clara por parte de la demandada en la cesación del flujo de publicidad sustentada en ese acto y, finalmente, que no pueda hallarse una razón independiente y suficiente en el acto u omisión de la autoridad gubernamental que permita concluir que se halla debidamente fundamentada su actitud.

La no acreditación de tales extremos permite concluir que la conducta de la demandada al disponer la modificación en la distribución de publicidad oficial tiene justificación suficiente y, en consecuencia, no se configuran los requisitos que habilitan la acción intentada.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se decide: Rechazar la demanda. Con costas en el orden causado toda vez que la actora pudo creerse con derecho a actuar como lo hizo (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y archívese. JUAN CARLOS MAQUEDA.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Libertad de pensamiento y expresión. Libertad de conciencia y religión. Censura.

La Ultima Tentación de Cristo. Olmedo Bustos y Otros c/ Chile. 05/02/2001.

El Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile prohibió la exhibición de la película "La última tentación de Cristo". A pedido de la "United Internacional Pictures Ltda." revisó la prohibición y autorizó su exhibición sólo para mayores de 18 años (47).

Un grupo de personas, en nombre de Jesucristo y de la Iglesia Católica, presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones, y el Tribunal dejó sin efecto la resolución administrativa citada. La Corte Suprema de Chile confirmó la decisión (48).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia contra el Estado de Chile por violar los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de conciencia (49), en perjuicio de la sociedad chilena y en particular de los demandantes. La Comisión elevó la denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó al Estado de Chile y obligó a modificar la Constitución en materia de censura previa en un plazo de 6 meses.

El juez A. A. Cançado Trindade, en un voto concurrente, señaló que lo decidido por la Corte Interamericana fue emblemático no sólo por constituir el primer caso sobre libertad de pensamiento y de expresión sino por incidir sobre una cuestión común a tantos países latinoamericanos y caribeños y que alcanzó los fundamentos del derecho de la responsabilidad internacional del Estado y el propio origen de dicha responsabilidad, y su impacto en una norma constitucional doméstica.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Censura previa. Libertad de pensamiento y de expresión. Dimensión social e individual. Infancia. (Voto de la Mayoría: párrs. 68 y 70)

b) Libertad de conciencia y religión.

c) Responsabilidad internacional del Estado. (Voto de la Mayoría párr. 72)

d) Obligación de respetar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Voto de la Mayoría párrs. 85 y 87)

---

(47) **Nota de Secretaría:** el artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile estableció un sistema de censura cinematográfica, el cual podía rechazar la exhibición de obras cinematográficas para adultos. En Chile existieron normas de la Ley de Seguridad Interior del Estado, del Código Penal y del Código de Justicia Militar que también permitieron la revisión y calificación de las películas.

(48) **Nota de Secretaría:** Se encontraba vigente, en Chile, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada el 21 de agosto de 1990.

(49)**Nota de Secretaría:** consagrados en los artículos 12 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

🕮 *Estándar aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:*

- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, y no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

- La libertad de expresión representa, por un lado, un derecho de cada individuo para que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, e implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

- No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

- El deber general del Estado, establecido en el artículo 2º de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.

Texto del Fallo:

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile

Sentencia de 5 de febrero de 2001
(Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso "La Ultima Tentación de Cristo" (caso Olmedo Bustos y otros), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte", "la Corte Interamericana" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente Máximo; Pacheco Gómez, Vicepresidente; Hernán Salgado Pesantes, Juez; Oliver Jackman, Juez Alirio Abreu Burelli, Juez; Sergio García Ramírez, Juez y Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez; presentes, además, Manuel E. Ventura Robles, Secretario y Renzo Pomi, Secretario adjunto de conformidad con los artículos 29 y 55 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), dicta la siguiente Sentencia en el presente caso.

I

INTRODUCCION DE LA CAUSA

1. El 15 de enero de 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") sometió ante la Corte una demanda contra la República de Chile (en adelante "el Estado" o "Chile") que se originó en una denuncia (No. 11.803) recibida en la Secretaría de la Comisión el 3 de septiembre de 1997. En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y los artículos 32 y siguientes del Reglamento. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Chile, de los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 12 (Libertad de Conciencia y de Religión) de la Convención. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que, como consecuencia de las supuestas violaciones a los artículos antes mencionados, declare que Chile incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma.

2. Según la demanda, dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de "la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película 'La Ultima Tentación de Cristo' confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile [...] con fecha 17 de junio de 1997."

3. Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que: 1. Autorice la normal exhibición cinematográfica y publicidad de la película "La Ultima Tentación de Cristo". 2. Adecue sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana, [con el] fin de eliminar la censura previa a las producciones cinematográficas y su publicidad. 3. Asegure que los órganos del poder público[,] sus autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus diferentes potestades, ejerzan [efectivamente] los derechos y libertades de expresión, conciencia y religión reconocidos en la Convención Americana, y [...] se abstengan de imponer censura previa a las producciones cinematográficas. 4. Repare a las víctimas en este caso por el daño sufrido. 5. Efectúe el pago de costas y reembolse los gastos incurridos por las víctimas para litigar este caso tanto en el ámbito interno como ante la Comisión y la Honorable Corte, además de los honorarios razonables de sus representantes.

II

COMPETENCIA

4. Chile es Estado Parte en la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte ese mismo día. Por lo tanto, la Corte es competente para conocer del presente caso.

III

PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

5. El 3 de septiembre de 1997 la Comisión recibió en su Secretaría una denuncia interpuesta por la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G. en representación de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes y "del resto de los habitantes de

la República de Chile". La Comisión comunicó la denuncia al Estado y le solicitó que presentara la información correspondiente en un plazo de 90 días.

6. El 8 de enero de 1998 el Estado presentó su respuesta a la Comisión, quien se la transmitió a los peticionarios, los que presentaron su réplica el 23 de febrero de 1998. El 16 de junio de 1998, después de otorgarle una prórroga, el Estado presentó a la Comisión un escrito respondiendo a la réplica presentada por los peticionarios.

7. El 27 de febrero de 1998 se celebró una audiencia en la sede de la Comisión, a la cual asistieron los representantes de los peticionarios pero no el Estado, a pesar de haber sido debidamente convocado.

8. Durante su 99o. Período Ordinario de Sesiones, la Comisión aprobó el Informe Nº 31/98, mediante el cual declaró el caso admisible. Dicho Informe fue transmitido al Estado el 18 de mayo de 1998.

9. El 22 de junio de 1998 la Comisión se puso a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa del caso, de acuerdo con el artículo 48.1.f de la Convención Americana. No obstante, no fue posible llegar a una solución de este tipo.

10. El 29 de septiembre de 1998, durante su 100o. Período Ordinario de Sesiones, la Comisión, de conformidad con el artículo 50 de la Convención, aprobó el Informe Nº 69/98. En dicho Informe, la Comisión concluyó:

> 95. Que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile de 20 de enero de 1997 y su confirmación por la Corte Suprema de Chile de 17 de junio del mismo año, que dejaron sin efecto la resolución administrativa del Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica que aprobó el 11 de noviembre de 1996 la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo", cuando ya había entrado en vigor para Chile la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por ese Estado el 21 de agosto de 1990, son incompatibles con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violan lo dispuesto por los artículos 1(1) y 2 de la misma.
>
> 96. Respecto de las personas en cuyo nombre se promueve el presente caso, el Estado chileno ha dejado de cumplir con su obligación de reconocer y garantizar los derechos contenidos en los artículos 12 y 13 en conexión con los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Chile es Estado parte.
>
> 97. En los casos en los que una disposición constitucional resulta incompatible con la Convención, el Estado parte está obligado, de conformidad con el artículo 2, a adoptar las medidas legislativas (constitucionales y ordinarias) necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención.
>
> 98. El Estado chileno no ha dado cumplimiento a las normas contenidas en el artículo 2 de la Convención Americana, por no haber adoptado, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en la Convención.
>
> 99. La Comisión valora positivamente las iniciativas del Gobierno democrático de Chile tendientes a que, por los órganos competentes, se adopten con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales vigentes, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivo el derecho a la libertad de expresión.

Asimismo, la Comisión recomendó a Chile que:

1. Levante la censura que, en violación del artículo 13 de la Convención Americana, pesa con respecto a la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo".

2. Adopte las disposiciones necesarias para adecuar su legislación interna a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a fin de que el derecho a la libertad de expresión y todos los demás derechos y libertades contenidos en ella tengan plena validez y aplicación en la República de Chile.

11. El 15 de octubre de 1998 la Comisión transmitió el citado informe al Estado, al cual otorgó un plazo de dos meses para que cumpliera con sus recomendaciones. Transcurrido el plazo el Estado no presentó información sobre el cumplimiento de las recomendaciones ni las cumplió.

IV

PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

12. La demanda del presente caso fue introducida a la Corte el 15 de enero de 1999. La Comisión designó como sus Delegados a los señores Carlos Ayala Corao, Robert K. Goldman y Alvaro Tirado Mejía, como sus asesores a los señores Manuel Velasco Clark y Verónica Gómez, y como su asistente a la señora Viviana Krsticevic, Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Asimismo, la Comisión informó que los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y Ciro Colombara López asumieron personalmente su representación y que las demás supuestas víctimas, a saber, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, serían representadas por la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G. a través de los señores Pablo Ruiz Tagle Vial, Javier Ovalle Andrade, Julián López Masle, Antonio Bascuñan Rodríguez y Macarena Sáez Torres.

13. El 27 de enero de 1999 la Secretaría, previo examen preliminar de la demanda realizado por su Presidente (en adelante "el Presidente"), la notificó al Estado, al cual informó sobre los plazos para contestarla, oponer excepciones preliminares y nombrar su representación.

14. Ese mismo día, la Secretaría solicitó a la Comisión que presentara la dirección de la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G.; los poderes que acrediten que los señores Pablo Ruiz Tagle Vial, Javier Ovalle Andrade, Julián López Masle, Antonio Bascuñan Rodríguez y Macarena Sáez Torres López son representantes de los señores Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes; y las direcciones de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y Ciro Colombara López con el propósito de comunicarles, de acuerdo con el artículo 35.1.e del Reglamento, el texto de la demanda.

15. El 27 de enero de 1999 la Comisión presentó el anexo V a su demanda, el cual corresponde al libro denominado "La Ultima Tentación" de Nikos Kazantzakis. Al día siguiente, dicho anexo fue transmitido al Estado.

16. El 29 de enero de 1999 la Comisión presentó las direcciones de la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G. y de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y Ciro Colombara López. El 2 de febrero de 1999 la Secretaría les notificó la demanda.

17. El 9 de febrero de 1999 la Comisión presentó los poderes otorgados por los señores Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes a la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G.

18. El 26 de marzo de 1999 el Estado solicitó a la Corte que le concediera un plazo adicional de 30 días contados a partir del 27 de marzo del mismo año, para la presentación de las excepciones preliminares y el nombramiento de su Agente. El 27 de marzo de 1999 la Secretaría informó al Estado que el plazo para el nombramiento del Agente había vencido el 27 de febrero de 1999 y que el plazo para la presentación de excepciones preliminares vencía el mismo 27 de marzo de 1999. Finalmente, le informó que su solicitud sería puesta en consideración del Presidente a la mayor brevedad. El 5 de abril de 1999 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, informó al Estado que la prórroga había sido concedida hasta el 12 de los mismos mes y año.

19. El 12 de abril de 1999 el Estado informó que estaba "preparando una propuesta que pretendia poner término a la controversia y al litigio en cuestión" y solicitó "un nuevo plazo adicional de 30 días para los efectos señalados." Ese mismo día la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, informó al Estado que la prórroga había sido concedida hasta el 24 de abril de 1999.

20. El 26 de abril de 1999 Chile presentó un escrito, mediante el cual manifestó su voluntad de "eliminar y/o modificar toda normativa que lesione o conculque la libertad en su concepto más elevado" y propuso algunas bases para un acuerdo de solución en el caso.

21. El 30 de abril de 1999 el señor Jorge Reyes Zapata presentó un escrito suscrito por él y por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo solicitando ser oídos por la Corte Interamericana en calidad de amici curiae. Asimismo, solicitaron ser oídos "en todas las instancias orales y escritas que el reglamento permita". El 1 de junio de 1999, la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, le informó al señor Reyes Zapata que "la posibilidad de participación en el proceso ante [la] Corte está limitada, hasta la etapa de reparaciones, a las partes, en el caso respectivo, esto es, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado demandado" y que por lo tanto no era posible acceder a su solicitud de ser oídos en calidad de terceros coadyuvantes.

22. El 25 de mayo de 1999 la Comisión presentó sus observaciones al escrito del Estado de 26 de abril de 1999.

23. El 27 de mayo de 1999 el Estado designó al señor Edmundo Vargas Carreño, Embajador de Chile en Costa Rica, como su Agente, y señaló como lugar para recibir notificaciones la Embajada de Chile en Costa Rica.

24. El 2 de septiembre de 1999 el Estado presentó su contestación de la demanda.

25. El 12 de octubre de 1999 la Comisión presentó un escrito en el cual manifestó que la contestación de la demanda presentada por Chile era "manifiestamente extemporánea" y solicitó a la Corte que la rechazara y se abstuviera de considerarla en el examen del caso.

26. El 25 de octubre de 1999 la Comisión presentó la lista definitiva de los testigos y peritos ofrecidos en su demanda y solicitó a la Corte que sustituyera al perito Lucas Sierra Iribarren por el perito Juan Agustín Figueroa Yávar. El 26 de los mismos mes y año la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, otorgó al Estado un plazo hasta el 1 de noviembre de 1999 para que presentara sus observaciones sobre la sustitución solicitada por la Comisión.

27. El 26 de octubre de 1999 el Presidente emitió una Resolución mediante la cual convocó a la Comisión y al Estado a una audiencia pública que se celebraría en la sede del Tribunal a partir de las 10:00 horas del 18 de noviembre de 1999, y convocó a la misma a los testigos Ciro Colombara López, Matías Insunza Tagle y Alex Muñoz Wilson, presuntas víctimas en el caso, así como a los peritos Humberto Nogueira Alcalá, José Zalaquett Daher y Jorge Ovalle Quiroz, todos propuestos por la Comisión en su demanda. Además, en dicha Resolución se comunicó a las partes que, inmediatamente después de recibida dicha prueba, podrían presentar sus alegatos finales verbales sobre el fondo del caso.

28. El Estado no presentó observaciones a la sustitución del perito solicitada por la Comisión dentro del plazo otorgado. El 6 de noviembre de 1999 el Presidente emitió una Resolución convocando al señor Juan Agustín Figueroa Yávar para que compareciera ante la Corte a rendir dictamen pericial.

29. El 8 de noviembre de 1999 Chile presentó un escrito señalando que no tenía inconveniente alguno en la comparecencia del señor Juan Agustín Figueroa Yávar. Asimismo, solicitó al Tribunal que convocara a los señores José Luis Cea Egaña y Francisco Cumplido, propuestos en su contestación a la demanda, para que rindieran dictamen pericial en la audiencia pública sobre el fondo del caso.

30. El 9 de noviembre de 1999 la Corte emitió una Resolución mediante la cual resolvió rechazar el escrito de contestación de la demanda por haber sido presentado extemporáneamente por el Estado y convocar, con base en lo dispuesto en el artículo 44.1 del Reglamento, a los señores José Luis Cea Egaña y Francisco Cumplido para que comparecieran ante la Corte a rendir dictamen pericial.

31. El 15 de noviembre de 1999 el señor Hermes Navarro del Valle presentó un escrito a la Corte en calidad de amicus curiae.

32. El 11 de noviembre de 1999 la Comisión informó que los señores Alex Muñoz Wilson y Jorge Ovalle Quiroz, testigo y perito ofrecidos por la Comisión, respectivamente, no podían comparecer a la audiencia sobre el fondo convocada por el Tribunal.

33. El 18 de noviembre de 1999 la Corte recibió, en audiencia pública sobre el fondo, las declaraciones de los testigos y los dictámenes de los peritos propuestos por la Comisión Interamericana y de los peritos convocados por el mismo Tribunal con base en el artículo 44.1 del Reglamento. Asimismo, escuchó los alegatos finales verbales de la Comisión y del Estado.

Comparecieron ante la Corte:

Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Carlos Ayala Corao, Delegado; Manuel Velasco Clark, asesor; Verónica Gómez, asesora; Juan Pablo Olmedo Bustos, asistente; Javier Ovalle Andrade, asistente; Viviana Krsticevic, asistente; y Carmen Herrera, asistente.

Por el Estado de Chile: Embajador Edmundo Vargas Carreño, Agente; y Alejandro Salinas, asesor. Como testigos propuestos por la Comisión Interamericana: Ciro Colombara López; y Matías Insunza Tagle.

Como peritos propuestos por la Comisión Interamericana: José Zalaquett Daher; Humberto Nogueira Alcalá; y Juan Agustín Figueroa Yávar.

Como peritos convocados por la Corte Interamericana (Artículo 44.1 del Reglamento) (50): José Luis Cea Egaña; y Francisco Cumplido.

34. El 18 de septiembre de 2000 el señor Sergio García Valdés presentó un escrito en calidad de amicus curiae.

35. El 6 de octubre de 2000 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, comunicó a la Comisión y al Estado que se les concedía plazo hasta el 6 de noviembre del mismo año para la presentación de los alegatos finales escritos sobre el fondo del caso. El 23 de octubre la Comisión solicitó una prórroga de 20 días. El 24 de octubre la Secretaría informó a las partes que el Presidente les había concedido una prórroga hasta el 27 de noviembre de 2000.

36. El 27 de noviembre de 2000 la Comisión presentó sus alegatos finales escritos.

37. El 30 de noviembre de 2000 la Secretaría, siguiendo instrucciones del pleno de la Corte y de conformidad con el artículo 44 del Reglamento, solicitó a la Comisión que presentara, a más tardar el 13 de diciembre de 2000, los documentos de prueba que acrediten la solicitud de pago de costas y gastos presentada en el petitorio de su demanda, así como los alegatos correspondientes. El 12 de diciembre de 2000 la Comisión solicitó una prórroga de un mes para la presentación de dicha información. El 13 de los mismos mes y año la Secretaría informó a la Comisión que el Presidente le había concedido plazo improrrogable hasta el 8 de enero de 2001.

38. El 8 de enero de 2001 la Comisión presentó los documentos de prueba que a su juicio acreditan la solicitud de pago de gastos presentada en el petitorio de su demanda, así como los alegatos correspondientes. Al día siguiente, la Secretaría acusó recibo y, siguiendo instrucciones del Presidente, otorgó plazo al Estado hasta el 24 de enero de 2001 para la presentación de sus observaciones.

39. El 22 de enero de 2001 el Estado presentó una nota en la cual informó sobre el trámite en que se encuentra el proyecto de reforma constitucional tendiente a eliminar la censura cinematográfica en Chile. Ese mismo día la Secretaría transmitió dicho escrito a la Comisión.

40. El 25 de enero de 2001 el Embajador Guillermo Yunge Bustamante presentó copia de la nota emitida por el señor Heraldo Muñoz Valenzuela, Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, subrogante, mediante la cual informa que se designó como Agente al señor Alejandro Salinas Rivera, Director de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y como Agente Alterno al Embajador de Costa Rica en Chile, señor Guillermo Yunge Bustamante.

41. El 31 de enero de 2001 el Estado presentó sus observaciones al escrito de la Comisión de 8 de los mismos mes y año, en relación con la solicitud de pago de gastos presentada en el petitorio de la demanda. Aunque el escrito del Estado fue presentado con siete días de extemporaneidad, la Corte lo admitió, en aplicación del criterio de razonabilidad y por considerar que dicha dilación no menoscaba el equilibrio que debe guardar el Tribunal entre la protección de los derechos humanos y la seguridad jurídica y equidad procesal. Así se lo comunicó la Secretaría al Estado el 3 de febrero de 2001.

---

(50) El artículo 44.1 del Reglamento de la Corte dice así: En cualquier estado de la causa la Corte podrá: 1. Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular, podrá oír en calidad de testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente.

V

LA PRUEBA

PRUEBA DOCUMENTAL

42. Con el escrito de demanda, la Comisión presentó copia de 5 documentos contenidos en el mismo número de anexos (supra párrs. 1 y 12) (51).

43. El Estado no aportó prueba alguna, ya que su escrito de contestación de la demanda fue rechazado por la Corte por considerarlo extemporáneo (supra párrs. 24 y 30).

44. Junto al escrito relativo a los gastos solicitado por la Corte, la Comisión remitió cinco anexos contenidos en el mismo número de documentos (supra párr. 38) (52).

PRUEBA TESTIMONIAL Y PERICIAL

45. La Corte recibió, en audiencia pública celebrada el 18 de noviembre de 1999, las declaraciones de dos testigos y los dictámenes de tres peritos propuestos por la Comisión Interamericana, así como los dictámenes de dos peritos convocados por el Tribunal en uso de las facultades señaladas en el artículo 44.1 del Reglamento. Dichas declaraciones son sintetizadas a continuación, en el orden en que fueron producidas: a. Testimonio de Ciro Colombara López, presunta víctima en el caso. Cuando se impuso la censura a la película "La Ultima Tentación de Cristo" tenía 28 años, era y es abogado, se dedicaba al ejercicio libre de la profesión, y desempeñaba una función académica en la Universidad Católica de Chile. No ha visto la película "La Ultima Tentación de Cristo". Profesional y académicamente tiene gran interés en el tema del derecho penal, de la libertad de expresión y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Publicó un libro en Chile sobre las sanciones penales en materia de libertad de expresión. Al iniciarse en Chile el proceso destinado a prohibir la exhibición de la película mediante un recurso de protección interpuesto por siete abogados invocando la representación de la Iglesia Católica y de Jesucristo, decidió intervenir por varias razones: le parecía "tremendamente grave" que alguien se arrogara la representación de la Iglesia Católica y de Jesucristo pretendiendo que se prohibiese la exhibición de una película; se iba a juzgar o resolver algo determinante para la libertad de expresión en Chile, ya que se iba a sentar un

---

(51) *cfr.* anexo I: *copia del documento de calificación emitido por el Consejo de Calificación Cinematográfica el 11 de noviembre de 1996, mediante el cual se informa que dicho Consejo revisó la película La Ultima Tentación de Cristo y que la aprobó solo para mayores de 18 años;* anexo II: *copia de la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante la cual se acoge el recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, en nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, y se deja sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica adoptada el 11 de noviembre de 1996;* anexo III: *copia de la sentencia de 17 de junio de 1997 dictada por la Corte Suprema de Justicia de Chile, mediante la cual confirma la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones que fue apelada;* anexo IV: *copia de un proyecto de reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación que consagra el derecho a la libre creación artística y copia del mensaje no. 339-334 dado el día 14 de abril de 1997 por el Presidente de la República de Chile a la Cámara de Diputados, como sustento al proyecto mencionado;* y anexo V: *un ejemplar del libro titulado "La Ultima Tentación" cuyo autor es Nikos Kazantzakis y que fue publicado por Ediciones Lohlé-Lumen en 1996 en Buenos Aires.*

(52) *cfr. factura no.004526 del Hotel Jade emitida el 19 de noviembre de 1999 a nombre del señor José Zalaquett; factura no.004540 del Hotel Jade emitida el 20 de noviembre de 1999 a nombre de la "Asoc. de Abogados por las Libe"; factura no.004541 del Hotel Jade emitida el 20 de noviembre de 1999 a nombre de la "Asoc. de Abogados por las Libe"; factura no.004542 del Hotel Jade emitida el 20 de noviembre de 1999 a nombre de la "Asoc. de Abogados por las Libe"; y factura no.0115909 de Aeromar Agencia de Viajes Limitada emitida el 16 de noviembre de 1999 a nombre de la "Asoc. de Abogados por las Libertades Públicas."*

precedente en la materia; estimaba importante que los tribunales chilenos, al resolver el caso, tuviesen especial conocimiento de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicables al caso; y le parecía especialmente grave que se coartase la libertad de expresión en materia artística.

La sentencia que prohibió la exhibición de la película le causó perjuicios directos e indirectos. Si bien no es un hecho imputable al Estado, como consecuencia de su intervención profesional en el caso terminó su carrera académica en la Universidad Católica, ya que se señaló que dicha participación era incompatible con el desempeño de las funciones académicas. Le parece sumamente grave el hecho de que los tribunales chilenos no hicieron referencia a la Convención Americana o al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El hecho de que se haya prohibido la película le causó un grave daño, debido a sus actividades académicas y por sus intereses profesionales en materia de libertad de expresión, ya que actualmente da clases sobre libertad de expresión en la Escuela de Periodismo de la Universidad de Chile y tiene contactos con académicos de otros países. Se le causó un perjuicio como ciudadano al impedírsele acceder a una película de carácter artístico y con un contenido aparentemente religioso. En consecuencia, se le privó la posibilidad de tener elementos de juicio, de formarse una opinión, de acceder a información que para él era relevante. Finalmente, como no es católico, considera que se atentó contra su derecho de conciencia, ya que un grupo de personas de una religión determinada pretendió imponer una visión propia sobre lo que pueden ver los demás ciudadanos.

b. Testimonio de Matías Insunza Tagle, presunta víctima en el caso

Cuando se impuso la censura a la película "La Ultima Tentación de Cristo" cursaba cuarto año de derecho en la Universidad de Chile y tenía un cargo de representación estudiantil. No ha visto la película "La Ultima Tentación de Cristo" debido a la sentencia de la Corte Suprema de Chile.

Al iniciarse en Chile el proceso destinado a prohibir la exhibición de la película mediante un recurso de protección, hubo dos motivos que lo llevaron a intervenir en dicho proceso. Un motivo fue personal, que era el hecho de que un grupo de abogados pretendía, mediante la interposición de un recurso de protección, impedir el acceso a información. Otro motivo fue el hecho de haber tenido un cargo estudiantil, ya que la Universidad a la cual asistía era pública y tolerante, abierta a distintas ideas y expresiones, lo cual lo incentivó a ser parte en el recurso de protección para impedir que se censurara la exhibición de la película.

La sentencia que prohibió la exhibición de la película le causó un perjuicio moral y un daño en cuanto a su desarrollo intelectual, porque a través de la censura impuesta se le impidió tener acceso a información fundamental para poder formarse una opinión fundada en argumentos sólidos y no en prejuicios. Por su formación y por ser estudiante de derecho necesita tener una opinión fundada en argumentos jurídicos y en "argumentos de ciudadano". Se restringió su capacidad de desarrollo intelectual para participar en el debate público que se generó.

Se afectó su libertad de conciencia mediante la imposibilidad de acceder a información, así como de pensar de determinada manera y de crearse, mantener o modificar sus propias ideas y convicciones acerca de un tema. Se le privó la posibilidad de crecer intelectualmente, de desarrollarse.

c. Peritaje de José Zalaquett Daher, abogado especialista en derechos humanos

La protección de la libertad de expresión en Chile a la luz del derecho internacional tiene dos etapas. La primera es la anterior a la ratificación de la Convención Americana por el Estado chileno, durante la cual existían en la legislación graves deficiencias respecto de los estándares internacionales. La segunda etapa se da a partir del momento en que se ratifica la Convención Americana, ya que es cuando se incorporan al derecho interno los estándares establecidos en dicho tratado.

El derecho a la libertad de expresión puede estar sujeto a restricciones, las cuales deben respetar ciertos límites.

El artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile dice que la ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y el artículo 60 de la misma dice que sólo son materia de ley aquellos asuntos que la Constitución expresamente le encarga. Si se considera que las normas de la Convención y los derechos en ella regulados tienen rango constitucional, este tratado habría modificado el artículo 19 número 12 de la Constitución chilena, en el sentido que el sistema de censura sólo podía referirse a la calificación de espectáculos públicos para el efecto de la protección de menores y adolescentes. Si se creyera que la Convención y los derechos en ella regulados sólo tienen fuerza de ley, aún así a esa ley —la Convención— es a la que la Constitución remite a la hora de establecer el sistema de censura. Además, es una ley posterior al Decreto Ley número 679 de 1974, el cual establece la obligación del Consejo de Censura Cinematográfica "de rechazar películas por [numerosas] causales".

En cuanto al papel de los tribunales chilenos respecto de la libertad de expresión, han existido fallos en relación con la censura cinematográfica. Los argumentos de la Corte Suprema para establecer censura tienen que ver con una posible colisión de derechos, ya que al distinguir entre la aparente y posible colisión entre el derecho a la privacidad o a la honra y el derecho a la libertad de expresión, en caso de duda tiende a favorecer la restricción y no la libertad. Además, la protección del honor vía cautelar, aunque se trate de una medida permanente, se considera que no constituye una medida de censura. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de enero de 1997 estableció que la protección cautelar no es censura, aún cuando se extienda indefinidamente.

Opina, respecto de los fundamentos de la decisión de la Corte Suprema de Chile en el presente caso, que ésta utilizó indebidamente remedios legales y normas de derecho sustantivo para propósitos para los cuales no están establecidos. Al establecer que el honor de la persona de Jesucristo ha sido vulnerado por una determinada interpretación artística o filosófica y que ésto afecta la dignidad y la libertad de autodeterminarse de acuerdo con las creencias y valores de la persona, está incurriendo en confusiones que suponen que no está reglando adecuadamente el posible conflicto de derechos. Aunque a muchos les resulte chocante la película y a otros ilustrativa y edificante, no cabe calificarla como blasfemia. Considera que la Corte Suprema decidió reprimir por blasfemas, o al menos por heréticas, las expresiones utilizadas en la película, ya que en la opinión de dicha Corte eran chocantes. Sin embargo, no pudiendo reprimir dichas expresiones la Corte Suprema encontró una forma indirecta de hacerlo, la cual violenta el sentido racional de conflicto de derecho y de razonamiento judicial. La blasfemia, la cual se distingue de la herejía, supone un vejamen o ridiculización de figuras o creencias religiosas sin que haya un propósito de reflexión artística, de contribución a un debate.

En cuanto a la libertad de conciencia, en este caso se está hablando de la libertad de creencia, de conciencia y de religión en dos sentidos: uno que coincide con la libertad de expresión,

y otro que supone la libertad de buscar y recibir información. Como existe la libertad de formarse una opinión o creencia religiosa y de cambiarla, es instrumental a ella el poder recibir y buscar información, de lo contrario la persona no tendría acceso a todas las corrientes de información, y por lo tanto no podría valerse de ellas para mantener una creencia, para cambiarla, combatirla o disputarla con otros. En ese sentido restringido cree que se puede afirmar que el fallo de la Corte Suprema viola el artículo 12 de la Convención.

Respecto de la reforma de la legislación constitucional, es evidente la buena fe del Estado de Chile. También es evidente que la justicia chilena hace caso omiso del derecho internacional, debido a varios factores: por el derecho nacional y su supuesta supremacía, y por el recargo de trabajo y la consiguiente dificultad para estudiar un nuevo derecho. Si se reforman las leyes o se expide una ley en cada ocasión que la Corte Suprema ignore que hubo una derogación tácita, ésto puede ser contraproducente para el ordenamiento interno, ya que se creería que las normas de pleno derecho autoaplicables (self executing) no tienen vigor en ese ámbito. La reforma más importante sería aquella que recordara imperativamente al Poder Judicial que existe la incorporación de pleno derecho. Si esta reforma se hiciera conjuntamente con la reforma al artículo 19 número 12 de la Constitución Política, ambas tendrían mejor efecto.

Respecto del carácter autoaplicable (self executing character) de las normas internacionales en el derecho interno, aquellas normas que establecen un mandato de tipificación y las de carácter programático no son autoaplicables (self executing); sin embargo, las que establecen un derecho subjetivo, afirmando un derecho y limitando sus restricciones, son autoaplicables (self executing). Señaló que un ejemplo de la práctica de los tribunales chilenos de aplicabilidad directa (self execution) de normas de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile es el caso de la norma que prohíbe la prisión por deudas.

Cualquiera de los poderes del Estado puede comprometer su responsabilidad internacional. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Convención está cumplida por Chile al incorporar este tratado de pleno derecho a su derecho interno. Sin embargo, debido a la falta de una interpretación adecuada de este tratado por parte del Poder Judicial, puede entenderse que hay una obligación adicional del Poder Legislativo de garantizar dicha interpretación. Esta se cumplirá mediante legislación interna que señale que el derecho internacional se debe entender incorporado al derecho interno. Esta obligación de garantizar, si se cumpliera, puede tener un efecto en la reparación pero no en la responsabilidad jurídica. En su opinión, la reforma del artículo 19 número 12 de la Constitución Política chilena no es eficaz porque no va a producir el efecto de impedir que el Poder Judicial, vía cautelar permanente, imponga la censura cinematográfica, de libros u otra manifestación artística. Además, la reforma propuesta "incluye un elemento distorsionador de los criterios internacionales", como es el agravante que se incorpora en el Código Penal relativo a la comisión de un delito cuando éste se ejecuta "en desprecio o con ofensa de la autoridad pública."

El Consejo de Censura Cinematográfica ha prohibido numerosas películas. En algunos casos ha revisado las calificaciones y permitido la exhibición de las películas que había censurado.

Basarse en el derecho a la honra para prohibir la exhibición de la película es "una utilización indirecta e indebida de instituciones en el medio jurídico pensado para otras situaciones, a fin de ajustarse a los sentimientos de la Corte". Al afirmar la sentencia que la honra se identifica con la capacidad de autodeterminarse, de acuerdo con los valores y creencias de la persona, está confundiendo al menos la honra con la libertad de creer que es la religión.

d. Peritaje de Humberto Nogueira Alcalá, abogado especialista en derecho constitucional

La Constitución Política chilena no establece norma alguna sobre la jerarquía del derecho internacional convencional y del derecho internacional consuetudinario en relación con el derecho interno y solamente establece el sistema de incorporación y aplicabilidad del derecho internacional convencional al derecho interno. Los artículos 32 número 17 y 50 número 1 de la Constitución Política señalan que el Presidente de la República negocia y firma los tratados, el Congreso los aprueba o rechaza sin poder introducirle modificaciones y, posteriormente, el Presidente de la República los ratifica. El ordenamiento jurídico chileno, aplicado de buena fe y de acuerdo con los criterios hermenéuticos que corresponden, reconoció la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno cuando ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo cual ocurrió antes de que la Constitución Política entrara en vigencia. En consecuencia, en caso de conflictos normativos entre el derecho interno y el derecho internacional, Chile está obligado a hacer prevalecer la norma de derecho internacional.

En cuanto a la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico chileno como limitación de la soberanía, el texto de la Constitución Política de 1980, en su artículo 5 inciso 1, establecía la residencia de la soberanía en la Nación y el ejercicio de ésta por el pueblo y por las autoridades constituidas de acuerdo con el sistema constitucional. El inciso 2 de dicho artículo establecía como límite de la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En el proceso de transición del régimen autoritario al democrático se efectuaron 54 reformas constitucionales, y una de ellas fue al inciso 2 del artículo 5, al agregar la frase que dice "que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos contenidos en la Constitución Política, como asimismo por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes". Con esta frase se consolida la perspectiva de que los derechos esenciales de la persona humana constituyen, dentro del sistema jurídico chileno, un sistema de doble fuente: una de carácter interno —la Constitución Política— y otra de carácter internacional que incorpora al ordenamiento jurídico chileno, al menos, los derechos contenidos en los tratados que el Estado libre, voluntaria y espontáneamente ha ratificado. Esto implica que el bloque de constitucionalidad está integrado por los derechos contenidos en los tratados y por los derechos consagrados en la propia Constitución Política.

Las Cortes superiores chilenas, en materia de prisión preventiva, han aceptado la inexistencia de la prisión por deudas, de acuerdo con la Convención Americana. También han señalado que no puede haber interrogatorio bajo tortura, invocando las disposiciones de la Convención. Sin embargo esto es excepcional, ya que hay materias en que los tribunales chilenos y la Corte Suprema ignoran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y cuando están en juego dos derechos como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra, hacen primar el derecho al honor. Hay una política sistemática en tal sentido.

La fuente del derecho a la libertad de expresión es el artículo 19 número 12 de la Constitución Política chilena, el cual debe ser complementado por el artículo 13 de la Convención, lo que implica que en Chile esta libertad comprenda la libertad de expresión y la de información. Asimismo, la libertad de expresión prohíbe todo tipo de censura y solamente permite las restricciones ulteriores, salvo en el caso de los espectáculos públicos con respecto a los cuales se establece una excepción para proteger la moral de la infancia y del adolescente. Una segunda excepción podría ser en casos de estados de emergencia, ya que bajo el artículo 27 de la Convención se permite suspender temporalmente el ejercicio de la libertad de expresión.

El inciso final del artículo 19 número 12 de la Constitución Política establece un sistema de

censura cinematográfica, la cual se tradujo en una normativa de rango legal que establece un Consejo de Calificación Cinematográfica, el cual puede rechazar la exhibición de obras cinematográficas para adultos. Además, hay normas de la Ley de Seguridad Interior del Estado, del Código Penal y del Código de Justicia Militar que también permiten "requisar" preventivamente la edición completa de distintos tipos de obras e impedir su circulación y difusión. No es sólo un problema normativo, es fundamental el criterio jurisprudencial que tienen los tribunales superiores chilenos al hacer preponderar el derecho al honor frente a la libertad de expresión, vulnerando clara y evidentemente el párrafo segundo del artículo 13 de la Convención.

El principio que dice que debe regir la norma que más favorece el ejercicio de los derechos debería aplicarse inclusive en materia de libertad de expresión. La Corte Suprema de Justicia y la Corte de Apelaciones de Santiago no necesitan que se modifique el artículo 19 número 12 de la Constitución Política para hacer primar el artículo 13 párrafo segundo de la Convención Americana sobre las disposiciones de derecho interno, sino que deberían aplicar directamente el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esto es "el principio hermenéutico de aquella norma que mejor favorece el ejercicio del derecho y además el criterio de delimitación del derecho".

e. Peritaje de Juan Agustín Figueroa Yávar, abogado especialista en derecho procesal

De acuerdo con la Convención Americana, la sentencia que dicte la Corte Interamericana tiene efecto vinculante. Con base en el artículo 62 de la Convención, incisos 1 y 2, los Estados parte pueden reconocer incondicionalmente la jurisdicción del Tribunal o bien pueden establecer reservas. Por su parte, Chile depositó el documento de ratificación el 21 de agosto de 1990 y señaló que reconocía como obligatoria, de pleno derecho, la competencia de la Corte Interamericana respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de dicho tratado. La expresión "de pleno derecho" significa que el compromiso con la decisión respectiva no está condicionada a circunstancia alguna para su cumplimiento.

La Corte Suprema de Chile ha declarado la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno. Respecto de la jerarquía del derecho internacional, un paso fundamental ocurrió en 1989 con la modificación constitucional del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política que estableció, en cuanto a los derechos esenciales, que ellos no tan solo están señalados o reconocidos por la Constitución misma, sino también por los tratados internacionales de derechos humanos.

No hay disposición alguna en la legislación interna que pueda tener preeminencia y que de alguna manera obste el efectivo y real cumplimiento de lo que resuelva la Corte Interamericana. Los tratados internacionales se entienden incorporados al ordenamiento jurídico y la mayoría de la doctrina considera que se incorporan por lo menos al mismo nivel que el del ordenamiento constitucional. Es decir, los tratados pueden ampliar el ámbito del ordenamiento constitucional y, aún más, debe entenderse la preeminencia de la norma internacional sobre la interna.

La jurisprudencia chilena, en materia propiamente legal, ha reconocido la preeminencia de la Convención sobre las normas domésticas. Por ejemplo, en materia de giro doloso de cheques "ha entendido que las normas domésticas que limitaban la libertad provisional al depósito previo del monto del respectivo documento, se entienden derogadas por las normas [del Pacto] de San José"; asimismo otorgó la libertad provisional a personas que pretendían ser extraditadas, invocando la norma constitucional chilena y la Convención. Este no ha sido el

criterio respecto de la censura previa, ya que al aplicar la norma constitucional que permite la censura a la exhibición de películas se vulnera la Convención.

Chile ha dicho que cumple mediante la presentación de un proyecto de reforma constitucional, la cual es innecesaria porque en la medida en que las normas internacionales se incorporan al rango constitucional producen la derogación tácita de normas como la que permite la censura previa, y contraproducente porque al enviar el proyecto de reforma está declarando implícitamente que para recepcionar las normas internacionales se requiere un trámite previo interno. El proyecto es también tardío porque el compromiso internacional del Estado nació en 1990 con la ratificación de la Convención, mientras que la reforma constitucional se planteó en 1997, y reactivo porque se envió cuando ya había sido dictada la sentencia de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Los chilenos tienen derecho a ver la película a partir de la ratificación del Pacto de San José. Si la reforma constitucional es una ley aclaratoria o interpretativa contribuirá a dar certeza jurídica.

f. Peritaje de José Luis Cea Egaña, abogado especialista en libertad de expresión

Conoce el proyecto de reforma constitucional presentado a la Cámara de Diputados por el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle el 16 de abril de 1997, el cual ya fue aprobado por dicha Cámara. Este proyecto establece dos modificaciones al artículo 19, incisos primero y final, de la carta fundamental. En el inciso primero la reforma establece la libertad de emitir opiniones y de informar sin censura previa, lo que se extiende a las expresiones de carácter cultural y artístico. En el inciso final el proyecto reemplaza la censura previa por un sistema de calificación en el que el destinatario de las exhibiciones cinematográficas elige si desea presenciar este tipo de espectáculos, conforme al principio de autorregulación y de libertad. Esta reforma constitucional puede ser acompañada de reformas a la legislación complementaria.

Una vez aprobada la reforma constitucional, los chilenos y todos los habitantes del país estarán constitucional y jurídicamente en situación de concurrir libremente a la exhibición de la película objeto de censura. En virtud del principio de la supremacía de la Constitución Política, al aprobar la reforma constitucional dichas normas adquieren una imperatividad inmediata y directa, y las disposiciones actualmente vigentes así como las resoluciones judiciales contrarias a la reforma quedan sin efecto.

En cuanto a la libertad de conciencia y de religión, considera que se debe atender el artículo 12 de la Convención, el cual abarca la libertad para profesar una religión, de manifestar el culto a la religión, de no ser perseguido por la religión que se tiene y de cambiar la religión. La libertad de conciencia está muy relacionada con la libertad de expresión. En el presente caso no se tipifica o configura ninguna de estas conductas, por lo que no se violó el artículo arriba mencionado.

La propuesta de solución amistosa hecha por el Estado se basó en tres ideas fundamentales: facilitar la exhibición de la película, la creación de un fondo destinado a la promoción de la libertad de expresión en Iberoamérica y la invitación al Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Esta última idea ya fue cumplida; los puntos faltantes se deben a que al ser Chile un Estado democrático de derecho regido por el principio de separación de funciones no se puede atropellar la competencia de cada poder. No puede el Estado facilitar la exhibición de la película sin que se reforme previamente la Constitución Política. Hay un contexto constitucional y democrático dentro del cual deben

desenvolverse las autoridades estatales. De lo contrario, el Presidente de la República podría ser inmediatamente acusado de cometer el delito de desacato y podría ser políticamente acusado ante la Cámara de Diputados por atropellar el ordenamiento jurídico chileno.

Censura previa es todo impedimento ilegítimo al ejercicio de la libertad de expresión en su genérica o amplia cobertura o sentido. Sin embargo, no todo impedimento al ejercicio a la libertad de expresión se puede calificar de censura. Todo impedimento ilegítimo a la libertad de expresión es contrario al Estado de derecho, a la democracia y a los derechos humanos. Cuando el poder judicial prohíbe preventivamente la circulación de un libro o la exhibición de una película porque dañan la honra de determinadas personas, incurre en un acto flagrante de censura. Cualquier opinión que daña la honra de una persona no constituye un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión. El ejercicio de la "comisión cautelar" no constituye un impedimento legítimo a que se publiquen panfletos, folletines u obras que puedan herir de manera irreversible o insubsanable la honra de un ser humano. Los tribunales de justicia chilenos en muchos casos ignoran los últimos avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El artículo 5 inciso segundo de la Constitución se reformó por voluntad del poder constituyente en un plebiscito en 1989, en el sentido de que los derechos fundamentales reconocidos en la Convención y en los demás tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en dicho país y las garantías y recursos procesales destinados a infundirle eficacia a la protección de esos derechos, constituyen disposiciones de derecho y garantías de jerarquía constitucional. Ahora, el Preámbulo de la Convención dice que la protección internacional debe entenderse en términos coadyuvantes o complementarios; esos son los mismos términos utilizados en el ordenamiento constitucional y jurídico chileno. En consecuencia, existe la subsidiariedad, en virtud de la cual una vez agotada la jurisdicción interna se puede recurrir a la Corte Interamericana.

En una sociedad pluralista como la chilena los tribunales son independientes y hay sectores de la profesión legal o de la magistratura que tienen una visión del ordenamiento jurídico que los lleva a sostener que invocando otras garantías constitucionales como las del artículo 19 inciso 4 de la Constitución Política, atinente a la honra y a la intimidad, pueden llevarse a cabo prohibiciones. La magistratura chilena es extremadamente legalista.

Chile no ha violado los artículos 12, 13, 1.1 y 2 de la Convención ya que el hecho de que la magistratura haya dictado sentencias contrarias a dichos artículos no basta para sostener que el Estado violó la Convención. La Convención debe ser interpretada y aplicada de acuerdo con su artículo 30, ya que no basta un hecho que teórica o doctrinariamente pueda tipificar o configurar la infracción de una regla o precepto sino que es indispensable atender al contexto, que es el del marco de un orden democrático pluralista con separación de poderes, y el objetivo de la disposición.

El principio del derecho internacional de acuerdo con el cual el Estado es responsable por los actos de los órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial es un principio no convencional que está recogido y debe ser acatado en virtud del jus cogens. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados reconoce que un Estado parte no puede invocar disposiciones de su derecho interno para dejar sin efecto el cumplimiento de los tratados internacionales. En el presente caso Chile no está alegando su derecho interno para dejar de cumplir las disposiciones de la Convención Americana. Los textos positivos incluyen las normas internacionales, pero lamentablemente hay sectores de la profesión y la magistratura chilena que no han recepcionado esa situación.

g. Peritaje de Francisco Cumplido, abogado especialista en derecho constitucional y derecho político

Ha asesorado al Gobierno de Chile y al Congreso Nacional en las reformas constitucionales desde 1963 hasta 1973 y desde 1990 hasta la fecha. En el procedimiento de reforma constitucional participan, como poder constituyente derivado, el Presidente de la República, la Cámara de Diputados y el Senado y se rige por las normas ordinarias de la tramitación de las reformas del Poder Legislativo.

La Constitución Política de 1980 reformada en 1989 simplificó el procedimiento de reforma constitucional, pero éste en todo caso requiere, para determinadas materias, mayorías de la Cámara de Diputados y del Senado. Por regla general se requieren tres quintos de los Diputados y Senadores en ejercicio para adoptar una reforma constitucional, pero existen casos en que se requieren dos tercios. Si no hay acuerdo entre las cámaras va a un tercer trámite y si el desacuerdo persiste, el trámite puede pasar a una comisión mixta. Algunas reformas han demorado dos años, otras siete años. Hay casos que tienen una larga tramitación. En la gran mayoría de reformas constitucionales han sido necesarias la negociación y el acuerdo, por la integración de las mayorías políticas.

El proyecto de reforma constitucional mediante el cual se suprime la censura cinematográfica fue enviado al Congreso Nacional por el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle el 15 de abril de 1997 y ya fue aprobado el primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados. Este plazo de menos de 3 años es plenamente normal. Es muy probable que el Senado le introduzca modificaciones al proyecto con el fin de adecuarlo a lo dispuesto en la Convención Americana respecto de la protección de los menores y con el fin de concordar la Constitución Política con los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

Hasta 1980 había el precedente de no declarar de urgencia los proyectos. A partir de 1980, por el número de proyectos de reformas constitucionales y legales que exigían la transición y la consolidación del proceso democrático, el Gobierno tuvo que utilizar las declaraciones de urgencia. La urgencia es de tres tipos: "simple urgencia" que implica que en 30 días cada rama debe despachar el proyecto; "suma urgencia" cuyo plazo es de 10 días, y "discusión inmediata" que se debe despachar en tres días en cada rama. El Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle declaró la urgencia del proyecto de reforma constitucional del artículo 19 número 12 en discusión inmediata, de manera que debe ser despachado por el Senado en tres días. Esta urgencia se declaró a partir del momento en que existe la posibilidad cierta de que se logre la aprobación de la reforma constitucional. Ahora, si el Senado introduce modificaciones vuelve a la Cámara de Diputados con la urgencia de discusión inmediata y esta Cámara tendrá que pronunciarse en tercer trámite en tres días. Si hay desacuerdo no hay reforma constitucional y si hay acuerdo hay reforma constitucional y va al Presidente de la República para que éste la sancione o la vete, y si hay veto la Cámara y el Senado pueden insistir en sus planteamientos, caso en el cual el Presidente puede convocar a la ciudadanía a plebiscito. Además, habrá que enviar proyectos de ley necesarios para hacer aplicable esta reforma en lo referente al decreto-ley sobre censura cinematográfica y a la ley sobre televisión.

Se evidenció la necesidad de una reforma constitucional cuando la Corte de Apelaciones acogió un recurso de protección prohibiendo la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo". Se quiso, entonces, resolver el problema de la interpretación de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema y, por otro lado, poder cumplir con la Convención Americana, y con la Convención de los Derechos del Niño respecto de la protección de menores. Debido a que los

Gobiernos del Presidente Patricio Aylwin y el del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle no compartían los fundamentos de las resoluciones de los tribunales chilenos, se encontraban en la necesidad de resolver esa situación dentro del margen de la Constitución Política, y el único camino era mediante el envío de un proyecto de reforma constitucional, ya que una vez aprobado daría certeza jurídica y sería exigible a todos los órganos del Estado.

Una vez aprobada la reforma constitucional, incuestionablemente los chilenos mayores de edad van a poder ver la película "La Ultima Tentación de Cristo".

El recurso de protección produce cosa juzgada relativa, por lo que una vía que pudo haber existido es que se hubiese demandado internamente al Estado y recurrir a una "inaplicabilidad por inconstitucionalidad" si se estimaba que el decreto-ley de censura cinematográfica era inconstitucional por contravenir el artículo 19 número 12 de la Constitución Política o la Convención Americana.

El problema suscitado con la Corte Suprema se debe a un problema interpretativo, en la medida en que ha aplicado preferentemente el derecho al honor frente a la libertad de opinión, siguiendo algunas tendencias de tribunales extranjeros y la doctrina que distingue entre derechos humanos que corresponden a la dignidad de la persona como el derecho a la vida, al honor, a la intimidad, respecto de derechos humanos de medio como la libertad de opinión y de información.

En la reforma constitucional de 1989 se optó por no presentar modificaciones a todos los artículos de la Constitución Política de 1980 que implicaren dar una mayor extensión a los derechos humanos en ella consagrados y lo que se hizo fue establecer una norma vinculante para todos los órganos del Estado (artículo 5 inciso segundo) que exigiera la garantía y protección de todos los derechos humanos garantizados en la propia Constitución Política y en los tratados de derechos esenciales de la persona humana ratificados y vigentes en Chile. Salvo la adecuación en lo referente a los espectáculos artísticos que va más allá de la Convención Americana, se acogió el planteamiento de que debían entenderse incorporados a la Constitución los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales aprobados por Chile y vigentes. Se dejó vigente la censura cinematográfica y se suprimió la posibilidad de fijar normas respecto de la expresión pública de otras actividades artísticas. Si había una contradicción entre un derecho establecido en la Constitución y un derecho establecido en un tratado internacional, se planteó que en ese caso correspondería a los tribunales resolver. En ese momento se pensó que los tribunales aplicarían los principios generalmente aceptados de derecho internacional. No está de acuerdo con la interpretación de la Corte Suprema, pero legítimamente ésta tenía el derecho de hacer la interpretación.

La modificación de la Constitución Política, en cuanto a los derechos esenciales incluidos en el artículo 19 número 12, se produciría automáticamente en virtud del artículo 5 inciso segundo de la misma, salvo que hubiera una ley o modificación constitucional que necesariamente resulte indispensable para dar cumplimiento al tratado. Esta posición no es uniformemente aceptada.

La vía administrativa se agota con la intervención de todos los órganos del Estado y no sólo con la sentencia de la Corte Suprema. No se agotó la vía interna en la medida en que el Presidente de la República envió un proyecto de reforma constitucional para hacer cumplir la interpretación correspondiente a la idea que el Legislativo y el Ejecutivo tienen sobre la materia y, aunque la reforma no es un recurso judicial, es un recurso dentro del Estado. Esto basado en el principio de subsidiariedad, en aplicación del cual si el Presidente de la República ha hecho uso del recurso de reforma constitucional no procede aún la justicia internacional.

El Estado debe cumplir la sentencia que dicte la Corte Interamericana de conformidad con la Constitución y las leyes. Si el Presidente de la República ordenare sin reforma constitucional que se exhibiera la película "La Ultima Tentación de Cristo" que ha sido prohibida, estaría infringiendo el artículo 73 de la Constitución Política, el cual prohíbe al Presidente de la República y al Congreso Nacional avocarse causas pendientes, hacer revivir procesos fenecidos y pronunciarse sobre los fundamentos de las sentencias. Es decir, podría ser acusado por infringir la Constitución Política de Chile.

VI

VALORACION DE LA PRUEBA

46. Para proceder a valorar la prueba aportada en el presente caso, primero se debe analizar si ésta fue presentada en el momento procesal oportuno. Al respecto, el artículo 43 del Reglamento señala que

> [l]as pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son señaladas en la demanda y en su contestación[.] Excepcionalmente la Corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervinientes en momento distinto a los antes señalados, siempre que se garantice a la parte contraria el derecho de defensa.

47. En este caso la Comisión aportó la prueba en la demanda, por lo que fue presentada oportunamente. En cuanto al Estado, éste no aportó prueba alguna, ya que su escrito de contestación de la demanda fue rechazado por la Corte por haber sido presentado extemporáneamente (supra párr. 24, 30 y 43).

48. Previo al examen de las pruebas que conforman el expediente del presente caso, la Corte debe precisar los criterios que utilizará para tal fin.

49. En primer lugar, se debe tomar en cuenta el contexto dentro del cual se enmarca el proceso ante un tribunal internacional de derechos humanos, el cual es más flexible y menos formal que el proceso en el derecho interno.

50. La Corte ha señalado que los criterios de apreciación de la prueba ante un tribunal internacional de derechos humanos tienen mayor amplitud, pues la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona permite al tribunal una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante él sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia (53).

51. Meras formalidades no pueden sacrificar la justicia que se pretende obtener al acudir a un sistema procesal, sin que por ello se deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.

52. Cabe destacar que, en este caso, el Estado no presentó ningún tipo de prueba de descargo en las oportunidades procesales señaladas en el artículo 43 del Reglamento. Durante la audiencia pública sobre el fondo del caso, Chile concentró su defensa en el argumento de que había presentado un proyecto de reforma al artículo 19 número 12 de la Constitución Política con el objeto de modificar, por sus órganos competentes, la norma del derecho interno que compromete sus obligaciones internacionales, y en el hecho de que todo lo pretendido por la

---

(53) *cfr. Caso del Tribunal Constitucional.* Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C Nº 71, párr. 46.

Comisión en su demanda está comprendido en la aprobación de la reforma constitucional, salvo lo que respecta a las reparaciones.

53. Al respecto, la Corte considera, como ya lo ha hecho en otros casos, que cuando el Estado no contesta la demanda de manera específica, se presumen verdaderos los hechos sobre los cuales guardó silencio, siempre que de las pruebas presentadas se puedan inferir conclusiones consistentes sobre los mismos (54).

54. Seguidamente la Corte apreciará el valor de los documentos, testimonios y dictámenes periciales que integran el acervo probatorio del presente caso, según la regla de la sana crítica, la cual permitirá llegar a la convicción sobre la veracidad de los hechos alegados.

55. En cuanto a la prueba documental aportada por la Comisión (supra párr. 42), la Corte da valor a los documentos presentados, los cuales no fueron controvertidos ni objetados ni su autenticidad puesta en duda.

56. En relación con los testimonios rendidos en el presente caso, los cuales no fueron controvertidos ni objetados, la Corte los admite y les da pleno valor probatorio.

57. Respecto a los dictámenes periciales, la Corte los admite en cuanto tengan que ver con el conocimiento de los peritos sobre el derecho nacional o comparado y su aplicación a los hechos del presente caso.

58. La Constitución Política de Chile de 1980 es considerada útil para la resolución del presente caso, por lo cual es agregada al acervo probatorio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 44.1 del Reglamento (55).

59. Los anexos presentados por la Comisión en su escrito de 8 de enero de 2001 (supra párr. 44), en relación con los gastos incurridos, son considerados útiles para la resolución del presente caso, por lo cual la Corte los incorpora al acervo probatorio con fundamento en lo dispuesto en el artículo 44.1 del Reglamento.

VII

HECHOS PROBADOS

60. Del examen de los documentos, de la declaración de los testigos y peritos, y de las manifestaciones del Estado y de la Comisión, en el curso del presente proceso, esta Corte considera probados los siguientes hechos:

a. El artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile de 1980 establece un "sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica." (56)

---

(54) *cfr. Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 4, párr. 48.

(55) *cfr. Constitución Política de la República de Chile publicada en el Diario Oficial No.30.798 el 24 de octubre de 1980.*

(56) *cfr. Constitución Política de la República de Chile publicada en el Diario Oficial No.30.798 el 24 de octubre de 1980, artículo 19 número 12, séptimo párrafo modificado mediante la ley de reforma constitucional No.18.825, D.O. 17-8-1989;* anexo II: *copia de la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante la cual se acoge el recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, en nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, y se deja sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica adoptada el 11 de noviembre de 1996;* anexo III: *copia de la sentencia de 17 de junio de 1997 dictada por la Corte Suprema de Justicia de Chile, mediante la cual confirma la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones que fue apelada;* anexo IV: *copia de un proyecto de reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación que consagra el derecho a la libre creación artística y copia del mensaje no.*

b. El Decreto Ley número 679 de 1 de octubre de 1974 faculta al Consejo de Calificación Cinematográfica para orientar la exhibición cinematográfica en Chile y efectuar la calificación de las películas. El Reglamento de dicha ley está contenido en el Decreto Supremo de Educación número 376 de 30 de abril de 1975. Dicho Consejo de Calificación Cinematográfica es parte del Ministerio de Educación (57).

c. El 29 de noviembre de 1988 el Consejo de Calificación Cinematográfica rechazó la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo", ante una petición que le hiciera la "United International Pictures Ltda". Dicha empresa apeló la resolución del Consejo, pero la resolución fue confirmada por un tribunal de apelación mediante sentencia de 14 de marzo de 1989 (58).

d. El 11 de noviembre de 1996 el Consejo de Calificación Cinematográfica revisó la prohibición de exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo", ante una nueva petición de la "United International Pictures Ltda" y, en sesión número 244, autorizó su exhibición, por mayoría de votos, para espectadores mayores de 18 años (59).

e. Ante un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección y dejó sin efecto la resolución administrativa del

---

339-334 dado el día 14 de abril de 1997 por el Presidente de la República de Chile a la Cámara de Diputado, como sustento al proyecto mencionado; peritaje de José Zalaquett Daher rendido ante la Corte Interamericana el 18 de noviembre de 1999; peritaje de Humberto Nogueira Alcalá rendido ante la Corte Interamericana el 18 de noviembre de 1999; peritaje de José Luis Cea Egaña rendido ante la Corte Interamericana el 18 de noviembre de 1999; y peritaje de Francisco Cumplido rendido ante la Corte Interamericana el 18 de noviembre de 1999.

(57) *cfr.* anexo I: *copia del documento de calificación emitido por el Consejo de Calificación Cinematográfica el 11 de noviembre de 1996, mediante el cual se informa que dicho Consejo revisó la película La Ultima Tentación de Cristo y que la aprobó solo para mayores de 18 años;* anexo II: *copia de la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante la cual se acoge el recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, en nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, y se deja sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica adoptada el 11 de noviembre de 1996;* anexo III: *copia de la sentencia de 17 de junio de 1997 dictada por la Corte Suprema de Justicia de Chile, mediante la cual confirma la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones que fue apelada; y peritaje de José Zalaquett Daher rendido ante la Corte Interamericana el 18 de noviembre de 1999.*

(58) *cfr.* anexo II: *copia de la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante la cual se acoge el recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, en nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, y se deja sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica adoptada el 11 de noviembre de 1996; y* anexo III: *copia de la sentencia de 17 de junio de 1997 dictada por la Corte Suprema de Justicia de Chile, mediante la cual confirma la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones que fue apelada.*

(59) *cfr.* anexo I: *copia del documento de calificación emitido por el Consejo de Calificación Cinematográfica el 11 de noviembre de 1996, mediante el cual se informa que dicho Consejo revisó la película La Ultima Tentación de Cristo y que la aprobó solo para mayores de 18 años;* anexo II: *copia de la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante la cual se acoge el recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, en nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, y se deja sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica adoptada el 11 de noviembre de 1996; y* anexo III: *copia de la sentencia de 17 de junio de 1997 dictada por la Corte Suprema de Justicia de Chile, mediante la cual confirma la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones que fue apelada.*

Consejo de Calificación Cinematográfica adoptada en sesión número 244 el 11 de noviembre de 1996 (60).

f. Ante una apelación interpuesta por los señores Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de enero de 1997, el 17 de junio del mismo año la Corte Suprema de Justicia de Chile confirmó la sentencia apelada (61).

g. El 14 de abril de 1997 el entonces Presidente de la República, Excelentísimo señor Eduardo Frei Ruiz-Tagle, dirigió un mensaje a la Cámara de Diputados por el cual presentaba un proyecto de reforma constitucional al artículo 19 número 12 de dicha norma, que pretendía eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística (62).

h. El 17 de noviembre de 1999 la Cámara de Diputados aprobó, por 86 votos a favor, sin votos en contra y con seis abstenciones, el proyecto de reforma constitucional tendiente a eliminar la censura previa en la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica (63).

i. Hasta el 5 de febrero de 2001, fecha del dictado de esta Sentencia, el proyecto de reforma constitucional no había completado los trámites para su aprobación.

j. Producto de los hechos del presente caso, las víctimas y sus representantes presentaron elementos para acreditar gastos en la tramitación de los diferentes procesos internos e internacionales, y la Corte se reservó la atribución de valorarlos (64).

VIII

ARTICULO 13

LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESIÓN

Alegatos de la Comisión

61. En cuanto al artículo 13 de la Convención, la Comisión alegó que:

---

(60) *cfr.* anexo II: *copia de la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante la cual se acoge el recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, en nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, y se deja sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica adoptada el 11 de noviembre de 1996.*

(61) *cfr.* anexo III: *copia de la sentencia de 17 de junio de 1997 dictada por la Corte Suprema de Justicia de Chile, mediante la cual confirma la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones que fue apelada.*

(62) c*fr*. anexo IV: *copia de un proyecto de reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación que consagra el derecho a la libre creación artística y copia del mensaje no. 339-334 dado el día 14 de abril de 1997 por el Presidente de la República de Chile a la Cámara de Diputados, como sustento al proyecto mencionado; peritaje de José Luis Cea Egaña rendido ante la Corte Interamericana el 18 de noviembre de 1999; y peritaje de Francisco Cumplido rendido ante la Corte Interamericana el 18 de noviembre de 1999.*

(63) *cfr. peritaje de José Luis Cea Egaña rendido ante la Corte Interamericana el 18 de noviembre de 1999; y peritaje de Francisco Cumplido rendido ante la Corte Interamericana el 18 de noviembre de 1999.*

(64) *cfr. factura no.004526 del Hotel Jade emitida el 19 de noviembre de 1999 a nombre del señor José Zalaquett; factura no. 004540 del Hotel Jade emitida el 20 de noviembre de 1999 a nombre de la "Asoc. de Abogados por las Libe"; factura no. 004541 del Hotel Jade emitida el 20 de noviembre de 1999 a nombre de la "Asoc. de Abogados por las Libe"; factura no. 004542 del Hotel Jade emitida el 20 de noviembre de 1999 a nombre de la "Asoc. de Abogados por las Libe"; y factura no. 0115909 de Aeromar Agencia de Viajes Limitada emitida el 16 de noviembre de 1999 a nombre de la "Asoc. de Abogados por las Libertades Públicas."*

a. el artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile permite la censura en la exhibición y publicidad de producciones cinematográficas. Además, el Poder Ejecutivo, a través del Consejo de Calificación Cinematográfica, ha establecido en múltiples oportunidades censuras a la exhibición de películas. En este sentido, el Poder Judicial ha privilegiado el derecho al honor en perjuicio de la libertad de expresión;

b. la prohibición de la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo" por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, ratificada por la Corte Suprema de Justicia, viola el artículo 13 de la Convención, ya que éste señala que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión no puede estar sujeto a censura previa. Además, el objeto de esta norma es proteger y fomentar el acceso a información, a las ideas y expresiones artísticas de toda índole y fortalecer la democracia pluralista;

c. el deber de no interferir con el goce del derecho de acceso a información de todo tipo se extiende a "la circulación de información y a la exhibición de obras artísticas que puedan no contar con el beneplácito personal de quienes representan la autoridad estatal en un momento dado";

d. hay tres mecanismos alternativos mediante los cuales se pueden imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión: las responsabilidades ulteriores, la regulación del acceso de los menores a los espectáculos públicos y la obligación de impedir la apología del odio religioso. Estas restricciones no pueden ir más allá de lo establecido en el artículo 13 de la Convención y no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual fueron establecidas, tal y como lo establece el artículo 30 de la Convención;

e. las responsabilidades ulteriores están reguladas en el artículo 13.2 de la Convención y sólo proceden de manera restringida cuando fuere necesario para asegurar el respeto de los derechos o la reputación de otros. Esta restricción de la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores se dispone como "garantía de la libertad de pensamiento evitando que ciertas personas, grupos, ideas o medios de expresión queden a priori excluidos del debate público". En este caso no se utilizó este tipo de restricción, sino que se censuró la obra cinematográfica en forma previa a su exhibición;

f. los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a calificación con el objeto de regular el acceso de los menores de edad, tal y como lo señala el artículo 13.4 de la Convención. En el presente caso el Consejo de Calificación Cinematográfica permitió el acceso de la película a los mayores de 18 años. Sin embargo, con posterioridad a esta calificación, los tribunales internos procedieron a prohibir de plano su exhibición;

g. el artículo 13.5 de la Convención establece la obligación positiva del Estado de evitar la diseminación de información que pueda generar acciones ilegales. Este caso no se enmarca dentro de este supuesto, ya que la versión cinematográfica de Martin Scorsese ha sido definida como obra artística de contenido religioso sin pretensiones propagandísticas. Por otra parte, en el curso del proceso ante los tribunales locales y durante el trámite ante la Comisión, nunca se invocó la excepción establecida en este artículo. Además, este inciso 5 del artículo 13 debe entenderse dentro del principio establecido en el inciso 1 del mismo artículo, es decir, que "quienes hagan apología del odio religioso deben estar sujetos a responsabilidades ulteriores conforme a la ley";

h. la censura previa impuesta a la película "La Ultima Tentación de Cristo" no se produjo en el marco de las restricciones o motivaciones previstas en la Convención. El rechazo a la exhibición de la película se fundamentó en que supuestamente resultaba ofensiva a

la figura de Jesucristo, y por lo tanto afectaba a quienes peticionaron ante la Justicia, a los creyentes y "demás personas que lo consideran como su modelo de vida". La prohibición de la proyección de la película se basó en la supuesta defensa del derecho al honor, a la reputación de Jesucristo;

i. el honor de los individuos debe ser protegido sin perjudicar el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de recibir información. Además, el artículo 14 de la Convención prevé que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio tiene el derecho de efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta;

j. no hay controversia en cuanto a la violación de esta norma, ya que Chile manifestó que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago ratificada por la Corte Suprema de Justicia constituye una violación a la libertad de expresión;

k. de la declaración rendida por los peritos ante la Corte se demostró la existencia de una conducta reiterada que consiste en que, frente a casos en los que se observa una tensión entre la libertad de expresión y el derecho a la honra de ciertas personas, los tribunales chilenos prefieren la restricción a la libertad de expresión, lo cual violenta el principio de indivisibilidad de los derechos humanos;

l. el Estado es responsable por los actos del Poder Judicial aún en los casos en los que actúe más allá de su autoridad, independientemente de la postura de sus otros órganos; si bien internamente los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial son distintos e independientes, todos ellos conforman una unidad indivisible y por lo mismo el Estado debe asumir la responsabilidad internacional por los actos de los órganos del poder público que transgredan los compromisos internacionales;

m. el ordenamiento jurídico vigente en Chile ha incorporado, de pleno derecho, los derechos y libertades consagrados en la Convención en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política. Es decir, existe una obligación de respeto a los derechos humanos sin necesidad de modificación legal o constitucional. Además, los tribunales chilenos han aplicado la Convención en relación con derechos en ella contemplados sin necesidad de modificación legal o constitucional; por ejemplo se ha dado preferencia a la libertad personal sobre las leyes internas que regulan la prisión preventiva en el delito de giro doloso de cheques; y

n. una eventual reforma de la Constitución Política en materia de libertad de expresión no haría desaparecer con efecto retroactivo las violaciones de los derechos humanos de las presuntas víctimas en que ha incurrido el Estado en el presente caso.

Alegatos del Estado

62. Por su parte, el Estado alegó que:

a. no tiene discrepancias sustantivas con la Comisión; no controvierte los hechos lo cual no significa aceptar responsabilidad en lo que respecta a los hechos;

b. el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en mensaje al Congreso, ha señalado la posición del Gobierno de Chile en contra de la censura previa y ha reconocido que la libre expresión de ideas y creaciones culturales forma parte de la esencia de una sociedad de hombres libres dispuestos a encontrar la verdad a través del diálogo y la discusión y no mediante la imposición o la censura. En democracia no puede existir censura previa ya que

un sistema democrático supone una sociedad abierta con libre intercambio de opiniones, argumentos e informaciones;

c. el Gobierno no comparte la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile en el sentido de dar preferencia al derecho a la honra sobre el derecho a la libertad de expresión;

d. el proyecto de reforma constitucional ya fue aprobado por la Cámara de Diputados. Dicho proyecto consagra como garantía constitucional la libertad de crear y difundir las artes sin censura previa y sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades; reemplaza la censura en la exhibición de la producción cinematográfica por un sistema de calificación de dicha producción; y elimina la censura en la publicidad de la producción cinematográfica. Esta reforma dará certeza jurídica suficiente para que las autoridades judiciales tengan las herramientas legales para resolver conforme al ordenamiento interno e internacional los conflictos que se le presenten;

e. un acto contrario al derecho internacional producido por el Poder Judicial puede generar responsabilidad internacional del Estado siempre y cuando éste en su conjunto asuma los criterios dados por el Poder Judicial. En particular se requiere la aquiescencia del órgano encargado de las relaciones internacionales que es el Poder Ejecutivo, lo que no se da en el presente caso;

f. Chile no ha invocado el derecho interno para desvincularse de una obligación surgida de un tratado internacional; y

g. solicitó a la Corte que declare que Chile se encuentra en un proceso para que, de acuerdo al artículo 2 de la Convención y a sus procedimientos constitucionales, se adopten las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir así la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo".

Consideraciones de la Corte

63. El artículo 13 de la Convención Americana dispone que:

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

> 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

64. En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber:ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (65).

65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.

68. La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.

69. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que

> [la] función supervisora [de la Corte le] impone [...] prestar una atención extrema a los principios propios de una 'sociedad democrática'. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] (66) es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la po-

---

(65) *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº 5, párr. 30.

(66) Dicho artículo dispone que: 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

blación. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una 'sociedad democrática'. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.

Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume 'deberes y responsabilidades', cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado (67).

70. Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.

71. En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo" y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años (supra párr. 60 a, c y d). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, "por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos"; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo" constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.

72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

73. A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

IX

ARTICULO 12

LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN

Alegatos de la Comisión

---

(67) *cfr. Eur. Court H.R., Handyside case, judgment of 7 December 1976, Series A Nº 24,* párr. 49; *Eur. Court H.R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30,* párrs. 59 y 65*; Eur. Court H.R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90,* párr. 55; *Eur. Court H.R., Lingens judgment of 8 July 1986, Series A no. 103,* párr. 41; *Eur. Court H.R Müller and Others judgment of 24 May 1988, Series A no. 133,* párr. 33; y *Eur. Court HR, Otto-Preminger-Institut v. Austria judgment of 20 September 1994, Series A Nº 295-A,* párr. 49.

74. En cuanto al artículo 12 de la Convención, la Comisión alegó que:

a. "la prohibición del acceso a esta obra de arte con contenido religioso se basa en una serie de consideraciones que interfieren de manera impropia con la libertad de conciencia y [de] religión de las [presuntas] víctimas" y del resto de los habitantes de Chile, lo cual viola el artículo 12 de la Convención;

b. el reconocimiento de la libertad de conciencia se funda en el reconocimiento mismo del ser humano como ser racional y autónomo. La protección del derecho a esta libertad es la base del pluralismo necesario para la convivencia en una sociedad democrática que, como toda sociedad, se encuentra integrada por individuos de variadas convicciones y creencias;

c. conforme al artículo 12 de la Convención, "el Estado debe tomar las medidas necesarias y proporcionales para que las personas que profesan públicamente sus creencias conduzcan sus ritos y lleven a cabo su proselitismo dentro de los límites que razonablemente puedan imponerse en una sociedad democrática". Esta norma exige abstención estatal de interferir de cualquier modo la adopción, el mantenimiento o el cambio de convicciones personales religiosas o de otro carácter. El Estado no debe utilizar su poder para proteger la conciencia de ciertos ciudadanos;

d. en el presente caso la interferencia estatal no se refiere al ejercicio del derecho a manifestar y practicar creencias religiosas, sino al acceso a la exhibición calificada —sujeta a restricciones de edad y al pago de un derecho de entrada— de la versión audiovisual de una obra artística con contenido religioso;

e. la interferencia estatal afecta a quienes mantienen creencias que se relacionan con el contenido religioso de la película "La Ultima Tentación de Cristo", ya que se ven impedidos de ejercitar el derecho a la libertad de conciencia al no poder ver la película y formarse su propia opinión sobre las ideas en ella expresadas. Asimismo, afecta a quienes pertenecen a otros credos o no tienen convicciones religiosas, ya que se privilegia un credo en perjuicio del libre acceso a la información del resto de las personas que tienen derecho a acceder y formarse opinión sobre la obra;

f. los órganos del Poder Judicial prohibieron la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo" basados en que la "visión de los personajes presentada en esta obra artística no se adecua a los estándares que en su opinión deberían haberse tenido en cuenta para describirlos". Esto constituye una interferencia ilegítima al derecho de mantener o cambiar las propias convicciones o creencias y afecta, per se, el derecho a la libertad de conciencia de las personas supuestamente agraviadas por la prohibición;

g. la Convención no sólo establece el derecho de los individuos a mantener o modificar sus creencias de carácter religioso, sino a mantener o modificar cualquier tipo de creencia; y

h. debido a que la decisión de la Corte Suprema privó a las presuntas víctimas y a la sociedad en su conjunto del acceso a información que les pudiera haber permitido mantener, cambiar o modificar sus creencias, en el presente caso se configura la violación al artículo 12 de la Convención. Prueba de ello son las declaraciones de los testigos Ciro Colombara y Matías Insunza, quienes señalaron la forma en que la censura afectó la libertad de conciencia de ambos.

Alegatos del Estado

75. Por su parte, el Estado alegó que:

a. los derechos consagrados en los artículos 12 y 13 de la Convención son de naturaleza absolutamente autónoma;

b. las conductas que la libertad de conciencia y de religión reconocen son las de conservar la religión, cambiarla, profesarla y divulgarla. Ninguna de estas conductas está en tela de juicio al prohibir a una persona que vea una película;

c. en Chile hay absoluta libertad religiosa; y

d. solicitó a la Corte que declare que Chile no ha violado la libertad de conciencia y de religión consagrada en el artículo 12 de la Convención.

Consideraciones de la Corte

76. El artículo 12 de la Convención Americana dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

77. En el presente caso, la Comisión opina que al prohibirse la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo", la cual es a su juicio una obra de arte con contenido religioso, prohibición basada en una serie de consideraciones que interfieren de manera impropia la libertad de conciencia y de religión, se violó el artículo 12 de la Convención. Por su parte, el Estado opina que no se afectó el derecho consagrado en dicho artículo al considerar que al prohibirse la exhibición de la película no se violó el derecho de las personas a conservar, cambiar, profesar y divulgar sus religiones o creencias. Corresponde a la Corte determinar si al prohibirse la exhibición de dicha película se violó el artículo 12 de la Convención.

78. En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de enero de 1997, confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio de 1997, se señaló que

> en el filme la imagen de Cristo es deformada y minimizada al máximo. De esta manera, el problema se plantea en si es posible, en aras de la libertad de expresión, deshacer las creencias serias de una gran cantidad de hombres. La Constitución busca proteger al hombre, a sus instituciones y a sus creencias pues estos son los elementos mas centrales de la convivencia y la pertenencia de los seres humanos en un mundo pluralista. Pluralismo no es enlodar y destruir las creencias de otros ya sean estos mayorías o minorías sino asumirlas como un aporte a la interacción de la sociedad en cuya base está el respeto a la esencia y al contexto de las ideas del otro.

> Nadie duda que la grandeza de una nación se puede medir por el cuidado que ella otorga a los valores que le permitieron ser y crecer. Si estos se descuidan [o] se dejan manosear como se manosea y deforma la imagen de Cristo, la nación peligra pues los valores en que se sustenta se ignoran. Cuidar la necesidad de información o de expresión tiene una estrechísima relación con la veracidad de los hechos y por eso deja de ser información o expresión la deformación histórica de un hecho o de una persona. Por esto es que los sentenciadores creen que el derecho de emitir opinión es el derecho a calificar una realidad pero nunca el deformarla haciéndola pasar por otra (68).

Con base en estas consideraciones que dicha Corte de Apelaciones, en fallo confirmado por la Corte Suprema de Justicia, prohibió la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo".

79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo" no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias.

80. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana.

X

INCUMPLIMIENTO DE LOS ARTICULOS 1.1 Y 2

OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS Y

DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

1. Alegatos de la Comisión

81. En cuanto a los artículos 1.1 y 2 de la Convención, la Comisión alegó que:

> a. Chile no ha adoptado "las medidas legislativas necesarias para garantizar y hacer efectivo[s] los derechos y libertades establecidos en la Convención en relación [con] la libertad de expresión";
>
> b. el artículo 19 número 12 inciso final de la Constitución Política de Chile y el Decreto Ley número 679 no se adecuan a los estándares del artículo 13 de la Convención, ya que el primero permite la censura previa en la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y el segundo autoriza al Consejo de Calificación Cinematográfica a "rechazar" películas. En razón de lo anterior el Estado violó el artículo 2 de la Convención;

---

(68) *cfr.* anexo II: *copia de la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante la cual se acoge el recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, en nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, y se deja sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica adoptada el 11 de noviembre de 1996, párr.18.*

c. Chile debió tomar las medidas necesarias para dictar las normas constitucionales y legales pertinentes a fin de revocar el sistema de censura previa sobre las producciones cinematográficas y su publicidad y así adecuar su legislación interna a la Convención;

d. el Estado presentó un proyecto de reforma del artículo 19 número 12 inciso final de la Constitución Política, con el fin de eliminar la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación cinematográfica. Sin embargo, al no haber aprobado todavía el Congreso Nacional dicho proyecto de reforma, Chile continúa en contravención del artículo 2 de la Convención;

e. las resoluciones de los tribunales de justicia generan responsabilidad internacional del Estado. En este caso los tribunales no tomaron en consideración lo señalado en la Convención respecto de la libertad de expresión y de conciencia, aún cuando el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política reconoce como límite de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de los tratados internacionales ratificados por Chile. Es por ello que la sentencia definitiva de la Corte Suprema, al prohibir la exhibición de la película, incumplió con la obligación de adoptar "las medidas de otro carácter" necesarias a fin de hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención;

f. si bien el Estado ha manifestado su intención de cumplir con la norma internacional, la no derogación de una norma incompatible con la Convención y la falta de adaptación de las normas y comportamientos internos por parte de los poderes Legislativo y Judicial para hacer efectivas dichas normas, causan que el Estado viole la Convención;

g. Chile es responsable de la violación de los derechos protegidos en los artículos 12, 13 y 2 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma; y

h. los Estados deben respetar y garantizar todos los derechos y libertades reconocidos en la Convención a las personas bajo su jurisdicción, así como cambiar o adecuar su legislación para hacer efectivo el goce y el ejercicio de esos derechos y libertades. En el presente caso Chile no ha cumplido su obligación de respetar y garantizar las libertades consagradas en los artículos 12 y 13 de la Convención.

Alegatos del Estado

82. Por su parte, el Estado alegó que:

a. el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es parte del ordenamiento jurídico chileno;

b. la Comisión, en su informe, señaló que valora positivamente las iniciativas del Estado tendientes a que los órganos competentes adopten, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales vigentes, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivo el derecho a la libertad de expresión. Es por ello que Chile no comprende por qué la Comisión se apresuró a presentar la demanda, sobre todo teniendo en cuenta el papel complementario de los órganos interamericanos de derechos humanos;

c. es el Estado el que tiene la obligación de remediar el problema con los medios a su alcance. El 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó la sentencia en el presente caso y el Gobierno, al no asociarse con la solución adoptada, el 14 de abril de 1997 presentó un proyecto de reforma constitucional al Congreso. No es posible que cuando en un Estado se cometen errores o abusos por parte de una autoridad y las autoridades competentes están en un proceso para remediarlos, se interponga una demanda a un tribunal internacional, desnaturalizando la función esencial del sistema internacional;

d. Chile ha asumido una actitud responsable al tratar de remediar el problema mediante un proyecto de reforma constitucional que reemplaza la censura previa de la producción cinematográfica por un sistema de calificación de dicha producción;

e. un acto del Poder Judicial contrario al derecho internacional puede generar responsabilidad internacional del Estado siempre y cuando éste en su conjunto asuma los criterios dados por el Poder Judicial. En particular se requiere la aquiesencia del órgano encargado de las relaciones internacionales, que es el Poder Ejecutivo, lo que no se da en el presente caso;

f. Chile no ha invocado el derecho interno para desvincularse de una obligación surgida de un tratado internacional; y

g. finalmente, solicitó a la Corte que declare que Chile se encuentra en un proceso para que, de acuerdo al artículo 2 de la Convención y a sus procedimientos constitucionales, se adopten las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir así la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo".

Consideraciones de la Corte

83. El artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que

[l]os Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

84. Por su parte, el artículo 2 de la Convención establece que

[s]i en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

85. La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías (69).

86. La Corte advierte que, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención.

---

(69) *cfr. Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C. Nº 68, párr. 137.

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial (70). La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

89. Esta Corte tiene presente que el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia en relación con el presente caso, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio 1997. Por no estar de acuerdo con los fundamentos de estas sentencias, el Gobierno de Chile presentó el 14 de abril de 1997 al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica. La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa del Gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede conducir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión. El Tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al Congreso no se han adoptado aún, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir, así, la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo."

90. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado ha incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

XI

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1

Alegatos de la Comisión

91. La Comisión solicitó a la Corte que dispusiera que el Estado, como consecuencia de las violaciones a los artículos 12, 13, 2 y 1.1 de la Convención, debe:

1. Autorizar la normal exhibición cinematográfica y publicidad de la película "La Ultima Tentación de Cristo."

---

(70) *cfr.* "*principe allant de soi*"; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20; y *Caso Durand y Ugarte, supra* nota 20, párr. 136.

2. Adecuar sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana, a fin de eliminar la censura previa a las producciones cinematográficas y su publicidad.

3. Asegurar que los órganos del poder público y sus autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus diferentes potestades, ejerzan éstas de manera de hacer efectivos los derechos y libertades de expresión, conciencia y religión reconocidos en la Convención Americana, y en consecuencia se abstengan de imponer censura previa a las producciones cinematográficas.

4. Reparar a las víctimas en este caso por el daño sufrido.

5. Efectuar el pago de costas y reembolsar los gastos incurridos por las víctimas para litigar [el] caso tanto en el ámbito interno como ante la Comisión y la Honorable Corte, además de los honorarios razonables de sus representantes.

92. Ante una solicitud de la Corte (supra párr. 37), el 8 de enero de 2001 la Comisión presentó un escrito al cual adjuntó los documentos de prueba que a su juicio acreditan la solicitud de pago de costas y gastos presentada en el petitorio de su demanda, así como los alegatos correspondientes. En dicha comunicación, la Comisión solicitó a la Corte que, por concepto de gastos ante el sistema interamericano, se le retribuyera a la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G. el monto de US$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), en virtud de la comparecencia de un representante de dicha Asociación a una audiencia en la Comisión Interamericana y de la asistencia de representantes legales, testigos y peritos a la audiencia pública sobre el fondo celebrada en la sede de la Corte. Los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y Ciro Colombara López, así como el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) renunciaron al reembolso de los gastos en que hubiesen incurrido. En relación con las costas, la Comisión informó a la Corte que los representantes de las víctimas y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) habían renunciado al reclamo de las costas en concepto de honorarios profesionales.

Alegatos del Estado

93. Como ya se ha dicho (supra párrs. 62.g y 82.g), el Estado señaló que se encuentra en un proceso para que, de acuerdo al artículo 2 de la Convención y a sus procedimientos constitucionales, se adopten las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir así la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo".

94. El 31 de enero de 2001 el Estado presentó sus observaciones al escrito de la Comisión referente a los gastos (supra párr. 41). Al respecto, señaló que:

a) no se ha acreditado documental, contable ni financieramente que el costo de pasaje de un abogado de la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G. a Washington, D.C., para participar en una audiencia ante la Comisión Interamericana durante su 98o. período de sesiones, fuera realmente solventado por esa organización;

b) la factura no. 4526 no cumple con el requisito de referirse a gastos necesarios e imprescindibles realizados por las partes del litigio, ya que no está extendida a nombre de alguna de las partes; y

c) la facturas no. 4540, 4541 y 4542 se extendieron por concepto de alojamiento y consumos de hotel correspondientes a los días 16 a 19 de noviembre de 1999; sin embargo, la

audiencia pública sobre el fondo celebrada en la sede de la Corte se realizó únicamente el día 18 de noviembre de 1999. Estos gastos no pueden atribuirse a la concurrencia a la audiencia, argumentación aplicable también a los pasajes aéreos.

Consideraciones de la Corte

95. El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que

> [c]uando decida que hubo una violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

96. En el presente caso, la Corte ha establecido que el Estado violó el artículo 13 de la Convención e incumplió los artículos 1.1 y 2 de la misma.

97. Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película "La Ultima Tentación de Cristo", ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

98. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención.

99. En cuanto a otras formas de reparación, la Corte estima que la presente Sentencia constituye, per se, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para las víctimas (71).

100. En cuanto al reembolso de los gastos, corresponde a este Tribunal apreciar prudentemente su alcance, que comprende los gastos por las gestiones realizadas por las víctimas ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano de protección. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad (72).

101. A este efecto, la Corte, sobre una base equitativa, estima dichos gastos en una cantidad total de US$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), pago que será efectuado a quien corresponda, por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

---

(71) *cfr. Caso Suárez Rosero. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C Nº 44, párr.72.

(72) *cfr. Caso Suárez Rosero, supra* nota 22 párr. 92.

102. Conforme a la práctica constante de este Tribunal, la Corte se reserva la facultad de supervisar el cumplimiento íntegro de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo.

XII

PUNTOS RESOLUTIVOS

103. Por tanto, LA CORTE, por unanimidad,

1. declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

2. declara que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

3. declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia.

4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Ultima Tentación de Cristo", y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

5. decide, por equidad, que el Estado debe pagar la suma de US$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Esta suma se pagará por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

6. decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y sólo después dará por concluido el caso.

El Juez Cançado Trindade hizo conocer a la Corte su Voto Concurrente y el Juez De Roux Rengifo su Voto Razonado, los cuales acompañan esta Sentencia.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 5 de febrero de 2001.

Antônio A. Cançado Trindade, Presidente, Máximo Pacheco Gómez, Hernán Salgado Pesantes—, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli, Sergio García Ramírez, Carlos Vicente de Roux Rengifo, Manuel E. Ventura Robles, Secretario.

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Al votar a favor de la adopción, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la presente Sentencia sobre el fondo del caso "La Ultima Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros versus Chile), que salvaguarda el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, me veo obligado a dejar constancia de mis reflexiones acerca de las implicaciones jurídicas, altamente relevantes, de lo decidido por la Corte, como fundamento de mi posición al respecto. La presente Sentencia de la Corte sobre el caso "La Ultima Tentación de Cristo" incide en la cuestión fundamental del propio origen de la responsabilidad internacional del Estado, así como en la del alcance de las obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos. Es lo que se desprende de su categórico párrafo 72, en el cual la Corte expresa, a mi juicio con acierto y lucidez, su entendimiento en el sentido de que

> "(...) la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19.12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial

2. La cuestión de la compatibilidad de una norma de derecho interno de un Estado Parte con la Convención Americana sobre Derechos Humanos vuelve, así, a la consideración de la Corte, — y, en el presente caso, tratándose de una norma de rango constitucional. Esta es una cuestión que, por sus implicaciones, me ha compelido a desarrollar anteriormente una serie de reflexiones, en mis Votos Disidentes en los casos El Amparo, Caballero Delgado y Santana, y Genie Lacayo. No es mi intención aquí reiterarlas, porque el objeto de mi disidencia en aquellos casos (en mi entender una autolimitación de la Corte del alcance de sus propias facultades de protección), ya no existe en la jurisprudencia subsiguiente y contemporánea de nuestro Tribunal, que mucho ha evolucionado en este particular, sobre todo a partir del nuevo criterio sobre la materia establecido en el caso Suárez Rosero (cf. infra). Sin embargo, como se trata de una cuestión central en el cas d'espèce, creo de todo oportuno recordar los puntos principales de aquellas reflexiones, en lo que inciden directamente en el examen de la materia en las circunstancias del presente caso "La Ultima Tentación de Cristo".

3. En el caso El Amparo (Reparaciones, 1996) (73), relativo a Venezuela, sostuve, en mi referido Voto Disidente, que la propia existencia de una disposición legal de derecho interno puede per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana, por el riesgo o la amenaza real que su aplicabilidad representa, sin que sea necesario esperar la ocurrencia de un daño; de otro modo, no habría como sostener el deber de prevención, consagrado en la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana (párrs. 2-3 y 6). Después de referirme a la jurisprudencia internacional en defensa de esta posición (párrs. 5 y 10), agregué que a partir del momento en que se constatan violaciones de los derechos humanos protegidos, el examen de la incompatibilidad de normas de derecho interno con la Convención Americana deja de ser "una cuestión abstracta"; o sea, el cuestionamiento de la compatibilidad con la Convención de la vigencia de una norma de derecho interno, que

(73). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Sentencia de 14.09.1996, Serie C, n. 28.

"per se crea una situación legal que afecta los derechos humanos protegidos" es efectivamente "una cuestión concreta" (párrs. 7-8).

4. Expresé entonces, en aquel Voto, mi entendimiento en el sentido de que "es la existencia de víctimas la que provee el criterio decisivo para distinguir el examen simplemente in abstracto de una disposición legal, de la determinación de la incompatibilidad de dicha disposición con la Convención Americana (...) en el marco de un caso concreto (...). La existencia de víctimas torna jurídicamente inconsecuente la distinción entre la ley y su aplicación, en el contexto del caso concreto" (párrs. 7-8 y 11) (74). En el mismo caso El Amparo (Interpretación de Sentencia, 1997) (75), en Voto Disidente posterior, insistí en mi entendimiento de que aquella responsabilidad estatal se compromete a partir del momento en que el Estado deja de cumplir una obligación internacional independientemente de la ocurrencia de un daño adicional (párrs. 24-25, 21 y 26). La Convención Americana, juntamente con otros tratados de derechos humanos, "fueron concebidos y adoptados con base en la premisa de que los ordenamientos jurídicos internos deben armonizarse con las disposiciones convencionales, y no viceversa" (párr. 13). En definitiva, advertí,

> "no se puede legítimamente esperar que dichas disposiciones convencionales se 'adapten' o se subordinen a las soluciones de derecho constitucional o de derecho público interno, que varían de país a país (...). La Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, a contrario sensu, tener en el derecho interno de los Estados Partes el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreando, en este propósito, siempre que necesario, la revisión o revogación de leyes nacionales (...) que no se conformen con sus estándares de protección" (párr. 14).

5. Siendo así, sosteniendo la tesis de la responsabilidad internacional objetiva de los Estados Partes como la que provee la base conceptual del deber de prevención, acrecenté que

> "Un Estado puede, por consiguiente, tener su responsabilidad internacional comprometida, a mi modo de ver, por la simple aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones convencionales internacionales de protección, o por la no-adecuación de su derecho interno para asegurar el fiel cumplimiento de tales obligaciones, o por la no-adopción de la legislación necesaria para dar cumplimiento a éstas últimas. Es llegado el tiempo de dar precisión al alcance de las obligaciones legislativas de los Estados Partes en tratados de derechos humanos. El tempus commisi delicti es, en mi entendimiento, el de la aprobación y promulgación de una ley que, per se, por su propia existencia, y su aplicabilidad, afecta los derechos humanos protegidos (en el contexto de un determinado caso concreto, ante la existencia de víctimas de violaciones de los derechos protegidos), sin que sea necesario esperar por la aplicación subsiguiente de esta ley, generando un daño adicional.
>
> El Estado en cuestión debe remediar prontamente tal situación, pues, si no lo hace, puede configurarse una 'situación continuada' violatoria de los derechos humanos (denunciada en un caso concreto). Es perfectamente posible concebir una 'situación legisla-

---

(74). Y agregué: — "(...) En el ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte puede determinar, a solicitud de una parte, la incompatibilidad o no de una ley interna con la Convención *en las circunstancias del caso concreto*. La Convención Americana efectivamente autoriza a la Corte, en el ejercicio de su competencia contenciosa, a determinar si una ley, impugnada por la parte demandante, y que por su propia existencia afecta los derechos protegidos, es o no contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (párrs. 7-8 y 11).

(75). CtIADH, Resolución de 16.04.1997, Serie C, n. 46.

tiva' contraria a las obligaciones internacionales de un determinado Estado (v.g., manteniendo una legislación contraria a las obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, o no adoptando la legislación requerida para dar efecto a tales obligaciones en el derecho interno). En este caso, el tempus commisi delicti se extendería de modo a cubrir todo el período en que las leyes nacionales permanecieron en conflicto con las obligaciones convencionales internacionales de protección, acarreando la obligación adicional de reparar los sucesivos daños resultantes de tal 'situación continuada' durante todo el período en aprecio" (párrs. 22-23).

Los hechos del presente caso "La Ultima Tentación de Cristo" demuestran, a mi juicio, que estas ponderaciones son válidas para toda la normativa del derecho interno (abarcando las normas de rangos tanto infraconstitucional como constitucional).

6. Más adelante, en otro Voto Disidente, en el caso Genie Lacayo versus Nicaragua (Revisión de Sentencia, 1997) (76), observé que "la noción de 'situación continuada', — hoy respaldada por una amplia jurisprudencia en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, — abarca violaciones de derechos humanos que, v.g., no puedan ser desvinculadas de la legislación de la cual resultan (y que permanece en vigencia). (...) Tal situación continuada puede configurarse, por ejemplo, por la persistencia, sea de leyes nacionales incompatibles con la Convención, sea de una jurisprudence constante de los tribunales nacionales claramente adversa a la víctima" (párrs. 9 y 27).

7. Por consiguiente, — agregué, — en mi entendimiento, la existencia misma de una norma de derecho interno "legitima a las víctimas de violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana a requerir su compatibilización con las disposiciones de la Convención, (...) sin tener que esperar por la ocurrencia de un daño adicional por la aplicación continuada" de dicha norma (párr. 10) (77). La misma posición la sostuve igualmente en mi Voto Disidente (párr. 21) en el caso Caballero Delgado y Santana versus Colombia (Reparaciones, 1997) (78), en el cual resalté la indisociabilidad entre las dos obligaciones generales consagradas en la Convención Americana, a saber, la de respetar y garantizar los derechos protegidos (artículo 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional de protección (artículo 2) (párrs. 6 y 9).

8. Dichas obligaciones generales requieren indudablemente de los Estados Partes la adopción de medidas legislativas y otras para garantizar los derechos consagrados en la Convención y perfeccionar las condiciones de su ejercicio (párr. 3). Tales obligaciones, en su amplio alcance, se imponen a todos los poderes del Estado, que "están obligados a tomar las providencias necesarias para dar eficacia a la Convención Americana en el plano del derecho interno. El incumplimiento de las obligaciones convencionales, como se sabe, compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial" (párr. 10). Y señalé:

"En realidad, estas dos obligaciones generales, — que se suman a las demás obligaciones convencionales, específicas, en relación con cada uno de los derechos protegidos, — se imponen a los Estados Partes por la aplicación del propio Derecho Internacional, de

---

(76). CtIADH, Resolución de 13.09.1997, Serie C, n. 45.

(77). Al respecto, me permití advertir que "mientras no prevalezca en todos los Estados Partes en la Convención Americana una clara comprensión del amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección, de que la responsabilidad internacional de un Estado puede configurarse por cualquier acto, u omisión, de cualquier de sus poderes (Ejecutivo, Legislativo o Judicial), muy poco se avanzará en la protección internacional de los derechos humanos en nuestro continente" (párr. 24).

(78). CtIADH, Sentencia de 29.01.1997, Serie C, n. 31.

un principio general (pacta sunt servanda) cuya fuente es metajurídica, al buscar basarse, mas allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales. En el presente dominio de protección, los Estados Partes tienen la obligación general, emanada de un principio general del Derecho Internacional, de tomar todas las medidas de derecho interno para garantizar la protección eficaz (effet utile) de los derechos consagrados" (párr. 8).

9. Buscando enfatizar la importancia de la adopción de dichas medidas positivas por parte de los Estados, ponderé que pueden ellas acarrear cambios en el derecho interno que trascienden las circunstancias particulares de los casos concretos; "la práctica internacional", agregué, "se encuentra repleta de casos en que las leyes nacionales fueron efectivamente modificadas, de conformidad con las decisiones de los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos en los casos individuales. La eficacia de los tratados de derechos humanos se mide, en gran parte, por su impacto en el derecho interno de los Estados Partes" (párr. 5).

10. Sin embargo, en este inicio del siglo XXI, las circunstancias del presente caso "La Ultima Tentación de Cristo" parecen indicar que los avances en este particular son lentos. En el siglo pasado, ya en 1937, un distinguido scholar de los derechos humanos ponderaba que el día en que la evolución histórica ingresara en "una era de consolidación consciente del derecho internacional", los Estados no solamente adoptarán este último como "parte integrante de su Constitución", sino además dejarán de adoptar leyes que impidan que el derecho internacional forme "parte integrante de su sistema" de derecho interno (79). Hoy, en el año 2001, podemos decir, a la luz, v.g., del presente caso, que todavía no logramos alcanzar este grado de desarrollo del derecho interno de los Estados Partes en los tratados de derechos humanos. Hay, pues, que seguir insistiendo en sus obligaciones legislativas y judiciales, a la par de las ejecutivas (80).

11. Tampoco sería exacto negar todo progreso en este dominio. Han habido avances, pero lamentablemente seguimos lejos de realizar el ideal de la plena compatibilización del ordenamiento jurídico interno con las normativa de protección internacional de los derechos humanos. Uno de los avances se encuentra plasmado en la propia jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana sobre la materia (81). Así, en el caso Loayza Tamayo versus Perú

---

(79). Hersch Lauterpacht, "Règles générales du droit de la paix", 62 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1937) pp. 145-146; texto reproducido posteriormente, en inglés, *in International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. I, Cambridge, University Press, 1970, p. 229.

(80). Cf., al respecto, v.g., Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2a. ed., vol. I, Rio de Janeiro, Ed. MRE, 1956, pp. 280-310; H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme — Problèmes d'imputation*, Paris, Pédone, 1994, pp. 17-32. César Sepúlveda, por ejemplo, fue muy claro al admitir "la responsabilidad de un Estado por la promulgación de leyes contrarias a ese orden jurídico [internacional], y más claramente, de las que resultan en contraposición a un tratado"; y agregó que "también se deduce responsabilidad para un miembro de la comunidad internacional si no expide una ley para lo cual se haya comprometido por un pacto, o que deba promulgar conforme al derecho internacional. De igual manera, puede resultar la responsabilidad cuando no actúa abrogando una ley que sea incompatible con obligaciones internacionales contraídas por el Estado"; C. Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 237-238.

(81). En mi supracitado Voto Disidente en el caso *El Amparo* (Interpretación de Sentencia, 1997), ponderé que la Corte Interamericana se encontraba, en aquel entonces (abril de 1997), "en una encrucijada" en relación con la cuestión aquí tratada: o seguía insistiendo, en cuanto a las leyes nacionales de los Estados Partes en la Convención Americana, en la ocurrencia de un daño resultante de su efectiva aplicación como precondición para determinar na incompatibilidad o no de dichas leyes con la Convención (tal como sostuvo en los casos *El Amparo* y *Genie Lacayo*, *supra*), o prevención que incumbe a los Estados pasaría a proceder a dicha determinación (y de sus consecuencias jurídicas en casos concretos) a partir de la propia existencia y aplicabilidad de las leyes nacionales, teniendo presente el deber de Partes en la Convención (tal como propugné en mis disidencias en los casos *El Amparo*, *Caballero Delgado y Santana*, y *Genie Lacayo*, *supra*) (párr. 12).

(Fondo, 1997) (82), la Corte determinó la incompatibilidad con la Convención Americana (artículo 8(4)) de los decretos-leyes que tipificaban los delitos de "traición a la patria" y de "terrorismo" (párrs. 66-77). Posteriormente, en el caso Castillo Petruzzi versus Perú (Fondo, 1999) (83), la Corte sostuvo que dichos decretos-leyes violaban el artículo 2 de la Convención, el cual requiere no sólo la supresión de normas violatorias de las garantías en ella consagradas, sino además la expedición de normas para asegurar la observancia de tales garantías (párrs. 207-208); siendo así, la Corte ordenó al Estado demandado reformar las normas de derecho interno declaradas violatorias de la Convención Americana (punto resolutivo n. 14).

12. En el caso Garrido y Baigorria versus Argentina (Reparaciones, 1998) (84), la Corte dedicó toda una sección de la Sentencia (parte IX), al deber estatal de actuar en el ámbito del derecho interno, en la cual recordó, inter alia, que "en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas" (párr. 68). Trátase, en suma, del deber del Estado de tomar medidas positivas de protección efectiva (párr. 69) de los derechos humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción.

13. Pero el gran salto cualitativo en la jurisprudencia reciente de la Corte, en verdadero divisor de aguas en la cuestión en aprecio, ocurrió en el caso Suárez Rosero versus Ecuador (Fondo, 1997); en su Sentencia, la Corte, al declarar inter alia que una disposición del Código Penal ecuatoriano era violatoria del artículo 2 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma (punto resolutivo n. 5), la Corte hizo notar no sólo que la disposición legal impugnada había sido aplicada en el cas d'espèce, sino además que, a su juicio, aquella norma del Código Penal ecuatoriano violaba per se el artículo 2 de la Convención, "independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso" (párr. 98) (85). De ese modo, la Corte endosaba, en fin, la tesis de la responsabilidad internacional objetiva del Estado, admitiendo que una norma de derecho interno puede, en las circunstancias de un caso concreto, por su propia existencia y aplicabilidad infringir la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

14. Si alguna duda todavía persistía en cuanto a este punto, i.e., a que la propia existencia y aplicabilidad de una norma de derecho interno (sea infraconstitucional o constitucional) pueden per se comprometer la responsabilidad estatal bajo un tratado de derechos humanos, los hechos del presente caso "La Ultima Tentación de Cristo" contribuyen, a mi modo de ver decisivamente, a disipar dicha duda. De los hechos en este caso "La Ultima Tentación de Cristo" se desprende, más bien, que, en circunstancias como las del cas d'espèce, el intento de distinguir entre la existencia y la aplicación efectiva de una norma de derecho interno, para el fin de determinar la configuración o no de la responsabilidad internacional del Estado, resulta irrelevante, y revela una visión extremadamente formalista del Derecho, vacía de sentido.

15. En efecto, en el presente caso "La Ultima Tentación de Cristo", se han introducido elementos nuevos que requieren una profundización del examen de la cuestión en estudio. En su escrito de 17.08.1999, el Estado demandado argumentó que no era posible configurar en

---

(82). CtIADH, Sentencia de 17.09.1997, Serie C, n. 33.
(83). CtIADH, Sentencia de 30.05.1999, Serie C, n. 52.
(84). CtIADH, Sentencia de 27.08.1998, Serie C, n. 39.
(85). Enfasis agregado.

el caso concreto su responsabilidad internacional por una sóla sentencia del Poder Judicial, sin el cumplimiento de "otros requisitos"; según dicho escrito, a juicio del Estado, no bastaba que una decisión judicial fuera estimada contraria al derecho internacional, pues tornábase necesario que tal decisión fuera "avalada por el respaldo o al menos la inactividad de los órganos legislativo o ejecutivo". En otras palabras, según el Estado, debería haber un concurso de todos los poderes del Estado, en un mismo sentido, para que se configurara su responsabilidad internacional.

16. Sin embargo, hay toda una jurisprudencia internacional secular que se orienta claramente a contrario sensu, sosteniendo que el origen de la responsabilidad internacional del Estado puede residir en cualquier acto u omisión de cualquier de los poderes u agentes del Estado (sea del Ejecutivo, del Legislativo, o del Judicial) (86). Si fuera necesario buscar respaldo para la afirmación de la existencia de obligaciones legislativas en la jurisprudencia internacional anterior, ahí de todos modos lo encontraríamos, v.g., a partir del locus classicus sobre la materia, en la Sentencia en el caso relativo a Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polonesa (Alemania versus Polonia, 1926), y en la Opinión Consultiva sobre los Colonos Alemanes en Polonia (1923), ambas de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) (87). Acudir a la jurisprudencia internacional clásica sobre la materia, sin embargo, no me parece estrictamente necesario, tal como ya lo señalé en otra ocasión (88): dada la especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los pronunciamientos, al respecto, por parte de distintos órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, me parecen más que suficientes para afirmar la existencia de obligaciones legislativas —además de judiciales, a la par de las ejecutivas— de los Estados Partes en tratados de derechos humanos como la Convención Americana (89).

---

(86). Cf., v.g., el repertorio de jurisprudencia *in* United Nations, *Yearbook of the International Law Commission* (1969)-II, especialmente pp. 105-106.

(87). En el ejercicio de su jurisdicción tanto contenciosa como consultiva, la CPJI se pronunció claramente sobre la materia: en la mencionada Sentencia, afirmó que las leyes nacionales son "hechos que expresan la voluntad y constituyen las actividades de los Estados, de la misma manera que las decisiones judiciales o las medidas administrativas", y concluyó que la legislación polonesa en cuestión era contraria a la Convención Germano-Polaca que protegía los intereses alemanes de que se trataba; y en la referida Opinión Consultiva, sostuvo que las medidas legislativas polonesas en cuestión no estaban en conformidad con las obligaciones internacionales de Polonia. *Cit. in* United Nations, *Yearbook of the International Law Commission* (1964)-II, p. 138.

(88). En mi supracitado Voto Disidente en el caso *Caballero Delgado y Santana versus Colombia* (Reparaciones, 1997), párr. 21, n. 24.

(89). Además de la jurisprudencia en este sentido ya citada en mis Votos anteriormente mencionados (v.g., las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Klass y Otros* (1978), *Marckx* (1979), *Johnston y Otros* (1986), *Dudgeon* (1981), *Silver y Otros* (1983), *De Jong, Baljet y van den Brink* (1984), *Malone* (1984), *Norris* (1988), así como las Observaciones del Comité de Derechos Humanos — bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas — en los casos *Aumeeruddy-Cziffra y Otras* (1981), y de los *Impedidos y Minusválidos Italianos* (1984)), — podría agregar, a título de ilustración adicional, otras decisiones. Así, v.g., en sus Observaciones (de 31.03.1993) en el caso *J. Ballantyne, E. Davidson y G. McIntyre versus Canadá* (comunicaciones 359/1989 y 385/1989), el Comité de Derechos Humanos instó al Estado Parte a que hiciera cesar la violación del artículo 19 (derecho a la libertad de expresión) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, "enmendando la ley [nacional] como corresponde"; ONU, documento CCPR/C/47/D/359/1989-385/1989/Rev.1, de 05.05.1993, p. 17, párr. 13 (circulación reservada). Del mismo modo, en sus Observaciones (de 31.03.1994) el caso *N. Toonen versus Australia* (comunicación 488/1992), el Comité de Derechos Humanos señaló que "salvo en Tasmania, todas las leyes que penalizaban la homosexualidad se han derogado en toda Australia", y que en el presente caso se requería la "revocación de la ley lesiva" (disposiciones del Código Penal de Tasmania), violatoria de los artículos 17(1) y 2(1) (derecho a la vida privada o familiar, y obligación general de respetar los derechos protegidos, respectivamente) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; ONU, documento CCPR/C/50/D/488/1992, de 04.04.1994, p. 13, párrs. 8-11 (circulación reservada). A su vez, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en los casos (ns. 60/91 y 87/93) del *Constitutional Rights Project* (1994), referentes a Nigeria, estableció una violación *inter alia* del artículo 7 (derecho a un *fair trial*) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, resultante de la actuación de "tribunales especiales" por un decreto; cf. *Decisions of the*

17. En cuanto a la doctrina, si no fuesen suficientes las consideraciones anteriormente resumidas, desarrolladas en mis Votos en casos anteriores ante esta Corte (cf. párrs. 3-9, supra, del presente Voto Concurrente), me limitaría a referirme en adición a los escritos, al respecto, de dos grandes jusinternacionalistas del siglo XX, Eduardo Jiménez de Aréchaga y Roberto Ago. En estudio publicado en 1968, Jiménez de Aréchaga, —quien posteriormente se tornaría Presidente de la Corte Internacional de Justicia—, recordó que la inconclusa Conferencia de La Haya de Codificación del Derecho Internacional (1930), al menos contribuyó con el "reconocimiento general" de la responsabilidad de los Estados por decisiones judiciales claramente incompatibles con las obligaciones internacionales contraídas por los respectivos Estados. En la ocasión, diversos Delegados señalaron que, si bien era cierto que la independencia del Poder Judicial constituía un "principio fundamental en el derecho constitucional", sin embargo era un factor "irrelevante en el derecho internacional" (90).

18. Siendo así, —agregó el jurista uruguayo—, había que admitirse que las actuaciones del Poder Judicial de un Estado comprometían efectivamente la responsabilidad estatal toda vez que se mostrasen contrarios a las obligaciones internacionales de dicho Estado. Aunque independiente del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial no es independiente del Estado, sino todo lo contrario, es parte del Estado, para los propósitos internacionales, tanto cuanto el Poder Ejecutivo (91). Por lo tanto, ya hace setenta años, no había más vestigios de los intentos doctrinales superados, del siglo XIX y del inicio del siglo XX, que buscaban en vano evitar la extensión al Poder Judicial del principio de la responsabilidad internacional del Estado por actos u omisiones de todos sus poderes y órganos.

19. A su vez, Roberto Ago, como rapporteur especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre el tema de la Responsabilidad del Estado, fue categórico al respecto, en su substancial Tercer Informe (de 1971), titulado "El Acto Internacionalmente Ilícito del Estado, Fuente de Responsabilidad Internacional":

> "(...) No-one now supports the old theories which purported to establish an exception in the case of legislative organs on the basis of the 'sovereign' character of Parliament, or in the case of jurisdictional organs by virtue of the principle of independence of the courts or the res judicata authority of their decisions. The cases in which certain States have resorted to arguments based on principles of this kind, and have found arbitral tribunals willing to accept them, belong to the distant past. Today, the belief that the respective positions of the different powers of the State have significance only for constitutional law and none for international law (which sees the State only in its entity) is firmly rooted in international jurisprudence, the practice of States and the doctrine of international law.
>
> (...) The doctrine of the impossibility of invoking international responsibility for the acts of legislative or judicial organs has not been advanced for a long time. On the other

---

African Commission on Human and Peoples' Rights (1986-1997), Series A, vol. 1, Banjul, 1997, pp. 55-59 y 101-104. Y la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, aún en el examen de peticiones que desestimó como inadmisibles, admitió, sin embargo, que, en principio, un individuo puede quejarse de una ley que, por su propia existencia, sería incompatible con la Convención Europea de Derechos Humanos, si corre el *riesgo* de ser directamente afectado por ella. Cf., en este sentido, v.g., application n. 24877/94, *A. Casotti y Otros versus Italia*, decisión de 16.10.1996, *in* 87 *Decisions and Reports* (1996) pp. 63 y 65; y application n. 24581/94, *N. Gialouris, G. Christopoulos y 3333 Otros Funcionarios de la Aduana versus Grecia*, decisión de 06.04.1995, *in* 81-B *Decisions and Reports* (1995) pp. 123 y 127.

(90). Eduardo Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility", *in Manual of Public International Law* (ed. Max Sorensen), London/N.Y., MacMillan/St. Martin's Press, 1968, p. 551.

(91). *Ibid.*, p. 551.

hand, the possibility of invoking international responsibility for such acts has been directly or indirectly recognized on many occasions. (...)" (92).

20. En el correcto entendimiento del jurista italiano, expuesto a partir de su Segundo Informe (de 1970), sobre "El Origen de la Responsabilidad Internacional", cualquier conducta de un Estado clasificada por el derecho internacional como internacionalmente ilícita acarrea la responsabilidad de dicho Estado en el derecho internacional; así, cualquier acto (u omisión) internacionalmente ilícito constituye "una fuente de responsabilidad internacional"; como ilustración, Ago citó la falta de un Estado de cumplir con la obligación internacional de adoptar ciertas medidas legislativas requeridas por el tratado en cuestión, en el cual es Parte (93). El daño puede ser tomado en cuenta, para el propósito de la fijación de las reparaciones, "pero no es un prerequisito para la determinación de que se cometió un acto internacionalmente ilícito" (94).

21. Constituye, además, un principio general del derecho de la responsabilidad internacional, la independencia de la caracterización de determinado acto (u omisión) como ilícito en el derecho internacional de la caracterización —similar o no— de tal acto por el derecho interno del Estado (95). El hecho de que una determinada conducta estatal se conforma con las disposiciones de derecho interno, o inclusive es por este último requerida, no significa que se pueda negar su carácter internacionalmente ilícito, siempre y cuando constituya una violación de una obligación internacional; tal como señala el célebre obiter dictum de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso de Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca (Fondo, 1926), desde el prisma del derecho internacional, las normas de derecho interno no son nada más que simples hechos (96). Así, no es tarea del derecho internacional ocuparse de la "organización" del Estado (97).

22. Efectivamente, la cuestión de la distribución de competencias, y el principio básico de la separación de poderes, son de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, pero en el del derecho internacional no pasan de hechos, que no tienen incidencia en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado. Los intentos frustrados, en un pasado ya distante, de situar los poderes legislativo y judicial del Estado al margen de contactos internacionales (bajo la influencia, hasta cierto punto, de algunas de las primeras manifestaciones del positivismo jurídico), no tendrían el menor sentido en nuestros días. Pertenecen a un mundo que ya no existe.

23. Ya hace décadas el mundo cambió sustancialmente, y nadie, en sana conciencia, pretendería hoy día avanzar un entendimiento en aquel sentido. El Estado, como un todo indivisi-

---

(92). Roberto Ago (special *rapporteur*), "Third Report on State Responsibility: The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility", *in* United Nations, *Yearbook of the International Law Commission* (1971)-II, part I, pp. 246-247, párrs. 144 y 146.

(93). Roberto Ago (special *rapporteur*), "Second Report on State Responsibility: The Origin of International Responsibility", *in* United Nations, *Yearbook of the International Law Commission* (1970)-II, pp. 179, 187 y 194, párrs. 12, 31 y 50.

(94). Roberto Ago, "Third Report on State Responsibility...", *op. cit. supra* n. (17), p. 223, párr. 74.

(95). *Ibid*., pp. 226, 232 y 238, párrs. 86, 88, 103-104 y 120.

(96). *Ibid*., pp. 227, 237 y 246, párrs. 92, 117 y 145. — Del mismo modo, es *jurisprudence constante* de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el principio según el cual un Estado no puede invocar dificultades de derecho interno para evadirse de la observancia de sus obligaciones internacionales, — principio este que se encuentra consagrado en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986, artículo 27), y que fue igualmente recogido, en su labor de codificación, en 1957 y 1961, por el anterior *rapporteur* especial sobre la materia de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el jurista cubano F.V. García Amador, debidamente recordado por Roberto Ago (*ibid*., pp. 228 y 231, párrs. 94 y 100).

(97). Tal como lo recordó R. Ago, *in ibid*., p. 236, párr. 113.

ble, permanece un centro de imputación, debiendo responder por los actos u omisiones internacionalmente ilícitos, de cualquiera de sus poderes, o de sus agentes, independientemente de jerarquía. Como muy bien señaló el jurista suizo Max Huber, en su célebre laudo arbitral de 1925 en el caso de la Isla de Palmas (Holanda versus Estados Unidos), las competencias ejercidas por los Estados (territoriales y jurisdiccionales) tienen como contrapartida los deberes que a ellos incumben, emanados del derecho internacional, en sus relaciones con otros Estados (98), y, yo me permitiría agregar, también, bajo el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las últimas décadas, en relación con todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.

24. Hoy se reconoce como una contribución —un elemento aclarador— de la prolongada labor, todavía inacabada, de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad del Estado (en particular de su parte I), la distinción adoptada entre reglas primarias del derecho internacional, las que imponen obligaciones específicas a los Estados, y reglas secundarias del derecho internacional, las que determinan las consecuencias jurídicas del incumplimiento estatal de las obligaciones establecidas por las reglas primarias. Esta distinción contribuye a aclarar que la responsabilidad estatal se compromete a partir del momento del ilícito (acto u omisión) internacional, surgiendo de ahí una obligación subsidiaria de hacer cesar las consecuencias de la violación (lo que puede significar, en las circunstancias de un caso concreto, v.g., modificar una ley nacional) y reparar los daños.

25. La presente Sentencia de la Corte Interamericana sobre el fondo en el caso "La Ultima Tentación de Cristo" representa, en este particular, a mi modo de ver, un sensible avance jurisprudencial. Como se sabe, una vez configurada la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos, dicho Estado tiene el deber de restablecer la situación que garantice a las víctimas en el goce de su derecho lesionado (restitutio in integrum), haciendo cesar la situación violatoria de tal derecho, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación. La presente Sentencia de la Corte, además de establecer la indisociabilidad entre los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (párrs. 85-90), ubica a estos deberes en el marco de las reparaciones, bajo el artículo 63.1 de la Convención: la Corte correctamente determina que, en las circunstancias del cas d'espèce, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno requeridas para armonizarlo con la normativa de protección de la Convención Americana constituyen una forma de reparación no-pecuniaria bajo la Convención (99) (párrs. 96-98). Y en un caso como el presente, atinente a la salvaguardia del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, dicha reparación no-pecuniaria es considerablemente más importante que una indemnización.

26. Otra distinción encontrada en la parte I del anteriormente mencionado proyecto de la CDI, entre las obligaciones de comportamiento y las de resultado, a pesar de todo el debate doctrinal que ha suscitado en las tres últimas décadas, ha, por lo menos, ejercido el rol de demostrar la necesidad de promover una mejor articulación entre los ordenamientos jurídi-

---

(98). U.N., *Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pp. 838-839.

(99). Precisamente en este sentido ya me había pronunciado en mi Voto Disidente en el caso *Caballero Delgado y Santana versus Colombia* (Reparaciones, 1997 — CtIADH, Sentencia de 29.01.1997, Serie C, n. 31), párrs. 6 y 9 (sobre la indisociabilidad entre los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), y párrs. 13-14 y 20 (sobre las modificaciones de normas del derecho interno como forma de reparación no-pecuniaria bajo la Convención).

cos interno e internacional (100). Considero dicha articulación de particular importancia para el futuro de la salvaguardia internacional de los derechos humanos, con énfasis especial en las obligaciones positivas de protección por parte del Estado, con base en su responsabilidad internacional objetiva configurada a partir de la violación de sus obligaciones internacionales (101).

27. La adecuación de las normas de derecho interno a lo dispuesto en los tratados de derechos humanos puede efectivamente ser considerada una obligación de resultado. Pero ésto no significa que pueda ser su cumplimiento postergado indefinidamente. Toda la construcción doctrinal y jurisprudencial de las últimas décadas acerca de las obligaciones positivas de los Estados Partes en tratados de derechos humanos representa una reacción contra la inercia, o la morosidad, o las omisiones del poder público en el presente dominio de protección. Dicha construcción contribuye a explicar y fundamentar las obligaciones legislativas de los Estados Partes en tratados de derechos humanos.

28. Réstame considerar en este Voto Concurrente un último punto, que fue objeto de atención y debate en la audiencia pública ante la Corte Interamericana sobre el presente caso "La Ultima Tentación de Cristo", realizada los días 18 y 19 de noviembre de 1999: refiérome al argumento del Estado demandado según el cual los recursos internos no estarían agotados, dado el hecho de que un proyecto de reforma constitucional se encontraba pendiente ante el Poder Legislativo (para reemplazar el sistema vigente de censura cinematográfica); además, como el Poder Ejecutivo no compartía la interpretación del Poder Judicial sobre la materia, buscando remediar la situación, estaría el Estado eximido de responsabilidad internacional (102).

29. El Gobierno de Chile afirmó, en la referida audiencia ante la Corte, no tener discrepancias sustantivas, de fondo, con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), acerca de la necesidad de asegurar la libertad de expresión, y tanto era así que el Gobierno se disociaba del Poder Judicial en este particular, y buscaba una solución al problema planteado en el cas d'espèce (103). El agente del Estado de Chile, Dr. Edmundo Vargas Carreño, comentó oportunamente que "el tema de la responsabilidad internacional del Estado en general es el

---

(100). P.-M. Dupuy, "Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats", 188 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1984) pp. 50 y 25; y cf. P.A. Fernández Sánchez, *Las Obligaciones de los Estados en el Marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Ministerio de Justicia Publs., 1987, pp. 59-83 y 193-194.

(101). Cf., al respecto, v.g., Jules Basdevant, "Règles générales du droit de la paix", 58 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1936) pp. 670-674; Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980, pp. 319-325, y cf. pp. 328-329; Ian Brownlie, *System of the Law of Nations — State Responsibility — Part I*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 43; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1995 (reprint), p. 439; Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, tomo II, Genève, Georg, 1954, pp. 52 y 54; L.G. Loucaides, *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 146 y 149-152; Paul Reuter, "Principes de Droit international public", 103 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1961) pp. 592-594 y 598-603; C.W. Jenks, "Liability for Ultra Hazardous Activities in International Law", 117 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1966) pp. 105-110 y 176-196; Karl Zemanek, "La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites", *in Responsabilité internationale* (org. Prosper Weil), Paris, Pédone, 1987, pp. 36-38 y 44-46; Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*, 5a. ed., Napoli, Ed. Scientifica, 1997, pp. 360-363; J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1996, pp. 571-573.

(102). Cf. CtIADH, *Transcripción de los Alegatos Finales en el Caso "La Ultima Tentación de Cristo" - Audiencia Pública sobre el Fondo Celebrada el 18 y 19 de Noviembre de 1999*, San José de Costa Rica, pp. 68-69 **[cf.]**, 70, 76-77 y 79-80.

(103). *Ibid*., pp. 76-77 y 79.

tema hoy más difícil del derecho internacional" (104), — tanto es así que, después de décadas, la CDI todavía no ha concluído su labor de codificación sobre la materia.

30. El tema de la responsabilidad internacional del Estado, además de complejo, siempre me pareció un capítulo verdaderamente central y fundamental de todo el Derecho Internacional Público. El grado de consenso que se logre alcanzar en relación con sus múltiples aspectos, —a empezar por las propias bases de la configuración de dicha responsabilidad—, paréceme revelador en última instancia del grado de evolución y cohesión de la propia comunidad internacional. No obstante la innegable y alta calidad jurídica que supieron imprimir a sus presentaciones en la memorable audiencia pública ante la Corte sobre el fondo del caso "La Ultima Tentación de Cristo", tanto la CIDH como el Gobierno de Chile, en sus alegatos orales, así como, a sus declaraciones, tanto los testigos y peritos propuestos por la CIDH como los peritos originalmente presentados por el Gobierno chileno y convocados por la Corte, no puedo eximirme de formular algunas precisiones que me parecen de todo necesarias, dadas la complejidad y alta relevancia de la materia tratada.

31. En primer lugar, la regla del previo agotamiento de los recursos de derecho interno, tal como está consagrada en el artículo 46 de la Convención Americana, comprende los recursos judiciales disponibles, adecuados y eficaces, de conformidad con los principios de derecho internacional reconocidos a los cuales hace referencia la formulación de la regla en aquella disposición de la Convención. Si se pretendiera indebidamente extender el alcance de dicha regla a un proyecto de reforma constitucional, o de reforma legislativa, ella se transformaría en un obstáculo insalvable a los peticionarios, además de tener su contenido jurídico desvirtuado.

32. En segundo lugar, de ser interpuesta, la objeción de no-agotamiento debe ser resuelta definitivamente in limine litis, o sea, en la etapa de admisibilidad del caso, y no en el procedimiento sobre el fondo del mismo. Trátase, a mi juicio, de una cuestión de pura admisibilidad, tal como he sostenido consistentemente, en el seno de esta Corte, desde 1991 (105). En los últimos años, la propia Corte Interamericana ha correctamente establecido, a partir de sus Sentencias sobre Excepciones Preliminares en los casos Loayza Tamayo y Castillo Páez (106), relativos al Perú, que, si el Estado demandado dejó de invocar la objeción de no-agotamiento en el procedimento de admisibilidad ante la CIDH, está impedido de interponerlo subsiguientemente ante la Corte (estoppel). De ese modo, la Corte modificó el anterior criterio —a mi juicio inadecuado— por ella seguido originalmente sobre este punto, en los casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi y Solís Corrales (107) (1987), relativos a Honduras.

33. Y en tercer lugar, de todos modos, en el presente contexto de la protección internacional de los derechos humanos, —fundamentalmente distinto del de la protección diplomática discrecional a nivel interestatal (108)— la regla de los recursos internos se reviste de naturale-

---

(104). *Ibid*., p. 84.

(105). Cf. mis Votos Razonados en las Sentencias sobre Excepciones Preliminares en los casos *Gangaram Panday versus Suriname* (1991, Serie C, n. 12), *Loayza Tamayo versus Perú* (1996, Serie C, n. 25), y *Castillo Páez versus Perú* (1996, Serie C, n. 24), así como mi Voto Disidente en el caso *Genie Lacayo versus Nicaragua* (Resolución del 18.05.1995), párrs. 11-17, *in*: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 1995*, pp. 85-87.

(106). CtIADH, Serie C, ns. 25 y 24, respectivamente.

(107). CtIADH, Sentencias sobre Excepciones Preliminares, Serie C, ns. 1, 3 y 2, respectivamente.

(108). Las diferencias básicas de contexto requieren que la regla de los recursos internos, en el ámbito de la salvaguardia internacional de los derechos humanos, se aplique con atención especial a las necesidades de protección del ser humano. La referida regla está lejos de tener la dimensión de un principio inmutable o sacrosanto del derecho internacional, nada impidiendo que se aplique con mayor o menor rigor en contextos distintos. Al fin y al cabo, los recursos de derecho interno forman parte integrante del propio sistema de protección internacional de los derechos humanos, con énfasis más bien el elemento de la reparación (*redress*) que el proceso mecánico de agotamiento (de

za más bien procesal que sustantiva. Condiciona, de ese modo, la implementación (mise-en-oeuvre) de la responsabilidad del Estado (como requisito de admisibilidad de una petición o reclamación internacional), pero no el surgimiento de dicha responsabilidad.

34. Es la tesis que vengo constantemente sosteniendo por más de veinte años, a partir de la publicación de mi ensayo "El Surgimiento de la Responsabilidad del Estado y la Naturaleza de la Regla de los Recursos Internos", en 1978 en Ginebra (109). Desde entonces, he mantenido siempre que el surgimiento y la implementación de la responsabilidad internacional del Estado corresponden a dos momentos distintos; en el presente contexto de la protección internacional de los derechos humanos, el requisito del previo agotamiento de los recursos de derecho interno condiciona la implementación, pero no el surgimiento, de aquella responsabilidad, la cual se configura a partir de la ocurrencia de un acto (u omisión) internacionalmente ilícito (que puede tener su fuente, v.g., en una disposición legal de derecho interno, o en un acto administrativo, o también en una decisión judicial).

35. Por último, quisiera brevemente referirme a la declaración de uno de los peritos propuestos por la CIDH: al destacar la buena fe de la iniciativa del proyecto de reforma constitucional en curso en el Estado de Chile, el Dr. José Zalaquett Daher ponderó juiciosamente que "la reforma más importante en este caso sería aquella que (...), a través de un acto legislativo chileno, (...) recordara imperativamente al Poder Judicial" que "existe la incorporación de pleno derecho y que debe aplicar" directamente las normas internacionales de protección de los derechos humanos en el plano del derecho interno (110). Es este un punto al cual atribuyo la mayor importancia, por que implica la necesidad, en última instancia, de un verdadero cambio de mentalidad, en los tribunales superiores de casi todos los países de América Latina.

36. Esto difícilmente se alcanzaría con atención al aspecto meramente formal de reformas legislativas, las cuales deben hacerse acompañar de la capacitación permanente de la magistratura nacional latinoamericana en derechos humanos, particularmente las promisorias nuevas generaciones de jueces. Las sentencias de los tribunales nacionales deben tomar en debida cuenta las normas aplicables tanto del derecho interno como de los tratados de derechos humanos que vinculan el Estado Parte. Estas últimas, al consagrar y definir claramente un derecho individual, susceptible de vindicación ante un tribunal o juez nacional, son directamente aplicables en el plano del derecho interno.

37. Si mayores avances no se han logrado hasta la fecha en el presente dominio de protección, no es ésto atribuible a obstáculos jurídicos, —que en realidad no existen—, sino más bien a la falta de voluntad (animus) del poder público de promover y asegurar una protección más eficaz de los derechos humanos. Esto se aplica hoy día a la casi totalidad de los países latinoamericanos, y, en-

---

dichos recursos). La regla de los recursos internos da testimonio de la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en el presente contexto de protección. Estamos aquí ante un *derecho de protección*, dotado de especificidad propia, orientado fundamentalmente hacia las víctimas, a los derechos de los seres humanos y no de los Estados. Los principios generalmente reconocidos del derecho internacional (a los cuales se refiere la formulación de la regla de los recursos internos en tratados de derechos humanos como la Convención Americana), además de seguir una evolución propia en los distintos contextos en que se aplican, necesariamente sufren, cuando insertados en tratados de derechos humanos, un cierto grado de ajuste o adaptación, dictado por el carácter especial del objeto y propósito de dichos tratados y por la ampliamente reconocida especificidad de la protección internacional de los derechos humanos. A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-443, esp. pp. 6-56, 279-287, 290-322 y 410-412.

(109). A.A. Cançado Trindade, "The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule", 56 *Revue de Droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Sottile (1978) pp. 157-188.

(110). Cf. CtIADH, *Transcripción de los Alegatos Finales...*, *op. cit. supra* n. (28), pp. 15-16.

tiendo, también a los países caribeños (111), lo que destaca la necesidad apremiante de un cambio de mentalidad, al cual ya me referí. Una nueva mentalidad emergirá, en lo que concierne al Poder Judicial, a partir de la comprensión de que la aplicación directa de las normas internacionales de protección de los derechos humanos es benéfica para los habitantes de todos los países, y que, en vez del apego a construcciones y silogismos jurídico-formales y a un normativismo hermético, lo que verdaderamente se requiere es proceder a la correcta interpretación de las normas aplicables a fin de asegurar la plena protección del ser humano, sean ellas de origen internacional o nacional.

38. En un libro visionario publicado en 1944, el jurista chileno Alejandro Alvarez propugnaba con vehemencia por una reconstrucción del derecho de gentes y una renovación del propio orden social (112). Vivimos hoy, al inicio del siglo XXI, en un mundo enteramente distinto de aquel de medio siglo atrás, pero el tema que en sus días inspiró A. Alvarez —y que hoy sería desarrollado de modo distinto, a la luz de la propia evolución del derecho de gentes en las cinco últimas décadas—, es efectivamente un tema recurrente, que sigue reteniendo en nuestros días una gran actualidad.

39. No veo cómo dejar de sostener e impulsar, nuevamente, en el amanecer de un nuevo siglo, una reconstrucción y renovación del derecho de gentes, a partir, a mi modo de ver, de un enfoque necesariamente antropocéntrico, y con énfasis en la identidad del objetivo último tanto del derecho internacional como del derecho público interno en cuanto a la salvaguardia de los derechos del ser humano. Siendo así, la normativa internacional de protección, incorporada al derecho interno, no podrá dejar de ser directamente aplicada por los tribunales nacionales en todos los países de América Latina y del Caribe, que han dado el buen ejemplo de profesar su compromiso con los derechos humanos mediante la ratificación de la Convención Americana, o adhesión a la misma.

40. El caso "La Ultima Tentación de Cristo", que la Corte Interamericana viene de decidir en la presente Sentencia sobre el fondo, es verdaderamente emblemático, no sólo por constituir el primer caso sobre libertad de pensamiento y de expresión resuelto por la Corte, en la primera sesión de trabajo por ésta realizada en el siglo XXI, como también —y sobre todo— por incidir sobre una cuestión común a tantos países latinoamericanos y caribeños, y que alcanza los fundamentos del derecho de la responsabilidad internacional del Estado y el propio origen de dicha responsabilidad. A la luz de las reflexiones desarrolladas en este Voto Concurrente, me permito concluir, en resumen, que:

— primero, la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos surge al momento de la ocurrencia de un hecho —acto u omisión— ilícito internacional (tempus commisi delicti), imputable a dicho Estado, en violación del tratado en cuestión;

— segundo, cualquier acto u omisión del Estado, por parte de cualquier de los Poderes —Ejecutivo, Legislativo o Judicial— o agentes del Estado, independientemente de su jerarquía, en violación de un tratado de derechos humanos, genera la responsabilidad internacional del Estado Parte en cuestión;

---

(111). Lamento no poder referirme a los países de América del Norte (Canadá y Estados Unidos), que hasta la fecha ni siquiera han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(112). Cf. Alejandro Alvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes — El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 3-523.

— tercero, la distribución de competencias entre los poderes y órganos estatales, y el principio de la separación de poderes, aunque sean de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, no condicionan la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;

— cuarto, cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango (constitucional o infraconstitucional), puede, por su propia existencia y aplicabilidad, per se comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;

— quinto, la vigencia de una norma de derecho interno, que per se crea una situación legal que afecta los derechos protegidos por un tratado de derechos humanos, constituye, en el contexto de un caso concreto, una violación continuada de dicho tratado;

— sexto, la existencia de víctimas provee el criterio decisivo para distinguir un examen in abstracto de una norma de derecho interno, de una determinación de la incompatibilidad in concreto de dicha norma con el tratado de derechos humanos en cuestión;

— séptimo, en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos de derecho interno se reviste de naturaleza más bien procesal que sustantiva (como condición de admisibilidad de una petición o denuncia a ser resuelta in limine litis), condicionando así la implementación pero no el surgimiento de la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;

— octavo, la regla del agotamiento de los recursos de derecho interno tiene contenido jurídico propio, que determina su alcance (abarcando los recursos judiciales eficaces), el cual no se extiende a reformas de orden constitucional o legislativo;

— noveno, las normas sustantivas —atinentes a los derechos protegidos— de un tratado de derechos humanos son directamente aplicables en el derecho interno de los Estados Partes en dicho tratado;

— décimo, no existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (animus) del poder público (sobretodo el judicial) de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos;

— décimoprimero, una vez configurada la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos, dicho Estado tiene el deber de restablecer la situación que garantice a las víctimas en el goce de su derecho lesionado (restitutio in integrum), haciendo cesar la situación violatoria de tal derecho, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación;

— décimosegundo, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte necesarias para su armonización con la normativa de un tratado de derechos humanos pueden constituir, en el marco de un caso concreto, una forma de reparación no-pecuniaria bajo dicho tratado; y

— décimotercero, en este inicio del siglo XXI, se requieren una reconstrucción y renovación del derecho de gentes, a partir de un enfoque necesariamente antropocéntrico, y no más estatocéntrico como en el pasado, dada la identidad del objetivo último tanto del derecho internacional como del derecho público interno en cuanto a la salvaguardia plena de los derechos de la persona humana.

Antônio Augusto Cançado Trindade, Juez, Manuel E. Ventura Robles, Secretario.

VOTO RAZONADO DEL JUEZ DE ROUX RENGIFO

He acompañado a la Corte en la decisión de abstenerse de declarar que el Estado violó el artículo 12 de la Convención Americana por una razón específica: para haber votado en contrario hubiera requerido que obraran en el expediente pruebas precisas sobre el hecho de que, al prohibirse la exhibición de "La Ultima Tentación de Cristo", se menoscabó efectivamente, en perjuicio de las víctimas concretas del presente caso, el derecho a cambiar de religión o de creencias.

El artículo 12 de la Convención contempla varias hipótesis de violación del derecho a la libertad de conciencia y de religión, entre las cuales se cuenta la que consiste en impedir que alguien cambie de creencias religiosas. Para lograr este último efecto, no es menester que se constriña física o mentalmente a la persona de que se trata a permanecer atada a confesión que profesa. Esta sería la forma más evidente, pero no la única, de afectar su libertad de conciencia y de religión. El cambio de religión o de creencias suele ser el resultado de un proceso prolongado y complejo, que incluye vacilaciones, cavilaciones y búsquedas. El Estado debe garantizar que cada quien pueda conducir ese proceso, si decide emprenderlo, en una atmósfera de completa libertad y, en particular, que no se le coarte a nadie la posibilidad de acopiar, sin infringir los derechos de los demás, todos los elementos vivenciales y emocionales, conceptuales e informativos o de cualquier otro orden que considere necesarios para optar adecuadamente por el cambio o la conservación de su fe. Si el Estado falta, por acción u omisión, a esos deberes, viola el derecho a la libertad de religión y de conciencia.

Hay que tener presente, al respecto, que el artículo 12 de la Convención Americana no se limita a consagrar, en abstracto, la libertad de conservar o cambiar de creencias, sino que protege explícitamente, contra toda restricción o interferencia, el proceso de mudar de religión. No es otro el sentido del numeral 2 del mencionado artículo 12, cuando establece, en lo pertinente, que "[n]adie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de [...] cambiar de religión o de creencias".

Creo, con todo, que para arribar, en el presente caso, a conclusiones ciertas sobre la violación de la libertad de religión y de conciencia, la Corte necesitaba disponer de pruebas más prolijas y contundentes que las que tuvo a la vista sobre la situación personal de los peticionarios, sobre los procesos en que se encontraban eventualmente envueltos en relación con sus creencias y sobre las limitaciones a las que estuvieron o dejaron de estar sometidos para recoger, por medios distintos a la exhibición pública de "La Ultima Tentación de Cristo", los elementos que ésta podría proporcionarles a los efectos de un cambio de credo religioso.

Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez, Manuel E. Ventura Robles, Secretario.

Libertad de expresión - Delitos contra el honor - Calumnias - Elementos típicos - Principio de legalidad -Opiniones - Funcionario público

Kimel c/ Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas). 2/5/2008.

✎ ***Antecedentes:***

Un juez federal promovió querella contra el autor de un libro acusándolo por el delito de calumnias —e injurias en subsidio— por considerar que ciertas expresiones de la obra implicaban atribuirle la comisión de los delitos de violación de los deberes de funcionario público y encubrimiento. La Corte Suprema, por mayoría, revocó por arbitrario el pronunciamiento de la Cámara que había absuelto al autor y dejado sin efecto la indemnización por daño moral (113). En consecuencia, la Cámara confirmó parcialmente la sentencia condenatoria y consideró que se configuró el delito de calumnias.

Dos O.N.G. —el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)— presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y ésta sometió a la Corte Interamericana una demanda en contra de la República Argentina. El Estado se allanó a las pretensiones de la Comisión y de los representantes de la víctima.

La Corte Interamericana, en un voto mayoritario con el que concurren los jueces García Sayán y García Ramírez, resolvió que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión —arts. 13.1 y 13.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación general contemplada en el artículo 1.1—, determinó la indemnización por daño material y moral a favor del autor, y ordenó como medidas de satisfacción y garantías de no repetición la anulación de los efectos de la sentencia penal, la divulgación de la decisión, la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y la adecuación del derecho interno a la Convención.

🔎 ***Algunas cuestiones planteadas:***

a) Libertad de expresión. Dimensión individual y social. Derecho a la honra. (Voto de la mayoría, párrs. 51 y 53, Voto razonado del juez García Ramírez, párrs. 4º y 7º).

b) Libertad de expresión. Responsabilidades ulteriores por su ejercicio. Límites. Proporcionalidad. (Voto de la mayoría, párrs. 54, 63, 83 y 84, Voto razonado del juez García Sayán, párr. 6º).

c) Delitos contra el honor. Tipo penal. Poder punitivo del estado (Voto de la mayoría, párrs. 63 y 71, Voto concurrente razonado del juez García Sayán, párrs. 4º, 19, 22 y 26, Voto razonado del juez García Ramírez, párrs. 17 a 19, 25 y 26).

d) Funcionario público. Cargo público. (Voto de la mayoría, párr. 86, Voto razonado del juez García Sayán, párr. 12; Voto razonado del juez García Ramírez, párrs. 3º, 22 y 23).

---

(113) **Nota de Secretaría:** Ver Fallos: 321:3596 obrante a fs. 17 del presente suplemento.

e) Opiniones. (Voto de la mayoría, párr. 93, Voto razonado del juez García Ramírez, párr. 28).

🕮 *Estándar aplicado por la Corte:*

- La libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social.

- La libertad de expresión no es un derecho absoluto: la ley —en sentido formal y material— puede exigir responsabilidades ulteriores por su ejercicio y establecer restricciones, siempre que tengan carácter excepcional y no se conviertan en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

- En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, por lo que una tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias —como la de los artículos 109 y 110 del Código Penal Argentino—, al no satisfacer la exigencia de una clara definición de la conducta incriminada, resulta contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal y contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención.

- Es necesario garantizar el ejercicio tanto de la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención: la restricción de la libertad de expresión debe ser proporcional al interés que la justifica (derecho a la reputación) y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en su efectivo ejercicio (derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos). Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

- Las opiniones vertidas no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas —calificación que se predica sólo respecto a hechos—, ni pueden ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo, ya que las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático.

Texto del Fallo:

Corte Interamericana de Derechos Humanos (114)*

Caso Kimel *vs.* Argentina

Sentencia de 2 de mayo de 2008

(Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso *Kimel* la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces:

Cecilia Medina Quiroga, Presidenta; Diego García-Sayán, Vicepresidente; Sergio García Ramírez, Juez; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Margarette May Macaulay, Jueza, y Rhadys Abreu Blondet, Jueza; presentes, además, Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta, de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y con los artículos 29, 31, 53.2, 55, 56 y 58 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), dicta la presente Sentencia.

I

Introducción de la Causa y Objeto de la Controversia

1. El 19 de abril de 2007, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") sometió a la Corte una demanda en contra de la República Argentina (en adelante "el Estado" o "Argentina"), la cual se originó en la denuncia presentada el 6 de diciembre de 2000 por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). El 24 de febrero de 2004 la Comisión aprobó el Informe Nº 5/04, mediante el cual declaró admisible la petición del señor Kimel. Posteriormente, el 26 de octubre de 2006 la Comisión aprobó el Informe de fondo Nº 111/06, en los términos del artículo 50 de la Convención, el cual contenía determinadas recomendaciones para el Estado. Este informe fue notificado al Estado el 10 de noviembre de 2006. Tras considerar la información aportada por las partes con posterioridad a la adopción del informe de fondo, y ante "la falta de avances sustantivos en el efectivo cumplimiento de [sus recomendaciones]", la Comisión decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte (115).

2. Según la demanda de la Comisión, el señor Eduardo Gabriel Kimel es un "conocido periodista, escritor e investigador histórico", quien habría publicado varios libros relacionados con la historia política argentina, entre ellos "La masacre de San Patricio", en el que expuso el

---

(114) El 7 de mayo de 2007 el Juez Leonardo A. Franco, de nacionalidad argentina, informó al Tribunal de su inhibitoria para conocer el presente caso. Esta inhibitoria fue aceptada ese mismo día por la Presidencia, en consulta con los Jueces de la Corte. En virtud de lo anterior, el 7 de mayo de 2007 se informó al Estado que, dentro del plazo de 30 días, podía designar un juez *ad hoc* para que participara en este caso. Dicho plazo venció sin que el Estado efectuara tal designación.

(115) La Comisión designó como delegados a los señores Florentín Meléndez, Comisionado, Santiago A. Canton, Secretario Ejecutivo, e Ignacio J. Alvarez, Relator Especial para la Libertad de Expresión, y como asesores legales a los abogados Elizabeth Abi-Mershed, Juan Pablo Albán Alencastro y Alejandra Gonza.

resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos. El libro criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un juez. Conforme a lo expuesto por la Comisión, el 28 de octubre de 1991 el Juez mencionado por el señor Kimel promovió una querella criminal en su contra por el delito de calumnia, señalando que "si bien la imputación deshonrosa hecha a un Magistrado con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones constituiría desacato en los términos del art[ículo] 244 del Código de Fondo, hoy derogado, la específica imputación de un delito de acción pública configura siempre calumnia". Luego de concluido el proceso penal, el señor Kimel fue condenado por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones a un año de prisión y multa de veinte mil pesos por el delito de calumnia.

3. La Comisión solicitó a la Corte que determine que el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales al incurrir en la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 13 (Libertad de Expresión) de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Asimismo, solicitó que se ordenaran determinadas medidas de reparación.

4. El 23 de junio de 2007 los señores Gastón Chillier, Andrea Pochak, Santiago Felgueras y Alberto Bovino del CELS, y la señora Liliana Tojo de CEJIL, representantes de la presunta víctima (en adelante "los representantes"), presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante "escrito de solicitudes y argumentos"), en los términos del artículo 23 del Reglamento. Alegaron que el Estado "ha violado el derecho de que gozan los individuos a expresar sus ideas a través de la prensa y el debate de asuntos públicos", al utilizar ciertos tipos penales como medio para criminalizar esas conductas. Agregaron que no se respetaron las garantías judiciales que integran el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Por ello, solicitaron se declare al Estado responsable por la vulneración de los derechos consagrados en los artículos, 13, 8.1, 8.2.h) y 25 de la Convención, todos ellos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

5. El 24 de agosto de 2007 el Estado presentó su escrito de contestación de la demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante "contestación de la demanda") (116), en el que "asu[mió su] responsabilidad internacional" por la violación de los artículos 8.1 y 13 de la Convención; realizó algunas observaciones a la violación del artículo 8.2.h) de dicho tratado y a la violación del derecho a ser oído por un juez imparcial.

6. Los días 4 y 11 de septiembre de 2007 la Comisión y los representantes presentaron, respectivamente, sus observaciones al reconocimiento de responsabilidad realizado por el Estado (*supra* párr. 5).

II

PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

7. La demanda de la Comisión fue notificada al Estado el 26 de abril de 2007, y a los representantes el 27 de abril de 2007. Durante el proceso ante este Tribunal, además de la presentación de los escritos principales remitidos por las partes (*supra* párrs. 1, 4 y 5), el Pre-

(116) El 28 de mayo de 2007 el Estado designó al señor Jorge Cardozo como Agente y al señor Javier Salgado como Agente alterno.

sidente de la Corte (117) (en adelante "el Presidente") ordenó recibir, a través de declaraciones rendidas ante fedatario público (affidávit), las declaraciones ofrecidas oportunamente por los representantes, respecto de las cuales las partes tuvieron oportunidad de presentar observaciones. Además, en consideración de las circunstancias particulares del caso, el Presidente convocó a la Comisión, a los representantes y al Estado a una audiencia pública para escuchar las declaraciones de la presunta víctima, un testigo y un perito, así como los alegatos finales orales de las partes sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas.

8. El 9 de octubre de 2007 los representantes informaron que habían iniciado con el Estado un acuerdo de solución amistosa que sería "firmado con anterioridad a la audiencia convocada" y que, en vista de ello, "desist[ían] del reclamo" por la supuesta violación de los derechos consagrados en los artículos 8.2.h) y 25 de la Convención y del derecho a ser oído por un juez imparcial establecido en el artículo 8.1 de la misma. Por esta razón, los representantes renunciaron a las declaraciones del perito y testigo convocados a la audiencia pública (*supra* párr. 7).

9. La audiencia pública fue celebrada el 18 de octubre de 2007 durante el XXXI Período Extraordinario de Sesiones de la Corte, llevado a cabo en la ciudad de Bogotá, Colombia (118). En esta audiencia los representantes, la Comisión y el Estado presentaron un "acta de acuerdo", mediante la cual el Estado ratificó su reconocimiento de responsabilidad internacional (*supra* párr. 5) y los representantes ratificaron el retiro de parte de sus alegaciones (*supra* párr. 8).

10. El 8 de noviembre de 2007 el Tribunal solicitó al Estado y a los representantes que presentaran, junto con sus alegatos finales escritos, determinada prueba para mejor resolver (119).

11. El 27 de noviembre de 2007 la Comisión y el Estado remitieron sus respectivos escritos de alegatos finales. Los representantes presentaron su escrito de alegatos finales el 29 de noviembre de 2007 (120), al cual adjuntaron cierta prueba documental. Tanto los representantes

---

(117) Resolución del Presidente de la Corte de 18 de septiembre de 2007.

(118) A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Juan Pablo Albán Alencastro, Lilly Ching Soto y Alejandra Gonza, asesores; b) por los representantes de la presunta víctimas: Andrea Pochak, y c) por el Estado: Jorge Cardozo, Agente, Javier Salgado, Agente Alterno, Andrea Gualde, Julia Loreto, Josefina Comune y Natalia Luterstein, asesores.

(119) La prueba solicitada consistía en información y documentación relacionada con: a) la fuerza vinculante de las decisiones judiciales en Argentina, particularmente las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; b) copia de las decisiones judiciales relacionadas con libertad de expresión que sustentan los alegatos de las partes en relación con la implementación judicial, en el ámbito interno, de los estándares internacionales de derechos humanos, y c) las tasas oficiales de conversión del peso argentino al dólar estadounidense que sean relevantes para el presente caso.

(120) El 27 de noviembre de 2007 los representantes solicitaron una prórroga de tres días para presentar su escrito de alegatos finales. El 4 de diciembre de 2007 los representantes indicaron que habían solicitado una prórroga "en el entendimiento de que la comunicación enviada por [la] Corte el [...] 8 de noviembre de 2007 [(*supra* párr. 10)] venía de alguna manera a modificar la [R]esolución del [...] Presidente [...], de fecha 18 de septiembre [de 2007 (*supra* párr. 7)]", que establecía como plazo improrrogable el 27 de noviembre de 2007 para la presentación del escrito de alegatos finales. El 5 de diciembre de 2007 el Tribunal informó a los representantes que conforme se desprendía del punto resolutivo duodécimo de la Resolución del Presidente de 18 de septiembre de 2007, el plazo concedido a las partes para la remisión de sus escritos de alegatos finales era improrrogable, y que la nota de 8 de noviembre de 2007, en la que se solicitó determinada prueba para mejor resolver, establecía que los representantes debían incluir "en sus alegatos finales escritos" la información y documentación requerida. Consecuentemente, dicha nota no modificó de ninguna manera la Resolución del Presidente.

como el Estado presentaron la prueba para mejor resolver solicitada por el Tribunal (*supra* párr. 10).

12. En cuanto a la demora de dos días de los representantes en la presentación de su escrito de alegatos finales, la Corte tiene presente que, conforme a su jurisprudencia, "las formalidades características de ciertas ramas del derecho interno no rigen en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo principal y determinante cuidado es la debida y completa protección de esos derechos" (121). Consecuentemente, estima que el mencionado retraso no significa un plazo excesivo que justifique el rechazo de tal escrito, teniendo presente, además, que el acceso del individuo al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos reviste especial importancia para el esclarecimiento de los hechos (122) y la determinación de las eventuales reparaciones.

13. Los días 2 de julio de 2007, 12 de octubre de 2007 y 28 de diciembre de 2007 el Tribunal recibió, respectivamente, escritos en calidad de *amicus curiae* de la Clínica de Derechos Humanos del Máster de Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, del Comité Mundial para la Libertad de Prensa y de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

14. El 21 de enero de 2008 el Estado presentó observaciones al escrito de alegatos finales de los representantes. Indicó que éste contenía un párrafo que según los representantes formaba parte del acuerdo al que llegaron las partes en este caso (*supra* párr. 9), cuando en realidad no formaría parte de éste. Asimismo, el Estado cuestionó el *amicus curiae* de la Asociación por los Derechos Civiles (*supra* párr. 13). Afirmó, *inter alia,* que el mismo resulta extemporáneo, toda vez que ya [...] han tenido lugar todos los eventos contemplados en el [R]eglamento de [la] Corte a efectos de la exposición y defensa de los argumentos relacionados con el fondo del caso".

15. El 29 de enero de 2008 los representantes "asumi[eron] que [existió] una inexactitud en la trascripción de un párrafo del acuerdo de solución amistosa firmado por las partes", lo cual, a criterio de la Corte, deja satisfecho el problema indicado por el Estado (*supra* párr. 14).

16. En lo referente a la supuesta extemporaneidad del escrito de la Asociación por los Derechos Civiles, el Tribunal observa que los *amici curiai* son presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma. En este sentido, pueden ser presentados en cualquier momento antes de la deliberación de la sentencia correspondiente. Además, conforme a la práctica de esta Corte, los *amici curiai* pueden incluso referirse a cuestiones relacionadas con el cumplimiento mismo de la sentencia (123). Por otra parte, la Corte resalta que los asuntos que son de su conocimiento poseen una trascendencia o interés general que justifica la mayor deliberación posible de argumentos públicamente ponderados, razón por la cual los *amici curiai* tienen un importante valor para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de reflexiones aportadas por miembros de la sociedad, que contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta la Corte. En consecuencia, el Tribunal rechaza la objeción de extemporaneidad presentada por

---

(121) *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares.* Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C Nº 41, párr. 77, y *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C Nº 144, párr. 137.

(122) *Cfr. Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Resolución de 20 de diciembre de 2006, considerando décimo.

(123) *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte de 28 de noviembre de 2005, visto décimo cuarto, y *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte de 22 de septiembre de 2006, visto décimo.

el Estado (*supra* párr. 14). Las observaciones de Argentina relativas al contenido del *amicus curiae* serán tomadas en cuenta por el Tribunal cuando examine los temas correspondientes.

III

Competencia

17. La Corte Interamericana es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, para conocer el presente caso, en razón de que Argentina es Estado Parte en la Convención Americana desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha.

IV

Reconocimiento parcial de responsabilidad del Estado y retiro parcial de alegaciones de los representantes

18. En su escrito de contestación a la demanda el Estado efectuó un reconocimiento de responsabilidad, en los siguientes términos:

> [E]l Estado argentino ha mantenido, durante todas las etapas del proceso, una actitud de clara voluntad conciliadora con miras a encontrar una solución amistosa en el caso. Dicha voluntad política se vio reflejada en las distintas respuestas a las observaciones del peticionario, en cuyo contexto podr[á] la Honorable Corte notar que, en ninguna de las etapas procedimentales desarrolladas ante la Ilustre Comisión, el Estado argentino ha interpuesto argumento alguno, ni de hecho ni de derecho, orientado a controvertir la alegada violación del derecho a la libertad de expresión en perjuicio del señor Eduardo Gabriel Kimel. Por el contrario, la simple lectura de los documentos aportados en el caso permite inferir la permanente vocación exteriorizada por el Estado en recrear el proceso amistoso y en buscar fórmulas satisfactorias para ambas partes.
>
> [...]
>
> [E]l Estado argentino puede compartir con la Ilustre Comisión que, en el caso en especie, la aplicación de una sanción penal al señor Eduardo Gabriel Kimel constituyó una violación de su derecho a la libertad de expresión consagrado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
>
> Asimismo, y tomando en consideración las dimensiones de análisis generalmente aceptadas a efectos de determinar la razonabilidad del plazo de duración de un proceso —complejidad del asunto, diligencia de las autoridades judiciales y actividad procesal del interesado— el Estado argentino puede compartir con la Ilustre Comisión, que el señor Eduardo Gabriel Kimel no fue juzgado dentro de un plazo razonable, conforme lo prevé el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
>
> Finalmente, y habida cuenta que, hasta la fecha, las distintas iniciativas legislativas vinculadas con la normativa penal en materia de libertad de expresión no han sido convertidas en ley, el Estado argentino puede compartir con la Ilustre Comisión que, en el caso en especie, la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

> En consecuencia, el Estado argentino asume responsabilidad internacional y sus consecuencias jurídicas, por la violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales de respeto y garantía, como así también de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos, de conformidad con los artículos 1 (1) y 2 de la Convención[.]
>
> Asimismo, el Estado argentino asume re[s]ponsabilidad internacional y sus consecuencias jurídicas, por la violación del artículo 8 (1) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1(1) de dicho instrumento, en tanto el señor Eduardo Gabriel Kimel no fue juzgado dentro de un plazo razonable.

19. En el mismo escrito el Estado hizo algunas observaciones a los alegatos de los representantes, respecto a las supuestas violaciones al derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.2.h) y a la garantía de imparcialidad del juzgador (artículo 8.1).

20. En cuanto a las reparaciones solicitadas, el Estado manifestó que "compart[e] con la [C]omisión y con los [representantes] el derecho que le asiste al señor Kimel a una reparación integral"; hizo algunas precisiones sobre los daños inmateriales alegados y sobre las costas y gastos solicitadas, y finalmente "dej[ó] librado a la prudente decisión de [la C]orte la determinación del contenido y alcance" de las medidas de reparación "no pecuniarias".

21. En su escrito de observaciones al reconocimiento del Estado (*supra* párr. 6) la Comisión manifestó, *inter alia,* que "valora positivamente la aceptación de la responsabilidad internacional [...] efectuada por [...] Argentina [y] ante tal declaración corresponde resaltar la voluntad manifestada por el Estado [...] y la importancia de este pronunciamiento que es un paso positivo hacia el cumplimiento de sus obligaciones internacionales". De igual forma, los representantes en su escrito respectivo (*supra* párr. 6) valoraron el reconocimiento estatal.

22. En el "acta acuerdo" alcanzada por las partes en la audiencia pública (*supra* párr. 9) se establece:

> 1) [...] EL ESTADO ratifica que asume responsabilidad internacional por la violación, en el caso en especie, de los artículos 8.1 [...] y 13 [...] de la Convención Americana [...], en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar medidas normativas o de otro carácter establecidos en los artículos 1(1) y 2 de la Convención, en perjuicio del señor Eduardo Kimel.
>
> A los efectos de especificar los alcances de la asunción de responsabilidad internacional del ESTADO, se deja constancia de que Eduardo Kimel fue condenado injustamente a un año de prisión en suspenso y al pago de una indemnización de veinte mil pesos ($ 20.000). Si bien la indemnización referida nunca se ejecutó efectivamente, en el caso en especie la condena fue impuesta en clara vulneración de su derecho a expresarse libremente, a partir de un proceso penal por calumnias e injurias promovido por un ex-juez criticado en el libro "La masacre de San Patricio" por su actuación en la investigación de la muerte de 5 religiosos cometida durante la época de la dictadura militar. En virtud de lo expuesto, EL ESTADO asume responsabilidad internacional por la violación del derecho a expresarse libremente, en el caso en especie, tanto en virtud de la injusta sanción penal impuesta al señor Kimel como respecto de la indemnización dispuesta a favor del querellante.

Por ello, y vistas las consecuencias jurídicas y el compromiso del Estado argentino de cumplir integralmente con las normas de derechos humanos a las que se ha obligado nacional e internacionalmente, y tal como se ha señalado precedentemente, EL ESTADO ha resuelto asumir la responsabilidad internacional y sujetarse a las reparaciones correspondientes que determine la [...] Corte Interamericana [...].

2) Asimismo, como muestra de la buena voluntad de LOS REPRESENTANTES DE LA VICTIMA y en miras a alcanzar un acuerdo con EL ESTADO, LOS REPRESENTANTES DE LA VICTIMA desisten del reclamo por la alegada violación de los derechos a impugnar la sentencia penal condenatoria (artículo 8.2.h de la Convención Americana); de la garantía de imparcialidad del juzgador (art. 8.1 de la Convención Americana); y del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 25 de la Convención Americana).

3) EL ESTADO, LA COMISIÓN Y LOS REPRESENTANTES DE LA VÍCTIMA, solicitan a la [...] Corte Interamericana de Derechos Humanos tenga a bien expedirse —conforme a lo establecido en el artículo 63 de la Convención Americana— sobre el alcance de las reparaciones a favor de la víctima Eduardo Kimel, las cuales deben incluir la indemnización por los daños materiales e inmateriales, así como las garantías de satisfacción y medidas de no repetición.

23. En lo referente a la terminación anticipada del proceso, los artículos 53, 54 y 55 del Reglamento regulan las figuras de sobreseimiento, solución amistosa y prosecución del examen del caso (124).

24. La Corte observa que las frases "si hay lugar al desistimiento", "la procedencia del allanamiento", "podrá declarar terminado el asunto", así como el texto íntegro del artículo 55 del Reglamento, indican que estos actos no son, por sí mismos, vinculantes para el Tribunal. Dado que los procesos ante esta Corte se refieren a la tutela de los derechos humanos, cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, la Corte debe velar porque tales actos resulten aceptables para los fines que busca cumplir el Sistema Interamericano. En esta tarea el Tribunal no se limita únicamente a verificar las condiciones formales de los mencionados actos, sino que los debe confrontar con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posición de las partes.

25. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte constata que el reconocimiento de responsabilidad estatal (*supra* párrs. 18 y 22) se sustenta en hechos claramente establecidos; es

---

(124) Artículo 53. Sobreseimiento del caso

1. Cuando la parte demandante notificare a la Corte su desistimiento, ésta resolverá, oída la opinión de las otras partes en el caso, si hay lugar al desistimiento y, en consecuencia, si procede sobreseer y declarar terminado el asunto.

2. Si el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante y a las de los representantes de las presuntas víctimas, sus familiares o representantes, la Corte, oído el parecer de las partes en el caso, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En este supuesto, la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costas correspondientes.

Artículo 54. Solución amistosa

Cuando las partes en un caso ante la Corte comunicaren a ésta la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio, la Corte podrá declarar terminado el asunto.

Artículo 55. Prosecución del examen del caso

La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes.

consecuente con la preservación de los derechos a la libertad de expresión y a ser oído en un plazo razonable, así como con las obligaciones generales de respeto y garantía y de adoptar disposiciones de derecho interno; y no limita las reparaciones justas a las que tiene derecho la víctima, sino que se remite a la decisión de la Corte. En consecuencia, el Tribunal decide aceptar el reconocimiento estatal y calificarlo como una confesión de hechos y allanamiento a las pretensiones de derecho contenidos en la demanda de la Comisión, y una admisión de los argumentos formulados por los representantes. Asimismo, la Corte considera que la actitud del Estado constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso, al buen despacho de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos, a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana y a la conducta a la que están obligados los Estados en esta materia (125), en virtud de los compromisos que asumen como partes en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

26. En cuanto al retiro parcial de alegaciones efectuado por los representantes, el Tribunal observa que los derechos con respecto a los cuales se formula aquél fueron únicamente alegados por los representantes y que son éstos quienes los retiran; que todas las partes estuvieron conformes con el retiro, lo cual queda demostrado con sus firmas en el "acta acuerdo"; que el señor Kimel manifestó expresamente su conformidad y no queda en desventaja procesal o material; que los fines del presente procedimiento no se ven afectados; y que los temas sobre los cuales versa el retiro de alegaciones ya han sido tratados en anteriores oportunidades por la Corte (126). En consecuencia, decide aceptar el retiro de las alegaciones de los representantes.

27. En virtud de lo expuesto, la Corte declara que ha cesado la controversia respecto de los hechos y sus consecuencias jurídicas en lo que atañe a los artículos 13, 8.1, 1.1 y 2 de la Convención. La Corte analizará en el capítulo correspondiente las medidas reparatorias que sean adecuadas para el presente caso.

28. Finalmente, teniendo en cuenta las atribuciones que incumben a este Tribunal como órgano internacional de protección de los derechos humanos, estima necesario dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos y los elementos de fondo relevantes, así como las correspondientes consecuencias, toda vez que la emisión de la sentencia contribuye a la reparación del señor Kimel, a evitar que se repitan hechos

---

(125) *Cfr. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C Nº 163, párr. 29; *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C Nº 164, párr. 34, y *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C Nº 166, párr. 30.

(126) La Corte se ha pronunciado sobre la independencia e imparcialidad del juzgador (artículo 8.1 de la Convención Americana) en, *inter alia: Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C Nº 52*; Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C Nº 71*; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C Nº 109*; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C Nº 119, *y Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135. En cuanto al derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior (artículo 8.2.h de la Convención), la Corte trató el tema en el *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C Nº 107. Finalmente, el artículo 25 de la Convención ha sido uno de los más analizados por el Tribunal en su jurisprudencia, entre las que destacan: *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo.* Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C Nº 37; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C Nº 74, y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 79.

similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos (127).

V

Prueba

29. Con base en lo establecido en los artículos 44 y 45 del Reglamento, así como en la jurisprudencia del Tribunal respecto de la prueba y su apreciación (128), la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por la Comisión, los representantes y el Estado en diversas oportunidades procesales o como prueba para mejor resolver solicitada por el Presidente, así como los dictámenes rendidos por escrito y el testimonio ofrecido en audiencia pública, conforme a los principios de la sana crítica y dentro del marco normativo correspondiente (129).

A) Prueba Documental, Testimonial y Pericial

30. Por acuerdo del Presidente fueron recibidas las declaraciones escritas de las siguientes personas, propuestas por los representantes:

a) *Adrián Sapeti*, testigo. En su calidad de médico psiquiatra del señor Kimel, declaró sobre los efectos que produjo el proceso judicial seguido contra la víctima en el estado emocional y la salud física de ésta.

b) *Juan Pablo Olmedo Bustos,* perito. Declaró sobre la incorporación de los estándares internacionales en materia de libertad de expresión en los tribunales de Argentina y afirmó que este derecho encuentra su principal restricción en los tipos penales de calumnia e injurias, ya que "tras la derogación del delito de desacato la mayoría de los casos judiciales referidos a la restricción del derecho de crítica y del derecho a difundir información de interés público han tomado la forma de juicios por violación al derecho al honor o a la intimidad". Asimismo, explicó que "la aplicación del sistema general de responsabilidad del Código Civil resulta también inadecuad[a] para regular un área como la de la libertad de expresión, que requiere de criterios más rígidos y previsibles para la atribución de responsabilidades ulteriores".

31. Por otro lado, la Corte escuchó en audiencia pública la declaración del señor Kimel, la cual se refirió al proceso judicial seguido en su contra, los antecedentes del mismo y sus resultados, así como a las supuestas consecuencias que en su vida personal y desempeño profesional han tenido la condena penal y civil que le impuso la justicia argentina.

---

(127) *Cfr. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C Nº 162, párr. 57; *Caso de la Masacre de la Rochela, supra* nota 11, párr. 54, y *Caso Bueno Alves, supra* nota 11, párr. 35.

(128) *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C Nº 76, párr. 50; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C Nº 160, párrs. 183 y 184, y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Nº 172, párr. 63.

(129) *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*, *supra* nota 12, párr. 76; *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C Nº 167. párr. 38, y *Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 14, párr. 63.

B) Valoración de la prueba

32. En este caso, como en otros (130), el Tribunal admite el valor probatorio de aquellos documentos presentados por las partes en su oportunidad procesal que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda. En relación a los documentos remitidos como prueba para mejor resolver (*supra* párr. 11), la Corte los incorpora al acervo probatorio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.2 del Reglamento.

33. Asimismo, el Tribunal admite los documentos aportados por el Estado y los representantes en el transcurso de la audiencia pública, puesto que los estima útiles para la presente causa y además no fueron objetados ni su autenticidad o veracidad puestas en duda.

34. En lo que se refiere a los documentos adicionales remitidos por los representantes junto con su escrito de alegatos finales (*supra* párr. 11), referentes a las costas y gastos procesales, la Corte reitera que conforme al artículo 44.1 del Reglamento, "[l]as pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son ofrecidas en la demanda y en su contestación". Además, este Tribunal ha señalado que "las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte" (131). No obstante, estima que estos documentos son útiles para resolver la presente causa y los valorará en conjunto con el resto del acervo probatorio.

35. Respecto de los testimonios y peritaje, la Corte los estima pertinentes en cuanto se ajusten al objeto definido por el Presidente en la Resolución en que ordenó recibirlos (*supra* párr. 7). Este Tribunal estima que la declaración testimonial rendida por el señor Kimel no puede ser valorada aisladamente, dado que el declarante tiene un interés directo en este caso, razón por la cual será apreciada dentro del conjunto de las pruebas del proceso (132).

36. Efectuado el examen de los elementos probatorios que constan en el expediente, la Corte pasa a analizar las violaciones alegadas, considerando los hechos ya reconocidos y los que resulten probados (133), incluidos en cada capítulo según corresponda. Asimismo, la Corte recogerá los alegatos de las partes que resulten pertinentes, tomando en cuenta la confesión de hechos y el allanamiento formulados por el Estado, así como el retiro de alegaciones efectuado por los representantes.

---

(130) *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nº 4, párr. 140; *Caso Zambrano Vélez y otros, supra* nota 11, párr. 37, y *Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 14, párr. 67.

(131) *Cfr. Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C Nº 170, párr. 275.

(132) *Cfr. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C Nº 33, párr. 43; *Caso Zambrano Vélez y otros, supra* nota 11, párr. 40, y *Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 14, párr. 69.

(133) En adelante, la presente Sentencia contiene hechos que este Tribunal tiene por establecidos con base en la confesión efectuada por el Estado. Algunos de esos hechos han sido completados con elementos probatorios, en cuyo caso se consignan las respectivas notas al pie de página.

VI

Artículo 13 (Libertad de pensamiento y de expresión) (134) y artículo 9 (Principio de Legalidad) (135) en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) (136) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) (137) de la Convención Americana

37. La Comisión solicitó a la Corte que "declare que el proceso penal, la condena penal y sus consecuencias —incluida la sanción accesoria civil— a los que se vio sometido el señor Eduardo Kimel por realizar una investigación, escribir el libro y publicar información[,] necesariamente inhibe[n] la difusión y reproducción de información sobre temas de interés público, desalentando además el debate público sobre asuntos que afectan a la sociedad argentina". Además, solicitó se declare la violación del deber de adecuación del ordenamiento interno "al mantener vigentes disposiciones que restringen irrazonablemente la libre circulación de opiniones sobre la actuación de las autoridades públicas".

38. Los representantes concordaron con la Comisión y consideraron que los tipos penales utilizados en este caso son "susceptibles de ser aplicados para perseguir criminalmente la crítica política", razón por la cual "resultan incompatibles con el artículo 13 de la Convención".

39. El Estado se allanó a las pretensiones de las partes señalando que "[la] sanción penal al señor [...] Kimel constituyó una violación a su derecho a la libertad de expresión" y que "la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de[l artículo 2 de la Convención]". En audiencia pública el Estado "deplor[ó...] que el único condenado por la masacre de los palotinos haya sido justamente quien ha llevado a cabo una investigación periodística exhaustiva sobre tan terrible crimen y su tratamiento judicial".

40. La Corte observa que a pesar de la confesión de hechos y de la admisión de diversas pretensiones por parte del Estado, subsiste la necesidad de precisar la entidad y gravedad de

---

(134) El artículo 13 de la Convención señala en lo pertinente que:

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. [...]

(135) El artículo 9 de la Convención establece:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

(136) El artículo 1.1 de la Convención establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

(137) El artículo 2 de la Convención dispone que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

las violaciones ocurridas, así como los alcances de las normas sancionatorias persistentes en el orden interno y que pueden ser aplicadas para restringir la libertad de expresión. Estas precisiones contribuirán al desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia y a la correspondiente tutela de derechos humanos.

41. Eduardo Kimel es un historiador graduado en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Se ha desempeñado además como periodista, escritor e investigador histórico (138). En noviembre de 1989 publicó un libro titulado "La masacre de San Patricio" (139). Este libro analiza el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar (140).

42. En dicho libro, el señor Kimel analizó, *inter alia*, las actuaciones judiciales dirigidas a investigar la masacre. En relación con una decisión judicial adoptada el 7 de octubre de 1977 señaló que el Juez federal que conocía la causa

> realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el [J]uez [...] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto (141).

43. El 28 de octubre de 1991 el Juez mencionado por el señor Kimel en su libro (en adelante "el querellante") entabló una acción penal en contra del autor por el delito de calumnia (142). Posteriormente, el querellante solicitó que si no se compartía esta calificación, "se condene al querellado Kimel [por el delito de injurias (143)]". El 25 de septiembre de 1995 el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Nº 8 de Buenos Aires resolvió que el señor Kimel no había cometido el delito de calumnia sino el de injurias. Al analizar el tipo penal de calumnia estableció que:

> [L]a labor que la defensa califica como de "investigación, información y opinión", ha trascendido este ámbito [...] para irrumpir en el terreno de la innecesaria y sobreabundante crítica y opinión descalificante y peyorativa, respecto de la labor de un Magistrado, que en nada contribuye a la función informativa, a la formación social o a la difusión cultural y tanto menos, al esclarecimiento de los hechos o de la conciencia social [...] tales excesos,

---

(138) *Cfr.* declaración testimonial rendida por Eduardo Kimel en audiencia pública (*supra* párr. 9).

(139) *Cfr.* Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, Ediciones Lohlé-Lumen, segunda edición, 1995 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folio 217).

(140) *Cfr.* Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, *supra* nota 25 (p. 13).

(141) *Cfr.* Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, *supra* nota 25 (p. 125).

(142) El artículo 109 del Código Penal argentino estipula:

La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.

(143) El artículo 110 del Código Penal argentino establece:

El que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año.

que no son sino y precisamente, desbordes de los límites propios de la libertad de prensa, no alcanzan a constituir, por ausencia del dolo esencial y por falta de imputación concreta y precisa, la figura [de calumnia] (144).

44. Seguidamente, el Juzgado analizó la posibilidad de encuadrar los hechos dentro del tipo de injurias y expresó que "[c]onforme [a] nuestro ordenamiento positivo, todo cuanto ofende al honor, no siendo calumnia, es una injuria", razón por la cual consideró que:

la duda o sospecha que cierne Kimel, sobre la eficacia de la actuación del Magistrado en una causa de trascendencia internacional, y ante la gravedad de los hechos investigados, constituye de por sí un ataque al honor subjetivo del agraviado —deshonra—, agravado por el alcance masivo de la publicación —descrédito—, que configuran el ilícito penado por el art. 110 del C. Penal.

[...] tampoco podía ignorar el querellado que, las afirmaciones, sugerencias y dudas que plantea en torno, concretamente, del [querellante], podían mancillar la dignidad del Magistrado y del hombre común que reposa tras la investidura. Indudablemente, Kimel, ha incurrido en un exceso injustificado, arbitrario e innecesario, so pretexto de informar al público en general, sobre ciertos y determinados acontecimientos históricos [...]. Kimel, no se limitó a informar, sino que además, emitió su opinión sobre los hechos en general y sobre la actuación del [querellante], en particular. Y en este exceso, de por sí dilacerante, se halla precisamente el delito que "ut supra" califico. [...E]n nada modifica la situación, que Kimel haya sostenido que carecía de intención de lesionar el honor del querellante [...] [e] l único dolo requerido es, el conocimiento, por parte del sujeto activo, del carácter potencialmente deshonrante o desacreditante de la acción u omisión ejecutada.

45. La referida sentencia condenó al señor Kimel a la pena de prisión de un año, en suspenso, así como al pago de $20.000,00 (veinte mil pesos argentinos) en concepto de indemnización por reparación del daño causado, más costas (145).

46. Esta sentencia fue apelada ante la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la que mediante fallo de 19 de noviembre de 1996 revocó la condena impuesta en los siguientes términos:

cuando arriba a la sección que atañe a la investigación judicial [Kimel] deja sentada su propia opinión, lo cual es criticado por la *a quo*, quien interpreta que ello le estaría vedado y debería limitarse a informar. No comparto este criterio[, ...] lo importante es determinar si esta opinión produce resultados desdorosos sobre terceros o está animada por secretos fines sectoriales o tendenciosos, porque de no ser así, estaría sólo al servicio del esclarecimiento y orientación al lector sobre un tema de interés público, siempre y cuando haya sido vertida con responsabilidad profesional y con conciencia de la veracidad de sus afirmaciones. Actualmente, no puede concebirse un periodismo dedicado a la tarea automática de informar sin opinar [...] ello no significa que estos conceptos no posean límites impuestos por la ética y las leyes penales que las repudian y reprimen

(144) *Cfr.* sentencia de 25 de septiembre de 1995 emitida por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Nº 8 de Buenos Aires (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 1, folio 62).

(145) *Cfr.* sentencia de 25 de septiembre de 1995, *supra* nota 30.

respectivamente, en cuanto ofendan el honor, la privacidad o la dignidad de terceros entre otros valores (146).

[…] Este aislado juicio de valor[, concretamente la frase "la actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial"] no reviste la característica de una calumnia, porque ésta requiere la falsa imputación de un delito concreto a una persona determinada, que dé motivo a la acción pública (147) […]. [L]a crítica en la persona del Magistrado […] sólo consiste en una estimación realizada por un lego en la materia sobre el desarrollo de la pesquisa, que éste habría conducido de otro modo si se hubiera encontrado en el lugar del ofendido[. C]omo tal, ello tampoco puede afectar el honor del funcionario […] y aunque Kimel no comparta su forma de actuación, no se advierte en este parágrafo que haya querido expresarse con el dolo que requiere la figura [de calumnia] (148).

47. Al referirse al delito de injurias, el tribunal de apelación calificó el trabajo de Kimel como "una breve crítica histórica" y agregó que "en es[a] labor no ha excedido los límites éticos de su profesión" (149). Asimismo, estableció que "el querellado ejerció su derecho a informar de manera no abusiva y legítima y sin intención de lesionar el honor del [querellante], ya que no se evidencia siquiera dolo genérico, elemento suficiente para la configuración del hecho ilícito bajo análisis" (150).

48. Esta última decisión fue impugnada por el querellante mediante recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El 22 de diciembre de 1998 la Corte Suprema revocó la sentencia absolutoria de segunda instancia y remitió la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal para que dictara nueva sentencia. La Corte Suprema consideró que la sentencia recurrida había sido arbitraria al afirmar que:

en el caso, carecen de sustento los argumentos expuestos por los jueces que suscribieron la absolución tendientes a establecer la atipicidad de la calumnia. Ello es especialmente así pues únicamente de una lectura fragmentaria y aislada del texto incriminado puede decirse —como lo hace el *a quo*— que la imputación delictiva no se dirige al querellante. En el libro escrito por el acusado, después de mencionar al [querellante] y decir que la actuación de los jueces durante la dictadura fue en general cómplice de la represión dictatorial, expresa que en el caso de los palotinos el [juez querellante] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia [de] que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto' […] [P]or otra parte carece de sustento jurídico la afirmación referente a que por tratarse el querellado de un "lego" en la pesquisa del caso, no tendría entidad calumniosa el párrafo que al referirse al magistrado expresa que "resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la investigación no fueron tenidos en cuenta".

---

(146) *Cfr.* sentencia de 19 de noviembre de 1996 emitida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 2, folios 85 y 86).

(147) *Cfr.* sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 87.

(148) *Cfr.* sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folios 88 y 89.

(149) *Cfr.* sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 92.

(150) *Cfr.* sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 95.

> Al así decidir ha omitido la cámara tener en cuenta las características especiales del elemento subjetivo doloso en los delitos contra el honor y sin sustento jurídico ha considerado a la condición de lego como una causal de inculpabilidad. Tan absurda afirmación descalifica el fallo por su evidente arbitrariedad. [… O]tra causal de arbitrariedad se deriva de la omisión de considerar el planteo de la querella referente a que de las constancias de la causa "Barbeito, Salvador y otros, víctimas de homicidio (art. 79 C. Penal)", surgiría no sólo la falsedad de las imputaciones delictivas formuladas a la conducta del magistrado, sino especialmente el dolo que —a criterio del apelante— se hallaría configurado por el hecho de que el querellado, con la única intención de desacreditar al juez, habría omitido consignar en la publicación que el [querellante] habría hecho caso omiso a los reiterados requerimientos de sobreseimiento provisional del sumario formulados por el fiscal (151)[.]

49. El 17 de marzo de 1999 la Sala IV de la Cámara de Apelaciones, siguiendo los lineamientos trazados por la Corte Suprema, confirmó parcialmente la sentencia condenatoria de primera instancia en lo que respecta a las penas, pero en vez de condenar al señor Kimel por injurias, consideró que se configuró el delito de calumnia (152). La Cámara señaló que,

> en atención a los argumentos esgrimidos por nuestro máximo tribunal, las expresiones vertidas por el periodista [Kimel] dirigidas al querellante, resultan ser de contenido calumnioso, careciendo por ende de sustento los argumentos expuestos por la Sala VI [de la Cámara de Apelaciones] que suscribiera la absolución basada en la atipicidad de la calumnia (153).

50. Contra la sentencia pronunciada por la Cámara de Apelaciones el señor Kimel interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema (154), el cual fue declarado improcedente. Posteriormente, la víctima presentó un recurso de queja ante la misma Corte, el cual fue rechazado *in limine* el 14 de septiembre de 2000, con lo cual la condena quedó firme (155).

51. En torno a estos hechos las partes presentaron diversos alegatos en los que subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

---

(151) *Cfr.* sentencia de 22 de diciembre de 1998 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 3, folios 114 a 116).

(152) *Cfr.* sentencia de 17 de marzo de 1999 emitida por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de anexos a la demanda, Tomo 1, Anexo 4, folio 134).

(153) *Cfr.* sentencia de 17 de marzo de 1999, *supra* nota 38, folio 132.

(154) *Cfr.* escrito de interposición del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (expediente de anexos a la demanda, Tomo 1, Anexo 5, folio 140).

(155) *Cfr.* resolución de 14 de septiembre de 2000 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (expediente de anexos a la demanda, Tomo 1, Anexo 6, folio 175).

52. La Corte ha precisado las condiciones que se deben cumplir al momento de suspender, limitar o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención (156). En particular, ha analizado la suspensión de garantías en estados de excepción (157) y las limitaciones a la libertad de expresión (158), propiedad privada (159), libertad de locomoción (160) y libertad personal (161), entre otros.

53. Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social:

> ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (162).

54. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa (163).

55. Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección (164).

56. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requie-

---

(156) *Cfr. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A Nº 6.

(157) *Cfr. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A Nº 8, y *Caso Zambrano Vélez, supra* nota 11, párrs. 45 a 47.

(158) *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº 5; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C Nº 111, párr. 96; *Caso Palamara Iribarne, supra* nota 12, párrs. 68 y 79, y *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C Nº 151, párrs. 88 a 91.

(159) *Cfr. Caso Ivcher Bronstein, supra* nota 12, párr. 128; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125, párr. 145; *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez, supra* nota 17, párr. 93, y *Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 14, párr. 127.

(160) *Cfr. Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párrs. 113 a 135.

(161) *Cfr. Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez, supra* nota 17, párrs. 51 a 54.

(162) *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, supra* nota 44, párr. 30; *Caso "La Ultima Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Nº 73, párr. 64; *Caso Ivcher Bronstein, supra* nota 12, párr. 146; *Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párr. 108, y *Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párr. 77.

(163) *Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párr. 120; *Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párr. 95, y *Caso Palamara Iribarne, supra* nota 12, párr. 79.

(164) *Cfr. Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párr. 101.

re la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad.

57. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas (165).

58. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.

i) Estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción (legalidad penal)

59. La Comisión alegó que "se utilizaron los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público". En este sentido, sostuvo que "la descripción de las conductas de [calumnia e injurias] tiene[…] tal ambigüedad, amplitud y apertura que permite[…] que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean sancionadas indebidamente a través de estos tipos penales". Además, la Comisión opinó que la "mera existencia [de los tipos penales aplicados al señor Kimel] disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias". Al respecto, indicó que "[s]i el Estado decide conservar la normativa que sanciona las calumnias e injurias, deberá precisarla de forma tal que no se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y sus integrantes".

60. Los representantes indicaron que la figura de injurias "se refiere a una conducta absolutamente indeterminada", toda vez que "la expresión 'deshonrar' como la de 'desacreditar' a otro, no describe conducta alguna". Por ello, consideraron que "no existe un parámetro objetivo para que la persona pueda medir y predecir la posible ilicitud de sus expresiones sino, en todo caso, se remite a un juicio de valor subjetivo del juzgador". Agregaron que la figura de calumnia "resulta también excesivamente vag[a]". Concluyeron que la "vaguedad de ambas figuras ha resultado manifiesta", dado que el señor Kimel "fue condenado en primera instancia por injurias, y luego [por] calumnias".

61. Esta Corte tiene competencia —a la luz de la Convención Americana y con base en el principio *iura novit curia*, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia

---

(165) El Tribunal ha señalado que "es indispensable[…] la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar". *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, supra* nota 44, párr. 34.

internacional— para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan (166).

62. En el presente caso ni la Comisión ni los representantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención Americana que consagra el principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal estima que los hechos de este caso, aceptados por el Estado y sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de hacer referencia, muestran una afectación a este principio en los términos que se exponen a continuación.

63. La Corte ha señalado que "es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información" (167). En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

> La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana (168).

64. Como quedó establecido anteriormente, el señor Kimel fue condenado en primera instancia por el delito de injurias. El tipo penal aplicado fue el artículo 110 del Código Penal que establece:

> El que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año.

65. Posteriormente, fue absuelto por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Por último la Corte Suprema de Justicia se apartó de la calificación originaria del delito y decidió que los hechos imputados al señor Kimel configuraban el ilícito tipificado en el artículo 109 del Código Penal, que establece:

---

(166) *Cfr. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C Nº 5, párr. 172; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Nº 140, párr. 54, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C Nº 146, párr. 186.

(167) *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, supra* nota 44, párr. 40, y *Caso Claude Reyes y otros, supra* nota 44, párr. 89.

(168) *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros*, *supra* nota 12, párr. 121, y *Caso Lori Berenson, supra* nota 12, párr. 125. Asimismo, el Tribunal ha resaltado que las leyes que prevean restricciones "deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación". *Cfr. Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 124.

La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.

66. La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que "la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana" (*supra* párr. 18).

67. En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

ii) Idoneidad y finalidad de la restricción

68. La Comisión alegó que la sanción impuesta al señor Kimel tuvo "el propósito legítimo de proteger el honor de un funcionario público". Con todo, indicó que "los funcionarios públicos deben ser más tolerantes a las críticas que los particulares" y que el control democrático fomenta la transparencia de las actividades estatales, promueve la responsabilidad de los funcionarios públicos y que "en un Estado de derecho no existe fundamento válido que permita sustraer de esta consideración a quienes trabajan en la administración de la justicia".

69. Los representantes indicaron que "la Convención Americana no distingue al [P]oder [J]udicial respecto del resto de los poderes públicos, ni establece ninguna norma específica relacionada con la protección de la reputación de los jueces". Por el contrario, "en casos como el presente sólo rige la norma general que permite restringir la libertad de expresión para proteger los derechos o la reputación de los demás".

70. En este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención.

71. Como quedó establecido en el párrafo 55 *supra*, los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la "reputación de los demás" puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional, como se verá *infra*.

iii) Necesidad de la medida utilizada

72. La Comisión considera que "el Estado tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal". En este sentido, "[l]a 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" y a través de "leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta".

73. Los representantes señalaron que "cuando la conducta de una persona configura el ejercicio regular de un derecho [...], la mera existencia de una sanción —cualquiera que fuese— importa una violación a la Convención". Respecto de las sanciones penales alegaron que "[a]l menos en el área de la crítica a los funcionarios públicos por sus actos funcionales, o a quienes se vinculan voluntariamente a asuntos de interés público, el recurso al derecho penal es contrario a la posibilidad de dar un debate amplio, ya que desalienta la participación de la ciudadanía, incluso, de los periodistas profesionales en la discusión de los asuntos públicos". En este sentido, el "recurso penal genera un fuerte efecto inhibidor". Por otra parte, se manifestaron en contra de la existencia de sanciones civiles, toda vez que éstas también "tienen un fuerte efecto inhibidor, en particular para las personas que desempeñan la función de periodista", por "los relativamente exiguos salarios que se abonan en los medios de prensa"; porque "resulta virtualmente imposible afrontar las condenas que se establecen en los juicios de daños y perjuicios, sin que se genere un colapso en la economía personal del periodista o del ciudadano común", y porque, "salvo acaso los grandes multimedios, ningún medio de comunicación ofrece garantías a sus trabajadores respecto de su capacidad de pago".

74. En el análisis de este tema, la Corte debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas (169).

75. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. Que se haga uso de la vía civil o penal dependerá de las consideraciones que abajo se mencionan.

76. La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita (170). La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

77. Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

78. La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente

(169) *Cfr. Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez*, *supra* nota 17, párr. 93.
(170) *Cfr. Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 104, y *Caso Palamara Iribarne, supra* nota 12, párr. 79.

excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático (171).

79. De otro lado, en el marco de la libertad de información, el Tribunal considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes.

80. En lo que corresponde al presente caso, es notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo —como lo ha reconocido el propio Estado— tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción —privación de libertad— aplicada al periodista.

iv) Estricta proporcionalidad de la medida

81. La Comisión alegó que "la conducta del señor Kimel se encuadra dentro del ámbito razonable del ejercicio de su derecho a ejercer el periodismo de investigación, dado que se trataba de información de evidente interés para la opinión pública argentina, fundada en una investigación previa, que tenía por objeto aportar al debate y servir como medio fiscalizador de un funcionario público". En este sentido, indicó que en "una sociedad que vivió una dictadura militar como la de Argentina desde 1976 hasta 1983 la libertad de pensamiento y expresión adquiere una importancia fundamental para la reconstrucción histórica del pasado y la formación de la opinión pública". En consecuencia, debe existir la "posibilidad de que cualquier persona exprese sus opiniones de conformidad con el pensamiento propio, [...] de analizar con profundidad o sin ella la actuación de quienes detentaban cargos públicos durante esa época, entre ellos, del [P]oder [J]udicial y de emitir

---

(171) En el *Caso Mamere* la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que "si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos". La versión original en inglés es la siguiente: "the eminent value of freedom of expression, especially in debates on subjects of general concern, cannot take precedence in all circumstances over the need to protect the honour and reputation of others, be they ordinary citizens or public officials". *Cfr. Mamère v. France,* no. 12697/03, § 27, ECHR 2006.

Asimismo, en el *Caso Castells* el Tribunal Europeo afirmó que "permanece abierta la posibilidad para las autoridades competentes del Estado de adoptar, en su condición de garantes del orden público, medidas, aún penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva frente a imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe". La versión original en inglés señala: "it remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal law nature, intended to react appropriately and without excess to defamatory accusations devoid of foundation or formulated in bad faith". *Cfr. ECHR, Castells v. Spain,* judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, § 46.

En un pronunciamiento reciente sostuvo que "la imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa será compatible con la libertad de expresión de los periodistas tal como está garantizada en el artículo 10 de la Convención sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como, por ejemplo, en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia". La versión original en inglés es la siguiente: "the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists' freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence". *Cfr. Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI.

críticas incluso ofensivas y fuertes sobre ello". Agregó que el Juez mencionado por el señor Kimel "deb[ía] tolerar las opiniones críticas que se re[firieran] al ejercicio de su función jurisdiccional".

82. Los representantes concordaron con la Comisión y alegaron que "los hechos sobre los que informó el señor Kimel son de interés público", teniendo en cuenta que la investigación se refería "a un caso paradigmático de la represión" y que la "investigación efectuada por el periodista es parte de [la] revisión que la sociedad argentina debe realizar y de la discusión acerca de las causas por las cuales el gobierno militar desplegó su accionar sin haber encontrado obstáculos en el [P]oder [J]udicial". Agregaron que el señor Kimel "no utilizó lenguaje alguno que pudiera considerarse abusivo" ni utilizó "palabras desmedidas ni mucho menos ultrajantes"; que se refirió al juez "única y exclusivamente con motivo de su actuación funcional y no incursionó en ningún aspecto de su vida o de su personalidad que no guardara relación con su labor como funcionario público"; que en los apartados del libro donde se manifiestan afirmaciones de hecho "todo lo que sostuvo se ajusta a la realidad" y que "los párrafos que formaron parte del juicio penal" contienen "juicios de valor críticos sobre el poder judicial de aquella época", razón por la cual "no son susceptibles de ser verdaderos o falsos, ni pueden justificar, por sí mismos, una restricción a la libertad de expresión, en tanto se trata del derecho de toda persona de opinar libremente sobre asuntos de interés público y sobre la actuación funcional de un juez en un asunto de la mayor relevancia pública".

83. En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación (172). La Corte ha hecho suyo este método al señalar que:

> para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (173).

84. Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

85. Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el

---

(172) *Cfr. Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez*, *supra* nota 17, párr. 93.

(173) *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 44, párr. 46; *Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párrs. 121 y 123; *Caso Palamara Iribarne, supra* nota 12, párr. 85, y *Caso Claude Reyes y otros*, *supra* nota 44, párr. 91.

registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario (174).

86. Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático (175). La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público (176). Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público (177). Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza (178), como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

87. El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático (179). Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática (180), que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público (181).

88. En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población (182). En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.

89. La crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos. Tal como indicó la sentencia de primera instancia (*supra* párr. 43), el párrafo por el que fue procesado el señor Kimel involucraba una opinión y no el señalamiento de un hecho:

---

(174) La sanción pecuniaria impuesta al señor Kimel ascendió a $ 20.000,00 (veinte mil pesos argentinos). *Cfr.* sentencia de 17 de marzo de 1999, *supra* nota 36, folio 138. Según el tipo de cambio vigente en ese momento, este monto era equivalente a la misma cantidad en dólares estadounidenses. Según lo afirmado por los representantes y no controvertido por el Estado, la ejecución de esta pena "importaría, sin más, [la] quiebra económica" del señor Kimel, quien "perdería todas sus pertenencias, y quedaría endeudado por un largu[í]simo período".

(175) *Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párr. 128, y *Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párr. 98.

(176) *Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párr. 103.

(177) *Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párr. 103.

(178) *Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párr. 103.

(179) *Cfr. Caso Ivcher Bronstein, supra* nota 12, párr. 155; *Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párr. 127; *Caso Palamara Iribarne, supra* nota 12, párr. 83, y *Caso Claude Reyes y otros, supra* nota 44, párr. 87.

(180) *Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párr. 113, y *Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párr. 83.

(181) *Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párr. 127.

(182) *Cfr. Caso La Ultima Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros), supra* nota 48, párr. 69; *Caso Ivcher Bronstein, supra* nota 12, párr. 152, y *Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párr. 83.

> Kimel [...] se limita a abrir un interrogante [...]. En modo alguno, conforme doctrina y jurisprudencia imperantes en la materia, podría sostenerse válidamente que tales epítetos puedan constituir la atribución de una conducta criminal, en los términos requeridos por la figura típica y antijurídica [de calumnia]. El interrogante como tal, no puede implicar una imputación concreta, sino una mera valoración perfectamente subjetiva —y librada al subjetivismo también del lector—, por parte del autor, de una no menos subjetiva apreciación del valor probatorio de los elementos de juicio, incorporados al proceso, por parte del [querellante]. Tratase, en fin, de una crítica con opinión a la actuación de un Magistrado, frente a un proceso determinado. Pero la diferente apreciación de los hechos y circunstancias, en modo alguno, puede implicar la clara y rotunda imputación de un delito de acción pública (183).

90. Sobre el notorio interés público de los temas en torno a los cuales el señor Kimel emitió su opinión, cabe resaltar su testimonio en audiencia pública (*supra* párr. 9), no controvertido por el Estado:

> La masacre de San Patricio ha[bía] sido considerado el hecho de sangre más importante que sufrió la Iglesia Católica a lo largo de varios siglos de existencia en la Argentina[.] El objetivo único y principal del libro evidentemente ha[bía] sido contar el asesinato de los religiosos palotinos, dar luz a aquello que había permanecido oscuro e invisible a la sociedad, la tremenda historia del asesinato de cinco religiosos en su casa masacrados de la manera más horrible (184).

91. El señor Kimel emitió una opinión que no tenía relación con la vida personal del Juez querellante ni le imputaba una conducta ilícita, sino que se relacionaba con la causa judicial a su cargo.

92. La Corte observa que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina. En la audiencia pública del presente caso (*supra* párr. 9), el señor Kimel resaltó que el texto en el que se refiere al juez querellante era "un párrafo que debía estar en el libro porque contenía, a pesar de su brevedad, un dato significativo: cual había sido la conducta de la justicia argentina durante aquellos trágicos años de la dictadura militar para investigar el asesinato de los sacerdotes". El señor Kimel no utilizó un lenguaje desmedido y su opinión fue construida teniendo en cuenta los hechos verificados por el propio periodista.

93. Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor (185).

94. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso.

---

(183) *Cfr.* sentencia de 25 de septiembre de 1995, *supra* nota 28, folio 59.
(184) *Cfr.* declaración testimonial rendida por Eduardo Kimel en audiencia pública (*supra* párr. 9).
(185) *Cfr. ECHR, Case Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, § 46.

95. En razón de todo lo expuesto en el presente capítulo y teniendo en cuenta la confesión de hechos y el allanamiento del Estado, el Tribunal considera que éste violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación general contemplada en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Kimel.

VII

Artículo 8 (Garantías Judiciales) (186) en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana

96. La Comisión alegó que el proceso penal en contra de la víctima duró casi nueve años; que el caso no era complejo, pues "no existía pluralidad de sujetos procesales" y la prueba consistía esencialmente en el libro del señor Kimel; que "no consta en autos que el señor Kimel hubiera mantenido una conducta incompatible con su carácter de procesado ni entorpecido la tramitación del proceso"; y que "las autoridades judiciales no actuaron con la debida diligencia y celeridad". Los representantes presentaron argumentos en el mismo sentido y agregaron que "el procedimiento aplicable a los delitos contra el honor, por ser delitos de acción privada, es un procedimiento simplificado que carece de etapa de investigación". Como se indicó anteriormente, el Estado se allanó a la alegada violación del artículo 8.1 de la Convención.

97. Teniendo en cuenta los hechos acreditados, el allanamiento del Estado y los criterios establecidos por este Tribunal respecto del principio del plazo razonable (187), la Corte estima que la duración del proceso penal instaurado en contra del señor Kimel excedió los límites de lo razonable. Del mismo modo, el Tribunal considera, conforme a su jurisprudencia (188), que el Estado no justificó esa duración tan prolongada. En consecuencia, declara que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Kimel.

VIII

Reparaciones

(Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana)

98. Es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente (189).

---

(186) El artículo 8.1 de la Convención establece en lo pertinente que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(187) Dichos criterios son: i) complejidad del asunto, ii) actividad procesal del interesado, y iii) conducta de las autoridades judiciales. *Cfr. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C Nº 30, párr. 77; *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 155, párr. 102, y *Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C Nº 165, párr. 102.

(188) *Cfr. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C Nº 94, párr. 145; *Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 136, párr. 85, y *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez, supra* nota 17, párr. 161.

(189) *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº 7, párr. 25; *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre

En sus decisiones a este respecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana (190).

99. En el marco del reconocimiento efectuado por el Estado (*supra* párrs. 18 y 22), de acuerdo con las consideraciones sobre el fondo expuestas y las violaciones a la Convención declaradas en los capítulos anteriores, así como a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcances de la obligación de reparar (191), la Corte se pronunciará sobre las pretensiones presentadas por la Comisión y por los representantes, y la postura del Estado respecto de las reparaciones, con el objeto de disponer las medidas tendientes a reparar los daños.

A) Parte lesionada

100. La Corte considera como "parte lesionada", conforme al artículo 63.1 de la Convención, al señor Eduardo Kimel, en su carácter de víctima de las violaciones declaradas, por lo que será acreedor a las reparaciones que fije el Tribunal por concepto de daño material e inmaterial.

101. En cuanto a los familiares del señor Kimel, la Corte observa que la Comisión no los declaró víctimas de alguna violación a la Convención en su Informe de fondo (*supra* párr. 1); que en la demanda identificó al señor Kimel como el único beneficiario de las reparaciones y no manifestó que sus familiares hubiesen sido víctimas; que los representantes tampoco alegaron violación en contra de los familiares, y que la Comisión indicó en sus alegatos finales escritos que el daño derivado de los hechos del caso comprenden, *inter alia,* "el daño moral inflingido a las personas cercanas" al señor Kimel, sin solicitar que se declare que hubo violación de algún precepto convencional en contra de aquéllos.

102. Al respecto, el Tribunal reitera que se considera parte lesionada a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho consagrado en la Convención. La jurisprudencia de esta Corte ha indicado que las presuntas víctimas deben estar señaladas en la demanda y en el informe de la Comisión adoptado según el artículo 50 de la Convención. Además, de conformidad con el artículo 33.1 del Reglamento de la Corte, corresponde a la Comisión, y no a este Tribunal, identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas (192).

103. Lo anterior no ha ocurrido en el presente caso y, por ende, la Corte no ha declarado violación alguna en perjuicio de los familiares del señor Kimel.

---

de 2007. Serie C Nº 171, párr. 138, y *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 14, párr. 131.

(190) El artículo 63.1 de la Convención dispone que:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

(191) *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 75, párrs. 25 a 27; *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros), supra* nota 14, párrs. 76 a 79; *Caso Albán Cornejo, supra* nota 75, párr. 139, y *Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 14, párr. 187.

(192) *Cfr. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C Nº 148, párr. 98; *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C Nº 153, párr. 29, y *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez*, *supra* nota 17, párr. 224.

B) Indemnizaciones

104. Los representantes y la Comisión solicitaron al Tribunal que fije una indemnización tanto por el daño material como por el daño inmaterial que el señor Kimel padeció a consecuencia de los hechos considerados en el presente caso. El Tribunal procede ahora a analizar los alegatos y las pruebas pertinentes.

a) daño material

105. La Corte ha desarrollado el concepto de daño material y los supuestos en que corresponde indemnizarlo (193).

106. La Comisión alegó que el señor Kimel "realizó esfuerzos económicos importantes con el fin de alcanzar justicia a nivel doméstico y superar las consecuencias morales que las acciones del Estado argentino le ocasionaron".

107. Los representantes indicaron que el Estado debe indemnizar a la víctima por el "daño emergente" y por el "lucro cesante" sufridos. En cuanto al daño emergente, solicitaron la suma, fijada en equidad, de US$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por los "16 años de litigio", los gastos por "fotocopia, sellos, viáticos para concurrir a los tribunales", y por los gastos de difusión de "su caso judicial para el conocimiento de la opinión pública". En cuanto al lucro cesante, alegaron que los hechos de este caso causaron "la inhibición de Kimel para avanzar en nuevas propuestas y proyectos laborales, el viraje en el desarrollo de su profesión, la pérdida de la chance, la imposibilidad de publicar el libro debido al contexto histórico que se vivía en la Argentina, así como las limitaciones profesionales provocadas por las restricciones para salir del país". Por este concepto solicitaron una indemnización, fijada en equidad, de US$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América).

108. El Estado únicamente se refirió al "lucro cesante". Señaló que los representantes "no aportan, más allá de sus manifestaciones, pruebas documentales concretas" y solicitó a la Corte que "recurra a la equidad a los fines de determinar una reparación en tal concepto".

109. En cuanto a los gastos hechos como consecuencia de 16 años de litigio nacional e internacional y de la "difusión" del asunto, esta Corte hace notar que en algunos casos (194) ha dispuesto el pago de indemnización por los gastos en los que las víctimas o sus familiares han incurrido como consecuencia de las violaciones declaradas, siempre que tengan un nexo causal directo con los hechos violatorios y no se trate de erogaciones realizadas con motivo del acceso a la justicia, ya que éstas se consideran "reintegro de costas y gastos" y no "indemnizaciones". En el presente caso, los gastos mencionados derivan del acceso a la justicia, por lo que serán analizados en el apartado D) de este Capítulo.

110. En lo que respecta a la inhibición del señor Kimel para avanzar en nuevas propuestas y proyectos laborales y al supuesto menoscabo de su desarrollo profesional, el Tribunal tiene en cuenta que el Estado no cuestionó estos alegatos e incluso solicitó que la Corte fije en equidad la indemnización correspondiente. En consecuencia, decide fijar en equidad la suma de

---

(193) *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C Nº 91, párr. 43; *Caso La Cantuta, supra* nota 13, párr. 213, y *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, supra* nota 15, párr. 166.

(194) *Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. *Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C Nº 120, párr. 152; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra* nota 45, párr. 194; *Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra* nota 14, párr. 427, y *Caso de la Masacre de la Rochela*, *supra* nota 11, párr. 251.

US$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de indemnización por daño material. Esta cantidad deberá ser entregada directamente al señor Kimel dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia.

b*) daño inmaterial*

111. La Corte determinará el daño inmaterial conforme a los lineamientos establecidos en su jurisprudencia (195).

112. La Comisión consideró que "[l]a existencia de daño moral en estos casos es una consecuencia necesaria de la naturaleza de las violaciones que fueron perpetradas".

113. Los representantes adujeron que "los fallos judiciales condenatorios pusieron en duda la seriedad y calidad de la investigación realizada por Eduardo Kimel", que la justicia argentina le atribuyó negligencia y temeridad, que la multa impuesta "constituyó un factor de preocupación enorme y produjo una amenaza seria a la estabilidad económica de su grupo familiar", y que la posibilidad de que fuera privado de su libertad implicó un "enorme sufrimiento e inestabilidad" para él y su familia. Por este concepto solicitaron como indemnización la cantidad de US$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América).

114. El Estado no presentó alegatos en relación con el daño inmaterial.

115. Entre las pruebas aportadas al Tribunal figura la declaración escrita del señor Adrián Sapeti, médico psiquiatra del señor Kimel, que no fue objetada o puesta en duda por el Estado. Esta declaración indica que:

> El largo proceso judicial que soportó y soporta *Eduardo Kimel*, del que tuve conocimiento en 1990, le provocó un trauma psíquico prolongado, lo que acarreó un Síndrome de estrés postraumático con manifestaciones clínicas de ansiedad generalizada, síntomas depresivos y trastornos de somatización, lo que se agudizó por la prolongación de la situación traumática debido a los fallos de 1998 y 1999.
>
> [...]
>
> Esto afectó su capacidad laboral y produjo conflictos en sus vínculos sociales y familiares.

116. El señor Kimel indicó en audiencia pública ante este Tribunal (*supra* párr. 9) que:

> Lo más paradójico [es] que la única persona procesada y castigada por un tema vinculado con la masacre de San Patricio, fue el periodista que escribió el libro. Los asesinos, los instigadores de este horrendo quíntuple homicidio nunca fueron detectados y seguramente permanecen en libertad [...]. Este ha sido de alguna manera la carta de presentación con la cual yo traté de explicar la arbitrariedad y el sentido realmente horrible que tenía para mí el juicio y obviamente la sentencia derivad[a]. En el orden personal [...], fundamentalmente desde la sentencia de primera instancia, el proceso judicial constituyó un factor evidente de desequilibrio, de intranquilidad, no solamente para mí sino para todo el

---

(195) *Cfr. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C Nº 15, párr. 52; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C Nº 112, párr. 295; *Caso Zambrano Vélez y otros*, *supra* nota 11, párr. 141, y *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz*, *supra* nota 15, párr. 175.

núcleo familiar. Constituyó de alguna manera, y en esto quiero ser preciso, un sentimiento de muchísima angustia, un pensamiento de tipo sombrío respecto de cual iba a ser el horizonte de mi vida en relación a esta cuestión.

[…]

Del punto de vista laboral este proceso judicial me impuso una serie de limitaciones […], una de ellas ha sido mi […] desplazamiento del periodismo de investigación […] hacia podemos decir géneros del periodismo menos comprometidos con la realidad o por lo menos por decirlo también con mayor precisión, menos sujetos a la posibilidad de un juicio.

[…]

Para mí hoy no es un día cualquiera, en mi vida este no es un día cualquiera, yo llego con un acuerdo y agradezco la disposición del Estado argentino para poder llegar a ese acuerdo, agradezco enormemente el reconocimiento que hace el Estado argentino respecto de la violación […] de mis derechos, pero lle[g]o a esta instancia después de 16 años, mucho tiempo. Tengo una hija de 20 años, cuando comenzó esto apenas había cumplido cuatro, compartí veinte años de mi vida con mi compañera Griselda, lamentablemente fallecida el año pasado, y lo que más lamento es haber llegado a esta instancia que agradezco enormemente sin que ella pudiera compartir este momento conmigo, porque ella estuvo profundamente comprometida con mi causa, incluso con la realización del libro y me hubiera gustado enormemente que hoy ella estuviera con nosotros, lamentablemente no fue posible.

[…] celebro poder decir todo esto que estoy diciendo hoy ante este Honorable Tribunal porque es la culminación en mi caso de muchos años de haberme sentido humillado. No soy un reo, no soy un delincuente, nunca tuve antes de este otro proceso de orden penal, creo que soy reconocido por mis colegas, por mis compañeros de trabajo, [como] una persona no responsable sino excesivamente responsable, trabajo con plena conciencia de lo que hago. No soy un calumniador, no soy un injuriador, no es mi conducta, soy muy cuidadoso y lamentablemente he tenido que sufrir yo y también mi familia […] las consecuencias de una situación de naturaleza absolutamente injusta.

117. Este Tribunal ha establecido reiteradamente que una sentencia declaratoria de la existencia de violación constituye, *per se,* una forma de reparación (196). No obstante, considerando las circunstancias del caso *sub judice*, los sufrimientos que las violaciones cometidas causaron a la víctima, el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden no pecuniario que aquélla sufrió, la Corte estima pertinente determinar el pago de una compensación por concepto de daños inmateriales, fijada equitativamente (197).

118. A la luz de la prueba aportada, la Corte considera que como consecuencia de los hechos, el señor Kimel fue desacreditado en su labor como periodista; sufrió ansiedad, angustia y depresión; su vida profesional se vio menoscabada; se afectó su vida familiar y su estabilidad

---

(196) *Cfr. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C Nº 44, párr. 72; *Caso Albán Cornejo y otros, supra* nota 75, párr. 148, y *Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 14, párr. 195.

(197) *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C Nº 77, párr. 84; *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez*, *supra* nota 17, párr. 250, y *Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 14, párrs. 200 y 201.

económica, y padeció las consecuencias de un proceso penal, entre ellas su incorporación al registro de antecedentes penales.

119. Por todo lo anterior la Corte fija en equidad la cantidad de US$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de indemnización por daño inmaterial. El Estado deberá efectuar el pago de este monto directamente al beneficiario dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia.

C) Medidas de satisfacción y garantías de no repetición

120. El Tribunal determinará las medidas de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria, y dispondrá medidas de alcance o repercusión pública (198). Para ello, tendrá presente que el Estado "dej[ó] a la prudente decisión de [la] Corte la determinación del contenido y alcance" de las reparaciones "no pecuniarias".

a) anulación de los efectos de la sentencia penal

121. La Comisión Interamericana sostuvo que el Estado debe "adoptar medidas tendientes a la cesación de las violaciones y la rehabilitación de la víctima", entre ellas, "la suspensión definitiva de los efectos del proceso penal seguido en su contra, incluida la sanción penal y la orden de pagar una indemnización de 20.000,00 pesos por daño moral; así como la eliminación del registro de antecedentes penales de la víctima[…], y su prohibición de ausentarse del país".

122. Los representantes solicitaron como medida de reparación que "se anule la sentencia penal y civil en [contra del señor Kimel], y se supriman sus antecedentes penales y, con ello, todos los efectos que la sentencia pueda tener".

123. La Corte ha determinado que la sentencia condenatoria emitida en contra del señor Kimel implicó la violación de su derecho a la libertad de expresión (*supra* párr. 95). Por lo tanto, el Tribunal dispone que, conforme a su jurisprudencia (199), el Estado debe dejar sin efecto dicha sentencia en todos sus extremos, incluyendo los alcances que ésta tiene respecto de terceros, a saber: 1) la calificación del señor Kimel como autor del delito de calumnia; 2) la imposición de la pena de un año de prisión en suspenso, y 3) la condena al pago de $ 20.000,00 (veinte mil pesos argentinos). Para ello, el Estado cuenta con un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia. Asimismo, el Estado debe eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el presente caso.

b) divulgación de la Sentencia y acto público

124. La Comisión y los representantes solicitaron como medidas de reparación la publicación de la presente Sentencia en un medio de circulación nacional y la realización de un acto público en el que el Estado reitere su reconocimiento de responsabilidad internacional.

---

(198) *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 83, párr. 84; *Caso Chaparro Alvarez y Lapo* Iñiguez, *supra* nota 17, párr. 254, y Caso *Albán Cornejo y otros, supra* nota 75, párr. 155.

(199) *Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párr. 195.

125. Como ha dispuesto esta Corte en otros casos (200), a título de medida de satisfacción, el Estado deberá publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el capítulo VI de la presente Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y los puntos resolutivos de la misma. Para lo anterior, el Estado cuenta con el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia.

126. Por otro lado, el Tribunal considera que es oportuno que el Estado lleve a cabo un acto público de reconocimiento de responsabilidad, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia.

c) adecuación del derecho interno a la Convención

127. La Comisión indicó que "es indispensable que el Tribunal ordene al Estado argentino que adopte, en forma prioritaria, las reformas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para evitar que hechos similares se repitan". Los representantes sostuvieron que "se debe llevar adelante una reforma legal de los delitos de calumnias e injurias, y de las normas del Código Civil en tanto el modo en que se encuentran reguladas estas figuras —en virtud de su redacción y falta de precisión— da vía libre para que los tribunales argentinos fallen con criterios discrecionales, fomentado el dictado de numerosas sentencias violatorias a la libertad de expresión".

128. Teniendo en cuenta lo señalado en el Capítulo VI de esta Sentencia, el Tribunal estima pertinente ordenar al Estado que adecue en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (*supra* párrs. 18 y 66) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

D) Costas y gastos

129. Las costas y gastos están comprendidos en el concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana (201).

130. Los representantes solicitaron se reembolse la cantidad de US$ 6.000,00 (seis mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Kimel por los gastos ocasionados como consecuencia del proceso judicial instaurado en la vía interna, "teniendo en cuenta que [...] fue asistido de manera gratuita por la [Unión de Trabajadores de Prensa de Buenos Aires (UTPBA)] por más de 9 años [y] desearía poder reintegrar a la UTPBA un porcentaje representativo de la tarea realizada *ad honorem* por dicha entidad a fin de que ésta pueda realizar un trabajo similar en otros casos". Además, como se indicó en el párrafo 107 *supra* los representantes indicaron que el señor Kimel había incurrido en otros gastos. Los representantes no aportaron ningún documento probatorio en relación con estas alegaciones. Por otro lado, solicitaron la cantidad de US$ 9.919,38 (nueve mil novecientos diecinueve con 38/100 dólares de los Estados Unidos de América) por "los gastos en que incurrió el CELS [...] en el trámite ante el sistema interamericano desde el año 2000". La prueba disponible se refiere principalmente a los gastos efectuados en el procedimiento ante esta Corte. Finalmente, los representantes solicitaron la

---

(200) *Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C Nº 88, párr. 79; *Caso Albán Cornejo y otros*, *supra* nota 75, párr. 157, y *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 14, párr. 196.

(201) *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*, *supra* nota 14, párr. 212, y *Caso Albán Cornejo y otros*, *supra* nota 75, párr. 165.

cantidad de US$ 2.000,00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) por "los gastos de asesoría y representación" de CEJIL. No se aportó prueba alguna de estos gastos.

131. El Estado solicitó que "se valore la asunción de responsabilidad internacional, a la hora de determinar las eventuales costas". En este sentido, citó el siguiente párrafo de la Sentencia de reparaciones y costas emitida en el caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname:*

> Habida consideración de lo anterior y de que Suriname ha reconocido expresamente su responsabilidad internacional y no ha dificultado el procedimiento para determinar las reparaciones, la Corte desestima la solicitud de condenación en costas pedida por la Comisión (202).

132. La Corte considera que el citado párrafo no tiene aplicación en el presente caso. En efecto, si bien se consideró que Suriname reconoció su responsabilidad y no entorpeció el procedimiento interamericano, esos no fueron los únicos elementos tomados en cuenta al momento de dictar la señalada Sentencia. Así, en los párrafos anteriores al citado por el Estado, el Tribunal consideró que los hechos de ese caso fueron puestos en conocimiento de la Comisión quince días después de ocurridos; que los familiares de las víctimas no necesitaron efectuar prolongadas tramitaciones para someterlo a la Comisión, pues ella se ocupó del asunto de inmediato; que no se vieron obligados a requerir el asesoramiento de un profesional; y que los gastos en que incurrió la Comisión en el trámite del caso se financian dentro del presupuesto de la Organización de Estados Americanos. Ninguno de estos elementos de juicio existe en el presente caso.

133. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes y la prueba aportada, la Corte determina en equidad que el Estado debe entregar la cantidad de US$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Kimel, por concepto de costas y gastos. Este monto incluye los gastos futuros en que pueda incurrir el señor Kimel a nivel interno o durante la supervisión del cumplimiento de esta Sentencia. Dicha cantidad deberá ser entregada a la víctima dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia. El señor Kimel entregará, a su vez, la cantidad que estime adecuada a quienes fueron sus representantes en el fuero interno y en el proceso ante el sistema interamericano, conforme a la asistencia que le hayan brindado.

E) Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

134. El pago de las indemnizaciones y el reembolso de costas y gastos serán hechos directamente al señor Kimel. En caso de que fallezca antes de que le sea cubierta la indemnización respectiva, ésta se entregará a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable (203).

135. El Estado debe cumplir sus obligaciones mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en una cantidad equivalente en moneda argentina, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas vigente en la plaza de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

---

(202) *Cfr. Caso Aloeboetoe y otros, supra* nota 81, párr. 115.

(203) *Cfr. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C Nº 101, párr. 294; *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez, supra* nota 17, párr. 283, y *Caso Albán Cornejo y otros, supra* nota 75, párr. 169.

136. Si por causas atribuibles al beneficiario de los pagos no fuese posible que los reciba dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a favor del beneficiario en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera argentina, en dólares estadounidenses y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si al cabo de 10 años la indemnización no ha sido reclamada, las cantidades depositadas serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

137. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnizaciones y reintegro de costas y gastos deberán ser entregadas al beneficiario en forma íntegra conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

138. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en Argentina.

139. Conforme a su práctica constante, la Corte se reserva la facultad, inherente a sus atribuciones y derivada, asimismo, del artículo 65 de la Convención Americana, de supervisar el cumplimiento de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplirla.

IX

Puntos Resolutivos

140. Por tanto,

La Corte

declara,

Por unanimidad, que:

1. Acepta el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 18 a 28 de esta Sentencia, y manifiesta que existió violación del derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Eduardo Kimel, en los términos de los párrafos 51 a 95 de la presente Sentencia.

2. Acepta el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 18 a 28 de esta Sentencia, y manifiesta que existió violación al derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación general establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Eduardo Kimel, en los términos de los párrafos 96 y 97 de la presente Sentencia.

3. El Estado violó el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del señor Eduardo Kimel, en los términos de los párrafos 61 a 67 del presente fallo.

4. Acepta el retiro de alegaciones de los representantes relativas al derecho a ser oído por un juez imparcial, contemplado en el artículo 8.1, al derecho a recurrir del fallo ante juez o

tribunal superior, consagrado en el artículo 8.2.h), y al derecho a la protección judicial, estipulado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos del párrafo 26 de la presente Sentencia.

5. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Y Decide:

Por unanimidad que:

6. El Estado debe realizar los pagos de las cantidades establecidas en la presente Sentencia por concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 110, 119 y 133 de la misma.

7. El Estado debe dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 121 a 123 de la misma.

8. El Estado debe eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el presente caso, en los términos de los párrafos 121 a 123 de esta Sentencia.

9. El Estado debe realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 125 de esta Sentencia, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la misma.

10. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 126 de la misma.

11. El Estado debe adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (*supra* párrafos 18, 127 y 128) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

12. Supervisará la ejecución íntegra de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

Los Jueces Diego García-Sayán y Sergio García Ramírez comunicaron a la Corte sus Votos Concurrentes. Dichos votos acompañan esta Sentencia.

Cecilia Medina Quiroga —Presidenta—, Diego García-Sayán, Sergio García Ramírez, Manuel E. Ventura Robles, Margarette May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet, Pablo Saavedra Alessandri —Secretario—.

Comuníquese y ejecútese, Cecilia Medina Quiroga —Presidenta—, Pablo Saavedra Alessandri —Secretario—.

VOTO CONCURRENTE RAZONADO DEL JUEZ DIEGO GARCIA-SAYAN EN EL CASO KIMEL VS. ARGENTINA DE 2 DE MAYO DE 2008

I. La libertad de expresión en el caso *Kimel vs. Argentina*.-

1. En la sentencia en el caso *Kimel vs. Argentina,* la Corte reafirma el concepto de que la libertad de expresión es un derecho fundamental en una sociedad democrática. La conducta del señor Eduardo Kimel, según todo lo actuado, configuró el ejercicio regular de ese derecho. En el caso concreto, el trabajo de investigación periodística efectuado por el señor Kimel aportó importantes elementos de información y de juicio sobre la conducta de un magistrado en relación a la investigación sobre un grave caso de violación a los derechos humanos ocurrido durante la dictadura militar en Argentina. La denominada "masacre de San Patricio", en la que durante la dictadura fueron asesinados en su casa cinco religiosos de la orden palotina, era un hecho serio al que dedicó dicho trabajo el señor Kimel.

2. Según lo constatado en el expediente, resulta evidente que la información y apreciaciones expresadas por el señor Kimel se encontraban dentro del ejercicio regular de un derecho y que la sanción penal establecida contra él era desproporcionada. En el acta suscrita entre las partes alcanzada al proceso se refieren a la *"injusta sanción penal"* que es, sin duda, el aspecto medular de la responsabilidad internacional del Estado en este caso. Es un hecho probado que el señor Kimel no había utilizado un lenguaje desmedido y que la crítica no tenía relación con aspectos de la vida personal del juez que lo querelló sino con su trabajo en la causa judicial a su cargo.

3. En este caso es un paso muy importante que el Estado se haya allanado aceptando que violó el derecho a la libertad de expresión del señor Kimel y reconociendo, además, la falta de precisiones en la normativa penal que sanciona la calumnia y las injurias. También es relevante que el Estado haya deplorado *"que el único condenado por la masacre de los palotinos haya sido justamente quien ha llevado a cabo una investigación periodística exhaustiva sobre tan terrible crimen y su tratamiento judicial".* Como una de las consecuencias de tal allanamiento la Corte dispuso que el Estado debe adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado *"se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión"* (párr. 128).

4. La Corte deja establecido en este caso que se abusó del poder punitivo del Estado, tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del juez querellante y la naturaleza de la sanción —privación de libertad— aplicada al periodista (párr. 80).

II. La libertad de expresión en la Convención Americana.-

5. En la sentencia se recuerda que el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención no es un derecho absoluto (párr. 54). Ello se encuentra en la línea de la jurisprudencia constante de la Corte expresada en las sentencias dictadas en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica (*párr. 120), *Ricardo Canese vs. Paraguay (*párr. 95) y *Palamara Iribarne vs. Chile (*párr. 79). Debe recordarse, también, que de acuerdo a lo establecido en la Carta Democrática Interamericana (art. 4), la libertad de expresión y de prensa es uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia. Siendo un derecho que corresponde a todos, no cabe homologar —ni restringir— el derecho a la libertad de expresión a los

derechos de los periodistas o al ejercicio de la profesión periodística, pues tal derecho lo tienen todas las personas y no sólo los periodistas a través de los medios masivos de comunicación.

6. La Corte ha insistido a lo largo de su jurisprudencia constante que este derecho puede ser objeto de responsabilidades ulteriores y de restricciones, tal como se estipula en el artículo 13 de la Convención (numerales 2, 4 y 5). En esa perspectiva, la Corte ha señalado que dichas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

7. En efecto, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se encuentra limitado por otros derechos fundamentales. En ello, el derecho a la honra aparece como el referente jurídico esencial para efectuar tal ponderación. Este derecho se encuentra expresamente protegido por la Convención en el mismo artículo 13 cuando estipula que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe *"asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás"* (artículo 13.2). Así como el derecho a la libertad de expresión corresponde a todos y no sólo a los periodistas o a los medios masivos de comunicación, no sólo los periodistas se encuentran obligados por la Convención a asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, respetando el derecho al honor, sino todos quienes ejerzan tal derecho a la libertad de expresión.

8. El Estado debe garantizar a las personas que se sientan afectadas en su derecho al honor, los medios judiciales apropiados para que se establezcan las responsabilidades y sanciones correspondientes. De no hacerlo, el Estado incurriría en responsabilidad internacional. En esta sentencia la Corte establece con claridad las obligaciones del Estado en esta materia como garante del conjunto de derechos fundamentales. En ese orden de ideas, es relevante que la Corte haya reiterado su jurisprudencia constante según la cual le corresponde al Estado un *"papel medular [...] buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. Que se haga uso de la vía civil o penal dependerá de las consideraciones que abajo se mencionan"* (párr. 75). Tal es, pues, el corolario específico del deber del Estado de garantizar los derechos consagrados en la Convención.

9. En el ejercicio del derecho a la libertad de expresión los medios masivos de comunicación no son el único actor pero son, sin duda, un actor fundamental. En su jurisprudencia la Corte ha dejado establecido que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como *"...vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática"* (204). *La Corte ha dejado establecido, sin embargo, que "... es indispensable que [los medios] recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan"* (205).

10. En esta sentencia la Corte advierte la necesidad de proteger los derechos humanos de quien *"enfrenta el poder de los medios"* (párr. 57). Ha dejado establecido, también, que el Estado *"no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo"* (párr. 57).

---

(204) *Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C Nº 107, párr. 117.

(205) *Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra* nota 1, párr. 117.

11. Este es un tema de creciente relevancia en las sociedades en las que en ocasiones los derechos del individuo se ven afectados por el poder fáctico de medios de comunicación en un contexto de asimetría en el que, como lo establece la sentencia, el Estado debe promover el equilibrio. Como se dice claramente en la sentencia, en aras de que el Estado pueda ejercer su derecho de garantizar el derecho a la honra, en una sociedad democrática se pueden emplear los caminos que la administración de justicia ofrece —incluidas las responsabilidades penales— dentro del adecuado marco de proporcionalidad y razonabilidad, y el ejercicio democrático y respetuoso del conjunto de los derechos humanos por dicha justicia.

12. Cuando las expresiones vertidas a través de medios masivos de comunicación se refieren a personajes públicos, o de relevancia pública, en aras del legítimo interés general en juego, éstos deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre. En tal orden de ideas, en esta sentencia se reitera lo ya adelantado en otros casos (206) en el sentido de que *"las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera que propicie el debate democrático"* (párr. 86).

13. No obstante, la Corte deja establecido que el derecho al honor de todas las personas es materia de protección y que los funcionarios públicos se encuentran *"amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra"* (párr. 71) ya que *"la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención"* (párr. 71). El distinto umbral de protección no es sinónimo de ausencia de límites para quien comunica por un medio masivo, ni la carencia de derechos para dichos personajes públicos. El derecho al honor es uno vigente para todos por lo cual en ejercicio de la libertad de expresión no se deben emplear frases injuriosas, insultos o insinuaciones insidiosas y vejaciones.

14. En consecuencia, todas las personas —entre ellos los periodistas—, están sujetas a las responsabilidades que se deriven de la afectación de derechos de terceros. Cualquiera que afecte los derechos fundamentales de terceros, sea periodista o no, debe asumir sus responsabilidades. El Estado, por su parte, debe garantizar que todos, periodistas o no, respeten los derechos de los demás limitando cualquier conducta que pueda conducir hacia una afectación de derechos.

III. El derecho al honor y la libertad de expresión.-

15. El artículo 11 de la Convención está consagrado precisamente a la protección de la honra y la dignidad como bienes jurídicos a los que se refiere el propio artículo 13.2. En tanto derechos humanos protegidos por la Convención, se aplica a los mismos el deber de garantía del Estado ya establecido en jurisprudencia constante de la Corte. El Estado, así, se encuentra obligado a asegurar que el derecho a la honra pueda ser protegido a plenitud poniendo a disposición de las personas los medios apropiados para ese efecto.

16. El derecho al honor debe ser, pues, materia de protección. En particular, el denominado "honor objetivo", que tiene que ver con el valor que los demás le asignan a la persona en cuestión en tanto se afecte la buena reputación o la buena fama de que goza una persona

---

(206) *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C Nº 111, párr. 98 y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 1, párr. 128.

en el entorno social en el que le corresponde desenvolverse. En ese orden de ideas, dentro del marco jurídico de la vigencia del derecho al honor, la libertad de expresión como derecho fundamental no sustenta ni legitima frases y términos manifiestamente injuriosos y que vayan más allá del legítimo ejercicio del derecho a opinar o el ejercicio de la crítica.

17. El Derecho entraña la capacidad de procesar de manera adecuada los conflictos que se pueden presentar entre normas que cautelan bienes jurídicos diferentes. La libertad de expresión y el derecho al honor, de esta forma, son polos de un importante nudo de conflictos. En esa perspectiva le corresponde un papel medular a la judicatura en la determinación efectiva de los límites de cada uno de estos derechos cuidando la plena vigencia y respeto de ambos. El Estado debe cumplir con su obligación convencional de garantizar, simultáneamente, el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor.

18. No se trata de categorizar estos derechos ya que ello colisionaría con la Convención. El carácter unitario e interdependiente de los derechos se vería confrontado con el intento de establecer derechos de "primera" y de "segunda" categoría. De lo que se trata es de que se definan los límites de cada cual buscando armonizar ambos derechos. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse, así, con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización, como se dice en la sentencia, le cabe un papel medular al Estado buscando establecer, a través de las vías judiciales adecuadas, las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito.

IV. Legitimidad de diversas vías judiciales para la protección del derecho al honor.-

19. La dicotomía vía civil/vía penal como supuesto *divortium acquarum* del respeto o no de la libertad de expresión en el ejercicio de las "responsabilidades ulteriores" a que se refiere el artículo 13 de la Convención es rechazada por la Corte en esta sentencia. Si bien para el caso la Corte deja establecido que se abusó del poder punitivo del Estado, el Tribunal deja establecido que *"el instrumento penal es idóneo porque sirve al fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo"* (párr. 71). Es más, la Corte enfatiza que el Estado tiene que dotar a la sociedad de los medios para *"establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito"* (párr. 75).

20. Una de las rutas posible es la vía penal ya que la Corte deja claramente establecido que *"... no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones"* (párr. 78). Deja establecido la Corte, sin embargo, el principio de proporcionalidad y razonabilidad al definir que *"...esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales"* (párr. 78).

21. Dada la necesidad de garantizar, simultáneamente, la libertad de expresión y el derecho a la honra, la Corte deja establecido que *"... el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana"* (párr. 77).

22. Para las pautas que marca la Corte acerca de una conducta dolosa, en ella es esencial la conciencia, la voluntad de calumniar, difamar o injuriar. En ausencia de ello se estaría ante actos atípicos. El otro aspecto es que las afirmaciones realizadas públicamente sean objetivamente ofensivas y que lo sean de manera seria; es decir, que tengan la capacidad suficiente de dañar el buen nombre del sujeto a quien van referidas lo que corresponde probar en cada caso y evaluar por la justicia. Es claro, por ejemplo, que cuando a través de un medio de comunicación social se imputa a otro falsamente la comisión de un delito, dadas las implicancias que ello supone desde el punto de vista de la misma reputación del sujeto, quien, de esta manera, pasa a tener la condición de delincuente ante los ojos de la opinión pública.

23. En la medida en que se produzca lo que la Corte denomina *"graves lesiones"*, correspondería el uso de la vía penal (párr. 77). Ello porque ciertas afectaciones dolosas al derecho al honor pueden generar en el individuo un grave daño; mucho mayor que el que puede derivarse, por ejemplo, de ciertos delitos contra el patrimonio o contra la integridad personal. Para la Corte, pues, es perfectamente compatible con la Convención que el Estado garantice los medios más apropiados —incluidos los penales— para que, dentro de marcos adecuados de razonabilidad y proporcionalidad, cesen ciertas conductas dañosas.

24. En consecuencia, pues, la Corte establece la base y criterio fundamental a emplear en la vía judicial que se escoja para hacer valer las responsabilidades ulteriores en caso de afectaciones al derecho a la honra. En ese orden de razonamiento, dadas ciertas condiciones de falta de razonabilidad y proporcionalidad del procedimiento o de la sanción, tanto a través de la vía civil como de la penal se pueden afectar derechos fundamentales.

25. El enfoque a enfatizar no es si la defensa y protección de un derecho fundamental como el honor y la imagen de una persona se debe ejercer, en abstracto, a través de la justicia penal o de la justicia civil. Sino que cualquiera sea el camino empleado, se haga en perfecto cumplimiento de las normas del debido proceso y de las garantías judiciales. Y, lo que es más importante, en la perspectiva de la proporcionalidad de la respuesta en función del daño causado. Es allí en donde le toca actuar a los jueces.

26. En este orden de razonamiento, pues, la Corte ha dejado establecido que el medio penal, *per se*, no restringe la libertad de expresión. La necesidad y proporcionalidad de la vía penal tendrá que corresponder a la magnitud del daño inferido y no a una consideración abstracta que la proscriba por razones que no se derivan de la Convención. Ese es uno de los caminos legítimos expresamente reconocidos por la Corte —dentro de los parámetros definidos— cuando ha dejado establecido que *"es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección"* (párr. 55).

Diego García-Sayán, Juez — Pablo Saavedra Alessandri, Secretario.

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ SERGIO GARCIA RAMÍREZ A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE EL *CASO KIMEL,* DEL 2 DE MAYO DE 2008

1. He sumado mi voto al de mis colegas porque comparto las decisiones de fondo adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Kimel*, que constan en los puntos resolutivos de la Sentencia dictada el 2 de mayo de 2008. Por otra parte, difiero en lo que respecta a algunas consideraciones formuladas en ese documento (que no figuran en aquellos puntos ni afectan las decisiones que comparto) en torno a posibles restricciones a la libertad de expresión y a responsabilidades ulteriores —como las denomina el artículo 13.2 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos— que derivan de la inobservancia de dichas restricciones o el desbordamiento de los límites que constituyen el marco para el ejercicio de aquella libertad.

2. Las salvedades a las que me refiero, en las que retomo una posición anteriormente sostenida a propósito de la libertad de expresión y las responsabilidades que trae consigo la inobservancia de sus límites legítimos, explican este voto concurrente. Lo emito, como lo he hecho siempre, con el mayor respeto y consideración hacia quienes sustentan un punto de vista diferente, sin incurrir en generalizaciones improcedentes ni cuestionar el sentido evolutivo —ampliamente reconocido— de la jurisprudencia de la Corte.

3. En este voto reitero la posición que adopté y los argumentos que expresé en mi parecer concurrente a la Sentencia dictada por la Corte el 2 de julio de 2004 en el *caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* En esa resolución, el Tribunal abordó el derecho a la expresión del periodista que publica noticias o manifiesta opiniones acerca de la conducta de funcionarios públicos, naturalmente sujeta a un umbral de protección menos exigente que el que prevalece cuando se trata de particulares cuya conducta no afecta el interés público. Los casos *Herrera Ulloa* y *Kimel* no son idénticos entre sí, pero ambos suscitan reflexiones semejantes, que guardan relación con criterios expuestos por la Corte en la *Opinión Consultiva OC-5/85*, acerca de *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* del 13 de noviembre de 1985.

4. En la Sentencia correspondiente al *caso Kimel*, la Corte deja a salvo la alta jerarquía de la libertad de expresión como piedra angular para el establecimiento y la preservación del orden democrático. Al respecto, estimo —como señalé en mi voto sobre el *caso Herrera Ulloa*— que esa libertad, que abarca a todas las personas y no se agota en el espacio de un grupo profesional, posee "características específicas [...] cuando se ejerce a través de medios de comunicación social que permiten la transmisión de mensajes a un gran número de personas" (párr. 2). Lo que se dice de la comunicación periodística se puede afirmar, con las mismas razones, de la recepción y difusión de mensajes a través de obras con pretensión informativa o histórica, que refieren y valoran acontecimientos relevantes para la sociedad.

5. En la Sentencia correspondiente al *caso Kimel*, la Corte se plantea la posible colisión entre derechos fundamentales previstos y protegidos por la Convención Americana: por una parte, la libertad de expresión, conforme al artículo 13 de ese instrumento, y por la otra, el derecho a la honra y la dignidad, recogido en el artículo 11. Uno y otro tienen conexión —aunque no es éste el tema de la sentencia y de mi voto— con el derecho de rectificación o respuesta al que alude el artículo 14.1, a propósito de "informaciones inexactas o agraviantes". La mencionada colisión posee especial importancia en la época actual, caracterizada por el intenso despliegue de poderosos medios de comunicación social. Suscita distintas y a menudo encontradas opiniones, que desembocan en soluciones jurídicas diversas.

6. En el debate sobre estas cuestiones —que suele plantear dilemas de solución difícil, y en todo caso controvertida— surgen apreciaciones relevantes acerca del papel que juega la libertad de expresión en una sociedad democrática, tema sobre el que la Corte se ha pronunciado con firmeza y constancia —como dije *supra* párr. 3—, y del respeto que merece el derecho a la intimidad, al buen nombre, al prestigio, también concebidos como derecho al honor, a la honra o a la dignidad —conceptos que deben analizarse al amparo de la cultura que los define y tutela— y que puede verse mellado por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Las conexiones que existen entre los temas de aquellos casos contenciosos y la permanencia de

mis puntos de vista sobre esos temas explican que en el presente texto invoque con frecuencia mi voto en el caso citado en primer término.

7. Nos hallamos en un punto de encuentro entre dos derechos que es preciso salvaguardar y armonizar. Ambos tienen la elevada condición de derechos humanos y se hallan sujetos a exigencias y garantías que figuran en el "estatuto contemporáneo de los derechos y libertades" de las personas. Jamás pretenderíamos abolir la observancia de uno, aduciendo —como se hace con argumentación autoritaria— que el ejercicio de algunos derechos reclama la desaparición o el menosprecio de otros. Así avanzaríamos hacia un destino tan oscuro como predecible.

8. Ahora bien, los hechos del presente caso contencioso (es decir, las expresiones proferidas por el autor de un libro, la repercusión de éstas sobre la honra de un magistrado y la reacción legal penal que éste promovió), analizados en sus propios términos y en relación con el reconocimiento formulado por el Estado, no poseen las características que podrían determinar un debate a fondo sobre la colisión de derechos.

9. Aun así, la Corte se ha ocupado en establecer, a través de un metódico examen sobre la validez y operación de restricciones a la libertad de expresión, los elementos que pudieran justificar esas restricciones a la luz de principios generales prevalecientes en el Derecho internacional de los derechos humanos. Esto contribuye a la apreciación y caracterización de algunos extremos acogidos en el artículo 13 —así, legalidad, necesidad e idoneidad en función de ciertos fines lícitos—, que gobiernan el tema de las restricciones y pueden ser aplicados, asimismo, al examen de los artículos 31 y 32.2 de la Convención. Esta pauta para el examen de restricciones —y la legitimación de reacciones jurídicas— constituye una útil aportación metodológica de la Sentencia en el *caso Kimel* al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y a la argumentación que explica y justifica las decisiones del Tribunal.

10. La reflexión de la Corte Interamericana toma en cuenta, desde luego, que los derechos consagrados en la Convención no son absolutos, en el sentido de que su ejercicio se halle exento de límites y controles legítimos. Semejante concepción privaría a la generalidad de los ciudadanos del amparo de la ley y dejaría el orden social en manos del poder y del arbitrio. Hay fronteras para el ejercicio de los derechos. Más allá de éstas aparece la ilicitud, que debe ser evitada y sancionada con los medios justos de que dispone el Estado democrático, custodio de valores y principios cuya tutela interesa al individuo y a la sociedad y compromete las acciones del propio Estado. Democracia no implica tolerancia o lenidad frente a conductas ilícitas, pero demanda racionalidad. A esto se refieren, en esencia, las restricciones generales y especiales previstas por la Convención Americana: aquéllas, en los artículos 30 y 32.2; éstas, en preceptos referentes a ciertos derechos y libertades, entre los que figura el artículo 13.

11. No es posible ignorar que en el mundo moderno han aparecido y crecido —al lado de los poderes formales, e incluso por encima de éstos— determinados poderes fácticos que pueden tener o tienen efectos tan devastadores sobre los bienes y derechos de los individuos como los que alcanzaría la acción directa del poder público en el sentido tradicional de la expresión. De ahí el giro que ha tomado el análisis de los sujetos obligados por los valores y principios constitucionales, también trasladados, con formas propias, a la escena internacional: vinculan a todas las personas, públicas o privadas, porque son condiciones para la vida misma y la calidad de la vida de todos los ciudadanos, que deben quedar a salvo, por igual, de poderes formales o informales, individuales o colectivos.

12. A propósito del punto que mencioné en el párrafo anterior, cabe observar que el tema del amparo internacional horizontal se halla pendiente de mayor examen por parte de la Cor-

te Interamericana, pero ésta ya ha establecido, con entera claridad, que concierne al Estado velar por el imperio de los derechos humanos en el desarrollo de las relaciones sociales entre particulares, y que no hacerlo entraña inobservancia de derechos individuales, violación de deberes públicos y responsabilidad internacional del Estado por la omisión en que incurre con respecto a su función de garante frente a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana.

13. Resulta atractivo avanzar en el análisis de estas cuestiones, tan destacadas en nuestros días, frente al repliegue del poder político, que se quiere justificar bajo la idea de retirar al Estado poderes excesivos, que debieran hallarse en manos de la sociedad, pero entraña el gravísimo peligro —cuyas aplicaciones están a la vista— de restar al mismo tiempo deberes estatales, con la consecuente mengua de derechos (efectivos) de quienes no pueden resistir por sí mismos la fuerza del mercado y el vigor de los poderes fácticos. Ahora bien, considero que el caso Kimel no constituye el espacio natural para el tratamiento de este tema —cuya importancia reconozco—, porque en aquél no se plantea el ejercicio de poderes fácticos imperiosos sobre los derechos e intereses de un ser humano, sino el despliegue de acciones públicas formales del Estado a través de las potestades persecutorias y jurisdiccionales.

14. En el caso *Kimel*, el propio Estado ha admitido que fue excesivo o inmoderado el uso de la vía penal para sancionar al autor de la obra en la que figuran determinadas apreciaciones sobre el desempeño de un funcionario judicial. En efecto, manifestó que "la aplicación de una sanción penal al señor Eduardo Gabriel Kimel constituyó una violación de su derecho a la libertad de expresión consagrado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (párr. 18 de la Sentencia en el *caso Kimel*). Esa admisión por parte del Estado (que no excluye el análisis y la apreciación a cargo de la Corte en torno a los hechos que se le presentan, como procede hacerlo conforme a las características y objetivos del enjuiciamiento internacional sobre derechos humanos, donde el principio de dispositividad sustantivo o procesal no frena la función jurisdiccional, cuyo impulso obedece a razones de interés público), favorece la decisión judicial internacional, tanto en lo que respecta a la existencia de una violación de derechos individuales como en lo que toca a la necesidad de modificar el ordenamiento interno aplicado, cuyas deficiencias reconoció el Estado.

15. Aquí se plantea de nuevo, a propósito de los sucesos del caso particular y a partir de ellos, la necesidad de examinar una vez más cuál es el medio legítimo, compatible con los valores y principios que asegura la Convención Americana, para salir al paso de conductas indebidas, lesivas de ciertos bienes jurídicos y de los derechos de sus titulares. Ya dije que no se trata de cancelar el rechazo —y la consecuente reacción— frente a conductas ilícitas, sino de encauzarlo con estricta racionalidad conforme a esos valores y principios. También existe una frontera para la reacción pública contra la conducta ilícita: ese lindero, que es garantía para todos, no significa indiferencia, abandono o impunidad, sino ejercicio legítimo y puntual del poder. Obviamente, no se pretende autorizar la lesión del derecho bajo el argumento de que existe derecho a dañar. La libertad no es salvoconducto para la injuria, la difamación o la calumnia, ni absolución automática de quien causa, con una conducta injusta, un daño moral.

16. Establecido lo anterior, es preciso indagar la forma racional de prevenir y combatir la violación de los derechos. Con alguna frecuencia —cuyo crecimiento debiera ser motivo de alarma, y en ocasiones lo es de complacencia, con escasa memoria histórica y grave error de previsión— se acude a la vía penal para enfrentar conductas ilícitas. Y dentro de esa vía, se opta por las medidas más rigurosas, que pudieran ser inmoderadas o excesivas en general y en particular y que a menudo resultan ineficaces y contraproducentes. En suma: despropor-

cionadas si se acepta que debe existir proporcionalidad —que es, en esencia, racionalidad— entre la restricción autorizada y la medida que se aplica al amparo de aquélla. Por supuesto, el expediente penal se halla al alcance de la sociedad y del Estado para combatir las afectaciones más graves de los bienes públicos y privados, que no pueden ser protegidos con instrumentos y reacciones menos rigurosos. Pero el acceso a ese expediente del control social no significa, en modo alguno, que sea el único practicable, ni el primero en la escena, ni el más adecuado en todos los casos.

17. Es preciso recordar constantemente —con la misma constancia que se observa en las tentaciones de criminalizar y penalizar un elevado número de conductas—, que el instrumento penal debe ser utilizado con gran restricción y cautela. En diversas resoluciones y opiniones, la Corte Interamericana ha destacado la compatibilidad entre el denominado derecho penal mínimo y los valores y principios de la democracia, contemplados desde la perspectiva penal. El empleo del sistema de delitos —por incriminación de las conductas— y los castigos —por penalización de sus autores— contribuye a establecer la distancia entre la democracia y la tiranía, que siempre acecha. La desmesura penal vulnera el código jurídico y el sustento político de la sociedad democrática. De ahí nuestra oposición frontal al Derecho penal máximo.

18. El Estado ha reconocido que su ordenamiento regula de manera inadecuada los tipos penales que pudieran resultar aplicables a la materia que ahora examino: "la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (párr. 18 de la Sentencia en el *caso Kimel*), esto es, la adecuación del marco jurídico nacional al deber de garantía que establece el artículo 1.1 de la Convención. En mi voto concurrente a la Sentencia del *caso Herrera Ulloa* me he ocupado de este tema y he sostenido que antes de discurrir sobre la mejor o peor formulación de tipos penales con los que se pretende combatir los excesos en el ejercicio del derecho a la expresión por parte de periodistas —que fue el tema en *Herrera Ulloa*, y vuelve a serlo, en alguna medida, en *Kimel*—, es preciso resolver si la vía penal constituye el medio adecuado —por único, necesario o siquiera conveniente— para proveer la reacción jurídica que merece una conducta indebida en este ámbito.

19. Creo que la vía penal no es ese medio adecuado y admisible. Para afirmarlo tomo en cuenta que existen otros medios de control y reacción menos restrictivos o lesivos del derecho que se pretende afectar y con los que es posible lograr el mismo fin, en forma que resulta: a) consecuente con el derecho del ofendido por el agravio, y b) suficiente para acreditar el reproche social, que constituye un cauce para la satisfacción del agraviado. Si la vía penal no es ese medio adecuado, su empleo contravendrá la exigencia de "necesidad" que invoca el artículo 13.2, el imperativo de "interés general" que menciona el artículo 30, y las razones vinculadas a la "seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común" que menciona el artículo 32. Esa vía será, por lo tanto, incompatible con la Convención Americana y deberá ser reconsiderada.

20. En mi voto sobre el *caso Herrera Ulloa*, al que ahora me remito y cuyas consideraciones reitero, manifesté que "antes de resolver la mejor forma de tipificar penalmente estos ilícitos, habría que decidir si es necesario y conveniente, para la adecuada solución de fondo del problema —consecuente con el conjunto de bienes e intereses en conflicto y con el significado que tienen las opciones al alcance del legislador—, recurrir a la solución penal, o basta con prever responsabilidades de otro orden y poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles, por ejemplo, como ocurre en un gran número —de

hecho, en el mayor número, con mucho— de supuestos de conducta ilícita, que el Derecho no enfrenta con instrumentos penales, sino con medidas de diverso género" (párr. 14 de mi voto en el *caso Herrera Ulloa*).

21. Esa otra "forma de enfrentar la ilicitud —sostuve entonces y afirmo ahora— parece especialmente adecuada en el supuesto de (algunas o todas las) afectaciones al honor, la buena fama, el prestigio de los particulares. Esto así, porque a través de la vía civil se obtienen los resultados que se querría derivar de la vía penal, sin los riesgos y desventajas que ésta presenta. En efecto, la sentencia civil condenatoria constituye, de suyo, una declaración de ilicitud no menos enfática y eficaz que la condena penal: señala, bajo un título jurídico diferente, lo mismo que se espera de ésta, a saber, que el demandado incurrió en un comportamiento injusto en agravio del demandante, a quien le asiste el derecho y la razón. De esta suerte, la sentencia civil [...] provee las dos especies de reparación que revisten mayor interés para el sujeto agraviado, y además entraña, para satisfacción social, el reproche jurídico que merece una conducta ilícita" (párr. 18 de mi voto en el *caso Herrera Ulloa*).

22. En el *caso Kimel*, el querellante contra el autor de la obra cuestionada era un funcionario judicial. Por supuesto, los funcionarios públicos merecen la protección de la ley, que el Estado debe brindar con diligencia y eficacia a través de normas y jurisdicciones. No lo discuto, de ninguna manera. Sería insoportable, por injusto, privar al funcionario de la posibilidad de buscar la protección de sus derechos. Lo dejaría a merced de ataques ilícitos y sembraría la posibilidad, indeseable, de autojusticia. La tutela legal debe correr, pues, en todas direcciones.

23. Sin embargo, también es preciso recordar que —como señalé en mi voto relativo al *caso Herrera Ulloa*— "las actividades del Estado, a través de sus diversos órganos[,] no son indiferentes y mucho menos debieran ser inaccesibles al conocimiento de los ciudadanos comunes. La democracia se construye a partir de la opinión pública, debidamente informada, que con base en esa información orienta su juicio y toma sus decisiones. Así, el ingreso en el ámbito de esas cuestiones resultará mucho más holgado que el correspondiente a los asuntos estrictamente privados, propios de la vida personal o íntima, que no trascienden sus estrictos linderos. La llamada 'transparencia' tiene en aquel ámbito uno de sus espacios naturales" (párr. 23).

24. En el voto que estoy citando mencioné que "en algunos casos se ha previsto la posibilidad de sancionar penalmente la reiterada comisión de ilícitos inicialmente sancionables bajo el Derecho civil o administrativo. En tales supuestos, la reiteración de una falta implica el agravamiento de la ilicitud, hasta el extremo de que ésta transite del orden civil o administrativo al orden penal y sea sancionable con medidas de este último carácter" (párr. 20 de mi voto en el *caso Herrera Ulloa*).

25. En la Sentencia del *caso Kimel*, la Corte ha buscado ceñir el espacio de la solución punitiva, a través de ciertas precisiones que minimizan, pero no suprimen, el desempeño de la opción penal: "esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor [de informaciones u opiniones], el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales" (párr. 78 de la Sentencia en el *caso Kimel*).

26. Este es un paso hacia la reducción penal, pero no necesariamente el último paso, que se halla en la opción por la vía civil, expedita y eficaz. Habrá que avanzar en ese camino,

como propuse en el voto de *Herrera Ulloa* y reitero en el de *Kimel*. Por supuesto, la opción por el uso de medios jurisdiccionales que culminan en condenas —que no tienen naturaleza penal, pero no por ello carecen necesariamente de eficacia—, no debiera olvidar que hay otras posibilidades, que conviene mantener abiertas y activas, en el debate democrático acerca de los asuntos que atañen al interés público: la información errónea o sesgada se combate con información fidedigna y objetiva, y la opinión infundada o maliciosa, con opinión fundada y suficiente.

27. Esos son los extremos naturales de un debate que difícilmente se zanjará en las oficinas de la policía, en los estrados de los tribunales o tras las rejas de las prisiones. El derecho de rectificación o respuesta, regulado por el artículo 14 de la Convención, tiene raíz en consideraciones de este género. Por supuesto, lo que ahora manifiesto supone que sean accesibles los canales para la respuesta y que la organización de las comunicaciones sociales permita un verdadero diálogo entre las diversas posiciones, versiones y opiniones, como debe suceder en el sistema democrático. De no ser así, asistiríamos al monólogo del poder —político o de otro género— frente a sí mismo y a un conjunto de auditores o espectadores cautivos.

28. También me parece relevante el deslinde que hace el Tribunal interamericano entre la información que somete al público la existencia de hechos y que pretende constituir un retrato de la realidad —dignificado por la acuciosidad y objetividad del profesional competente y apreciable— y la opinión que vierte el comentarista, analista, autor en general, acerca de esos hechos. Si es posible valorar la noticia como cierta o falsa, cotejándola con la realidad que se propone describir, no es razonable aplicar las mismas calificaciones a la opinión, que de antemano constituye un parecer, una apreciación, una valoración —que es posible compartir o de la que se puede discrepar en un nuevo ejercicio de opinión—, y que por ende puede ser calificada como razonable o irracional, acertada o errónea, pero no como falsa o verdadera. Sobra señalar los riesgos que implica el debate ante los tribunales acerca de la validez de las opiniones, y peor aún si esto ocurre por la vía penal: en los delitos de opinión naufraga la libertad y prospera la tiranía.

29. Finalmente, es importante observar que la Corte ha reiterado su posición en torno a un tema que se actualiza con motivo de las persecuciones penales emprendidas con base en supuestos delitos de información u opinión (acerca de los cuales reitero las reservas que antes enuncié): carga de la prueba. Como ha destacado la Corte en otros casos, dicho principio resulta aplicable a cualesquiera conductas, a título de garantía general en la relación entre el Estado y el ciudadano que culmina en la afectación de derechos de éste: “En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación” (párr. 78 de la Sentencia en el *caso Kimel*).

Sergio García Ramírez, Juez — Pablo Saavedra Alessandri, Secretario.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Libertad de expresión - Funcionario público - Daños y perjuicios - Real malicia

The New York Times Company vs. L. B. Sullivan Ralph D. Abernathy et al. vs. L. B. Sullivan. 09/03/64 - 376 U.S. 254.

✎ *Antecedentes:*

Un Comité en defensa de Martin Luther King y otros grupos de defensa de los derechos civiles publicaron una solicitada de página completa en el periódico "New York Times", señalando que una ola de terror sin precedentes estaba suprimiendo demostraciones no violentas a favor de los derechos civiles en el Sur del país.

Sullivan, uno de los Comisionados de Montgomery, Alabama, entre cuyas potestades se encontraba la supervización de las tareas del Departamento de Policía, demandó al periódico y los firmantes de la solicitada por daños y perjuicios, objetando como difamatorias algunas informaciones vertidas.

En primera instancia un jurado reconoció a Sullivan los daños reclamados —si bien no había ofrecido prueba de que había sufrido una pérdida pecuniaria— frente a lo cual "New York Times" recurrió la decisión. La Corte Suprema de Alabama confirmó el pronunciamiento.

Planteado un recurso ante la Suprema Corte de Estados Unidos, ésta revocó la sentencia en crisis por considerarla atentatoria de la libertad de expresión y de prensa —Enmiendas I y XIV—, atento no se había acreditado la real malicia en la publicación.

El juez Black, acompañado por el juez Douglas, en su voto concurrente, sostuvo que las Enmiendas I y XIV no solamente "delimitan" el poder de un Estado para otorgar indemnizaciones por daños y perjuicios a "funcionarios públicos contra críticos de su conducta oficial" sino que prohíben a un Estado el ejercitar tal poder.

El juez Goldberg, acompañado por el juez Douglas, sostuvo que las Enmiendas I y XIV de la Constitución otorgan al ciudadano y a la prensa un privilegio incondicional, absoluto para criticar conducta oficial a pesar del daño que pudiera surgir de los excesos y abusos.

🔎 *Algunas cuestiones planteadas:*

a) Libertad de expresión. Publicación paga. (Voto de la Mayoría, acápite I).

b) Libertad de expresión. Funcionario público. Daños y perjuicios. Responsabilidad. Real malicia. Prueba. (Voto de la Mayoría, acápite II y III, Voto del juez Black, Voto del juez Golberg, a los que acompaña el juez Douglas).

🕮 ***Estándar aplicado por la Corte:***

- Un funcionario público no tiene derecho a recibir reparación por daños y perjuicios por una publicación difamatoria falsa relativa a su conducta oficial, salvo que pruebe que dicha publicación fue realizada con real malicia —es decir, que fue realizada con conocimiento de que era falsa o con imprudente descuido de si era falsa o no—. La circunstancia de que al periódico se le hubiera pagado por publicar la solicitada no altera tal conclusión.

Texto del Fallo:

Corte Suprema de los Estados Unidos

Argumentado el 6 y el 7 de enero de 1964

Decidido el 9 de marzo de 1964

The New York Times Company, Petitioner, v. L. B. Sullivan. Ralph D. Abernathy et al., Petitioners, v. L. B. Sullivan. No. 39,40.

El Sr. Juez Brennan redactó la opinión de la Corte.

Se nos requiere en este caso que determinemos, por primera vez, en qué medida la protección constitucional de la expresión y la prensa limitan el poder de un Estado para estipular el pago de daños en una acción por injurias, iniciada por un funcionario público contra los críticos de su conducta oficial.

L. B. Sullivan*, es uno de los tres Comisarios electos de la ciudad de Montgomery, Alabama. Ha testificado que él era 'Comisario de Asuntos Públicos y sus tareas eran la supervisión del Departamento de Policía, Departamento de Bomberos, Departamento de Cementerios y Departamento de Pesas y Medidas". Ha iniciado una acción civil por injurias contra cuatro individuos negros, clérigos del estado de Alabama, y contra 'The New York Times Company', una sociedad de Nueva York que publica el diario *New York Times*. Un jurado del Tribunal de primera instancia del condado de Montgomery le otorgó una indemnización por daños por la suma de U$S 500.000, el total de la suma reclamada, contra los antedichos demandados, y la Suprema Corte de Alabama confirmó tal sentencia.

El apelado alega que fue injuriado por expresiones vertidas en un aviso publicado a toda página por The *New York Times* el 29 de marzo de 1960. El aviso, titulado "Atended a las voces que se alzan", comenzaba diciendo que "como todo el mundo sabe hoy, miles de estudiantes negros sureños participan en multitudinarias demostraciones pacíficas en afirmación de su derecho a vivir dignamente como lo garantizan la Constitución y el *Bill of Rights* de los Estados Unidos". Continúa diciendo que 'en un esfuerzo por asegurar estas garantías se han encontrado con una ola de terror sin precedentes, creada por aquellos que niegan tal documento (la Constitución) al que todo el mundo mira como modelo de la libertad moderna". Párrafos posteriores tienen por objeto ilustrar tal ola de terror, describiendo algunos acontecimientos supuestamente acaecidos. El aviso concluye con un pedido de fondos para tres propósitos: sostener el movimiento estudiantil, la lucha por el derecho al voto, y la defensa legal del doctor

Martin Luther King jr., líder del movimiento, contra una acusación por falso testimonio que entonces se hallaba pendiente en Montgomery.

A continuación del texto se encuentran los nombres de sesenta y cuatro personas ampliamente conocidas por sus actividades políticas, religiosas, sindicales y artísticas...

Omissis...

De los diez párrafos del texto de la solicitada, el tercero y parte del sexto son la base del reclamo por injurias. Esos párrafos dicen lo siguiente:

Tercer párrafo: "En Montgomery, Alabama, después de que los estudiantes cantaran *'My Country, Tis of Thee'* (un himno patriótico) en las escalinatas de la legislatura estatal, sus líderes fueron expulsados de la Universidad y camiones de la policía armados con escopetas y gas lacrimógeno circundaron el predio de la Universidad estatal de Alabama. Cuando todo el cuerpo estudiantil se negó a inscribirse (para el nuevo ciclo lectivo), en protesta contra las autoridades estatales, el salón comedor fue cerrado con candado, en un intento de vencerlos por medio del hambre".

Sexto párrafo: "Una y otra vez los violadores sureños han respondido a las protestas pacíficas del doctor King con intimidación y violencia. Han colocado bombas en su casa, y casi mataron a su mujer y su hijo. Han atacado su persona y lo han arrestado en siete oportunidades —por velocidad excesiva, vagancia y delitos semejantes— . Ahora lo acusan de falso testimonio —un delito en virtud del cual podrían ponerlo en prisión por diez años—"... omissis...

(Si bien el actor no ha sido mencionado por su nombre, él alega que tales expresiones importan atribuirle una mala conducta como comisario de Montgomery a cargo de la supervisión del Departamento de Policía).

No se ha controvertido que algunas de las expresiones contenidas en los apartados no son descripciones exactas de los hechos que ocurrieron en Montgomery. Si bien hubo una demostración de estudiantes negros en las escalinatas de la Legislatura estatal, cantaron el Himno Nacional y no 'My country, Tis of Thee'. Es cierto que nueve estudiantes fueron expulsados por el Consejo de Educación del Estado, pero no lo fueron por liderar la demostración ante la Legislatura, sino por requerir que se les sirviera el almuerzo en el comedor de los tribunales del condado de Montgomery, en otra fecha. Tampoco fue al totalidad del estudiantado, sino una gran mayoría de éste la que protestó por la expulsión, y no lo hicieron negándose a inscribirse, sino boicoteando las clases durante un día; virtualmente todos los estudiantes se inscribieron para el semestre siguiente. El comedor del *campus* no fue cerrado con candados en ninguna ocasión, y los únicos estudiantes a los que se les pudo haber negado el derecho a servirse fue a los pocos que no habían firmado su solicitud de inscripción, ni requerido cupones de almuerzo temporarios. Si bien la policía se desplegó cerca del *campus* en gran número, en tres ocasiones, en ningún momento lo circundaron, ni tampoco fue llamada en conexión con la demostración en las escalinatas de la Legislatura como pareciera surgir del tercer párrafo. El doctor King no fue arrestado en siete oportunidades sino sólo en cuatro; y si bien alega haber sido golpeado algunos años antes en conexión con su arresto por 'vagancia' a la salida de los tribunales, uno de los oficiales que efectuó el arresto niega que hubiere existido tal ataque.

Partiendo del supuesto de que los cargos del sexto párrafo pudieran referirse a su persona, al señor Sullivan se le dio la oportunidad de probar que él no había participado en los eventos descriptos. La casa del doctor King fue, en efecto, objeto de atentados con bombas en

dos oportunidades, cuando su esposa e hijos se hallaban dentro; sin embargo ambos hechos ocurrieron con anterioridad al nombramiento del señor Sullivan como comisario y la policía no sólo no estuvo implicada en los atentados sino que hizo todos los esfuerzos posibles para aprehender a los responsables. Tres de los cuatro arrestos del doctor King tuvieron lugar antes de que el apelado fuera designado comisario. Si bien el doctor King fue, en efecto, acusado y luego absuelto en dos casos de falso testimonio, cada uno de los cuales le podría haber acarreado una sentencia de hasta cinco años, Sullivan no tuvo ninguna relación con dicha acusación... *omisis*....

El juez de primera instancia a cargo del caso instruyó al jurado que las expresiones vertidas en el aviso eran injuriosas *per se*, y no se hallaban privilegiadas, de forma que los acusados podrían ser encontrados responsables si el jurado encontraba que se había publicado la solicitada y que las expresiones habían sido hechas 'sobre y en referencia al' señor Sullivan... *omissis*... Bajo la ley de Alabama, tal como fue aplicada en este caso... *omissis*... una vez que la injuriosidad *per se* ha sido establecida, el acusado no tiene otra defensa más que convencer al jurado de que las expresiones eran ciertas en todos sus términos (citas omitidas). Aunque (bajo la ley de Alabama) existe un derecho a 'opinar', éste depende de que los hechos que implícitamente sostiene el comentario como base para sus conclusiones sean verdaderos.

Omissis... las garantías constitucionales de libertad de expresión y de prensa son inaplicables aquí, al menos con respecto al *Times*, incluso cuando las afirmaciones pretendidamente difamatorias fueron publicadas como parte de un aviso pago "de carácter comercial". *Omissis*...

La publicación aquí no era publicidad comercial en el sentido en que la palabra fue usada en "Chrestensen". La solicitada comunicaba información, expresaba opinión, señalaba agravios, protestaba contra pretendidos abusos y buscaba apoyo financiero en nombre de un movimiento cuya existencia y objetivos son asuntos del más alto interés y preocupación públicos (ver N.A.A.C.P. vs. Button, 371 US 415, 435, 83 S.Ct. 328, 9 L.Ed. 2d 405). La circunstancia de que al *Times* se le hubiera pagado por publicar la solicitada es tan inmaterial en este aspecto como lo es el hecho de que los diarios y libros se vendan (citas omitidas). Cualquier otra conclusión desalentaría a los diarios de publicar "avisos editoriales" de este tipo, y así podría cerrarse una importante vía para la divulgación de información e ideas por personas que no tienen acceso por sí mismas a los medios de prensa —quienes desean ejercitar su libertad de expresión incluso sin ser miembros de la prensa— (citas omitidas). Para evitar una limitación tal sobre la libertad de expresión, sostenemos que si las afirmaciones supuestamente difamatorias están protegidas por la Constitución, ellas no pierden tal protección por haber sido publicadas en la forma de un aviso pago (citas omitidas). *Omissis*...

La enmienda I, dice el juez Learned Hand, presupone que es más factible que se arribe a conclusiones ciertas partiendo de una multitud de opiniones, que en virtud de una selección autoritaria. Para muchos, esto es y será siempre una locura. Pero lo hemos hecho nuestro. "United States v. Associated Pres2, 52 F. Supp. 362, 372 (SDNY 1943)... *omissis*... Consideramos entonces este caso a la luz de un profundo compromiso nacional con el principio que establece que el debate sobre la 'cosa pública' debe ser intenso, abierto y sin inhibiciones, y que bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos, y aún en algunas ocasiones ataques desagradablemente filosos contra el gobierno y sus funcionarios (citas omitidas). La presente solicitada, como expresión de agravio y protesta acerca de uno de los asuntos públicos de mayor interés en nuestro tiempo, claramente califica para recibir protección constitucional. La cuestión es

si pierde esta protección por la falsedad de algunas de sus expresiones y la supuesta injuria al señor Sullivan.

Interpretaciones muy autorizadas acerca de las garantías de la enmienda I, consistentemente han rechazado reconocer una excepción para la prueba de verdad —ya sea administrada por jueces, jurados, o funcionarios— y especialmente aquella que pone la carga de probar la verdad en el que habló o publicó la expresión injuriosa (citas omitidas). La protección constitucional no se refiere a la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias que se ofrecen (citas omitidas). En 'Cantwell v. Connecticut' 310 US 296, la Corte declaró:

"En el reino de la fe religiosa y en el de las creencias políticas siempre existen grandes desacuerdos. En ambos campos, las convicciones de un hombre pueden parecer el más manifiesto error a su vecino. Para persuadir a otros a aceptar su propio punto de vista, el partidario, tal como lo sabemos, algunas veces apela a la exageración, a la difamación de hombres que han sido o aún son prominentes en la Iglesia o en el Estado, e incluso recurre a la mentira. Pero la gente de esta Nación ha ordenado a la luz de la historia que, a pesar de la probabilidad de excesos y abusos, estas libertades son, en el largo plazo, esenciales para aclarar la opinión y la conducta recta de los ciudadanos de una democracia"... *omissis*...

Si ni el error de hecho, ni el contenido injuriante son suficientes para remover el escudo constitucional de la crítica a la conducta pública de un funcionario, la combinación de los dos elementos no es menos inadecuada. Esta es la lección que debemos aprender de la gran controversia sobre la ley de sedición de 1798, 1 Stat. 596, que por primera vez cristalizó una conciencia nacional sobre el significado de la enmienda (citas omitidas). Esta ley tipificó y penó con una multa de U$S 5.000 y cinco años de prisión, 'al que escribiera, imprimiera, dijera o publicara... *omissis*... cualquier escrito o escritos falsos, escandalosos y maliciosos contra el gobierno de los Estados Unidos, o cualquier Cámara del Congreso... *omissis*... o el presidente ...*omissis*... con la intención de difamar...*omissis*..., despreciar o desprestigiar a ellos o a cualquiera de ellos; excitar en su contra, o contra cualquiera de ellos, el odio de la buena gente de los Estados Unidos'. La ley permitía al acusado alegar la verdad de lo expresado en su defensa, y siempre que el jurado juzgara tanto la ley cuanto los hechos. A pesar de estos atenuantes, la ley fue fuertemente condenada como inconstitucional en un ataque al que se sumaron Jefferson y Madison. En las famosas revoluciones de Virginia de 1798, la Asamblea General de Virginia resolvió que ella 'protesta enfáticamente contra las palpables y alarmantes infracciones a la Constitución existentes en las dos recientes 'leyes de sedición y extranjeros' aprobadas en la última sesión del Congreso.....*omissis*... La ley de sedición ejerce ...*omissis*... un poder no delegado por la Constitución; por el contrario, ejerce un poder expresa y positivamente prohibido por una de sus enmiendas —un poder que, más que cualquier otro, debe producir alarma universal, ya que se levanta contra el derecho a examinar libremente los personajes y medidas públicas, y a la libre comunicación del pueblo sobre éstos, derecho que fue siempre justamente reconocido como el único guardián efectivo de todos los otros derechos". (4 *Elliot's Debates,* p. 553:554).

Madison preparó el informe en apoyo de dicha protesta. Su premisa fue que la Constitución creó una forma de gobierno en la cual 'el pueblo, no el gobierno, posee la soberanía absoluta'. La estructura del gobierno dispersó el poder como reflejo de la desconfianza que el pueblo sentía por las concentraciones de poder, y por el poder mismo a todo nivel. Esta forma de gobierno era 'totalmente distinta' de la británica, en la cual la Corona era soberana y el pueblo era un súbdito. '¿No es acaso natural y necesario, bajo tan diferentes circunstancias', él preguntaba, 'que un nivel distinto de libertad en el uso de la prensa sea previsto? Id., ps. 596-570.

Anteriormente, en un debate en la Cámara de Representantes, Madison había dicho: 'Si estudiamos la forma republicana de gobierno, encontraremos que el poder de censurar pertenece al pueblo sobre el gobierno, y no al gobierno sobre el pueblo' (4 *Annals of Congress*, p. 934 (1974)). Del ejercicio de ese poder por parte de la prensa, su informe decía: 'Probablemente en cada Estado de la Unión, la prensa ha ejercido una libertad para discutir los méritos y la capacidad de los hombres públicos, de cualquier género, que no ha sido confinada a los límites estrictos de la ley inglesa. Sobre esta base se ha erigido la libertad de prensa; sobre esta base todavía se erige'... (4 *Elliot's Debates*, p. 570). El derecho a la libre discusión acerca del servicio de los funcionarios públicos era entonces, según Madison, un principio fundamental de la forma estadounidense de gobierno.

A pesar de que la ley de sedición nunca fue sometida al examen de esta Corte, los que cuestionaron su validez han ganado en los tribunales de la historia. Multas impuestas a raíz de la aplicación de la ley fueron devueltas por una ley del Congreso que se fundamentaba en que la ley era inconstitucional. Ver, entre otros, ley del 4 de julio de 1840, c. 45, 6 Stat. 802, acompañada por H.R.Red. Nº 86, 26th. Cong. 1st. Sess. (1840). Calhoun, informando al Senado el 4 de febrero de 1836, presumía que la invalidez de la ley era una cuestión 'de la cual nadie duda ahora.' (*Report with Senate Bill,* Nº 122, 24th. Cong. 1st. Sess., p. 3). Jefferson, como presidente, perdonó a aquellos que habían sido convictos y sentenciados en virtud de la ley, y devolvió el importe de sus multas, declarando: 'He absuelto a toda persona con juicio o castigo bajo la ley de sedición porque consideré, como sigo considerando ahora, que esa ley es nula, de una nulidad tan absoluta y palpable como si el Congreso nos hubiera ordenado prosternarnos y reverenciar una imagen de otro' (Carta a la Señora Adams, 22/7/1804, 4 *Jefferson's Works, Washington ed.*, p. 555-556). La invalidez de la ley también ha sido presumida por ministros de esta Corte (citas omitidas). Estas observaciones reflejan un amplio consenso en que la ley, dad la restricción que impone sobre la crítica al gobierno y a los funcionarios públicos, no era consistente con la enmienda I.

Lo que un Estado no puede constitucionalmente condenar por medio de una norma penal sobre injurias, tampoco puede ser punible por una norma civil. El miedo a las indemnizaciones que pudieren exigir en virtud de una norma como la invocada por los tribunales de Alabama en este caso, puede resultar marcadamente más inhibitorio que el miedo a la persecución penal... *omissis*...Supuestamente una persona acusada de cometer una injuria penalmente sancionable tiene las salvaguardas ordinarias de la ley penal, tal como el requisito de una acusación formal y la necesidad de que el Estado pruebe su caso más allá de toda duda razonable. Estas salvaguardas no existen para el demandado en una acción civil. La sentencia promovida en este caso —sin necesidad de ninguna prueba de daño pecuniario actual— fue mil veces mayor que la pena máxima prevista por la ley penal de Alabama, y cien veces mayor que la prevista en la ley de sedición. Y si bien no puede condenarse dos veces por el mismo delito, este principio no se aplica a los juicios civiles, de lo que resulta que esta sentencia no es necesariamente la única que puede dictarse contra los apelantes por la misma publicación. Si bien un periódico puede o no sobrevivir a una sucesión de tales sentencias, el miedo y la intimidación impuestos sobre aquellos que alzan su voz a la crítica pública crean una atmósfera en la cual las libertades de la enmienda I no pueden sobrevivir. Palmariamente, la ley de Alabama sobre injuria civil 'es una norma que crea dificultades a las libertades protegidas marcadamente mayores que aquellas que se tienen bajo la ley penal' (citas omitidas).

El estado de derecho no se resguarda al permitir la defensa de la verdad... Una norma que intimida a los críticos de la conducta de un oficial público requiriendo la verdad de todas las aserciones —y haciéndolo bajo castigo de juicios por injurias virtualmente ilimitados en su

monto— devendrá en algo comparable a la autocensura...*omissis*... Pensamos que la garantía constitucional requiere una norma federal que prohíba a un funcionario público solicitar indemnización por injurias falsas relacionadas con su conducta como funcionario, a menos que pruebe que tales expresiones fueron hechas con malicia —esto es, con conocimiento de que eran falsas o con culpa grave acerca de si las mismas eran o no falsas...*omissis*... Sostenemos hoy que la Constitución limita el poder de un Estado para determinar los daños por injurias en acciones que se hubieren promovido por funcionarios contra los críticos de su conducta oficial. En razón de que ésta es una acción de ese tipo, la regla que requiere la prueba de malicia resulta aplicable...*omissis*...

Aplicando estos parámetros, consideramos que la prueba presentada a fin de probar la malicia carece de la claridad y convencimiento que la norma constitucional requiere, y por lo tanto no resulta suficiente para sostener la sentencia a favor del demandante bajo la aplicación de la regla. El caso de cada uno de los peticionantes por separado requiere poca discusión. Aun asumiendo que constitucionalmente pudieran ser encontrados como habiendo autorizado el uso de sus nombres en la publicación, no hay prueba de ningún tipo que indique que ellos estuvieron al tanto de las expresiones erróneas o que fueron negligentes en ese respecto. La sentencia contra ellos carece de sustento constitucional.

En cuanto al 'Times', concluimos de igual manera ya que los hechos no demuestran que se hubiere actuado con dolo...*omissis*... Aun si la solicitada no era 'sustancialmente correcta' —a pesar de que las pruebas aportadas por los demandados tienden a probar que sí lo fue— tal opinión era cuanto menos razonable y no hay prueba para atacar la buena fe de los testigos que la sostuvieron. La falta de retractación por parte del 'Times' a requerimiento del señor Sullivan, a pesar de que se retractó posteriormente a requerimiento del gobernador Patterson, tampoco es una muestra adecuada de dolo a nivel constitucional. Si bien el no retractarse puede o no constituir tal prueba, hay dos razones que nos llevan a pensar que aquí no lo es. (Primero, porque en una carta dirigida al señor Sullivan, aunque 'The New York Times' admitió que el comedor nunca había sido cerrado, el diario cuestionó la posibilidad de que un error en la solicitada hubiera podido afectar al señor Sullivan. Segundo, porque 'The New York Times' no rechazó la posibilidad de una retractación de forma definitiva, sino que pidió una explicación acerca de cómo el actor habría sido afectado por la solicitada.) Tampoco el retractarse en virtud del requerimiento del gobernador aportó la prueba necesaria. Es cuestionable que la falta de retractación que no es en sí prueba de dolo pueda convertirse retroactivamente en tal por una retractación subsecuente hecha a otra parte. Pero en todo caso, esto no ha ocurrido aquí ya que la explicación dada por el Secretario del 'Times' para distinguir entre el señor Sullivan y el gobernador resultaba razonable, y su buena fe no puede ser aquí cuestionada.

Finalmente se ha probado que el 'Times' publicó el aviso sin chequear su exactitud contra los archivos de noticias del propio periódico. La mera existencia de noticias en los archivos no determina que el 'Times' supiera que el aviso era falso, ya que no se ha probado el tipo de conocimiento necesario para constituir malicia en cabeza de los individuos del 'Times' responsables de la publicación del aviso. Con respecto a la falta de aquellas personas en controlar la veracidad del aviso, el expediente muestra que confiaron en la buena reputación de muchos de aquellos cuyos nombres habían sido colocados como firmantes de la solicitada y en una carta de A. Philip Randolph conocido como una persona responsable, que certificaba que el uso de tales nombres se hallaba autorizado. También existe testimonio de personal del 'Times' que expresó que no veía nada en tal aviso que pudiera resultar inaceptable a la política del 'Times' de rechazar avisos que contuvieran 'ataques de carácter personal'; la falta de rechazo del aviso sobre esta base no fue irrazonable. Consideramos que la prueba contra el 'Times' a lo sumo ha

llegado a demostrar negligencia en descubrir los errores y es constitucionalmente insuficiente para mostrar la culpa grave requerida a fin de determinar la existencia de malicia…*omissis*…

También entendemos que la prueba resulta constitucionalmente defectuosa en otro aspecto: fue incapaz de apoyar la conclusión del jurado de que las expresiones supuestamente injuriosas fueron hechas 'sobre y referidas a' Sullivan…*omissis*…

No hay referencia al señor Sullivan en la publicación ni por nombre ni por cargo. Un cierto número de las expresiones supuestamente injuriosas …*omissis*…ni siquiera se relacionaban con la policía …*omissis*… Las expresiones que Sullivan entiende como referidas a su persona eran dos expresiones que se referían a la policía o a las funciones de policía: que 'caminones de la policía …*omissis*… circundaron el *campus* de la Universidad estatal de Alabama' después de una demostración en las escalinatas de la Legislatura estatal y que el doctor King había sido 'arrestado…*omissis*… en siete oportunidades'. Estas expresiones eran falsas sólo en que si bien la policía se había desplegado cerca del *campus*, no lo habían circundado y no había conexión alguna con la demostración efectuada en la Legislatura; y que el doctor King sólo había sido arrestado en cuatro oportunidades. La sentecia que estableció que las discrepancias entre lo ocurrido y lo que había sido sostenido resultaban suficientes para configurar injurias al demandante, puede sugerirnos problemas constitucionales, pero no necesitamos considerarlos aquí. Si bien las expresiones pueden tomarse como referencia al señor Sullivan en forma individual. El sustento para esta referencia debe entonces surgir del testimonio de los testigos propuestos por el señor Sullivan; sin embargo, ninguno de ellos sugirió que existiera base para creer que Sullivan en sí había sido atacado por la publicación más allá del simple hecho de que estaba a cargo del Departamento de Policía y en virtud de ello debía cargar con la responsabilidad por la conducta de la policía…*omissis*… El uso del hecho de que el demandante ocupaba una posición oficial (para considerar que había sido injuriado) fue hecho explícito por la Corte Suprema de Alabama.

Esta proposición tiene inquietantes implicancias en cuanto a las críticas de la conducta del gobierno. Con buena razón 'ninguna Corte de última instancia en este país ha sostenido jamás o siquiera sugerido que las acciones por injurias al gobierno pueden tener lugar en la jurisprudencia norteamericana' ('City of Chicago v. Tribune Company', YLL 595,601, 139 NE 86, 88). La presente proposición evitaría este obstáculo al transformar la crítica al gobierno, no importa cuán personal, y en virtud de ello en una potencial injuria a funcionarios del gobierno del que ellos forman parte… Sostenemos que tal proposición no puede constitucionalmente ser utilizada para determinar que lo que de otra forma sería un ataque impersonal a las operaciones de gobierno, fueron injurias al funcionario responsable por tales operaciones…*omissis*…

El fallo de la Corte Suprema de Alabama es revocado y el caso es remitido a esa Corte para que se continúe el proceso en forma consistente con esta opinión. Revocado y reenviado.

El Sr. Juez Black acompañado por el Sr. Juez Douglas

(opinión concurrente)

Concurro en revocar esta sentencia de medio millón de dólares contra la compañía *New York Times* y los cuatro peticionantes individuales. Al revocar la Corte sostiene que "la Constitución delimita el poder del Estado de conceder indemnizaciones por daños y perjuicios por difamación en acciones promovidas por funcionarios públicos contra críticos de su conducta oficial". Baso mi voto para revocar en la creencia de que las Enmiendas I y XIV no meramente "delimitan" el poder de un Estado para otorgar indemnizaciones por daños y perjuicios a "fun-

cionarios públicos contra críticos de su conducta oficial" sino que completamente prohíben a un Estado el ejercitar tal poder. La Corte llega a sostener que un Estado puede someter a tales críticos a indemnizaciones si puede ser probada "malicia real" contra ellos. "Malicia", aun como la define la Corte, es un concepto elusivo, abstracto, difícil de probar. Este requerimiento de que la malicia deba ser probada provee a lo sumo una evanescente protección para el derecho a discutir críticamente asuntos públicos y ciertamente no se encuentra a la altura de la firme salvaguarda encarnada en la Enmienda I. ...*omissis...* .

El veredicto de medio millón de dólares dramáticamente prueba, sin embargo, que las leyes estatales sobre difamación amenazan la propia existencia de una prensa estadounidense lo suficientemente viril como para publicar perspectivas impopulares sobre los asuntos públicos y lo suficientemente audaz como para criticar la conducta de los funcionarios públicos. *Omissis...*

Omissis...

Interpretaríamos, creo, más fielmente la Enmienda I al sostener que como mínimo permite al pueblo y a la prensa libre el criticar a funcionarios y el discutir asuntos públicos con impunidad. ...*omissis...* Lamento que la Corte se haya detenido antes de llegar a esta conclusión indispensable para preservar a nuestra prensa libre de su destrucción.

El Sr. Juez Goldberg acompañado por el Sr. Juez Douglas

(concurriendo en el resultado)

La Corte anuncia hoy un estándar constitucional que prohíbe "a un funcionario público percibir indemnizaciones por daños y perjuicios por una mentira difamatoria relacionada con su conducta oficial a menos que pruebe que la afirmación fue hecha con 'malicia real' —lo que significa con conocimiento de que era falsa o con negligente indiferencia respecto de si era falsa o no—". La Corte dispone que la Constitución concede a los ciudadanos y diarios un "privilegio condicional" inmunizando expresiones erróneas no maliciosas de hecho relacionadas con la conducta oficial de un funcionario del gobierno. El impresionante orden de la historia[1] y los precedentes establecidos por la Corte, sin embargo, confirman mi creencia de que la Constitución proporciona mayor protección que la que provee el estándar de la Corte al ciudadano y a la prensa en el ejercicio del derecho a la crítica pública.

En mi opinión, las Enmiendas I y XIV de la Constitución otorgan al ciudadano y a la prensa un privilegio incondicional, absoluto para criticar conducta oficial a pesar del daño que pudiera surgir de los excesos y abusos. *Omissis...*

Nuestra experiencia nacional enseña que las represiones engendran odio y que "el odio amenaza al gobierno estable" (Whitney vs. California, 274 US 357, 375, 47 S.Ct. 641, 648, 71 L.Ed. 1095, Brandeis, J., concurriendo).

Omissis...

Por estas razones, creo firmemente que la Constitución otorga a los ciudadanos y a la prensa una libertad incondicional de criticar la conducta oficial. Necesariamente se desprende que en un caso como éste, donde todos acuerdan que las afirmaciones presuntamente difamatorias se relacionan con conducta oficial, las sentencias por difamación no pueden ser constitucionalmente sostenidas.

Secretaría de Jurisprudencia

Secretaria de Jurisprudencia: Dra. Susana Graciela Cayuso

Sector Jurisprudencia

Dra. Silvina M. Oubel

Dra. Alejandra Sicardi

Dra. Victoria Nano

Sra. María Cipriota

Dra. María Luján Perazzo

Dra. Mariana Elisa Messuti

Dra. Ana María Kloster

Dra. María Eugenia Slaibe

Dra. Celeste E. Ballón Patti

Dra. Estefanía Martinoli Uriondo

Sra. María Laura Arrigo

Srta. Soledad Blanco

Sector Coherencia

Dr. Guillermo E. Terán

Dra. María Ofelia Iglesia

Dra. María Sofía Sagüés

Dra. Silvina Vocos Quiroga

Dr. Enrique Arnoux Narvaja

Sector Confrontaciones y Copias

Sra. María Cecilia Horton

Sra. Sandra Di Falco

Sra. Clara Sicardi

Sra. María Isabel Munilla Lacasa

Srta. Luana Ribeiro

Sr. Ludovico Somoza

Srta. Edith Ernestina Paz