

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

RESTRICCIONES JURÍDICAS Y MATERIALES, LEGÍTIMAS E ILEGÍTIMAS, A
LA LIBERTAD DE PRENSA.

2007

Tutor: Terenzio, Marcelo

Alumno: Stoppani Hernan

Tema: Límites a la libertad de prensa

Fecha de presentación: 22/02/2007

Título:

Restricciones jurídicas y materiales, legítimas e ilegítimas, a la libertad de prensa.

Tema:

Límites a la libertad de prensa

Problema:

¿Cuándo la libertad de prensa que consagra nuestra Constitución Nacional encuentra un límite en su ejercicio?

Objetivos**a- Objetivos Generales:**

Analizar la regulación que de la libertad de prensa hace nuestra Constitución Nacional

b- Objetivos Específicos:

b.1-Identificar los diferentes aspectos de la censura consagrada por la Constitución Nacional.

b.2-Establecer los elementos de la doctrina de la real malicia de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional.

b.3-Definir la posible contradicción entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad.

Hipótesis:

La regulación de la libertad de prensa que hace la Constitución Nacional encuentra un límite en derechos de su misma jerarquía.

Resumen

El presente trabajo consta de tres ejes fundamentales, a saber: la doctrina de la real malicia, la censura que pueden sufrir los medios de comunicación y la búsqueda de una de un equilibrio funcional entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad.

Estos tres apuntan hacia la misma dirección: establecer los límites que puede sufrir la prensa en su ejercicio, pues este no es absoluto.

La doctrina de la real malicia es una composición foránea, tiene sus raíces en Estados Unidos, en el caso que se conoce como "New York Times Vs. Sullivan"¹. Este es el formador de esta doctrina que se ha ido depurando con el correr de los años, agregando presupuestos en ciertas ocasiones y ajustando su contenido en otras. Sin embargo, como todo lo que no pertenece a un lugar, en su aplicación en el derecho argentino, ha sufrido modificaciones, y si bien son semejantes, tiene sus propios presupuestos. La doctrina nacional no es uniforme en cuanto a la conformidad de su aplicación señalando, los que se oponen, que las situaciones que resolvería la doctrina de la real malicia están comprendidas en nuestro Código Civil, y se remiten específicamente a los arts. 521, 1109 y 1113 del citado cuerpo normativo. Ambas posiciones serán expuestas, cada una tendrá su remisión a fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia Nacional lo que demostrará que inclusive ésta tiene sus dudas acerca de su aplicación.

La censura previa está constitucionalmente prohibida, esta es la regla principal. A pesar de esto a lo largo de la historia argentina se han encontrado excepciones, algunas de ellas justificadas y otras no. Dentro de las primeras encontramos al Estado como moderador dentro de la sociedad, él será el encargado de establecer los límites de los medios de comunicación en su ejercicio, pero obviamente sin avallasar los derechos de éstos. Esta actividad será desarrollada por el COMFER, así, por ejemplo en virtud de la formación psíquica y espiritual de los niños no se podrán emitir programas por televisión con determinado contenido en determinado horario.

La censura también puede proceder través de medios materiales, en estos se imposibilita o se dificulta el ejercicio de la prensa, en este punto señalaré ejemplos y casos de nuestra jurisprudencia.

Finalmente se planteará la manera de ensamblar el ejercicio de la libertad de prensa y el derecho a la intimidad, ya que uno puede menoscabar el ejercicio del otro y como ambos gozan de raigambre constitucional los jueces se encuentran en la no envidiable situación de hacer prevalecer a uno sobre el otro cuando se presenten contrapuestos. La solución a esta problemática, ya a simple vista, no es de fácil resolución, solo en el caso concreto se puede vislumbrar un adecuado resultado, pues llevado a lo abstracto acarrearía lo adverso de lo buscado.

Capítulo 1

FUNDAMENTACIÓN

SUMARIO: 1. Fundamentación 2. Noción de Libertad de prensa. 3. Encuadre Normativo. 4. La libertad de pensamiento. 5. La existencia de la prensa.

1-Fundamentación

La libertad de prensa es uno de los derechos fundamentales expresados por nuestra carta magna, a través de ella conocemos el balance político del país, su situación económica y noticias con relevancia cultural. Este conocimiento lleva al avance intelectual del hombre como ciudadano, sin embargo no hay que olvidar al hombre como individuo. La información contenida en un diario abarca otras esferas que van desde la política internacional hasta la deportiva. Todos estos ámbitos son abarcados por la prensa.

La historia ha demostrado que cuando es ejercida la libertad de prensa en forma conciente y leal es muy difícil que la sociedad sea engañada por la clase gobernante, sobre todo cuando es ejercida libremente y la información que se transmite es objetiva, seria y segura. Tan importante es esta libertad que fue consagrada como una de las fundamentales en la revolución francesa de 1789 en un aspecto anterior a esta como es la libertad de expresión.

Esta etapa es donde la monarquía absoluta pasa a una república, donde las masas populares adquieren protagonismo en la marcha política del país, y la única manera de ser partícipe de un estado es sabiendo y expresando lo que en él acontece. Esto es lo que se quiso expresar con la incorporación de

la libertad de expresión en Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, pues consideraron que la comunicación sin trabas es uno de los derechos esenciales del hombre.

Cuando uno es libre de expresar sus ideas como individuo perteneciente a una sociedad lo es también para escuchar la mayor cantidad de voces posibles, esto ayuda a que se forme el propio juicio en cualquier campo de conocimiento abriendo horizontes, posibilitando encontrar diversas soluciones a los problemas que puedan acontecer en el grupo poblacional. De esta forma no solo se crece como persona sino que además se tiene una injerencia en la evolución de la sociedad.

De acuerdo a lo expresado se puede deducir que estando limitada esta información también lo está el conocimiento del hombre, y los que tengan el poder suficiente para ejercer estos parámetros serán los que conduzcan la sociedad. La información es fundamental para guiar las elecciones que cada uno de nosotros toma a diario en cada uno de los aspectos que se nos pueden presentar en la cotidianidad.

Si se concuerda en que un libre ejercicio de la expresión o de la prensa sólo puede serlo con ciertos parámetros, léase derechos de una misma jerarquía no apayasándose sino complementándose, es necesario determinar quien es el encargado esencial para establecerlos y la respuesta no puede ser otra que el Estado, en sus tres poderes: judicial, legislativo y ejecutivo.

El primero para dirimir las situaciones que se pueden plantear, el segundo para regular las situaciones en abstracto y el tercero como contralor a través de organismos desconcentrados, en este caso el COMFER.

El resultado de lo expresado en los párrafos anteriores dará los márgenes en que se deben movilizar aquellos que decidan en forma escrita o verbal tomar parte en los medios de comunicación.

Si bien la doctrina en el tema que estoy abordando resulta esencial para interpretar las posturas que se han ido generando sobre todo en materia de responsabilidad en los medios de comunicación, como por ejemplo el Dr.

Pizarro² desechando la aplicación de la teoría de la real malicia en el derecho argentino y consecuentemente arraigándose en nuestras normas para resolver los conflictos a que se hace referencia cuando se la importa, la remisión a fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional es una obligación que de no cumplirse significaría una vacuidad enorme en el presente trabajo, todo esto sostenido por una base inquebrantable: los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos³.

Es la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación quien ha señalado en repetidas oportunidades⁴ que de acotarse la libertad de prensa se estaría ayudando a crear un gobierno despótico atacando las mismas bases democráticas que nuestra constitución defiende.

Este derecho abarca no solo el de difundir hechos y opiniones sino además el de la sociedad a ser informada sobre acontecimientos considerados de interés público.

Sin embargo se puede encontrar en la moderna práctica constitucional que hay tanto prejuicios como atentados a la libertad de prensa y estos obedecen a diversos orígenes. Si bien pueden nacer de violaciones groseras al derecho de expresar las ideas en los medios de comunicación, también puede haber perturbaciones que si bien son mas delicadas no por eso pueden ser menos efectivas, ejemplo de esto puede ser la manipulación de las materias primas para las publicaciones, la limitación al acceso de las fuentes de información, la creación de monopolios estatales o privados en el área, o el acorralamiento impositivo.

Sólo identificando las causas y las formas en las que se puede incurrir para cercenar la libertad de prensa se podrán reconocer a los remedios para que se erradique esa práctica que daña al sistema democrático.

2-Noción de libertad de prensa

Se puede definir a la libertad de prensa como el “derecho de toda persona a manifestar sus opiniones o pensamientos por escritos impresos, cualesquiera sea su forma: libro, opúsculo, revista diario o periódico, sin que esas opiniones o pensamientos estén sujetos a ninguna autorización o censura previa”⁵. Esta definición aportada por Villegas Basavilbaso, es susceptible de cometer una omisión, que en los tiempos que corren, resulta esencial: la oralidad en los medios de prensa. De ahí que surja este interrogante: ¿es posible limitar en la libertad de prensa sólo a la palabra escrita o se extiende también a la oral?

Antes de dilucidar este interrogante es necesario remitirnos a la historia de los art 14 y 32, así el primero data del año 1853, es decir en la versión original de nuestra carta magna, el segundo es incorporado con la primera modificación de la Constitución Nacional, 1860. Teniendo en cuenta los años a los que hice mención se verá que la oralidad para la transmisión de noticias por el periodismo no revestía la importancia que tiene en la actualidad.

Considerando esto se puede diferenciar a dos sectores doctrinarios que se contraponen refiriéndose al tema de este capítulo: Un sector de tratadistas, distinguiendo los conceptos de libertad de prensa o de imprenta, y libertad de “expresión”, sostiene que la expresada libertad sólo se refiere a la palabra “escrita”⁶. Otro sector de expositores incluye en esa libertad la protección de la palabra “oral”⁷. Si tomamos en cuenta que el artículo 32 de nuestra Constitución Nacional fue apropiado de la Constitución de los Estados Unidos de América del Norte, el cual prohíbe al Congreso federal dictar leyes que restrinjan la libertad de la palabra o de la prensa, y que en el informe de la comisión revisora se dijo: “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”⁸, se puede conjeturar que la palabra “hablada” u “oral” cuenta, entre nosotros, con la misma protección que la palabra “escrita”, más aún cuando tal protección concuerda con los principios fundamentales de respeto total a la personalidad humana contenidos en nuestra Ley Suprema.

Este debate ha llegado a su punto final de un modo mas que tajante: la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado su veredicto en el caso “Ponzetti de Balbin, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”⁹ donde incluye que la oralidad, el cine, la radio y la televisión se encuentran protegidos por la libertad de prensa.

Lamentablemente a la fecha del fallo, principios de la década de 1980, había mecanismos de comunicación social que en nuestro país se encontraban en pañales, como por ejemplo Internet, es por eso que años después la Corte entendió que la libertad de prensa podía ser ejercida a través de cualquier medio técnico de comunicación social¹⁰.

A esta conclusión había llegado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un opinión consultiva¹¹ al expresar que en su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota con 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.

Esta opinión consultiva es acorde a lo expresado en la Convención Americana de Derechos Humanos, que a partir del año 1994 goza de jerarquía constitucional en nuestro país, al expresar en su art 13 inc. 1 que: “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”¹².

Una vez establecido el alcance que da nuestro orden jurídico al concepto de libertad de prensa es necesario distinguir su importancia en el ámbito jurídico nacional, es así que nuestra Corte Suprema ha señalado en repetidas oportunidades que la libertad de prensa es uno de los derechos de mayor entidad tiene dentro del rango constitucional, llegando a sostener que la idea misma de una democracia encuentra su base fundamental en esta libertad y que si faltare se estaría en presencia de una democracia desmedrada o puramente nominal, pues el tiranismo se construye manipulando el pensamiento de un pueblo.

Siguiendo este hilo conductor en forma inversa encontramos que cuando un individuo es correctamente informado acerca de lo que ocurre en cuestiones que hacen a la república es cuando puede ejercer sus derechos de manera adecuada, de ahí que pueda participar en el régimen democrático.

3-Encuadre normativo

A continuación mencionaré los artículos constitucionales que hacen referencia a la libertad de prensa para tener un panorama legislativo en el que se desarrollará el presente proyecto, si bien solo estarán afectados a esta mención los que hacen a la libertad de información o prensa y también se expresa que puede llegar a establecerse una contraposición con otros artículos de igual valor constitucional su no mención se debe a que si la efectuara daría lugar a la transcripción prácticamente de toda la parte general de nuestra Constitución Nacional; esto se debe a la defensa de valores fundamentales del ser humano que ella hace, así como por ejemplo el honor, la dignidad o la integridad.

Art. 14 CN: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...”

Art. 32 CN: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

Al reformarse la Constitución Nacional en el año 1994 se hizo incorporación de una serie de pactos que pasaron a tener jerarquía constitucional, estos, ubicados en el art. 75 inc 22, también contemplan a la libertad de prensa, efectuándolo de la siguiente manera:

Art. IV Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona tiene el derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio”.

Art. 19 Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de

no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Es importante resaltar la mención que hace el precedente artículo a la libertad de investigar pues no se encontraba en la constitución, recién a través de la reforma constitucional de 1994 es que adquiere relevancia constitucional y constituye una de las herramientas fundamentales para el periodista en la actualidad. Esto implica la liberación de todas las barreras a la hora de indagar para redactar correcta y ampliamente una noticia.

Art. 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos: “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 censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar fijadas por la ley... 3. No se puede restringir el derecho a la 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.”

Como se puede observar este artículo completa la de publicar ideas por la prensa sin censura previa previsto en la Constitución Nacional, y la amplia en cuanto prevé la libertad de expresión sin determinación del medio e instrumento, y de la información. Además en su segundo inciso se puede observar que es ampliada la prohibición de censura previa para toda expresión por cualquier medio, lo que me llevó a criticar al sistema vigente de la constitución en párrafos anteriores. Las responsabilidades ulteriores deben ser fijadas expresamente por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o para la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud, o la moral pública. El tercer inciso de este artículo da formulación a un principio que parte de nuestra doctrina interpreta que viene implícitamente consagrado en la prohibición de censura previa para la prensa; aquí se extiende a cualquier forma de expresión.

4-La libertad de pensamiento

La libertad de expresión es una exteriorización de la libertad de pensamiento. En el mundo jurídico, el pensamiento (en tanto pensamiento) no aparece externamente como una libertad jurídicamente relevante ni como un derecho subjetivo: el pensamiento es incoercible y se sustrae a terceros. No puede decirse, entonces, que el hombre sea titular de un derecho de la libertad de pensamiento. Ese derecho aparecerá solamente cuando el pensamiento se exteriorice, o sea, cuando se exprese. Y en ese caso ya deberá hablarse del derecho a la libertad de expresión.

5-La existencia de la prensa

Además del reconocimiento constitucional de la libertad de prensa como un derecho subjetivo, se ha de tener presente que la constitución argentina da por supuesto que debe haber y que hay prensa. Esto se deduce de lo siguiente:

En primer lugar, porque el reconocimiento de la libertad de prensa implica que, para el ejercicio pleno y efectivo de tal derecho, debe haber prensa. En segundo lugar porque en dos oportunidades la constitución obliga a efectuar una publicación en la prensa, lo cual significa que da por cierto que “hay prensa”.

Capítulo 2

LA REAL MALICIA

SUMARIO: 1. Doctrina de la real malicia. Introducción. 2. Derecho comparado. 3. Oposición a la aplicación de la doctrina de la real malicia en el derecho argentino. 4. Otras opiniones contrarias a la utilización de la doctrina de la real malicia. 5. Evolución de la doctrina en la jurisprudencia nacional. 5.1. Caso Campillay. 5.2. Caso “Granada”: la identificación de la fuente. 5.3. Casos “Triacca” y “Costa”: la protección del honor de personalidades públicas y de los simples particulares. 5.4. Funcionarios públicos y particulares: diferencia en el grado de la culpa para la obtención de la reparación pecuniaria. 5.5. Caso “Triacca”: publicar solo lo expresado por la fuente. 5.6. Caso “Espinosa c/ Herrera de Noble”: el no respeto a la fuente. 5.7. Elementos actuales de la real malicia en la jurisprudencia argentina. 5.8. Caso “Vago c/ Ediciones de la Urraca”: clasificación y concepto de información inexacta. 5.9. Calidad de la fuente generadora. 5.10. Ámbito penal. 5.11. Veracidad. 5.12. Factor de atribución. 5.13. Carga de la prueba. 5.14. Carta de lectores. 6. Derecho a réplica. 7. Secreto profesional y la relación con la posibilidad de acceso a las fuentes de información. 7.1. Presa por no revelar las fuentes de información. 7.2. La relación con la doctrina Campillay. 8. Conclusión.

1-Doctrina de la real malicia. Introducción

La teoría de la real malicia ha surgido para que ese derecho de toda vida democrática, cual es la libertad de expresión, no pueda ser utilizado en detrimento de otros valores constitucionales, como el honor, la dignidad o la intimidad. Esta teoría propone una pauta de interpretación para que la crítica que realizan los periodistas hacia los funcionarios públicos o personalidades

públicas, en un principio, y encaminada a proteger los mencionados derechos a particulares luego, este fundada en hechos o actos que se ajusten a la realidad, desechando subjetividades lesivas. El damnificado por una noticia abusiva, lesiva o falsa encuentra a través de esta vía un medio de reparación al daño sufrido.

La real malicia nace en la jurisprudencia estadounidense a partir del caso "Sullivan vs. New York Times"¹³. Esta doctrina ha encontrado eco en nuestra Corte Suprema, sin embargo no ha sido reproducida sino que ha mutado para adaptarse a nuestro medio jurídico.

Recién en el año 1996 se observa un concepto claro y completo de esta teoría en nuestra Corte Suprema. El voto del doctor Boggiano en el caso que tuvo como protagonista al periodista Morales Solá resulta esclarecedor en el objetivo que cumple esta teoría en el derecho argentino ya que resume la evolución que sufrió la doctrina de la real malicia en nuestra doctrina y jurisprudencia¹⁴.

Si bien a continuación se hará un desarrollo acerca de las particularidades que dieron origen a su nacimiento en el país del norte, los diversos resquicios de parte de la doctrina nacional para adoptarla, el progreso que ha tenido en nuestra jurisprudencia y su posible aplicabilidad a la responsabilidad penal, creo necesario explicar la actual concepción de esta doctrina pues una primera aproximación hacia el concepto facilitará comprender su desarrollo y su alcance.

Antes de entrar de lleno en las consideraciones de la última parte del párrafo anterior es necesario relatar los hechos que dieron origen a la disputa que tuvo como protagonista al periodista Joaquín Morales Sola, de no hacerlo no se comprenderá a fondo la teoría de la real malicia.

Dante A. Giadone, suboficial retirado del Ejército, entendió que su honor había sido lesionado por Joaquín Morales Sola a través de un libro llamado "Asalto a la ilusión" (Ed. Planeta. Buenos Aires. 1990)¹⁵, mas específicamente en un párrafo de éste, relatado en la demanda, por lo que decidió promover una querrela por injurias contra el periodista.

La doctrina puede aplicarse a este caso pues su objetivo, como lo señala el doctor Boggiano en su voto¹⁶, es el de procurar un equilibrio razonable entre la función que tiene la prensa y los derechos individuales que hubieren sido afectados por comentarios lesivos dirigidos tanto a funcionarios públicos como a figuras públicas y aún a particulares, siempre que estos últimos hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o de crónica.

En el considerando 6 el mencionado doctor explica que la doctrina está orientada a la exculpación de aquellos periodistas que han sido acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios cuando estas acusaciones han tenido lugar por informaciones falsas, la carga de la prueba es puesta sobre los querellantes o demandantes teniendo que demostrar que la información vertida en el medio era falsa con conocimiento de que lo era o con imprudente y notoria despreocupación sobre su veracidad.

Es consecuencia a lo expresado que el derecho de prensa no puede llegar a amparar un agravio, la injuria, la calumnia o la difamación; no está destinado a proteger la mentira o la inexactitud, mas aún cuando nace de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información.

En resumen la prensa puede encontrar su amparo cuando se informe sobre cuestiones públicas, sus funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aunque la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, siempre y cuando aquella persona que se considere afectado por alguna noticia con semejante contenido no llegue a demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y haya obrado con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar.

De esta forma se propone encontrar una pauta de interpretación sobre el alcance y contenidos del ejercicio de la libre expresión en general, y de la libertad de prensa en particular.

2-Derecho comparado

El leading case de la doctrina estadounidense con respecto a la doctrina de la real malicia lo constituye "New York Times vs. Sullivan"¹⁷, los hechos se pueden sintetizar de la siguiente forma:

El actor, L.B. Sullivan, era uno de los tres comisionados elegidos de la ciudad de Montgomery, Estado de Alabama, y tenía entre sus funciones la supervisión de distintos departamentos públicos, incluidos los de Bomberos y Policía. El demandante alegó haber sido difamado por un anuncio pagado, publicado por el New York Times el día 2 de marzo de 1960, que se titulaba "Heed their rising voices" ("Atended a sus voces que claman" podría ser una traducción más o menos tolerable). La publicación daba cuenta de una campaña emprendida por estudiantes negros del Sur, en pro de su derecho al sufragio y a favor del líder Martin Luther King Jr. En ella aparecían los nombres de medio centenar de personas, la mayoría de las cuales tenía una relevante actuación pública, que apoyaban el movimiento.

El anuncio era firmado por el autodenominado "Comité en pro de la defensa de Martin L. King y de la lucha por la libertad del Sur" y hacía referencia, detalladamente, a ciertas movilizaciones efectuadas por jóvenes estudiantes de color, a favor de tales derechos, y del hostigamiento y acoso policial y judicial de que había sido objeto Martin Luther King.

Sullivan se sintió aludido y agraviado por la publicación por lo que consideró falsas imputaciones que se formulaban contra una institución -la Policía- de cuyo funcionamiento era responsable directo, y demandó la reparación de daños y perjuicios.

El medio de prensa fue condenado a indemnizar a Sullivan mediante el pago de 500.000 dólares. El fallo fue confirmado por la Suprema Corte del Estado de Alabama, quien ratificó una doctrina que era, hasta ese momento, pacíficamente aceptada en la jurisprudencia estadounidense: el solo hecho de difamar, de perjudicar a otro en su reputación, hacía presumir falsedad y malicia, posibilitando que se concediera una indemnización.

Este fue el primer caso en donde se ve la real malicia, no en la forma en que se conoce actualmente sino un atisbo de ella, su inicio; la corte mencionada fue evolucionando en los presupuestos para que se configure la mencionada doctrina.

En la evolución jurisprudencial se pueden citar los siguientes ejemplos: "Roseblatt vs. Baer"¹⁸, ocurrido dos años más tarde que el caso Sullivan, cuya principal diferencia consistió en que el actor era un simple supervisor de una estación pública de esquí, cargo al que no había accedido por elección. De esta forma se amplía el espectro de la corte, pues se incluyen a funcionarios o agentes públicos designados por el gobierno. Además se avanza en el contenido de la información ya que a partir de ese momento se podrá informar acerca del comportamiento del funcionario en su labor. De esta forma la opinión pública tendrá conocimiento acerca de la idoneidad del empleado gubernamental dentro de su función.

En el caso "Curtis Publishing Co. V. Butts"¹⁹ el actor no era un funcionario público pero al centrar interés público podía ser aplicada la doctrina en cuestión. Luego en el caso "Time Inc. v. Hill"²⁰ se puede vislumbrar como la doctrina de "New York Times v. Sullivan"²¹ comenzó a centrarse, de tal modo, en torno a la materia noticiable, a aquello que era de interés público, abandonando su epicentro originario, eminentemente subjetivo y edificado en derredor del funcionario público y de su "comportamiento oficial".

El final de la expansión de los presupuestos para que se pueda esbozar la doctrina aludida lo marca el caso "Gertz vs. Robert Welch Inc."²² donde se sostiene que tratándose de simples particulares (private individuals) la doctrina de la real malicia (actual malice) no era aplicable, ya que no se configuraban respecto de ellos los presupuestos indispensables tenidos en cuenta a la hora de consagrar el ámbito del privilegio constitucional de los medios.

En la causa "Time Inc. v. Firestone"²³ del año 1974 se define a la persona pública de la siguiente manera: para ser figura pública, a los fines de la aplicación de la doctrina "New York Times v. Sullivan"²⁴, era preciso participar en una controversia de carácter público, agregando que no todas las controversias que interesan al público son tales. En base a esta construcción, se consideró que un divorcio no asumía tal condición, aunque se tratara de dos

personas muy pudientes, y por ello condenó a un medio a indemnizar, por haber revelado con lujo de detalles el proceso de divorcio de una pareja, en el que inclusive calificó falsamente a la actora de adúltera.

En resumen los presupuestos que exige el estándar de la real malicia en el derecho estadounidense, creador de la mencionada doctrina, son los siguientes:

1. El standard de la real malicia (actual malice) se aplica sin discusión a quienes ostentan cargos públicos, cualquiera sea la naturaleza de los mismos o modos de acceder a ellos.

2. También se aplica a las denominadas figuras públicas (public figures), al menos cuando se trata de asuntos de interés público. Quedan comprendidas tanto aquellas figuras públicas que lo son a todos los efectos (universales), cuanto aquellas que sólo asumen tal carácter en el ámbito de la controversia de la que voluntariamente toman parte (figuras públicas limitadas). Estas últimas sólo pueden resultar alcanzadas por el standard cuando la difamación tuviera que ver con los asuntos que tienen confiados; en los demás aspectos de sus vidas, se portan como personas sin relevancia pública y como tal deberían ser tratadas.

3. Los simples ciudadanos particulares, en principio, están al margen del standard de la real malicia y tienen derecho a reclamar indemnización acreditando la falsedad y la simple negligencia del medio.

4. Para que proceda cualquier indemnización contra los medios de comunicación social, es preciso que la noticia sea falsa y que se acredite el elemento subjetivo (actual malice o negligence, según los casos), por parte del demandante.

5. Los daños punitivos sólo proceden cuando medie dolo o culpa grave del informador.

Para la doctrina argentina los funcionarios públicos y las figuras o personajes públicos afectados en su honor por noticias inexactas o agraviantes,

deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de las circunstancias; en cambio, a los particulares les basta, en principio, con acreditar una negligencia simple para que proceda la reparación²⁵.

3-Oposición a la aplicación de la doctrina de la real malicia en el derecho argentino

La corriente que mas se opone a la aplicación de la teoría de la real malicia en el ámbito argentino es la sostenida por Pizarro²⁶ que destaca que no es posible una exacta incorporación de la teoría mencionada a nuestro campo jurídico ya que es idónea para generar graves injurias y una no menos preocupante inseguridad jurídica.

En primer lugar plantea que si bien en diferentes fallos la Corte Suprema de Justicia hace mención de la doctrina en ningún caso es la opinión mayoritaria la que efectúa sino son votos minoritarios y no con la totalidad de los presupuestos que vemos en la definitiva evolución jurisprudencial de Estados Unidos.

El primer precedente en el que la doctrina de la real malicia aparece considerada con mayor detenimiento por la Corte Suprema es el caso "Costa" del año 1987²⁷. En el voto de los Ministros Belluscio y Petracchi se hizo una referencia concreta a la doctrina de la real malicia (considerandos 10 a 15), señalándose que la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América se puede observar como cuya jurisprudencia resulta de innegable valor por el modo semejante en que su Constitución y la nuestra garantizan la libertad de prensa, resaltan a su vez que se efectúa una distinción de acuerdo a la calidad del sujeto pasivo de la difamación funcionario público o ciudadano privado, confiriendo una protección más amplia a este último. A pesar de esto la doctrina finalmente no es aplicada dada la diferente relación con el gobierno entre un ministro de gobierno, como el caso extranjero, y la de un anónimo empleado de una repartición estatal, como el caso argentino.

Sostiene Pizarro²⁸ que en nuestro derecho no hay censura, pero si una responsabilidad ulterior, esa es la balanza de nuestro régimen, es decir una

ausencia de controles previos y responsabilidad ulterior del medio que publica informaciones falsas, inexactas o agraviantes.

Como se puede observar la tutela constitucional funciona antes de la publicación pero luego de ésta se deben aplicar a los medios los principios y reglas del derecho común. Una vez que la noticia tomó publicidad el damnificado goza de los remedios dados por el derecho civil, si el medio o el periodista se amparase en pautas constitucionales se estaría violando el derecho a la igualdad consagrado por el artículo de nuestra ley suprema.

La posición del doctrinario es la de desvirtuar la aplicación del la real malicia en el derecho extranjero por existir vías locales que hacen posible la reparación al agraviado. Es así que la razón fundamental que se esgrime para no aplicar la doctrina en cuestión es que en materia de responsabilidad civil derivada de publicaciones falsas, inexactas o agraviantes, las normas aplicables son las del derecho común, destinadas a reglamentar el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales de toda persona. Se trata de normas que tienen plena vigencia y que resultan de aplicación obligatoria para la solución de los conflictos. No es posible traer jurisprudencia foránea a la resolución de conflictos que tengan origen en la Argentina, pues tienen una solución en el derecho común, léase: arts. 512, 902, 1109, 1071 del Código Civil en el caso de la culpa (lo que para la mayoría de la doctrina resultaría aplicable) o el art. 1113 en el caso de la responsabilidad objetiva²⁹.

En contra de la de posición del Dr. Pizarro³⁰ se ha sostenido que no es posible aplicar la serie de artículos mencionados en el párrafo precedente, no porque estos carecerían de aplicación en cuanto a la responsabilidad civil derivado del ejercicio de la libertad prensa sino porque la cuestión se esta por encima de una mera discusión técnica, debiendo centrarse en la propia Constitución Nacional y en los valores que ella protege como prioritarios, entre los que se ubica en primer lugar a la libertad de prensa. Ubicando al ejercicio de la libertad de prensa dentro de los art. 521, 902, 1109 (en caso de la responsabilidad subjetiva) o dentro de los arts. 1107 y 1113 (si se tratare de una responsabilidad objetiva) se afectaría precisamente lo que se trata de proteger, afectando gravemente la esencia misma de la libertad de expresión.

La forma de esgrimir una refutación a lo arriba desarrollado es señalar que no existe contradicción entre las normas del derecho privado que regulan la responsabilidad civil de los medios y la Constitución Nacional. De allí que la pretendida necesidad de adaptar el sistema de daños a los medios de prensa, mediante la configuración de un tipo ultra subjetivo de responsabilidad civil, se presenta como una idea que además de inaceptable, vulnera elementales derechos y garantías constitucionales como la igualdad. Se evidencia, al mismo tiempo, una interpretación poco convincente, que sólo encuentra sustento en la voluntad de quien la formula.

Una de las razones que justificaron la irrupción de la doctrina de la real malicia en el derecho estadounidense, al menos en la formulación originaria de "New York Times v. Sullivan"³¹, se vincula con la posibilidad que tendrían los funcionarios públicos -destinatarios originales de aquélla- para auto-defenderse. Ellos dispondrían de fácil acceso a los medios para replicar las afrentas, y para suministrar su verdad de los hechos, enervando de tal modo el daño que deriva de la publicación lesiva.

Al entrar en este punto al Dr. Pizarro³² le parece que se deslizan en la aseveración expresada varios aspectos que merecen ser analizados y que hacen a la esencia misma de la doctrina. En primer lugar, es falso que a través del acceso a los medios, el sujeto agraviado por la información tenga inexorablemente la posibilidad de alcanzar una reparación del daño sufrido con motivo de una información agravante. A lo sumo podría admitirse la idoneidad de tal proceder para neutralizar los efectos dañosos futuros de la acción lesiva, total o parcialmente, según los casos. Pero de ninguna manera se borran los ya producidos. La simple "respuesta", aun la canalizada a través de los medios, no necesariamente tiene virtualidad reparadora.

Autodefensa y reparación son dos conceptos que no transitan necesariamente por carriles coincidentes. Ordinariamente, la primera no excluye a la segunda, ni esta última se reduce a aquélla.

Tanto un funcionario público cuanto un simple ciudadano "particular" gozan cualitativamente de igual derecho al honor, y merecen, por parte del ordenamiento jurídico, una tutela jurídica cualitativamente no diferenciada.

Esto no importa desconocer que el honor, como la intimidad, pueden tener en los personajes públicos un umbral cuantitativamente más circunscrito, por cuanto gran parte de los aspectos que normalmente están al margen de intromisiones de terceros pueden tener vinculación con la función que ellos cumplen y dar lugar a un interés general prevaleciente en conocer los hechos, actuando como causa de justificación que legitime el acto. Pero "si los requisitos de la causa de justificación no concurren, es imputable responsabilidad por ese acto antijurídico aunque la culpa no revista un nivel grosero"³³.

Con respecto a la relación que existe entre los funcionarios públicos y los medios de prensa el Dr. Pizarro establece que los medios tienen derecho a la libre crítica de los funcionarios por los actos propios de su función, lo que constituye un pilar básico del régimen republicano y una manifestación esencial de la libertad de prensa. Los funcionarios públicos están expuestos a la valoración pública y a la crítica de los medios, sin que por ello puedan, en principio, agravarse; pero cuando aquélla se convierte en un instrumento arbitrario para difamar o penetrar en su intimidad, no cabe otra solución que proteger al damnificado.

El punto culmine de su crítica hacia la aplicación de esta doctrina foránea lo constituye al señalar, haciendo una relación con el párrafo anterior que lo expresado anteriormente asume mayor relieve si se pondera que, a tenor de las marchas y contramarchas que ha experimentado el desarrollo de la doctrina de la real malicia en el derecho estadounidense, no siempre el afectado es un funcionario público o un político (destinatarios originarios de la doctrina de la real malicia). La aplicación de la doctrina a las figuras públicas o a simples particulares envueltos en una controversia de interés público torna todavía más preocupantes e injustas las derivaciones que arroja esta singular construcción, forjada a la medida de los intereses económicos de los medios de prensa. Adviértase que la propia determinación de quién es figura pública o qué debe entenderse por interés público puede terminar dependiendo de los propios medios de comunicación, ya que ellos pueden convertir a una persona en figura pública al erigirla en protagonista de una información inexacta o agravante que toma estado público precisamente a raíz de la publicación.

La extensa crítica que antecede parece olvidar que el derecho evoluciona de una manera constante y más rápida en esta época de

globalización. Desechar una doctrina por el hecho de ser extranjera parece un argumento poco convincente si se tiene en cuenta la relación que une a la constitución norteamericana con la nuestra.

Si se propone la utilización de los mencionados artículos del código civil para remediar situaciones como las expresadas se olvida que estos tratan sobre hechos generales y abstractos, la real malicia propone un remedio para un caso concreto.

Cierto es, e imposible negarlo, que en la escala de las fuentes del derecho está primero la ley antes que la doctrina, pero no deja de ser menos verdadero que a través de la opinión de los doctrinarios se pueden elaborar leyes que resuelvan hechos precisos y más aún cuando la jurisprudencia ha reconocido que es aplicable en nuestro ordenamiento.

4-Otras opiniones contrarias a la utilización de la doctrina de la real malicia

Morello³⁴, en principio acepta la aplicación de la doctrina de la real malicia, sustentándose en la inversión razonable de la carga de la prueba: ésta es desplazada al actor pues tiene que acreditar a través de qué hechos u omisiones el medio periodístico pecó, cayó en falta del servicio al incurrir en libelo causante del derecho a la reparación.

Rivera³⁵, en cambio la rechaza contundentemente al argumentar que carece de apoyo normativo en el Derecho Argentino, que es una teoría extraña al derecho de la responsabilidad civil argentino, pues parte de una agravación de la culpa abandonada por nuestro codificador (art. 512 y nota), porque desconoce el factor de atribución culpa, debiendo probarse exclusivamente el dolo del periodista, porque modifica el sistema probatorio, desconociendo la teoría de las cargas probatorias dinámicas, destacando además que si se produce el cambio de la jurisprudencia de la Corte Suprema admitiendo esta teoría podría derivar en la desaparición del derecho de la intimidad y de la honra en el derecho argentino.

El mismo autor nos informa que el problema que suscita la aplicación de la doctrina de la real malicia en el derecho argentino, se produce por las distintas fuentes de nuestro Derecho Constitucional (que reconoce su origen en la Constitución de Filadelfia de 1776) y nuestro Derecho Privado (de fuente romano germánica). Opina Rivera que se pretende incorporar al Derecho argentino por vía judicial un factor de atribución anómalo (vale decir la real malicia) en el sentido de ser ajeno a nuestra tradición secular en materia de responsabilidad civil.

Pizarro³⁶ es otro, como se ha visto, descalificador de la doctrina que venimos analizando. El autor citado sostiene, en una de sus críticas más destacadas, que la aplicación del standard de "The New York Times" es crear un privilegio injustificado en favor de los medios de difusión.

Además, nos informa que en los Estados Unidos, existen al lado de la doctrina en comentario, otros mecanismos, para evitar que el mentado privilegio de la prensa se produzca, como son las teorías de los daños punitivos, o del discovery period, que es una etapa prejudicial mediante la que las partes ponen documentos y demás pruebas a disposición de la contraria, produciéndose en esta etapa una investigación sobre la verdad o falsedad de la noticia y si el medio actuó con conocimiento de su falsedad o con desconsideración.

5-Evolución de la doctrina en la jurisprudencia nacional

5.1-Caso "Campillary"³⁷

La doctrina da a conocer el caso Campillary como el que introduce, de manera transversal pues no hace su mención, la doctrina de la real malicia en la Argentina. Los hechos del mencionado caso son los siguientes: un medio escrito de prensa transcribió un comunicado que emitió la policía federal, en el cual se involucra al actor en la perpetración de varios delitos relacionados con las armas, el robo y la prostitución. Este adujo que dicha información publicada en el periódico hizo, en las palabras que utiliza en la demanda, "trizas" su honor pues aparece repleto de subjetividades e inexactitudes respecto a involucrarlo con drogas, asociación ilícita dedicada al robo y armas, y argumentó que tal proceder de los diarios implicó un ejercicio imprudente de su libertad de informar.

Por su parte los periodistas responsables de la noticia contestaron la demanda argumentando que actuaron dentro de los límites objetivos y con prudencia, que se limitaron a la transcripción del comunicado y la exigencia que pide el aquo de verificar la veracidad del contenido antes de su difusión (la omisión de este punto es establecida para la configuración de la ilicitud como la causa de la atribución de responsabilidad, como se verá mas adelante) es igual a limitar la libertad de prensa. Además sostuvieron que procedieron sin intención de menoscabar al actor, pues solo publicaron lo que realmente ocurrió; también que la información proviene de una fuente jurídicamente autorizada para intervenir en los hechos que constituyen el contenido de la noticia. Con respecto a este punto el actor considera de relativa la seriedad de la fuente por entender que dicho organismo es uno de los mas desprestigiados ante la opinión pública.

Planteados los hechos que dieron lugar al caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió resolver si el derecho a la honra prevalece sobre el de la libertad de crónica o información o viceversa, esta situación se plantea porque ambos gozan de jerarquía constitucional, ambos tienen un mismo rango dentro de los derechos y garantías descriptos en nuestra Carta Magna, sin que se pueda apreciar en su articulado cuando deja de funcionar uno por sobre el otro.

Los fundamentos del fallo son los siguientes:

a) Se estableció, como primer medida, que el derecho a la libre expresión no es absoluto, hay una responsabilidad determinada por el legislador a raíz de abusos que tienen ocasión de producirse en el ejercicio de informar; y el abuso siempre se condena ya sea por la comisión de delitos penales como por actos ilícitos civiles. Por lo que es dable decir que la libertad de expresión no implica la impunidad de ésta.

b) En segundo lugar remarcó que es principio fundamental el respetar la integridad moral y el honor de las personas a la hora de informar, no se puede informar en detrimento de la integridad moral y el honor de las personas.

El fallo establece que la honra no solo se afecta por calumnias e injurias sino también por un acto culpable o el ejercicio abusivo del derecho de informar.

No solo encuentra responsabilidad en los periodistas sino que también se hace responsable a los editores no por difundir la noticia sino por hacerla suya, situación que se remediaría solo citando la fuente y atribuyendo a esta todo el contenido.

En un voto minoritario se establece que la afectación del honor puede verse también cuando se omite publicar la totalidad de la noticia pues el proceso iniciado por la autoridad policial termina con el sobreseimiento del agente, esto es de suma importancia pues marca que si se publica solo parcialmente la noticia se marcaría un daño, se estaría desviando la noticia hacia intereses propios, no solo para un provecho personal sino también para perjudicar, lo que debe ser reparado en la medida de ese perjuicio.

Es unánime y congruente en el tiempo el pensamiento de la corte, como así también en doctrina, en considerar que la prensa es responsable por sus publicaciones. Así 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, que la prensa tiene responsabilidad 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, Cód. Penal), a los elementos del daño culposo (art. 1109, Cód. Civil), o al derecho a la intimidad (art. 1071 bis, Cód. Civil)³⁸.

Siguiendo los parámetros establecidos por la Corte Suprema en el considerando 7º los medios de prensa al redactar una noticia pueden ser eximidos de responsabilidad si adoptan los siguientes criterios:

1- en el momento de dar publicidad a la información se debe indicar que su contenido pertenece a una fuente determinada, con una individualización concreta, no bastando una indicación genérica.

2- Se debe hacer caso omiso a la identidad de los implicados en la nota periodística, no solo el nombre, sino también cualquier dato que pueda hacer referencia a su individualización.

3- El tiempo de verbo utilizado debe ser potencial.

Al analizar este fallo el autor Gregorio Badeni en su libro “Libertad de prensa”³⁹ encuentra que las consecuencias de los fundamentos esgrimidos en los votos de la mayoría pueden ser peligrosas, esto es los medios de prensa son responsables por la publicación fehaciente de cualquier acto que pueda emanar de los órganos gubernamentales. Por esta razón coincide con el Dr. Fayt⁴⁰ en su voto en disidencia, en dos circunstancias: la primera en que un medio de prensa no esta obligado a comprobar la veracidad de las noticias que provengan de los órganos del poder público, y a su vez si llegan a ser inexactas tampoco, siempre y cuando, en este segundo punto, la calidad de la fuente es la que exonera la investigación sobre la veracidad de los hechos, cuando la crónica se reduce a la simple reproducción imparcial y exacta de la noticia, proporcionada para su difusión por la autoridad pública competente.

La doctrina que nace a partir del caso en análisis nos enseña que va a existir responsabilidad de los medios de prensa cuando estos publiquen una información que no es fiel a lo acontecido, pudiendo darse esta posibilidad ya sea apartándose de la realidad de los datos obtenidos o bien reproduciendo en forma exacta la información que se pudo recibir a sabiendas que esta era inexacta.

En el caso de darse este último supuesto, a opinión de la Corte, las formas de evitar responsabilidad son las mismas expresadas con anterioridad, es decir: indicación de la fuente, utilización de un verbo en forma potencial o dejar en reserva la identidad de las personas implicadas.

Todas estas pautas establecidas por la Corte, que constituyen la base fundamental de la doctrina en cuestión, son ajenas a mi punto de vista. Al solo tomar estos tres factores para evitar la responsabilidad de los periodistas se deja un margen muy amplio para que el daño sea causado, como lo demostraré a continuación.

La publicación de una noticia hace que un hecho sea conocido por un grupo de personas, este es su fin, el periódico el medio. La indicación de la fuente lo único que hace es desviar el problema, si el periodista se vale de una

fuelle para publicar un hecho y es sabedor de su inexactitud, ¿para que hacerlo? Una respuesta es que se pertenece a una corporación que tiene como fin ganar dinero y esta publicación le reputaría una ganancia, otro acercamiento pueda ser que se quiera perjudicar al protagonista, en ninguna de las dos hipótesis se puede salir indemne. El argumento de un verbo en forma potencial puede ser esgrimido en una sociedad sin prejuicios, ¿es realmente esta comunidad que formamos libre de ellos? En cuanto a la reserva de la identidad de las personas implicadas tendría que ser en forma total, es decir, sin indicación de fecha, lugar, profesión, etc., por lo que la noticia se transformaría en una anécdota prácticamente sin interés social.

Es decir que en este momento la Corte considera que la responsabilidad en este caso es objetiva prescindiendo de toda subjetividad por parte del periodista o del editor, mas adelante se podrá apreciar como se suma el elemento subjetivo, ya sea dolo o culpa, para deslindar responsabilidad.

5.2-Caso “Granada”: la identificación de la fuente⁴¹

Con el paso de los años se evidencia que una rigurosa interpretación de la doctrina nacida del caso Campillay podía tener efectos no deseables, es por eso que en los casos “Granada” y “Triacca” se intenta atenuar sus reglas.

En el primero de ellos la sentencia condenatoria impuesta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala 2, fue revocada por la Corte, los hechos se pueden resumir de la siguiente forma: se demandó por la publicación de los decretos 2049, 2069 y 2070 que fueron dictados por el Poder Ejecutivo Nacional en 1985, estos disponían el estado de sitio y la detención de diversas personas que se vinculaban con el desarrollo y ejecución de diversas actividades ilícitas, datos que surgían tanto de los considerandos de esas normas como de una conferencia de prensa que dio el Ministro del Interior a pocas horas de la emisión del despacho periodístico.

El fundamento de la condena se basa en la no individualización correcta de la fuente informativa ya que en el despacho surgido de Diarios y Noticias sólo mencionaba a una calificada fuente gubernamental, y si bien la demandada pudo probar que fue el propio Ministro del Interior quien atribuyó que las actividades delictivas fueron concretadas por las mismas personas que figuraban en el

despacho, esto nace de una conferencia de prensa que se realiza horas después de haberse conocido el despacho informativo.

A opinión de la Cámara “Diarios y Noticias” no respetó las pautas que sentó el caso predecesor, pero la Corte entendió que se estaba efectuando una interpretación irrazonable de la doctrina en cuestión, ya que se estaba desatendiendo la finalidad que la inspiraba, además de optar por un literalismo superficial que llegaba incluso a desvirtuarla. Se llega a esta conclusión pues la conferencia de prensa coincide en líneas generales con lo que momentos antes había redactado el despacho; la conferencia, además, tuvo notoria difusión pública a través de los medios de comunicación, y la alusión a que hace el despacho N° 157 de “Diarios y Noticias” de la calificada fuente gubernamental pudo, por esta razón, ser perfectamente identificada por cualquier persona que, con una mínima diligencia, haya seguido los acontecimientos que se suscitaron en los días en cuestión.

En este punto se puede apreciar un interesante desarrollo de la doctrina, pues la Corte considera que si es sincera la atribución de una noticia hacia una fuente la información ésta deja de pertenecer al medio que la divulga, con esto los lectores dejan de relacionar el medio por el cual conocen las noticias para atribuirle a la fuente generadora, esto repercute necesariamente en el sujeto que se siente difamado, pues su reclamo se dirigirá al verdadero responsable, es decir que en vez de ir contra el intermediario (cause por el cual se divulgó la noticia) reclama contra la fuente (aquella donde tiene origen la noticia) misma, resultando en última instancia beneficiado.

5.3-Casos “Triacca” y “Costa”: la protección del honor de personalidades públicas y de los simples particulares⁴²

En el caso “Triacca, Alberto Jorge c/ Diario La Razón y otros s/ daños y perjuicios” la Corte realiza una importante distinción acerca de la protección del honor de personalidades públicas y de los simples particulares, y si bien cita en el consid. 12 de la mayoría al fallo “Costa” (también resuelto por nuestra Corte Suprema) pues sigue la misma línea argumental, se señala a “Triacca” como un nuevo atenuante en la aplicación de la doctrina de la real malicia en la Argentina.

El caso "Costa"⁴³ tuvo su origen con la filmación que realizó un equipo del canal de televisión LS 84 TV Canal 11 el 4 de mayo de 1978 en las inmediaciones del local municipal ubicado en la calle Leiva 4265 de Capital Federal, en la cinta se mostraba la conversación mantenida entre Costa, Hector R. y un vendedor ambulante, acto seguido se entrevistó a este último, las preguntas de los periodistas estaban teñidas sobre las sospechas que estos tenían de lo que se acababa de filmar era la comisión del delito de cohecho por parte del vendedor ambulante. La repercusión del hecho fue inmediata en otros sectores de la prensa local, los que en su mayoría dieron por cierto la consumación del hecho delictivo como así también la sanción de cesantía a la que fue sometido el empleado municipal, sanción que tenía raíz en el cohecho, pero estas imputaciones no tenían sustento ni en la filmación del suceso ni el sumario administrativo respectivo. Restándole importancia, o directamente haciendo oídos sordos, a la declaración que tuvo lugar tanto en sede municipal como judicial que realizó el comerciante ambulante negando que se le hubiera requerido el pago de alguna suma de dinero, hecho que es reforzado en el ámbito penal donde la causa instruida por autodenuncia concluyó con un sobreseimiento definitivo del actor por la inexistencia del delito.

La sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revoca el fallo de la instancia anterior y admite 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 a la obligación accesoria de publicar la sentencia, dos de ellos interponen recursos extraordinarios que, denegados, interponen un recurso extraordinario de queja, al resolver este la Corte Suprema confirma la sentencia apelada con excepción de la condena a los codemandados a publicarla.

5.4-Funcionarios públicos y particulares: diferencia en el grado de la culpa para la obtención de la reparación pecuniaria.

Lo que se remarca del fallo⁴⁴ es la diferencia que hace en cuanto a la forma de obtener la reparación pecuniaria de los funcionarios públicos y la de los particulares, ya que los primeros cuando son involucrados en una noticia relativa

al ejercicio de sus funciones que consideran falsa o agravante deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia, citando el leading case norteamericano “New York Times vs. Sullivan”⁴⁵, mientras que los segundos les basta comprobar la “negligencia precipitada” o “simple culpa” en la propalación de una noticia de carácter difamatoria para obtener la reparación pecuniaria deseada, por lo que ante cualquier posible calumnia hacia un ciudadano cualquiera, el editor o radiodifusor en sobre aviso debe ser particularmente cauto en cerciorarse del posible fundamento verídico del suceso o acontecimiento.

Las razones de tal distinción son detalladas en el considerando 12 de la mayoría⁴⁶, razones prácticamente idénticas son esgrimidas en “Triacca”⁴⁷. En este considerando la Corte Suprema explica que las personas privadas resultan ser mas vulnerables que los funcionarios públicos ya que estos últimos tienen un mayor acceso a los medios periodísticos si desean replicar lo que consideran falsas imputaciones, además son ellos los que voluntariamente se han expuesto a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias.

A su vez, en el considerando 14, la corte realiza una nueva distinción, para ella existen diferentes grados de notoriedad dentro de la función pública dando como ejemplo que el grado de popularidad que tiene un ministro no es igual que el de un anónimo empleado de una repartición estatal circunstancialmente vinculado a un asunto público como sucede en el caso desarrollado, fundamentando esta nueva división en el mismo razonamiento que llevo a hacer la primera: el acceso que puede tener este empleado a la opinión pública es escaso, prácticamente nulo, no así el ministro, por lo que cabría otorgarle a este un mayor protección en esta esfera.

Finalmente el fallo hace hincapié en el caso madre en la jurisprudencia argentina en cuanto al suministro por parte de la prensa libre de información veraz, si bien aborda el tema mas adelante es dable una primera aproximación a este punto. La mayoría de la corte concuerda en que este suministro no implica 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 propia realidad, máxime cuando se trata de noticias con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria. Sin embargo para evitar de una mejor manera un

conflicto futuro el emisor de la noticia deberá adecuarse a los tres recaudos que nacen con la doctrina “Campillay”⁴⁸, avalados también por este fallo.

5.5-Caso “Triacca”: publicar solo lo expresado por la fuente⁴⁹

El caso “Triacca” tiene origen en la publicación por parte de “Diarios y Noticias” de un despacho que mencionaba la detención del ex diputado de la nación Norberto Imbelloni, ocurrido en la Republica del Paraguay. La detención de Imbelloni, según el comunicado, se debía a un pedido de extradición por parte de la justicia de nuestro país, la razón del pedido era la acusación de asesinato de Raúl Cuerva, quien en la época del asesinato, mayo de 1987, estaba relacionado con el dirigente sindical Alberto Jorge Triacca. El despacho también contenía diversas declaraciones que había efectuado en sede penal la viuda de la víctima con respecto a la participación de Triacca tanto en el asesinato como en el tráfico de estupefacientes, este interpuso una demanda moral a “Diarios y Noticias” por considerar que se le imputaban falsamente estos hechos.

El expediente llega a la Corte con una sentencia de cámara en la que se hacía lugar al reclamo del actor y que había sido apelado por la agencia, ésta recordó la doctrina “Campillay”⁵⁰ estableciendo que no es posible que la agencia responda civilmente pues se atribuía la información a una fuente ya que el despacho consistía en una transcripción idéntica a la declaración de la viuda prestada en sede penal y el texto en cuestión atribuía sin equivocación alguna a la señora las declaraciones que podían afectar al actor.

Se considera errónea la aplicación de esta doctrina que hace la Cámara, pues la exigencia de esta con respecto a la fuente es su fidelidad, requisito cumplido por la demandada, y no el de difundir todas las posibles repercusiones y desmentidas motivadas por aquella, como pretende la Cámara.

En ningún momento surge en alguna ramificación de la doctrina mencionada que se deban reproducir las posteriores declaraciones de Triacca respecto del asunto.

Si el demandante, en este caso Triacca, desea que se conozcan sus declaraciones o su verdad sobre el asunto tiene otro camino: el derecho a replica. Este derecho constitucional es el que debe ejercer y al que no se puede negar el medio difusor de la noticia.

Otro punto a destacar del fallo es la confirmación de la Corte con respecto a la protección del honor de las personas, establece que las personas privadas son más vulnerables que los funcionarios públicos ya que éstos se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de ser atacados por noticias difamatorias y a la vez cuentan con un mayor acceso a los medios para replicarlas.

5.6-Caso “Espinosa c/ Herrera de Noble”: el no respeto a la fente⁵¹

En el caso “Espinosa c/ Herrera de Noble” se puede observar como se unen dos de los supuestos de la doctrina que se esta analizando, el correcto uso de la citación de la fuente informativa y la utilización del verbo en forma potencial.

Un matutino publicó una noticia parcialmente basada en un cable de una agencia de noticias, no limitándose solo a transcribirla sino agregándole un título en el cual aseveraba que el actor utilizaba un arma de juguete para asaltar. En el fallo no se llega a esclarecer si se puede considerar como fuente al cable de la agencia noticiosa pero le cabe responsabilidad al matutino por el hecho de publicar en forma asertiva la comisión de un hecho delictivo sin que exista prueba alguna que permita sostener que se hubiera iniciado una causa penal por el delito. En el cable en cambio se difundió la noticia en forma potencial lo que no respetó el matutino pues lo hizo en forma asertiva.

5.7-Elementos actuales de la real malicia en la jurisprudencia argentina

Llegado a este punto es necesario precisar los elementos que deben existir para que la doctrina de la real malicia pueda ser aplicada. Para que esto

sucedá debe haber una fuente, un informador, una noticia, un afectado. Un ejemplo claro y sin matices: alguien produce una determinada expresión que resulta lesiva para un tercero y aquella es tomada por otro que la reproduce. El tercero afectado dirige su reclamo contra el divulgador de la noticia.

En cuanto a que debe considerarse como fuente la Corte Suprema de nuestro país considera que comprende a quien origina una determinada expresión humana (ya sea oral, escrita, gráfica o gestual) y también a ésta en sí misma; partiendo de los casos analizados se considera fuente a un comunicado policial, en *Campillay*⁵², y a una declaración judicial, en *Triacca*⁵³, quedando trunca la posibilidad de establecer si el cable de una agencia noticiosa puede ser equiparado a fuente, en el caso *Espinosa*.

A fines de 1996 se presenta en la Corte Suprema el caso “*Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ art. 109 y 110 del CP*”⁵⁴, el cual, si bien tiene mayor relevancia en la discusión que mantuvo la doctrina acerca de la aplicabilidad de la teoría de la real malicia en el ámbito penal, por la que desarrollaré sus hechos al momento de tratar el tema, aporta nuevos aspectos a la consideración de la fuente.

En este caso se plantea la posibilidad de la inaplicabilidad de la doctrina porque la fuente no consiste en una declaración de una persona física identificable sino por el contrario de la reproducción de una carta anónima que estaba agregada a un expediente judicial. Para resolver esta circunstancia la Corte Suprema se vale del fin que se buscó cuando estableció el requisito de la mención de la fuente para evitar que los periodistas respondan al ser demandados por noticias inexactas o falsas, consistiendo este en que el informador, cuando utilice una fuente, tiene que dejar en claro el origen de las noticias permitiendo a los lectores atribuirles no al medio a través del cual las han recibido, sino a la causa específica que las ha generado.

Diferente es la concepción norteamericana nacida a través del *leading case* “*Sullivan c/ New York Times*”⁵⁵ que en un principio solo consideraba fuente a lo emanado con el sello oficial o gubernamental y que se ha extendido a toda declaración o manifestación que aborde o incursione en materias de relevancia para la sociedad.

En los casos relatados se ha tratado al concepto de informador en sentido restringido, solo incluyendo a medios u órganos periodísticos pero es necesario expandir el concepto. El periodista cumple un rol en la sociedad, cual es el de informar, y es el mas interesado por este motivo y en aras de cubrir su patrimonio, en enrolarse dentro de la doctrina de la real malicia, pero no puede ser el único. Toda persona que llega a ser entrevistado en un programa y sus comentarios son remitidos específicamente a una fuente también encuentra un respaldo en esta teoría, afirmar lo contrario importaría otorgar una mayor protección a los periodistas sólo por la posibilidad que gozan de trabajar en los medios de comunicación.

A través de los diferentes fallos aparece inalterable el requisito de la mención específica de la fuente, de lo contrario la noticia se tomaría como del autor que la publica, no pudiéndose ampararse dentro de la doctrina de la real malicia y siendo responsable de lo que se ha expresado. Además de mencionar la fuente es preciso que se transcriba en forma sustancialmente fiel a lo manifestado por ésta, y aun mejor si es idéntica. Esta perfecta adecuación a la realidad se ha interpretado en forma diferente ya que se ha distinguido dos tipos de veracidad, tema que ha repercutido en el factor de atribución pudiendo ser este tanto objetivo como subjetivo, dependiendo del caso en cuestión.

Con respecto a la noticia he señalado que de acuerdo a la Corte Suprema debe tratarse de una reproducción exacta, debe ser fiel e idéntico a lo expresado por la fuente, no siendo necesario que en la misma se de lugar a una declaración de quien pudiese sentirse afectado. Es categórico lo afirmado en el caso "Triacca"⁵⁶ donde determina que la agencia no tiene la obligación de reproducir las posteriores declaraciones de este sobre lo que afirma la viuda de Cuervo; pero es necesario hacer una aclaración. El afectado por una noticia tiene otros canales para hacerse escuchar, cual es el derecho de respuesta que consagra el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 14, pero este derecho lo hará valer el afectado, no es obligación del medio periodístico el publicar en la misma nota lo que aquel quiera expresar sobre el punto en cuestión, mas adelante ampliaré al alcance y los términos del derecho de respuesta.

Otra característica de la noticia para que se encuentre amparada dentro de la doctrina es que esta se refiera a una materia de relevancia pública, pues son temas en donde al verse involucrado el interés social es necesario que sean

escuchadas ambas campanas, sobre todo en lo que se refiere a la conducta de los funcionarios públicos y al funcionamiento de los servicios que son prestados por el estado. Contrario sensu si la noticia carece de esta propiedad no se aplicará esta doctrina.

Distinto en el caso de la personalidad del afectado, no se exige una personalidad pública involucrada en el conflicto para que pueda aplicarse esta doctrina, lo que puede observarse en el caso "Granada"⁵⁷ donde prima facie este no gozaba de este estatus.

Se puede apreciar entonces que mientras se exige que la cuestión abordada en la noticia tenga relevancia pública no es necesario que el afectado tenga un reconocimiento público.

El ejemplo mencionado con anterioridad es valioso por la objetividad que presenta, pero la cuestión entra a ser espinosa si agregamos un poco de subjetividad, ¿cuál es la responsabilidad del sujeto reproductor de la noticia que sabedor de su falsedad igual la publica?

Para Enrique Tomas Bianchi⁵⁸ aquel sujeto que se limita a reproducir una noticia no tiene responsabilidad ni sobre su veracidad ni tampoco acerca de la existencia de una irregularidad, para este autor la misión es cumplida cuando se reproduce una noticia, sea esta verdadera o falsa, y va a ser la sociedad quien forme juicio sobre la cuestión planteada. Gregorio Badeni⁵⁹ comparte esta opinión pero solo en cuanto a las fuentes gubernamentales, estimando que es irrelevante que se conozca la presunta falsedad de los hechos difundidos siempre y cuando sea la fiel reproducción a la emisión de la fuente gubernamental, para este autor los medios de prensa no pueden publicar solo aquello en que la veracidad fue acreditada o es presumida, los medios deben publicar toda información que emane de semejante fuente, y si se da el caso que el periodista conozca o presuma la inexactitud tiene el derecho de emitir su opinión. En este último caso, opinión y juicio de valor propio, queda fuera de la doctrina nacida en el año 1986 y consiguientemente sujeto a responsabilidad, del mismo modo que si reproduce una noticia pero atribuyéndosela como propia.

5.8-Caso “Vago c/ Ediciones de la Urraca”: clasificación y concepto de información inexacta⁶⁰

El problema planteado en el párrafo anterior fue el que tuvo que resolver la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil (sala A) y luego la Corte Suprema en el caso “Vago c/ Ediciones de la Urraca”, en este tiene como cuestión central la limitación a si procede o no un resarcimiento en concepto de daño moral por la responsabilidad originada en la publicación de una noticia inexacta en la tapa del semanario “El Periodista de Buenos Aires” perteneciente a Ediciones de La Urraca SA.

El voto mayoritario en la Cámara fue expuesto por el juez Emilio Pascual quien consideró que se debía eximir al medio de prensa de responsabilidad ya que había utilizado un tiempo de verbo potencial y había individualizado la fuente, dos de los presupuestos que son necesarios para aplicar la doctrina de la real malicia en la jurisprudencia argentina, sumando un elemento decisivo, a su entender le corresponde al actor “aportar la prueba del conocimiento real que el periodista tenía o pudo tener, mediante el empleo de la diligencia que le era exigible acerca de la presunta falsedad de los hechos difundidos en el artículo y en este sentido las pruebas son inconducentes”. La conclusión de esta idea resulta esclarecedora: el periodista tenía la obligación de no publicar tales datos si hubiera tenido conocimiento sobre la inexactitud de la información emanada del gobierno, caso contrario sería responsable a igual que si hubiera obrado con negligencia en la verificación de la veracidad de la información.

El voto minoritario está a cargo del juez Polak⁶¹ para quien ese conocimiento resulta irrelevante pues bastaba con que la difusión de la noticia se presentara fiel a la fuente gubernamental por mas que se supiera o pudiera presumirse su inexactitud, esta es la opinión que comparte Gregorio Badeni⁶², en la obra señalada.

Si bien el fundamento central que utiliza la Cámara para rechazar lo pretendido por el actor consistió en considerarlo como una figura pública y la consiguiente acreditación por parte de este de que lo publicado era inexacto acerca de su persona a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación

acerca de tal circunstancia (requisito este último no satisfecho, a juicio de la Cámara, por parte del actor) y el sostenimiento por parte del actor que no debía configurarse como una persona de esta índole, vale decir pública, el fallo de la Corte Suprema, que finalmente desestima la queja presentada por el actor, arroja conclusiones sobre estos otros temas que resultan iluminadores, en algunos temas, e innovadores en otros.

En primer lugar coincide con la definición de información inexacta, esta es la que no corresponde con la realidad de los hechos, pero incorpora una clasificación sobre este tipo de información, pudiendo ser falsa o errónea. La primera será cuando “la información es engañosa, fingida o simulada, proporcionada con el fin de engañar, con dolo o mala fe, es errónea cuando es fruto de una concepción equivocada de la realidad, que induce de buena fe al error”⁶³. Estas consideraciones repercuten necesariamente en el ámbito de la responsabilidad ya que la primera tendrá como fruto la responsabilidad civil y penal según sea el bien jurídico afectado, mientras que lo segundo, la errónea, no genera responsabilidad civil por los perjuicios causados siempre y cuando se utilicen los cuidados, atención y diligencias para evitarlos. Cuando se trate de una información que el afectado encuentre agravante, sea esta inexacta o no, las figuras adecuadas para la protección a la dignidad, honor y reputación serán la calumnia y la injuria. Finalmente el fallo aclara que la responsabilidad civil esta sujeta a la ley común que establece la obligación de reparar o indemnizar el daño causado. Si las reglas configurativas de la doctrina en análisis pueden ser aplicadas en materia penal es un punto que ha sido discutido en doctrina y que abordaré mas adelante.

5.9-Calidad de la fuente generadora

La calidad de la fuente generadora de la noticia es un punto que, como señalé anteriormente, ha traído controversias en el momento de aplicar o no la doctrina de la real malicia, el fallo pone un coto a la discusión en forma tajante. Este señala que a partir del año 1983 nuestro país ha iniciado una etapa de consolidación de la república democrática, este camino conduce a la adopción, la cual señala como no dogmática, de técnicas de protección en lo referente al derecho de prensa. En este proceso se ha reconocido a las informaciones sobre cuestiones institucionales la presunción de legitimidad de lo publicado. Este pensamiento también repercute en cuanto al deber de probar que se tiene

cuando se demanda por hechos como el sucedido en el caso Vago, Antonio y a ediciones La Urraca, invirtiendo entonces la carga de la prueba.

5.10-Ámbito penal

Como señalé con anterioridad al hablar de la citación de la fuente como uno de los requisitos de la doctrina de la real malicia la doctrina mantuvo diferencias acerca de si esta teoría podía abarcar, o no, el ámbito penal. La opinión de la Corte Suprema en el caso “Acuña, Carlos Manuel Ramon s/ art. 109 y 110 del CP”⁶⁴ resulta tajante en cuanto a su aplicabilidad en la mencionada rama del derecho.

El 11 de agosto de 1988 el matutino “La Prensa” publicó una nota firmada por Carlos Manuel Acuña, titulada “Muerte del Sereno y tarea de los agentes de inteligencia”⁶⁵, Graciela Masia consideró que en la nota redactada se le imputaba falsamente la comisión de delitos de contrabando y extorsión, lo cual configuraba la comisión por parte del periodista del delito de calumnia, por lo que promovió querrela contra Carlos Manuel Acuña por infracción a los arts. 109 y 110 del Código Penal, y contra Maximo Ezequiel de Gainza, director del matutino, como autor del delito previsto en el art. 113 del Código Penal⁶⁶. La razón de la querellante de incorporar a este último es el conocimiento previo de de Gainza, dada la importancia del periodista y la consecuente ubicación de prestigio que ocupaba su columna en el matutino, de los términos de la nota y su acuerdo y voluntad de publicarla.

Yendo directamente al tema de este sub-título la Corte señaló que no es óbice para aplicar la doctrina de la real malicia la mera circunstancia de que esta haya sido desarrollada en el ámbito de demandas civiles por responsabilidad extracontractual. La doctrina que ha desarrollado la Corte no puede ser considerada solo de naturaleza civil, se la debe aplicar a cualquier tipo de proceso ya que su fin es establecer un ámbito lo suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión. Si por la invocación de una fuente y la transcripción sustancialmente fiel de la noticia emanada de ella priva de antijuricidad a la conducta, no puede haber razón por el cual el principio juegue tanto en el ámbito de la responsabilidad civil como en el penal.

5.11-Veracidad

En la evolución de la doctrina se ha empleado la palabra veracidad como elemento que debe contener la noticia pero en ninguno de los casos relatados se ha dado un sentido abstracto a este término, un sentido que permita establecer que es lo que se protege. Recién en el año 1996 se puede observar en el voto del Dr. Vázquez dado en el caso de Dora Gesualdi⁶⁷ lo que debe comprenderse por este término, a su vez realiza una distinción acerca de la veracidad de la información y el fin lícito que ésta persigue, ambos protegidos constitucionalmente.

El mencionado ministro de la Corte explica que la veracidad no puede entenderse en un sentido absoluto, sino que esto debe inferirse en cuanto a la información que haya sido obtenida con diligencia, realizando previamente un examen con datos objetivos y verificables. El sentido absoluto de la información no puede tenerse en cuenta pues esto proviene de una total coincidencia entre lo que se difundió y el evento que tomo lugar en determinado espacio y tiempo, el resultado de esto sería que ante la mínima posibilidad de publicar una información errónea el medio periodístico guardaría silencio, reafirmando este punto de vista sostiene que en una democracia debe existir el debate libre y en toda experiencia de este tipo las afirmaciones erróneas resultan inevitables.

Es decir que si bien la Constitución Nacional da un alto rango al derecho de la libertad de prensa este rango está condicionado por una eficiente búsqueda de la información que debe poder ser ratificada cuando se la somete a juicios razonables y objetivos, respaldándose en los tres elementos que nacen con la doctrina de la real malicia en argentina.

El fin que debe perseguir la información cuando sale al conocimiento público debe ser lícito, es decir que tenga por objetivo el de proporcionar al público perspectivas nuevas o desconocidas, conocimientos hasta ese momento ocultos, difundir valores democráticos o simplemente otorgar una distracción para los momentos de ocio pero nunca puede perseguir como fin el de violar otros derechos constitucionales como ser la intimidad o el honor, no puede buscar el detrimento o el ridículo, ya sea de personas públicas o particulares, y si bien la información tiene que ser acorde a datos objetivos esto tiene que medir

las consecuencias que puede generar, si en los medios de comunicación se da noticias constantes durante dos meses de una ola de secuestros ¿se puede admitir que en forma simultánea se publique las ganancias mensuales de un deportista o de una artista?

La información también debe ser acorde a lo preceptuado constitucional y legalmente, se podrá admitir que se informe sobre el consumo de droga y los males de esta sobre los organismos de las personas pero nunca que se inste a su consumo, es dable que un informe refleje las dificultades que pueden sufrir las personas con diferentes discapacidades para su desenvolvimiento en sus actividades pero no puede permitirse una burla hacia éstas.

5.12-Factor de atribución

Es innegable que esta doctrina encuentra en el factor subjetivo su base para atribuir responsabilidad al sujeto o agente causante del daño, sin embargo esto no pudo ser apreciado desde un primer momento en el caso Campillay⁶⁸ donde parecía acercarse más a una concepción objetivista.

En la evolución de la jurisprudencia se puede observar como el factor subjetivo va encontrando preeminencia hasta ser indispensable en la atribución de responsabilidad. La consagración del factor subjetivo resulta de un caso resuelto por nuestro máximo tribunal que data del año 1996.

Este comienza a través de una querrela por injurias que promueve Dante A. Giadone contra Joaquín Morales Solá⁷⁰, el primero afirma que su honor había sido lesionado en razón de que el segundo había relatado un episodio en un libro de su autoría ("Asalto a la ilusión". ED. Planeta. Buenos Aires, 1990) en el cual menoscababa su honor.

La Corte al absolver al imputado explica en el voto del doctor Boggiano⁷¹ que para que se configure la real malicia en el derecho argentino es necesario que se haya demostrado que ha existido culpa en concreto (art 512 CC), lo que se verifica ante la comprobación del actuar desaprensivo.

El actor eligió la figura de la injuria en la querrela, pero para que se configure esta, dentro del standart de la real malicia, se debe acreditar que se incurría en una conducta que, con arreglo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, tenga capacidad para lesionar la honra o el crédito ajeno.

El fallo se ocupa ampliamente en criticar lo decidido por el tribunal a quo, que condena al periodista, sobre todo en lo que respecta al dolo con lo que al parecer de este último obro Morales Sola. Al parecer del mencionado doctor lo observado por la cámara con respecto al dolo es incompatible con los principios constitucionales en materia de libertad de expresión pues prescinde de la disposición subjetiva con lo cual actúa el agente respecto de la información.

Esta parte del voto no es compartida por el doctor Petracchi⁷² pues considera que el dolo como conciencia de la falsedad de lo que se dice no pudo ser probado, es decir no se han aportado pruebas suficientes para tener configurada esa actitud subjetiva del agente.

Se puede apreciar, mas allá que haya habido una actitud dolosa o no, como el factor subjetivo encuentra preeminencia a la hora de remitirnos a utilizar la doctrina de la real malicia.

5.13-Carga de la prueba

En la introducción sobre este tema precisé que la carga de la prueba es puesta sobre los querellantes o demandantes teniendo que demostrar que la información vertida en el medio era falsa como conocimiento de que lo era o con imprudente y notoria despreocupación sobre su veracidad, es decir que se produce una traslación de la carga de probar la verdad de la que fue informada hacia estos, es el demandante o querellante quien deberá demostrar la negligencia del informador.

Si se considera solo lo expresado en el párrafo anterior se puede observar que rige para la doctrina de la real malicia la regla procesal de la inversión de la carga probatoria, pero decir esto, si bien no es incorrecto, es incompleto. Parte de la doctrina y votos de la Corte Suprema consideran que lo que realmente se produce es un agravamiento de la carga probatoria.

Este agravamiento al que se hace mención es debido a que el funcionario público necesita acreditar no sólo la inexactitud de la noticia sino también que el difusor de la información obró, y vale término, con real malicia. Cabe recordar que las personas fuera de este estatus que se consideren afectadas por noticias agraviantes solo deberán probar que el hecho ha tomado publicidad fue ajeno a la exactitud.

Lo dicho no quiere significar que el medio periodístico quede ajeno a la acción de probar, como se pudo observar en la evolución jurisprudencial de la doctrina el que ha publicado una información deberá demostrar que actuó tanto responsable como diligentemente en la obtención de la noticia. De admitir que solo el agraviado tenga que aportar pruebas al proceso nos encontraríamos con una barrera constitucional: el art 43 que protege el secreto de las fuentes de información. Pero no es solo este argumento constitucional el que nos abre la puerta para que el órgano periodístico aporte pruebas al proceso, la regla procesal de la carga dinámica de la prueba enseña que aquel que se encuentre en mejores condiciones (profesionales, técnicas y fácticas) debe aportar pruebas y quien mejor que aquel que tiene acceso a las entrevistas, conferencias, archivos y diálogos grabados para hacerlo.

Como conclusión es necesario establecer que el derecho de la libertad de prensa sólo puede ser limitado por una ley, o en todo caso el juez tendría que realizar una armónica ponderación axiológica, pues es sabido que el honor varía de acuerdo en la sociedad en que nos encontremos y, lamentable decirlo, de acuerdo al lugar en la sociedad en la que nos posicionemos.

El camino para fundar la responsabilidad sería el siguiente: si se publican noticias falsas hay dolo, imprudencia o negligencia, por lo que el daño causado no puede serlo por el ejercicio de un derecho propio y en el caso de la negligencia su origen proviene en el examen de la fuente de información salvo que esta, como en el caso, exonere de por sí, atento a su relevancia jurídica, su examen.

5.14-Carta de lectores

Ya he analizado la responsabilidad de los periodistas, editores y de los medios de comunicación en cuanto a lo expresado en sus columnas o en sus programas. He expresado la divergencia que existe en cuanto al tratamiento de su responsabilidad, tanto si aplicar la doctrina que nace en Argentina con el caso “Campillay”⁷³ como la solución enmarcada en el Código Civil en sus artículos 1109 y 1072⁷⁴. Solo falta analizar la responsabilidad que puede incumbir a un medio en cuanto a su relación con un tercero cuando interviene en su programación como en un segmento en la gráfica.

El espacio que se le da a un lector o la intervención de una persona en un programa radial o televisivo no escapa a la discusión de que doctrina aplicar, si la real malicia o la responsabilidad extracontractual subjetiva, cuando este tercero vierte expresiones que le resultan agraviantes a otro.

El debate por aplicar uno u otro camino no escapa a las diferentes corrientes que se han desarrollado con anterioridad, pero es importante comentar la solución que puede darse en cuanto a la relación que puede existir entre el tercero y el medio de comunicación o el periodista.

En el caso señalado la solución no puede alejarse de la que se da en cuanto a la fuente. Cuando un diario publica una carta abierta y no toma partido ni tampoco agrega fuerza de convicción a lo expresado, ya sea a través de títulos o comentarios, no puede comprometer la responsabilidad del conjunto que compone el medio, ya sea su editor, director o la empresa en general.

En un primer momento parte de la doctrina estaba por una solución contraria. Consideraba que porque el medio no tenía la obligación de publicar lo que llegaba a su escritorio y a la vez podía analizar el contenido de la carta podía, por motivos razonables, negarse a que tome publicidad, si lo hacia debía responder como si el tercero estuviese en sus filas.

Sin embargo con el paso del tiempo esta tesis perdió fuerza. Se tomo conciencia que de aplicarse se desalentaría a que los particulares accedan a los medios de prensa, lo que derivaría en un atentado a la libertad de expresión.

Esto no quiere decir que el medio nunca va a ser responsable.

El medio de comunicación va a responder cuando tenga un papel protagónico en el hecho, ya sea omitiendo tomar los recaudos necesarios para verificar la identidad del autor de la carta enviada o del invitado en el programa, o agregando un título destacado a la carta, estos casos importarían una participación subjetiva.

6-Derecho a réplica

El derecho a réplica puede ser definido como el “derecho a contestar, por el mismo medio, una opinión o noticia que agravia o perjudica en forma injusta, irrazonable o errónea, la reputación, algunos de los aspectos esenciales de la personalidad o alguna de las creencias fundamentales del replicante, efectuadas por medio de la prensa”⁷⁵.

Como se puede apreciar de la definición debe existir un elemento subjetivo para que proceda el derecho a replica, este es el elemento que lo va a diferenciar del derecho a la rectificación, que en varias oportunidades son asimilados, pues en este la prensa informa erróneamente sobre algún aspecto de una persona aun sin la existencia de dolo o culpa por parte del periodista, constituyendo el medio más idóneo para subsanarlo el habeas data.

En algunas definiciones se puede encontrar que el derecho a replica funciona solo contra el periódico que dio a conocer la información, concepto que no comparto pues se estaría acotando a un solo medio de comunicación dejando afuera otros como la radio, TV e incluso la Internet quienes tienen una entrada mas fuerte en el hogar y repercusión mayor en la sociedad.

El derecho a réplica tiene jerarquía constitucional a partir de 1994 donde es incorporado por el Pacto de San José de Costa Rica art. 14⁷⁶.

Este artículo incurre, en mi opinión, en un error grave al incluir solamente a los medios de difusión legalmente reglamentados pues en nuestro país existen medios, sobre todo de radio, que si bien no tienen la habilitación

para transmitir lo hacen igual y tienen un gran alcance en la población, por lo que si emitieran una opinión que merezca el derecho a replica los agraviados estarían desamparados legalmente.

Dos años antes, en 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había reconocido este derecho en el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, G. y otro”⁷⁷ donde manifiesta que no se reduce a los delitos contra el honor por lo que no debe ser confundido con la querrela por calumnias e injurias ni por la acción por indemnización por daños y perjuicios. En el fallo la Corte consagra su alcance a aquellas informaciones que afecten a la dignidad, la honra o la reputación de las personas como así también a sus más profundas convicciones, dejando de lado a las opiniones políticas, partidarias o ideológicas.

7-Secreto profesional y la relación con la posibilidad de acceso a las fuentes de información

La participación activa de los ciudadanos en un régimen democrático resulta, más que necesaria, imprescindible; esta participación sólo se puede lograr realmente si cada uno de los habitantes de un país logran acceder a lo que acontece en la vida de éste, este conocimiento se logra a través de la información que le es suministrada, no solo a través de los informes del gobierno con respecto a su actuación en sus diferentes órganos, como ser la publicación anual del presupuesto nacional que exige la ley de administración financiera , sino también a través de noticias que son suministradas por medios privados, pero dentro de los medios privados el flujo de información es de diferente índole incluyéndose temas que revisten relevancia institucional o personalidades que, por su profesión o por el carácter que reviste su función o trabajo, tienen un interés público.

El caudal de información (tómese este vocablo como noticia y no como informe obligatorio a publicar por el gobierno) es cada vez más amplio y variado, pudiendo ser suministrado solo por el estado, por los particulares o por ambos; la publicidad que se le puede dar a esa información también es sujeto a este triple orden de clasificación.

No hay actualmente una norma jurídica en nuestro país que indique una monopolización acerca de un sistema de información que provenga del estado, el mismo criterio puede observarse en cuanto a un sistema mixto. Por lo tanto esta función de transmitir la información hacia la población queda en manos privadas, y como todo ámbito privado, son éstas quienes eligen lo que quieren dar a luz, su forma, su tiempo.

Bajo este punto de vista se garantiza una independencia de los medios de prensa hacia el gobierno, sin embargo esto no invalida la relación que puede existir entre el gobierno y los medios de comunicación, o dicho de una manera que se acerque mas a la realidad, se acrecienta la rispidez entre el gobierno y los aparatos informativos, acrecentado todo cuando hablar de secreto profesional del periodista se trata.

Sin embargo, analizando desde otro punto de vista, este resguardo que tiene el periodista sobre su fuente cercena aun mas su trabajo, este secreto condiciona aun mas al periodista pues hace a su credibilidad, herramienta fundamental para que pueda seguir desempeñando su labor, además del paralelo existente entre la posibilidad de obtener de manera lícita la información y la no divulgación de su fuente.

Gregorio Badeni⁷⁸ enmarca el secreto profesional del periodista como un derecho subjetivo de naturaleza pública que integra la libertad institucional de prensa, y yéndonos hacia el desenvolvimiento de la profesión, tanto este autor como para la jurisprudencia que citare en este apartado son coincidentes al expresar que es precisamente ese secreto la mano derecha de cualquier periodista, pues solo bajo esa condición es que le son revelados para su posterior publicación; tanto en la esfera gubernamental como privada se pueden encontrar informantes, pero en su mayoría dejarían de serlo sin la condición expresa de preservarse la reserva de su identificación como fuente.

La protección de las fuentes de información es una de las formas de evitar la censura, siguiendo este razonamiento podemos decir que su tutela constitucional es la del artículo 14, sin embargo los constituyentes reformadores de 1994 creyeron acertado cuidar sus intereses de manera más específica a través del artículo 43, 3 párrafo⁷⁹.

Se ha argumentado que este secreto de las fuentes de información solo es aplicable para el caso de “habeas data”, sin embargo esta interpretación gramatical fue considerada judicialmente como demasiado rígida por lo que se aplicó esta protección a aquel periodista que ejerza el llamado periodismo de investigación⁸⁰.

Este derecho del periodista de negarse a revelar su fuente de información que abarca tanto a terceros como a su empleador y yendo también hasta las autoridades públicas o judiciales debe ser también traducido como un deber, cuando se le ha transmitido una información en forma confidencial no puede dar a conocer públicamente quien ha sido su informante.

Sentado el principio de la protección constitucional que hace la Norma fundamental a las fuentes de información es necesario averiguar si este derecho es o no absoluto. Tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan que no puede ser así, enumerando una serie de supuestos en los cuales el secreto de las fuentes de información debe ser dejado de lado.

El primero lo encontramos en el libro “Libertad de prensa”, del doctor Gregorio Badeni⁸¹. Este autor pone énfasis en primer lugar al modo de obtener una información, modo que debe ser lícito, aclarando que esta licitud abarca solo la relación entre el periodista y la fuente, no importando la vía por la cual el informante consiguió los datos, pudiéndose ahí si una obtención por vía ilícita; en segundo lugar es necesario que el periodista haya actuado como tal al obtener la información. Estas dos hipótesis se refuerzan cuando la abstención de indicar la fuente por parte del periodista proviene de una hipótesis en la cual de relevarse la información el periodista se estuviese autoincriminando, recordar en este punto la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional: “nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo”, o que corra peligro su seguridad.

En el caso resuelto por la Cámara Fed. de San Martín, Sala I, el 2 de mayo de 1996, además de especificar que la autoincriminación tiene el poder de mantener el secreto de las fuentes de información, aclara que cuando haya razones de orden público este debe ceder⁸².

En la nota al fallo, la que mas adelante ampliaré, el doctor Miguel Angel Ekmekdjian si bien concuerda con la idea expresada en el párrafo anterior opina que la expresión utilizada por su ambigüedad no es la correcta, para el autor solo hay un caso en el que debe ceder el secreto de las fuentes de información: “cuando encontrándose el periodista, ante la comisión inmediata del delito, este pudiese lesionar un derecho de jerarquía superior al de la prensa”⁸³.

Ahora bien, cuando un periodista elabora una nota recauda la mayor cantidad de datos que le es posible para que su informe sea lo mas congruente a la realidad que esta retratando, pero seguramente en el momento de la publicación éste dejará de lado situaciones, hechos o pruebas que o bien no le parecen relevantes o por estar restringido a una cierta cantidad de palabras le es imposible, en razón de ese espacio específico exigido por la editorial, colocar en la nota. Esto no obsta para que el juez, en uso de sus facultades, pueda requerir que le presenten ese material excluido, en este caso no se esta afectando el secreto profesional periodístico, el juez no esta requiriendo al profesional que informe el nombre de la persona que le suministra información, solo esta incorporando pruebas al proceso para una resolución mas acertada.

Un párrafo aparte merecen las investigaciones de las causas penales, ya se ha expuesto en el párrafo precedente la facultad del juez para que aporten pruebas al proceso, ahora ¿cuándo en un proceso penal se han agotado todas las vías posibles y no se pueda tener certeza absoluta acerca de la culpabilidad o no de la persona, puede el juez requerir al periodista que especifique el origen de la información haciendo a un lado el precepto establecido en el art. 43 de la Constitución Nacional? En esta hipótesis, ¿sigue el periodista sujeto a mantener la confidencialidad de las fuentes de información?

Para responder a este interrogante me valdré de un fallo que es citado en forma constante por la doctrina nacional, es un caso sucedido en Estados Unidos y resuelto por su Suprema Corte.

En la causa “Branzburg Vs. Hayes”⁸⁴ se puso en discusión si era constitucional que fuera citado ante un tribunal estadual el periodista Paul Branzburg para que identificase a los individuos que el mencionado había visto preparando estupefacientes, experiencia que servía para la redacción de un artículo periodístico. En un fallo dividido (cinco contra cuatro) la mayoría decidió

la no existencia del privilegio de la confidencialidad de las fuentes cuando se investigan responsabilidades penales, para ello los sujetos estaban comprendidos dentro del deber común que tiene todo ciudadano de aportar como testigo todos los datos que pudieran tener sobre el hecho investigado y que les fueran requeridos.

El quinto voto de la mayoría, efectuado por el juez Powell, estableció, o al menos ese fue su esfuerzo, un límite a esta excepción: es dable que el periodista cuestione la orden de citación en la causa, pero para que se de esto la mala fe tiene que rodear la citación en cuanto a la investigación que conducía el Gran Jurado o también si el periodista considera que se le están obligando a difundir una información que no se relaciona directamente con la investigación conducida por el Gran Jurado.

En el voto de la minoría también se aprecia que el derecho a la confidencialidad de las fuentes de información tampoco es absoluto, pero para ella cede en tres supuestos:

a) la existencia de una evidencia razonable de que el periodista posee información claramente relevante respecto de la específica y probable violación de una ley.

b) No es posible obtener la información por otros medios.

c) Debe existir un interés (que lo catalogan como urgente y predominante) con respecto a esa información.

Como se puede apreciar estos requisitos tienen que coexistir, y la falta de uno de ellos tiene la consecuencia de que la fuente de información no sea expuesta ante el juez requeriente.

La coincidencia de todos los magistrados se remarca en que una pauta general que resuelva todos los casos no es aconsejable, se debe analizar cada caso concreto.

Finalmente un requisito fundamental para llegar a violar la confidencialidad es la existencia de un interés público que lo justifique.

La jurisprudencia nacional toma como base el razonamiento estadounidense para resolver el conflicto planteado en los procesos penales en cuanto a la confidencialidad de las fuentes de información periodística, pero con importantes aportes, para establecer el punto de vista nacional me valdré de dos casos que también tuvieron relevancia social.

El primero de ellos tiene como hechos la solicitud por parte del Ministerio Público de medidas probatorias consistentes en la reconstrucción de un hecho y reconocimiento en rueda de personas que debieran realizar los periodistas Garcia, Scarazzini y Machiavelli los que se niegan a efectuarlo fundándose en el art. 43 de la Carta Magna a lo que el fiscal dio lugar por considerar que efectivamente, de realizarlo, se violaba la normativa invocada, el Ministerio Público recurre la resolución y la Cámara Federal de San Martín, Sala I, confirma lo dispuesto por el fiscal.

Lo más destacado del fallo de la Cámara es que ésta fija los límites de la confidencialidad de las fuentes de información periodística en los mismos argumentos que se vienen sosteniendo: cuando razones de orden público de relevante jerarquía lo aconsejen y cuando ello no vulnere el derecho de no autoincriminarse ni afecte los límites previstos por el art. 28 de la Constitución Nacional, pero cuando se refiere a la búsqueda de la verdad material en un proceso penal su razonamiento es aún más profundo: destaca la diferencia entre el delito cometido y el delito que se está ejecutando o que se ejecutará en el futuro, ya sea mediato o inmediato, es en este último supuesto donde la garantía constitucional del secreto de las fuentes de información preservada por el art. 43 de la norma fundamental⁸⁵ encuentra su límite, deja de ser absoluto; y si de absolutos se trata, descarta que pueda existir pues si se reconociera un alcance absoluto se terminaría por afectar en situaciones determinadas el derecho a la igualdad, creando una suerte de privilegios de unos respecto de otros.

Al analizar el fallo y la situación planteada acerca del hecho delictivo aun no consumado el doctor Victor R. Corvalan da un paso más adelante poniendo al periodista en una situación hipotética mucho más que delicada: para él no solamente deja de funcionar el amparo sino que el periodista incurre en un

delito cual es el de encubrimiento o falso testimonio en el caso de que se lo cite a declarar.

Todas estas reglas y excepciones analizadas por la Cámara constituyen reglas generales, a su parecer siempre hay que analizar el caso concreto para decidir si corresponde o no la protección de la reserva o su levantamiento.

El segundo caso se dio a conocer con el nombre del periodista involucrado, en este sucedió que el diario Financial Times publicó una nota fundada por el periodista Thomas Catan⁸⁶ en la cual este informaba que los embajadores de Estados Unidos y del Reino Unido se habían reunido el 16 de agosto del 2002 con el canciller Carlos Ruckauf expresándole el malestar que sentían por el hecho de que ciertos senadores les habían exigido “coimas” a representantes de entidades financieras extranjeras, lo que perseguían con esta maniobra era bloquear un proyecto de ley que resultaba perjudicial para los intereses de los bancos. La información era confirmada por cuatro fuentes, según el propio Catan. El juez Bonadio, encargado de investigar el pedido de coimas, solicitó a Catan que identifique las fuentes que corroboraban su artículo, ante la negativa del periodista el juez ordenó que se efectuara un listado con la totalidad de las llamadas entrantes y salientes que figuraran en los registros comprendidos entre los días 15 y 29 de agosto del año 2002 en los abonos telefónicos pertenecientes a Thomas Catan, el objeto perseguido por el juez Bonadio era poder individualizar las posibles fuentes de información del mencionado periodista. Se planteo la nulidad y apelación de la medida, declarándose la nulidad por la Cámara Nacional Criminal y Corr. Fed. ya que consideró que el juez de instrucción había incurrido en una restricción irrazonable a la libertad de expresión.

La Cámara toma como valuarte principal para declarar la nulidad de la providencia dictada por el juez en primera instancia a la “necesidad” de la medida, es decir considera que para afectar la confidencialidad de las fuentes de información la medida tiene que ser absolutamente necesaria, no existiendo otras vías posibles de investigación que puedan alcanzarse razonablemente por otros medios menos restrictivo de un derecho protegido, la opción de develar el secreto profesional es la última posible cuando se está frente a un proceso penal, además cita el caso norteamericano haciendo hincapié en la supremacía

del interés público cuando se persiguen delitos en cuanto a la confidencialidad periodística.

7.1-Presa por no revelar fuentes de información

La citación de jurisprudencia norteamericana no es caprichosa, tiene como base la gran importancia que recibe en el país del norte el periodismo, padre de la denominación “cuarto poder”. Es por eso que en el caso de defender la confidencialidad de una fuente de información los defensores esgrimirán todos los argumentos posibles, y en el caso de un juicio, los imputados aceptarán todas las consecuencias que deriven de su silencio. Ejemplo de esto es el caso de la periodista del “New York Times” Judith Miller⁸⁷.

Si bien la periodista es atacada por muchos de sus colegas que la retratan como la vocera oficial del presidente estadounidense Bush, dudando muchas veces de la validez de sus fuentes, es de hecho que sufrió una pena de 85 días de prisión (en realidad la cantidad de días obedece a que la pena a sufrir en tiempo es directamente proporcional al silencio: debía permanecer en prisión hasta revelar su fuente, una vez que recibió la autorización respectiva la divulgó y recupero su libertad) por no revelar una fuente de información en una investigación llevada a cabo por un juez en el marco de la filtración a los medios de un nombre de un integrante de la Agencia Central de Inteligencia (CIA), cabe aclarar que en el mencionado país es delito que las identidades de los integrantes de ese organismo se den a conocer públicamente.

Pero todo dato abstracto fuera de su contexto puede perjudicar un argumento, quise tomar este ejemplo para demostrar como era defendida la confidencialidad de las fuentes de información y su relación con la jurisprudencia que he citado, sin embargo no puedo dejar de lado el contexto. La fuente utilizada fue la misma en la que el gobierno se basó para iniciar el ataque a Irak, es decir aquella que aseguraba sin lugar a dudas la existencia de armas de destrucción masiva, las cuales no se han encontrado aun e incluso se sabe actualmente de su inexistencia al momento del ataque. La misma editorial del periódico donde Judith Miller desarrollaba su actividad ha declarado la deficiente información en doce artículos relacionados con los acontecimientos en Irak, diez de los cuales eran obra de Miller. Finalmente según los propios abogados de la

fuentes señalaron que el permiso de divulgar su identidad contaba con un año de antigüedad.

7.2-La relación con la doctrina de la real malicia en la jurisprudencia argentina

Es indudable la conexión que existe entre el secreto de las fuentes de información de investigación periodística que ampara el art 43 de la Constitución Nacional⁸⁸ con el primer presupuesto de la doctrina de la real malicia en la argentina, de modo de que si el periodista decide ampararse en este precepto constitucional deberá observar en su modo de relación de la noticia cualquiera de los otros recaudos para evitar responder. Es decir que si el periodista opta por no revelar su fuente de información deberá emplear, por ejemplo, un modo asertivo en la información que transmite.

De este razonamiento surge que el periodista no podrá ampararse en el art. 43 CN⁸⁹ si ha omitido cumplir con al menos uno de los tres criterios de la doctrina Campillay.

A esta conclusión llegó la Corte Suprema en el año 2001 en el caso "Bruno, Arnaldo L. c/ La Nación S.A."⁹⁰, en este la cámara modifica un fallo de primera instancia rechazando la demanda de daños y perjuicios que había deducido un ex militar por unas notas periodísticas publicadas por el diario la Nación. Según el ex militar estas notas afectaron su honor e intimidad porque lo involucraban como partícipe en el atentado a la Embajada de Israel además de divulgar aspectos de su vida privada. La Nación S.A. interpuso un recurso extraordinario en el cual sostenía que se había efectuado una mala interpretación de la doctrina Campillay para eximir de responsabilidad al medio de prensa. Al desestimarse el recurso se dedujo uno de queja, la Corte Suprema declaró que el recurso era admisible y confirmó la sentencia de primera instancia.

Entre las razones que esgrime el mas alto tribunal esta que a los efectos de preservar la confidencialidad de las fuentes de información y propalar igualmente una noticia con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria, el medio de prensa puede eximirse de cualquier responsabilidad ulterior apelando a

la reserva de la identidad de los imputados como a la utilización del modo potencial de los verbos, absteniéndose de efectuar consideraciones de tipo asertivo.

9-Conclusión

La teoría de la real malicia ha sufrido una evolución considerable en la jurisprudencia argentina, en un principio tendía a interpretarse como una responsabilidad objetiva pero luego puede observarse que sin la negligencia, ya sea precipitada o no, del periodista no encuentra respaldo ni aplicación. También se puede observar como se ha ido atenuando sus reglas a medida que se iban analizando los casos, es que al no encontrarse legislada solo la jurisprudencia ante la aparición del caso concreto es la única autorizada para determinar cuando va a ser aplicable y en que medida.

Sin embargo, y como se puede analizar con anterioridad en la posición del doctor Pizarro, cada vez que la Corte Suprema tuvo oportunidad de aplicar su contenido no lo hizo con la totalidad de los votos en concordancia, siempre hubo al menos una disidencia parcial en cuanto a su aplicación en el derecho argentino, si bien hubo varios casos de los relatados en los cuales se defendía con uñas y dientes a la libertad de prensa y siempre encontraba un límite esto sucedía por la aplicación de la teoría en cuestión sino por invasiones a la intimidad, violación del honor o simplemente porque faltaban pruebas para condenar al medio.

En ninguno de los casos analizados se pudo concluir en forma unánime en que la aplicación de la teoría de la real malicia es el camino adecuado para resolver los conflictos que esta trata, entonces no se puede decir que nuestra jurisprudencia ha adoptado tal régimen sino simplemente que tiende a hacerlo, pues si nuestra Corte Suprema de Justicia, guía para nuestros jueces, no coincide en unanimidad en acogerlo para nuestro ordenamiento jurídico no puede decirse que sea de aplicación manifiesta para nuestro ambiente judicial.

Capítulo 3

LA CENSURA

SUMARIO: 1.La censura en la libertad de imprenta o de prensa. 2.Historia de la censura. 2.1-La censura en Argentina. 3.Algunas restricciones. 4.Censura Judicial. 5.Censura material. 6.Restricciones administrativas a la libertad de prensa. 6.1-Clausura por faltas impositivas. 7.Cámara oculta. 8.Estado de sitio. 9.Análisis de las faltas impuestas por el COMFER. 10.Críticas a esta reforma. 11.Delitos de imprenta. 12.Conclusión.

1-La censura en la libertad de imprenta o de prensa

Se puede definir al poder de policía como la potestad legislativa que tiende a reglamentar los derechos individuales y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes. Esta potestad legislativa tiende a regular los derechos individuales como el cumplimiento de los deberes de los habitantes.

Lo atinente a la libertad de imprenta actualmente hállase contemplado en dos preceptos de la Constitución Nacional: a) el artículo 14, en cuyo mérito todos los habitantes de la Nación tienen el derecho de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; b) el artículo 32, en cuyo mérito “El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

En lo que respecta al art 32 su interpretación ha dado lugar a dos corrientes: la primera diagrama su posición argumentando que este artículo no impide que el Congreso legisle sobre materia de imprenta para toda la Nación,

pero por esa legislación la prensa no tiene que ser pasible de restricciones, sobre todo en materia de delitos cometidos por medio de la prensa, que serían juzgados por tribunales locales, sin perjuicio de la jurisdicción federal cuando correspondiera. La segunda corriente sostiene que el Congreso carece de poder de legislar en materia de imprenta con el alcance para toda la República, solo lo puede hacer como legislatura local, sin extensión de su imperio al territorio provincial. Esta última postura es la sostenida por la Corte Suprema de Justicia, que encuentra fundamento en las palabras del doctor Velez Sarfield al expresar: “La reforma importa decir que la imprenta debe estar sujeta a las leyes del pueblo en que se use de ella. Un abuso de la libertad de imprenta nunca puede ser un delito, diré así, nacional. El Congreso dando leyes de imprenta sujetaría el juicio a los tribunales federales, sacando el delito de su fuero natural”, la reforma a la que hace alusión es la primera que sufre nuestra carta magna en el año 1860 y, en lo que hace al tema en estudio, agregando el actual artículo 32⁹¹.

Una interpretación a contrario sensu del art 14 nos dará la prohibición de la censura en el régimen jurídico argentino, el mencionado artículo dispone que todos los habitantes tienen el derecho “de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”, como es notorio el ciudadano goza de la libertad de expresar sus ideas lo que jamás podrá estar sujeto a una censura previa.

La censura previa debe entenderse de la exigencia de cumplir determinados requisitos antes de que se efectúe la publicación de un artículo, libro, revista, e inclusive antes de la emisión de un programa de televisión o radio.

Se dispone entonces que solo una ley emitida por el Congreso puede dar lugar a la censura previa pero siempre teniendo en cuenta intereses superiores, un ejemplo lo podemos encontrar en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recordando que dicha Convención goza de rango constitucional, el mencionado artículo dispone: “estará prohibida por ley toda propaganda es 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”.

2-Historia de la censura

El primer embrión de la censura previa es atribuido a Platón quien en su obra "Las Leyes"⁹² esbozó una reglamentación para controlar y restringir la libertad de los poetas, sin embargo es en 1455 cuando comienza esta técnica a ser conocida por occidente, producto de la invención de la imprenta.

La creación de Guttemberg dio lugar a tres cambios fundamentales en cuanto a la expresión de ideas; el primero se esgrime en la rapidez y facilidad en la reproducción de libros, la impresión a máquina es de por si superior en estos aspectos a la manual; en segundo lugar es que ahora los burgueses de las ciudades podían acceder a la compra de libros, hasta ese momento solo los nobles, terratenientes y monjes tenían esta posibilidad; por último esta circulación de textos también llegó a las capas medias de la sociedad.

La consecuencia de los dos últimos puntos fue el recelo y desconfianza de los gobernantes tanto civiles como religiosos, desconfianza que se vio plasmada en una serie de medios de control represivo. La reacción de los escritores e impresores no pudo ser otra que reclamar el respeto de un derecho que consideraban inherente a su condición humana.

A pesar de esto en España la censura fue aceptada desde un principio, además de ser un derecho universalmente aceptado era considerado como un resguardo indispensable para la protección de la religión y la tranquilidad social.

Es en este país donde se da una de las primeras leyes de censura previa en el mundo, consiste en una pragmática promulgada por los reyes católicos Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, cuya fecha es el 8 de julio de 1502, ésta especifica el examen de los escritos antes de su publicación e impresión por las personas encargadas por el Estado o la iglesia de la censura, examen que es seguido de la autorización o prohibición de publicar.

Al estar ausente el rey Felipe II, en el año 1568 su hermana, la princesa Juana de Vallalodid dicta una segunda pragmática que apunta directamente a

una censura por parte de la Iglesia, prohibiendo la introducción y venta de los libros objetados por el Santo Oficio de la Inquisición.

La preocupación por parte de la Iglesia en este aspecto se puede vislumbrar por la lucha en la que se encontraba inmersa contra los herejes y judíos y su preocupación por el impacto que podía provocar en España la introducción de impresos conteniendo propaganda la dogmática de los reformistas alemanes, holandeses y suizos; a tal punto llegaba su preocupación que se puede mencionar como ejemplo que incluso se admitía la pena de muerte como castigo.

La repercusión de la censura en España tuvo su eco en todas las colonias que se encontraban en América. La disposición que mas llama la atención es una del año 1560, esta es la Real Cedula de Felipe II dirigida a los jueces y justicias de España y de América, ordenándoles que no consientan la impresión y venta de libro alguno que trate sobre materia de Indias.

Va a ser en Inglaterra donde se organiza el mayor sistema de control de la época, creando Enrique VIII un doble control sobre la producción impresa.

En primer lugar se emitían licencias, las personas que las disponían eran las únicas autorizadas tanto para imprimir como para vender libros; la primera en obtenerla fue una entidad denominada *Stationers Company* en 1557, a su vez los libros que llegaban a imprimir tenían que ser supervisados y aprobados por funcionarios reales, luego de aprobar estos requisitos la obra podía ser puesta en circulación.

En segundo lugar se constituyó un Tribunal de carácter político denominado *Star Chambers*, que tenía por objeto un control administrativo, huelga decir que sus jueces eran nombrados y removidos por el rey; la función de este tribunal era la de juzgar las transgresiones cometidas por los impresores y contaba con poderes absolutos.

En 1559 la reina Isabel I creó otro tribunal de represión de los abusos de prensa, que funcionaba como corte administrativa, *Court of Right Comission*

La ley de licencias, luego de arduas luchas entre los defensores de la libertad de expresión y los soberanos expiró en el año 1695 quedando abolida la censura previa en el Reino Unido.

De Inglaterra, el principio de la libertad de expresión pasa a las colonias de América del Norte en donde iba a ser garantizado por primera vez en el *Bill of Rights* del artículo 12 de la Constitución de Virginia de 1776.

2.1-La censura en Argentina⁹³

El primer Estatuto de la prensa argentina, en el cual además se ve la abolición de la censura previa, fue un decreto de la Junta Grande con fecha de 20 de abril de 1811, el cual fue una reproducción textual del artículo 1 del decreto dictado por las Cortes Generales de España en la isla de León el 10 de noviembre de 1811.

Al fundamentar este estatuto se expresa la facultad de publicar de la cual gozan los ciudadanos, ya sea sus pensamientos o ideas políticas, constituye tanto un freno a la arbitrariedad de los que gobiernan como también un medio de ilustrar a la nación en general siendo ésta la única senda que se puede transitar para que se conozca la verdadera opinión pública.

Acorde con su fundamento el art. 1 dispone la libertad de escribir, de imprimir y de publicar las ideas no solo de los ciudadanos que pertenezcan al estado sino también incluyendo a los ciudadanos de otros países que no tendrán que poseer licencia para realizarlo ni tampoco estarán sujetos a revisión ni aprobación anterior a la publicación, y congruentemente el art.2 disuelve los juzgados de imprenta existentes y también la censura de las obras políticas, precedentemente a su impresión. Es de resaltar la palabra "política", pues si bien estos escritos dejaban para la ley de ser censurados esto no se aplicaba para los religiosos que seguían sujetos a la restricción, como lo establecía el art. 6.

Curioso es el nombre que en un primer momento llevó el organismo encargado de asegurar la libertad de imprenta: Junta Suprema de Censura, mas tarde, el 26 de octubre de 1811, el Primer Triunvirato de Gobierno cambió su denominación a Junta Protectora de la libertad de imprenta, nombre mas

acertado para su fin. Siguiendo los fundamentos que le dieron origen funcionaba para evitar los efectos de la arbitrariedad en la calificación y graduación de los delitos de prensa. Su primer artículo sigue los lineamientos generales del estatuto mencionado, pero es su segundo artículo el que tiene más relevancia para el tema principal de este trabajo, este pone un límite al derecho de la libertad de imprenta cuando establece que su abuso es un crimen, desdoblado a quienes lo pueden denunciar: en caso de ofensa particular al ofendido y a todos los ciudadanos cuando sea comprometida la tranquilidad pública, la conservación de la religión católica o la constitución del estado.

En 1828 la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires bajo el gobierno de Manuel Dorrego dictó una ley de prensa que enumeraba los actos que se consideraban abusivos para la libertad de imprenta que se pueden clasificar en tres tipos de abusos: contra la fe del estado, contra la nación y contra el individuo. En el primer grupo se encuentra a toda empresa que ataque a la religión del estado; en el segundo a los que exciten a sedición o a trastornar el orden público o a desobedecer las leyes o las autoridades del país así como los que aparezcan obscenos, contrarios a la moral u ofensivos del decoro y de la decencia pública; en el último agrupamos a aquellos que ofendan con sátiras e invectivas al honor y reputación de algún individuo, ridiculicen su persona o publiquen defectos de su vida privada.

Estos antecedentes son los que llevan a la redacción del artículo 14 de la constitución que nace en 1853, que salvo alguno menores cambios, es el artículo que conocemos actualmente, garantizando a todos los habitantes a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa.

3-Algunas restricciones

La libertad de prensa puede ser restringida tanto por la censura previa, referido a lo intelectual, moral o ideológico, como por comportamientos o conductas que, materialmente, impidan, obstruyan o dificulten el ejercicio mismo del derecho de prensa, medidas tan graves como la propia censura y que, lo mismo que esta, háyanse vacuas de juricidad.

Ejemplos de menoscabar materialmente la libertad de prensa pueden ser: la expropiación total del papel —sin causa expropiante, porque faltaría la

utilidad pública—; las trabas puestas a la libre circulación del libro, diario o periódico; la censura postal, policial o por cualquier persona o autoridad pública; la expropiación infundada de un diario o periódico; la exigencia de una caución, fianza o depósito, a efectos de responsabilidades ulteriores; distribución oficial de las cuotas de papel; las trabas excesivas a la instalación de imprentas; el monopolio de los medios de difusión periodística; la dificultad que se ponga para llegar a las fuentes de información; la distribución oficial de las noticias; la imposición coactiva en la publicación de avisos oficiales o privados; etc. A este tipo de censura la denominaré censura material y como se trata de un tipo especial le dedicaré un sub título mas adelante.

Si bien se es libre para la publicación de sus ideas no se esta exento de las responsabilidades, como ya lo manifesté con anterioridad.

La policía de prensa es ejercida a posteriori, consecuencia ineludible de la prohibición de la censura previa, excepcionalmente puede ser a priori cuando por ejemplo se le prohíbe a una persona de indubitables malos antecedentes a que instale una imprenta.

4-Censura judicial

Desde que finalizó la última dictadura militar en 1983 tuvieron que transcurrir nueve años para que se produjera un nuevo caso de censura previa en nuestro país, al menos confirmada en segunda instancia. La salvedad a que hago mención es porque en 1987 se revoca la medida de primera instancia que había prohibido publicar en varios diarios una solicitada favorable al régimen de Videla, revocación dispuesta por los doctores Leon Aislanian y Ricardo Gil Lavedra.

La orden judicial de ejecutar la censura previa provino de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sala II, y llevó las firmas de la Jueza Marina Mariani de Vidal y Eduardo Voscós Conesa (éste en reemplazo del doctor Guillermo Quintana Terán, ausente); dicha resolución determinaba suspender toda mención o imagen de la Jueza Maria Servini de Cubria en el programa del señor Mauricio Borestein, actor conocido como Tato Bore, cuya emisión correspondía al 10 de mayo de 1992⁹⁴.

La crónica de lo acontecido es lo siguiente: la jueza Servini de Cubria dijo ampararse en el espíritu de una comunicación telefónica para presentarse, en primera instancia, ante la jueza Alicia Barbagallo, solicitando el secuestro de un tape elaborado por el programa conducido por el humorista conocido por el seudónimo "Tato Bores", mediante una acción de amparo, este tape resultaba dañoso al honor de la jueza, y además solicitando que provisionalmente se impida la emisión de esas secuencias.

Esta no era la primera vez que se sentía agraviada, en un programa anterior, pero emitido con el nombre "Tato, la leyenda continúa", el humorista había vertido conceptos que la ofendían gravemente, motivo por el cual se estuvo preparando una acción criminal de calumnias e injurias. La jueza de primera instancia desestimó esta presentación por considerar que se trataba de restringir un derecho ajeno mediante una inconstitucional censura previa, a pesar de esto, se declara incompetente para entender en la demanda de amparo, atribuyendo la competencia al fuero contencioso administrativo, Servini de Cubria recurrió entonces a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial la que decidió aplicar una medida cautelar, prohibiendo la difusión de las imágenes referidas a la actora.

La producción del programa decidió eliminar de la grabación las dos secuencias cuestionadas y, en su lugar, colocar una placa con la decisión de la Cámara.

En el fallo de la Cámara se reconoce que en limitada medida habría censura previa, pero encuentra que puede hallarse en peligro la protección de un derecho de no menor jerarquía: el honor y la fama de las personas, además se cita jurisprudencia en relación con la jerarquización de un derecho sobre otro, destacándose que ante la posibilidad de un conflicto de raigambre constitucional se ha reconocido, en determinadas ocasiones, que debe atenderse al de mayor jerarquía, quedando privilegiado el honor y la fama de las personas.

La crítica principal que se señala al fallo en análisis es que se omitió un paso esencial, cual es la verificación visual de la grabación, a partir de la cual se podría haber empezado a discutir la comisión o no del presunto delito.

En el mismo sentido fue la crítica que efectuó el por entonces Ministro de Justicia Leon Arslanian en una entrevista del diario Clarín el martes 12 de mayo de 1992, mostrando su posición al expresar en cuanto a que la posición correcta habría sido permitir la emisión y luego verificar si existía o no delito, mas adelante en la misma entrevista menciona un concepto que amén de resultar obvio en cualquier estado de derecho no por eso deja de ser menos valioso: “el honor de un juez es tan valioso como el de un político o un funcionario. No hay honores que tengan una estima mayor o menor. Son todos iguales”⁹⁵.

Consultado sobre la no visión del tape el camarista en lo federal civil y comercial, Eduardo Vocos Conesa, dijo que tanto él como su colega no habían resuelto la cuestión de fondo, si el tape de Tato Bores lesiona o no el honor de la jueza, sino que resolvieron ejecutar una medida cautelar, de carácter provisorio, originado en que la jueza había denunciado una extorsión telefónica en forma anónima, y ésta es la razón que aduce para censurar de manera preventiva: como se denuncia una extorsión no hacia falta ver el tape, y como precaución se decidió censurar.

La extorsión a la que se refiere el camarista es la que le sirve de base a la jueza para plantear su pedido: asegura que un llamado telefónico anónimo alertó que el domingo, en el programa del humorista mencionado se emitirían escenas referidas a su persona con caracteres injuriosos y difamantes.

Se plantea un recurso extraordinario, el cual es aceptado.

El análisis que prosigue se refiere a los argumentos vertidos por los miembros de la Corte Suprema, lo lamentable es que no se puede invocar como doctrina de la corte al tema principal que nos ocupa, vale decir límites a la libertad de prensa, pues es casi en su totalidad coincidente el fallo a aspectos ajenos a él, como ser la admisibilidad en cuanto a la viabilidad del recurso, además la mayoría concuerda en que la libertad de prensa en el ámbito de la radio y la televisión tienen una protección mas atenuada que la prensa escrita fundamentándose en la mayor penetración en el hogar de que gozan estos medios, estando al alcance tanto de menores como de mayores; sin embargo hay votos minoritarios que resultan de vital relevancia para este trabajo.

En cuanto a lo primero si bien la resolución de la cámara no es sentencia definitiva puede asimilarse a ella por los efectos que ésta irradia ya que las consecuencias de esta constituyen agravios que son de imposible o insuficiente reparación ulterior: el programa se basaba en la actualidad, entonces al no permitirse su emisión en el momento para el que fue programado este perdería la razón de su existencia.

La mayoría de los votos también se ve en cuanto a la arbitrariedad de la resolución recurrida por dos motivos: se dicta en base a una denuncia anónima y a la vez sin ver el tape cuestionado, convirtiendo esta resolución, a opinión específica del doctor Belluscio en este caso específico en una afirmación dogmática.

Tanto el primer argumento como el segundo sirvieron para desestimar la sentencia de la cámara y con esto hubiese bastado pero los votos se ampliaron en los conceptos de censura previa judicial, de libertad de prensa y sobre la reparación del daño sufrido y si bien no son coincidentes los puntos de vista de los magistrados se destacan conceptos que son imposibles de dejar de lado.

La censura judicial nos trae a colación un tema por demás espinoso en el actual ámbito judicial: el tiempo, ese intervalo temporal desde la denuncia de un hecho supuestamente ilícito hasta su resolución, sentencia mediante. La aplicación de una medida cautelar, como el caso en análisis, por mas inmediata que pueda ser, tiene el efecto de postergar la divulgación de la noticia mas tiempo del que ésta exige, perdiéndose en el tiempo y quedando solo como un concepto anecdótico fuera del alcance del debate público, tal vez uno de los fines principales de la noticia en sí.

Para el doctor Boggiano la censura que proviene de la vía judicial es aún mas grave de la que puede provenir de los otros órganos del estado, Ejecutivo o Legislativo, pues es el órgano judicial es que resguarda las garantías constitucionales, el que toma sus decisiones observando el respeto al derecho de defensa en juicio de los involucrados, la pregunta que sigue es crucial: ¿se puede haber guardado ese derecho de defensa cuando ni siquiera se vio el tape que violaba el honor de la jueza?, y mas importante aún: ¿cómo saber si realmente existió una ilicitud sin examinarlo?

La libertad de prensa encuentra uno de sus límites al agraviar el honor o la intimidad de las personas, pero es el juez el que sentencia esto luego de examinar los hechos y escuchar las partes en un debido proceso y la consecuencia inmediata, si es que hubo agravio, es la utilización de remedios reparatorios, pero esto es posterior a la publicación, nunca antes.

La salvedad a lo expuesto es descripta por el mismo ministro Boggiano: cuando exista certeza sobre la ilicitud, va a ser razonable en ese caso que se conceda al juez la potestad de impedir o limitar la libertad de expresión, esto ayudado por otro factor: que ese daño al honor o a la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no sea realmente posible su reparación por otros medios.

Analizando este fallo y otros casos hipotéticos el libro “Derecho a la información”, de los doctores Miguel Angel Ekmekdjian y Calagero Pizzolo (h)⁹⁶, asimila que la censura previa judicial es factible pero solo a modo excepcional y cuando se den cuatro requisitos:

- a) ellos consideran a la medida precautoria en una acción de amparo (como el caso que examine mas arriba) o en un proceso judicial teniéndose por cumplidos los requisitos procesales pertinentes.
- b) exigen una certeza, en el grado de totalidad, de la absoluta irreparación del daño provocado por la divulgación de la noticia, y excluyen que solo se agrave el daño como presupuesto para que proceda la acción.
- c) la lesión al derecho tiene que preceder a la divulgación de la noticia.
- d) finalmente la censura tiene lugar contra la publicación de noticias, quedando afuera la publicación de ideas.

Solo estos recaudos, para los mencionados autores, darían lugar a una censura previa legitimada por la constitución nacional.

5-Censura material

Ya había señalado al principio de este tema algunos ejemplos de cómo menoscabar materialmente la libertad de prensa, el último de éstos era la imposición coactiva en la publicación de avisos oficiales o privados, sin embargo lo inverso también puede resultar perjudicial, es decir cuando se elimina la publicidad oficial en los medios de comunicación pues esta, según los datos que desarrollaré mas adelante, resulta vital para su subsistencia financiera. Esto también se relaciona con lo expresado al inicio de este trabajo en cuanto a que la manipulación de los medios de comunicación constituye una herramienta fundamental para la manipulación de un pueblo.

Es necesario poner de manifiesto que los medios de comunicación son en última instancia empresas que como tales persiguen fines de lucro y este es logrado principalmente a través de la publicidad, ya sea a través de cortos publicitarios, en la TV, de avisos, en los medios gráficos, o de las comúnmente llamadas tandas en la radio. Pero lo que mas reditúa es lo que se ha denominado “pauta oficial”, es el dinero que el gobierno destina a los medios de comunicación que en palabras de Carlos Avila, uno de los dueños de America TV, en varias notas concedidas a la televisión ha expresado que sin la pauta oficial no se sobrevive.

En un ejemplo mas reciente el diario Perfil, que corresponde a la editorial que lleva el mismo nombre, se vio obligada a establecer un fideicomiso porque, según el propio matutino, el gobierno decidió retirarle el dinero destinado a su editorial. La razón de tal medida se explica en una nota publicada el 6 de agosto de 2006 en la cual detalla que lo pagado por un lector por el diario alcanza poco menos que el costo de la fabricación de cada ejemplar, faltando otros costos: editorial, transporte de los ejemplares, junto con otros rubros⁹⁷.

Los números que señala el diario resultan abrumadores: la publicidad representa el 70% del ingreso de un periódico, esto sucede en todo el mundo, no solo en argentina.

La importancia de la publicidad oficial es destacada en un informe publicado por el diario “Clarín” el 27 de septiembre de 2005⁹⁸ donde cuenta que

la ONG Poder Ciudadano acaba de realizar un relevamiento de cómo el Poder Ejecutivo Nacional invirtió en los primeros seis meses del año mencionado el presupuesto destinado a difundir la gestión de gobierno. De acuerdo con el estudio el 37% de la pauta publicitaria oficial fue a parar a los diarios y revistas nacionales y del interior. El resto de la pauta se repartió de la siguiente manera: la televisión abierta recibió el 22%; las radios AM y FM de Capital Federal y del interior, el 19%; y los canales de cable, el 12%. Muy atrás quedaron la publicidad en la vía pública, 6%; los cines 3%; Internet con solo el 1%.

El Gobierno contó para todo el 2005 con 88 millones de pesos para pautar publicidad en los medios de comunicación. Según la ONG mencionada ya en el primer trimestre se habían gastado cerca de 75 millones de pesos en publicidad, es decir el 84% del presupuesto disponible.

En el informe presentado por Poder Ciudadano⁹⁹ se detalla que el diario en que mayor publicidad oficial invirtió del Poder Ejecutivo Nacional, en los primeros seis meses de 2005, es Clarín, con un total de poco más de 7 millones de pesos. La razón de semejante monto se explica por el correlato con los niveles de circulación neta, ya que este matutino es el que mas ejemplares vende durante la semana según datos del Instituto Verificador de Circulaciones.

En ese momento del año el diario que ocupó el segundo lugar en cuanto a la distribución de la publicidad oficial fue Pagina 12 con casi 4,5 millones y en tercer lugar La Nación con 3,7 millones. Estos números llaman poderosamente la atención pues es contraria a la tirada de ambos matutinos: mientras La Nación tiene un promedio de 160.780 ejemplares de lunes a domingo y casi 260.000 los domingos, Pagina 12 tiene una tirada marcadamente inferior.

Debo recordar que el diario que estableció el fideicomiso se encuentra fuera de estos datos pues entró a la venta a mediados del 2006.

Con respecto a las radios el mayor porcentaje, a pesar de estar sexta entre las diez mas escuchadas, corresponde a Nacional (1.000.000 de pesos), entre las radios comerciales primera estuvo America (570.000 pesos), el tercer puesto lo ocupó Del Plata; el séptimo lugar fue para Mitre.

La publicidad oficial es destinada a los medios con la discrecionalidad que apetece al gobierno de turno, ninguna ley establece los porcentajes que debe recibir del presupuesto anual cada medio de comunicación. Recién en septiembre de este año se presentó en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto que regula la publicidad oficial, lamentablemente al presentarse este trabajo no pude acceder a tal proyecto y por lo tanto conocer las virtudes y defectos del mismo, pero considero que una regulación al respecto es altamente necesaria en una realidad como la descripta.

Volviendo al caso del diario Perfil, si bien este recorte sufrido por el diario hizo tambalear tanto la vida del diario afectado como la idea de prensa independiente no puede decirse que solo por esto se pierda independencia, o mejor dicho, que un periodista no se sienta en completa libertad para expresar sus opiniones. Este tipo de trabajador, como cualquier otro, responde a una empresa, a su vez esta responde a los capitales económicos que hacen a la subsistencia (cabe mencionar que lo que reporta el precio de venta solo alcanza a mantener la infraestructura del medio), entonces supongamos por un momento que el diario "x" tenga que el 60% de su pauta publicitaria habría sido vendida al consorcio empresario "Manuelita S. A." y que uno de sus productos principales sea la leche, y un estudio realizado por una universidad tiene como resultado que la leche producida por la "La Vaquita", marca que responde a "Manuelita S. A.", tiene altas propiedades toxicas para menores de 6 años, ¿es probable que el periódico "x" le de alta difusión, o al menos difusión, a esta noticia que tiene una vital importancia para la salud de los niños teniendo en consideración que si de hacerlo puede perder aquel auspiciante que le reporta el 60% de sus ganancias?

En este marco el CEO de Editorial Perfil, Jorge Fontevicchia, denunció ante la sociedad Interamericana de Prensa (SIP) que el gobierno además de discriminar a los medios con la distribución de publicidad oficial el presidente de la nación agrade a los periodistas públicamente por su nombre, incluso a las organizaciones como la SIP, se niega a conceder conferencias de prensa y presiona a los medios de comunicación de todas las formas posibles.

Específicamente en cuanto a la discriminación que siente Perfil el CEO inició hace tres meses un juicio al Estado Nacional a través de una acción de amparo por discriminación tanto con la publicidad oficial como con el acceso a las fuentes oficiales de información.

Esta no es la única persona que ha visto ciertos obstáculos puestos por el actual gobierno nacional en la publicación de noticias. En el 2003 el director de Ámbito Financiero, Julio Ramos, denunció que el gobierno discrimina a los medios de prensa, como no sucedía desde los tiempos de la dictadura, y que premia a los medios complacientes con publicidad oficial. En una entrevista a la revista Noticias con fecha del 18 de octubre del 2003 la por entonces diputada nacional Elisa Carrió sostuvo que “cuando un gobierno llama permanentemente a los periodistas, y especialmente si son periodistas jóvenes que dependen de una gran empresa o a medios de comunicación, eso genera una autocensura muy fuerte”¹⁰⁰.

El Grupo América tuvo similares consecuencias en el último bimestre del año pasado. Según se publicó en el diario El Cronista un grupo de periodistas que trabajan para este medio denunció que la empresa Wall Street, dirigida por Ignacio Albistur (hijo del Secretario de Medios de Comunicación), logró quedarse con la explotación comercial de las carteleras publicitarias en la ciudad de Mendoza mediante presiones oficiales y decenas de llamadas de Enrique Albistur. A partir de esta nota la Secretaría de Medios de Comunicación dejó de cursar publicidad al Grupo América¹⁰¹.

Ante esta decisión el grupo publicó un comunicado en el cual establecía que a partir de ese momento rechazaba todos los avisos publicitarios cursados por el Estado nacional a través del funcionario.

El recorte de la publicidad oficial fue denunciado por América como método de coacción destinado a evitar que los periodistas que trabajan para el grupo informen acerca del controvertido manejo del poder que tiene el Secretario a favor de millonarios negocios que pretende obtener para las empresas de su familia.

El 14 de noviembre de 2006 la ADC (Asociación por los Derechos Civiles) presentó un documento denominado “Principios Básicos para la Regulación de la Pauta Oficial”. La intención de este documento es establecer una serie de principios sobre los cuales debería basarse una regulación de la pauta del Estado que garantice la transparencia, evite la sospecha de los

favoritismos políticos y permita el control de los fondos públicos destinados a publicidad.

Estas pautas consideraban en primer lugar que al elaborarse la ley esta debería dejar en claro cual es el propósito de la publicidad oficial, considerando que cuando el Estado realiza un aviso se debe tener en mira la comunicación de actos de gobierno y de cuestiones de interés público que sean relevantes para los habitantes del país. Cuando se realice una publicidad oficial esta no tiene que destacar los logros de gestión ni estar al servicio del gobierno o partido en el poder, porque de este modo se trataría de propaganda encubierta.

En el destino que se fije a este tipo de publicidad es fundamental que el Estado tome en cuenta la audiencia a la que quiere impactar, no solo se trata de privilegiar en cuanto al criterio de mayor tiraje o de mayor audiencia, sino de relacionarlo con el objetivo que se ha propuesto. Si se propone realizar una campaña donde se muestre los peligros de la droga esta debe concentrarse en el público adolescente, por lo que los canales de música probablemente resulten beneficiados.

Es necesario que este tipo de publicidad encubra un subsidio para mantener económicamente un medio de comunicación.

Una segunda pauta a tener en cuenta es la de transparencia. Cuando se otorguen fondos tiene que ser a través de mecanismos que promuevan la transparencia y además tiene que ser sencillo el acceso de esta información por parte del público. Tanto los contratos, los procesos de contratación, los presupuestos como el monto debe ser publicado.

En cuanto a la persona que designe los fondos no puede radicar su nombramiento en el secretario de medios, como sucede actualmente, sino que debe ser otorgado por organismos independientes del gobierno, mediante mecanismos muy claros y que garanticen su transparencia.

Finalmente el documento aboga por la necesidad de contar con un control externo adecuado. Este organismo tendría la función de controlar los mecanismos utilizados para asignar la publicidad oficial y los gastos totales en tal

concepto, evaluar los objetivos, la necesidad y la oportunidad de las campañas publicitarias y la eficiencia en el manejo de los fondos públicos.

En cuanto a la integración de este organismo propone una integración de diferentes sectores como cámaras profesionales, ONGs, universidades, entidades gubernamentales como la defensoría del pueblo, etc.

En el acto de presentación se realizó una mesa redonda, en la que el tema a destacar fue la relación entre la publicidad oficial y la libertad de expresión, con la participación de personalidades políticas y periodísticas, los miembros fueron: Ricardo Gil Lavedra (ex ministro de Justicia de la Nación), Alfredo Leuco (periodista), Guillermo Mastrini (director de la carrera de Ciencias de la Comunicación de la Universidad de Buenos Aires), Norma Morandini (periodista y diputada de la Nación), María O'Donnell (periodista) y Roberto Saba (director ejecutivo de la ADC). Entre el público presente, se encontraban periodistas –de Buenos Aires y del interior del país-, legisladores, abogados expertos en la materia, profesores universitarios y representantes de organizaciones no gubernamentales.

En uno de los tramos del debate se manifestó que cuando el medio pasa a depender de la publicidad oficial éste deja de ser independiente, por lo que deja de ser periodismo. Además aportó un vital mecanismo de cómo descubrir cuando la censura indirecta se ejerce a través de la publicidad, va a ser censura cuando la publicidad afecte los contenidos de la comunicación y esta conlleve a distorsionar el mercado de ideas.

En lo atinente a este tipo de censura se pudo ver como el concepto ha mutado con el transcurso del tiempo, pues se señala que actualmente este mecanismo adquiere dos formas. Una primera situación se da cuando el gobierno retira o se niega a colocar publicidad estatal en los medios que expresan contenidos críticos, para sancionarlos. Un caso muy claro de esta modalidad tuvo lugar a fines de 2002 cuando el Poder Ejecutivo de la provincia de Neuquén retiró casi toda la publicidad oficial del diario Río Negro, en respuesta a la cobertura que el diario había hecho de un escándalo por sobornos que indirectamente implicaba al gobernador de la provincia. El diario demandó al gobierno neuquino y el caso se encuentra pendiente de resolución ante la Corte Suprema de Justicia. La segunda situación se produce frente a la asignación

selectiva de pauta publicitaria en los medios de comunicación que se muestran “amigables”.

Como se puede apreciar a lo largo del desarrollo de este tema es que no solo ha evolucionado la forma de realizar una censura sino que también podemos encontrar una nueva clase dentro de esta que parte de la doctrina ha denominado “censura sutil”, con sus dos derivaciones arriba señaladas, y a la cual en este trabajo se titulo como censura material.

La conclusión a la que se puede arribar es que en la medida en que se logre una ley en la cual se establezcan cuales son los criterios y las formas de adjudicación y a la vez existan procedimientos que garanticen una transparencia en su utilización y que todo esto sea controlado por un organismo exterior en la misma medida se reducirán los malestares de los medios y periodistas por la forma de la utilización de la publicidad oficial.

6-Restricciones administrativas a la libertad de prensa

Gregorio Badeni en su libro “Libertad de prensa”¹⁰² señala que una de las trabas que recibe el periodismo en su ejercicio es que se les exijan a las personas que lo practican autorizaciones administrativas, títulos habilitantes y, el destacado en este caso, la colegislación obligatoria. Estos mecanismos resultan idóneos para cercenar el ejercicio a ciertas personas del periodismo, pues equivale a un requisito previo para poder publicar ideas, opiniones o noticias lo que va en contra de lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con respecto a la colegislación obligatoria de los periodistas nuestro país, acorde con el tratado internacional que goza de jerarquía nacional arriba mencionado, no exige a los periodistas que pertenezcan a un colegio que los agrupe. Sin embargo considero importante destacar la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este tema.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIHD) se expidió a pedido del gobierno de Costa Rica en el año 1985 en una opinión consultiva sobre la interpretación de los arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos en relación con la colegislación obligatoria de los periodistas¹⁰³.

En esta opinión consultiva la CIHD en forma unánime considera que la colegislación obligatoria de periodistas es incompatible con el art 13 descrito siempre y cuando se impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información.

Es decir que la CIDH al interpretar el Pacto de San José de Costa Rica considera que este no impide que los periodistas tengan un colegio profesional, pero esto no tiene que ser un requisito para expresar opiniones o ideas en los medios de comunicación.

En su declaración el juez Maximo Cisneros considera que la profesión del periodista por la actividad que ejerce a través de los medios de difusión social, con el enorme poder que ello significa como factor determinante en el formación de la opinión pública, debe tener un colegio profesional, pues este es el encargado de vigilar la ética profesional de sus asociados.

Otra de las razones esgrimidas por el juez es que a través de este órgano se van a evaluar los excesos que puedan llegar a cometer los periodistas en su ejercicio, cuanto más repercusión consigue un periodista mas repercuten sus palabras dentro de la comunidad y por lo tanto mas puede verse afectado el honor de una persona en el caso de que el periodista haga abuso de su posición.

El instituir un colegio de esta índole ayudaría a establecer las responsabilidades de los periodistas pero es necesario remarcar que tienen que ser ulteriores a la publicación de la noticia, nunca puede consistir en una restricción anterior ya que violaría marcadamente lo dispuesto no solo por la Convención Americana sino también, en el ámbito nacional, por la Constitución Nacional.

Una de las funciones que tiene un colegio profesional es la de emitir licencias o autorizaciones para poder ejercer la profesión de manera legítima, es

decir que solo poseyendo una licencia habilitante una persona puede difundir sus ideas u opinión en un medio. Pero esta función no puede ser desempeñada en este caso, pues se estaría estableciendo un requisito para publicar una noticia en cualquier medio, lo que se encuentra prohibido por el anteriormente mencionado art. 13.3 de la Convención.

Mas allá de las inconveniencias expresadas la idea de un colegio de periodistas no puede ser descartada de plano. Se ha demostrado a lo largo de la historia que las voces son mas y mejor escuchadas cuando hablan en forma conjunta.

Sin embargo para que funcione un órgano de esta índole será necesario eliminar los defectos mencionados, es decir: no puede limitarse solo a los que estén asociados la publicación de noticias o la evaluación de la noticia antes de su publicación, su función con respecto a los asociados se tendría que limitar a una evaluación ética acerca del ejercicio de la profesión, esto de mas decirlo, sin la influencia externa ya sea del gobierno o de los medios empresariales de comunicación.

6.1-Clausura por faltas impositivas

Como ya expresé con anterioridad en la actualidad es prácticamente inescindible a la prensa el concepto de empresa, los medios de comunicación son verdaderas empresas comerciales que tienen como fin el de generar ganancias, puede ser que no como fin último pero si como medio, sin un adecuado flujo de fondos el medio de comunicación deja de existir.

Desde este punto de vista la libertad de prensa puede verse afectado cuando se ataca a la empresa, es decir que este ataque que recibe la sociedad comercial encuentra eco devastador en la actividad que lleva a cabo, que en este caso se encuentra amparado por el art 14 de la Constitución Nacional.

Ejemplo de lo mencionado lo podemos encontrar en los autos caratulados "S.A. La Nación s/ infracción a la ley 11683"¹⁰⁴, donde la Dirección General Impositiva impuso a la S.A. La Nación la sanción de clausura en virtud del art 44 inc. 1 de la ley 11683, por lo que se apela dicha decisión en el Juzgado

Nacional en lo Penal Económico N° 6 quien revocó la resolución, la DGI interpuso recurso extraordinario que fue concedido.

En el decreto que ordenó la clausura la DGI consideró la importancia de la función periodística en la libre difusión de mensajes, informaciones e ideas por medio de la prensa, es por esto que no ordeno la clausura total de la empresa y solo se ocupó de los sectores de los inmuebles afectados en los que se desarrolle la actividad comercial respecto de lo que se comprobaran las infracciones que dieron origen a la imposición de la pena, de este modo el organismo estatal aseguraba que la libertad de prensa se encontraba protegido.

Sin embargo la clausura impuesta abarcaba las oficinas de venta de avisos clasificados, notables y de remate, y de venta de ejemplares. Es decir el sustento económico que hace a la vida del periódico, su base para su subsistencia.

Este es el punto principal del fallo que analiza la Corte Suprema pues todas estas oficinas tienen una directa influencia en la posibilidad de la publicación del diario, de privarse durante 3 días de los ingresos que estas generan la difusión de ideas se convertiría en un objetivo de cumplimiento ilusorio.

El voto mayoritario de la Corte Suprema advierte la directa influencia que tiene la actividad comercial de la empresa periodística en la publicación del diario pues aquella afecta de manera sustancial y necesaria su base económica de sustentación. Esta posibilidad cierta de que la sanción por una infracción formal influya sobre la publicación del periódico importa una innecesaria e irrazonable restricción del derecho de la sociedad a la información y del derecho individual de información mediante la emisión y expresión del permanente.

Coincidentemente con esta postura el voto minoritario sostiene que la misión de la Corte es remover cualquier obstáculo que pueda presentarse a la libertad de prensa y en consecuencia a esto, la sanción de clausurar una empresa periodística por infracciones formales constituye un escollo que hay que eliminar para un buen ejercicio del derecho de la libertad de prensa. Además los medios de comunicación que se desarrollan en el ámbito privado lo hacen movidos por un interés social y la actividad que ejercen está dirigido al bien de

todos y cada uno de los miembros de la comunidad, de allí que hay que efectuar un exhaustivo examen de razonabilidad para analizar cuales son las medidas que puedan llegar a limitar el espacio de libertad de prensa que todo sistema democrático necesita.

Pero tener en cuenta este razonamiento no puede significar que la prensa, específicamente la empresa en la que se desarrolla, no encuentre sanción ante una infracción tributaria, si es un establecimiento comercial debe hacer frente a las cargas económicas que graban su actividad como tal, la clausura temporal, y mucho menos la definitiva, no es el único camino para sancionar al infractor, si la ley establece una pena de clausura y a la vez de multa parecería adecuado que en este caso se eleve el mínimo de la multa a una suma considerable para adecuar la clausura a la multa.

7-Cámara oculta

El siglo XX es un símbolo del avance tecnológico, no en una sino en diferentes áreas, contribuyendo a la satisfacción de diferentes necesidades del ser humano que van desde el ámbito personal hasta el laboral; el periodismo no ha sido ajeno a este avance. Es así que a la labor periodística, que en un primer momento solo contaba con el papel y el lápiz, se fueron incorporando los grabadores, las cámaras, las computadoras, etc. Pero no es solo la cantidad de los medios en que una información puede recavarse sino también la forma del aparato utilizado el que ha sufrido adelantos, muchas veces para la comodidad del propio periodista y otras tantas para la consecución misma de la noticia.

Es en este punto donde el llamado periodismo de investigación encuentra un rol preponderante, ya que una de sus herramientas mas utilizadas en los últimos años son los grabadores en miniatura, y la mas explotada en la actualidad, tal vez por el alcance mediático que puede lograr, la cámara en miniatura. Este instrumento disfrazado y oculto, evitando su visualización al ojo no acostumbrado, permite al periodista acumular directamente información de la persona que realiza la actividad evitando la utilización de una fuente indirecta. Ahora, ¿en que medida es afectada la intimidad de una persona que es filmada sin saberlo? ¿Puede ser incorporada la filmación como medio de prueba en el supuesto caso de una investigación judicial?

En el caso resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal, sala 4º, que tuvo como partes a Peyru, Daniel O. y otros se planteó sobre la validez probatoria de la filmación encubierta realizada por quien pudiera resultar víctima de un hecho ilícito, lo que se resolvió en forma afirmativa¹⁰⁵. En primer lugar se sostiene que las grabaciones son pruebas documentales, además el fin que persigue es dar sustento al ilícito que se denuncia, esta prueba no es acercada al proceso por terceros sino por la propia víctima, el video es admitido independientemente de su valor probatorio.

La Cámara avala su posición citando el fallo que tuvo como parte a Goldman, Néstor y resuelto por la Cámara Nacional Crim. y Correc., sala 7º con fecha del 20/09/2005¹⁰⁶. Goldman recibió en su consultorio médico a una persona que manifestaba tener determinadas dolencias y le recetó unas sustancias que luego una investigación demostró que eran nocivas para la salud, la persona en realidad realizaba una investigación para el programa “Telenoche Investiga” y llevaba una cámara oculta. La defensa de Goldman planteó la invalidez de las grabaciones y filmaciones como medios de prueba en el proceso principalmente porque afectaba la intimidad de su cliente. En primera instancia no se hace lugar a su pedido y apelación mediante es la Cámara mencionada quien resuelve.

El fallo abarca varios aspectos de las vicisitudes que puede sufrir la presentación de filmaciones como prueba documental en el proceso y, por supuesto, la afectación de la intimidad del médico al efectuarse la grabación. Se decide, en primer lugar, que no puede haber violación a la intimidad pues es el propio Goldman quien admite al periodista dentro de su ambiente laboral para luego mantener una conversación con él.

En cuanto a las grabaciones propiamente dichas estas se encuentran dentro del marco de las pruebas documentales, ya que es una documentación efectuada en un soporte audiovisual de un hecho acontecido, además es loable que los particulares utilicen medios técnicos a su alcance para fundamentar lo que se denuncia ante la autoridad pública, mediante la utilización de un videocasete es beneficiado el testimonio presentado pues la memoria encuentra un respaldo, los recuerdos pueden fallar en determinadas oportunidades por lo que es factible que se pueda respaldar con medios técnicos. Cabe recordar que es un principio del derecho procesal penal que en un proceso de este tipo se

tienen que agotar todas las vías posibles para la búsqueda de la verdad, fin último de su realización.

La defensa también cuestiona que el material presentado ha sufrido compaginaciones, no siendo presentado el material “en crudo”, es decir la totalidad de la entrevista, lo que puede ser tomado como una manipulación de lo acontecido, argumento que no puede encontrar demasiado respaldo pues otro principio procesal enseña que es el juez quien debe valorar la veracidad del contenido siguiendo las reglas de la sana crítica, pudiendo encontrar tanto defectos como virtudes, nada impide además que el magistrado opte por decretar que se exhiba la totalidad de la cinta incluyéndose esta en el proceso. Además de la utilización de la cámara oculta se desprende que la persona solo registró lo que aconteció en el consultorio, por lo que la Cámara deduce que en ningún momento se influyó en la conducta del médico.

En cuanto al deber de confidencialidad que debe existir entre médico y paciente éste solo atañe al primero, la obligación corresponde al profesional, no se encuentra impedimento para que el paciente haga público tanto su identidad como el motivo de la consulta.

Como se pudo apreciar en los casos expuestos se convalidó, e incluso se defendió, la utilización de la cámara oculta en los procesos descritos, sin embargo es necesario remarcar un aspecto en el que he hecho hincapié en otros aspectos de este trabajo y es el aspecto social. En los dos casos mencionados la prueba suministrada finalmente se consideró lícita, pero el interrogante que debe plantearse es cuanto tiempo paso desde ocurrido el hecho hasta su sentencia y la respuesta tiene una relación directa con la condena social que recibió el protagonista de la noticia desde la emisión del video hasta su condena judicial definitiva, ¿y si hubiese resultado absuelto?

Basta mirar cualquier encuesta para encontrarnos con un dato que resulta alarmante y preocupante a la vez, la credibilidad de la que gozan los medios es mucho mayor al de la justicia. Encuestas que son ayudadas por las incesantes noticias de la corrupción en el sistema judicial, su lentitud y otros tantos defectos pero que jamás muestran el arrebatamiento de causas en los juzgados, la correcta aplicación de las reglas procesales o el buen desempeño de otros jueces, claro que esto no es noticia, no interesa, sabido es que el

morbo, lo indebido, lo oscuro de la conducta humana es mayor generador de audiencia y por lo tanto de ganancias.

El medio periodístico es una empresa que procura generar ganancias y encuentra que mostrando, por mencionar un caso hipotético, a un funcionario público en una conversación con un supuesto empresario en la cual el primero advierte que si le es entregado determinada cantidad de dinero la licitación de una obra será favorable al segundo se podrán sumar puntos de raiting y consecuentemente aumentar las (tarifas) de las publicidades. De esta forma el fin principal del medio esta cumplido, si la noticia tuvo una repercusión mayor de lo esperado se efectuará un seguimiento de su avance en el área judicial, pero aun tampoco es ese caso se explicará al televidente la existencia de plazos procesales, el indubio pro reo, la diferencia entre la culpa y dolo, ni mucho menos el principio de inocencia, el derecho de defensa o la insuficiencia probatoria, posiblemente se haga mención pero difícilmente se explicará el valor y el peso que tiene cada uno de estos principios.

A la TV como empresa la ley que más le importará es la del mercado, la oferta y demanda, cuanto más repercusión y efecto social tenga una noticia más ganancias genera y cuando se emite una condena solo importará que tenga relación con la ganancia que pueda generar, sea absolutoria o condenatoria.

Por supuesto que todo medio tiene su ideología y es fiel a esta pero también tiene que ser acorde a un punto de vista social lo suficientemente grande como para aportar dividendos a la hora de cerrar los libros, lo contrario, huelga decirlo, daría paso a su extinción.

Sin embargo sería obtuso desconocer la ayuda de los medios en algunas causas judiciales a la intervención de estos para la apertura de otras. No es posible dejar de apreciar la labor de los periodistas para que los particulares sean escuchados cuando ven que la justicia es lenta o no da cabida a sus reclamos. Cuando relaté el caso que dio pie a este punto se pudo apreciar como la función de la cámara oculta ayuda a los magistrados de turno a resolver la causa planteada, mas la cuestión debe centrar en la admisibilidad o no de este medio en el proceso. Como se pudo apreciar no solo se admitió la grabación sino que puede ser de gran importancia para la futura resolución de la causa, tengo que recordar que el fallo solo resuelve la admisibilidad de la cámara oculta

al proceso, no la inocencia o culpabilidad del sujeto que es protagonista del video en cuanto a su accionar.

Parte de la doctrina se encuentra en desacuerdo con la utilización de este instrumento en cuanto a su admisibilidad en los procesos judiciales valiéndose de dos argumentos, una objetiva y otra subjetiva.

El primero encuentra respaldo en los artículos 18 de la Constitución Nacional el 150 del Código Penal.

El art. 18 de la Constitución Nacional habla de la inviolabilidad del domicilio, mientras que el segundo establece: “..... el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad presunta o expresa de quien tenga derecho a excluirlo”.

La violación de domicilio ocurre cuando se penetra en el mismo, no importando como se lleve a cabo, ya sea a través de la violencia, la clandestinidad o, que es lo que interesa en esta oportunidad, el engaño. Para que funcione este tipo penal debe haber una voluntad de exclusión por parte del dueño, pudiendo ser tanto expresa como tácita. No habrá demasiado problema para el juez en analizar la voluntad expresa del dueño para excluir a una persona de su domicilio, pero va a ser complicado con respecto a la segunda.

En este punto se puede apreciar una relación directa con el argumento subjetivo que mencionaba mas arriba, pues si el dueño del domicilio conocía la intención verdadera del extraño jamás le hubiese permitido entrar y mucho menos acceder a un diálogo. Cabe recordar que la doctrina penal enseña que si una prueba se obtiene ilícitamente no solo es inadmisibile esta en el proceso sino también toda lo que ha nacido a lo que se ha desprendido de aquella, doctrina conocida como “fruto del árbol prohibido”.

No se puede despreciar de lleno esta tesis señalada por la doctrina para desacreditar la admisibilidad de la cámara oculta como prueba en un juicio, solo que si la utilizáramos contra el caso jurisprudencial al que hice mención en primer lugar perdería mucho respaldo si es un paciente quien entra en el consultorio del médico portando el artefacto, distinto sería si fuera un periodista y

no un sujeto con determinada dolencia. Dada esta última hipótesis lo resuelto por la cámara así como el ejemplo del cohecho encontraría sendas coincidencias, aun cuando el primero tome lugar en un ambiente laboral y el segundo en un domicilio privado.

8-Estado de sitio

Una de las garantías que se suspenden con el estado de sitio es la de la libertad de prensa, esto es lo que consagró la Corte Suprema de la Nación al resolver un recurso de habeas corpus planteado en razón de la clausura del diario "Democracia" de Santa Fe en 1930, postura que se sigue aplicando hasta 1959. Es decir que la Corte seguía textualmente las palabras de la Constitución Nacional, la declaración del estado de sitio era el único presupuesto considerado para suspender las garantías numeradas en el art. 23 de la carta magna justificando esto en que es una de las facultades que tiene el Poder Ejecutivo para hacer frente a los peligros que amenacen tanto a la constitución como a las autoridades por ella creadas, peligros que pueden provenir tanto de conmociones internas como de ataques exteriores.

Este criterio es mantenido hasta el año 1959 cuando la Corte en el caso "Sofía, Antonio s/ recurso de amparo"¹⁰⁷ decide establecer un atenuante a la interpretación que hasta ese momento se dio al art 23, no modificando en su totalidad su visión gramatical de las garantías sujetas a suspensión, camino espinoso que puede llevar a ala desobediencia de lo preceptuado en la carta magna; se establece que la libertad de prensa es una garantía a suspender en caso de conmoción interna o ataques exterior, requisitos del estado de sitio, pero sometiendo a un examen de razonabilidad la actividad del Poder Ejecutivo en uso de sus facultades acrecentadas por imperio del art 23.

Este examen de razonabilidad al cual se debe someter este instituto de emergencia es evaluado con mayor profundidad en el caso de las clausuras de los diarios "Primera Plana" y "Ojo", ambos pertenecientes a la Editorial Primera Plana, ordenados por el Poder Ejecutivo, en el año 1969. Haré referencia mas adelante a los considerándos de la Corte al resolver este caso; creo conveniente, antes de referirme a este tema, mencionar la crítica que hace Rafael Bielsa a las teorías mencionadas en los párrafos anteriores.

Para Rafael Bielsa¹⁰⁸ la interpretación restrictiva debe prevalecer como principio fundamental en toda limitación a la libertad personal y mas aun cuando se ha decretado el estado de sitio. Al criticar ambas teorías remarca que son los jueces tienen atribución de examinar y confrontar una ley o disposición con el principio constitucional invocado y declarar, en su caso, la inconstitucionalidad de la disposición, para este autor no se trata de que los tribunales realicen un control ni tampoco una revisión, ni mucho menos una aprobación o desaprobación de la ley o acto cuestionado sino que simplemente van a declarar su inconstitucionalidad.

Refiriéndose específicamente al estado de sitio menciona que cuando es declarado este instituto, autorización en que debe existir ley mediante, la causa tiene un nivel constitucional, por lo que no se trata de cualquier hecho que afecte al orden público o la tranquilidad pública el que de motivo a la restricción inherente al estado de sitio, es necesario que el hecho encuadre en los parámetros del art 23 de la Constitución Nacional, tiene que darse una relación de causalidad entre el hecho de la restricción de la libertad de prensa y la ley que funda el acto; finalmente esgrime que lo único que hace el tribunal es juzgar y declarar la validez del acto impugnado por el recurso judicial sin que esto importe una sustitución en lo que hace a la autoridad policial ni tampoco ejercer un contralor de los actos de esta.

Volviendo al examen de razonabilidad ahondado por la Corte en las clausuras de los diarios “Primera Plana” y “Ojo”, este se tiene que efectuar teniendo en cuenta dos parámetros: la relación (que el procurador especifica que debe ser clara y suficiente) entre la garantía afectada y el estado de conmoción interna que por medio de este último se procura dominar en primer lugar y la verificación de si el acto de la autoridad pública guarda adecuada proporción con los fines perseguidos por la puesta en vigor del instituto de emergencia, sin que ello signifique sustituir al Poder Ejecutivo en la apreciación de la conveniencia o inconveniencia de tal acto, en segundo lugar; ambos requisitos tienen que coexistir, este es el criterio tanto del Procurador General en su dictamen y del voto de la mayoría.

Al presentarse el recurso extraordinario se argumenta que la medida, la clausura del semanario y el secuestro de la edición correspondiente al N° 345 del año 1969, tiene carácter de pena, lo que también es desestimado,

coincidiendo tanto el dictamen del Procurador General como el voto de la mayoría.

Según se puede observar examinando ambos razonamientos la carencia de pena se debe a que los actos fundados en el art 23 de la Constitución Nacional constituyen meramente medidas de seguridad o de defensa transitoria que lejos están de exceder los lineamientos seguidos por la norma por mas que cuando se adopte no se haya fijado un límite de tiempo, son medidas de seguridad que encuentran su justificación en la necesidad de defender, cuando transcurran circunstancias excepcionales, la paz y la tranquilidad pública.

La disidencia del doctor Rizo Iía aumenta el grosor del lente con que se debe observar la razonabilidad; para el existiría razonabilidad cuando exista una proporción adecuada entre los fines perseguidos por la autoridad pública y los medios que acude para lograrlos, dicha proporción debe tomarse con suma cautela, ponderando los antecedentes y las consecuencias del acto. La razonabilidad debe referirse a la causa constitucional inmediata del estado de sitio y en cuanto a la proporcionalidad debe estarse a la realidad concreta, incluyendo la posibilidad de agravarla o expandirla.

En este examen los jueces deberán hacer especial referencia a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; solo de ese modo se podrá lograr una apreciación que llegue a contemplar las particularidades específicas de cada caso logrando verdaderas fuerzas para rechazar o admitir como razonable la restricción impuesta al ejercicio de un derecho tan esencial como el de la libertad de prensa.

Siguiendo este sendero al examinar el fallo el doctor Bidart Campos¹⁰⁹ encuentra una teoría mas restringida, explica que la totalidad de los votos vertidos en el fallo no buscan los motivos desencadenantes de la causa que dio origen al estado de sitio, solo examinan la causa es su estado genérico, conmoción interior, y no la causa específica que motivó en forma concreta la resolución de dictar el estado de sitio y si se analiza que desde 1930 la republica ha estado bajo estado de sitio un total de 23 años y siete meses, imposible es, pues, que se pueda agrupar todo a la misma causa y si no es la misma causa también es lógico que no tenga las mismas consecuencias.

En conclusión por más que se encuentra el control de razonabilidad, es necesario que exista una conexión entre el motivo específico de la causa en cada caso concreto y el fin concreto perseguido.

El conflicto que ha desencadenado las conclusiones expuestas tuvo lugar con la resolución del Poder Ejecutivo de clausurar los semanarios “Primera Plana” y “Ojo”, y como ambos pertenecen a la misma editorial es esta quien inicia la demanda que finalmente llega a la Corte Suprema, sin embargo el análisis efectuado corresponde mayormente a la clausura del primer semanario mencionado, la razón de esto es simple: la clausura de la primera emisión de “Ojo” carece realmente de basamento constitucional.

La decisión, por parte de la editorial Primera Plana, posterior a la clausura del semanario del mismo nombre fue la de poner en circulación otro semanario con el mismo punto de vista, llamado “Ojo”. El Poder Ejecutivo clausura también el segundo pero sin siquiera conocer su contenido, el primer decreto fue ampliado y contemplo que tampoco el público debía conocer este semanario.

Luego de las conclusiones arribadas, ¿cómo es posible que me detenga a analizar este supuesto? ¿Se puede llegar a admitir una clausura indefinida que abarque cualquier publicación solo por pertenecer a la misma editorial? ¿Se puede admitir un razonamiento en el cual se corte tanto la libertad de expresión que sin saber lo que dirá un periódico se aborte su circulación, sin siquiera conocer sus líneas, pero solo por si acaso ejerza la censura? La “policía del pensamiento” descrita por Wells en su novela 1984 encontró su realidad.

9-Análisis de las faltas impuestas por el COMFER

La resolución 830/2002 sirve como complemento de la ley 22285¹¹⁰ estableciendo las sanciones y faltas a las que están sometidas aquellos sujetos actuantes en los servicios de radiodifusión, estas dos normas son inherentes la una de la otra, siendo el contenido de ambas ineludible para el estudio de los límites legales establecidos para los medios de comunicación.

La parte medular a la que hace alcance este proyecto se encuentra en la aludida resolución, es por esto que procederé a su análisis integral e interrelacionado se sus artículos.

La resolución 830/2002 en sus considerando menciona que el objetivo del COMFER, comité federal de radiodifusión, es el contralor de los servicios de radiodifusión en todos sus aspectos, como forma única de resguardar los derechos y obligaciones que detentan tanto los usuarios como los titulares de los servicios de radiodifusión. Los sujetos a los que hace referencia la aludida resolución están definidos en el anexo 1, art. 1.

Establecido el objetivo y los sujetos comprendidos se puede vislumbrar la importancia que tendrá el COMFER en el establecimiento de pautas para la organización de los medios de comunicación. Refiriéndome a los contenidos de estos marcará las faltas que pueden cometer como así también las sanciones que pueden recaer sobre los infractores a dicho sistema.

Se establecen dos tipos de faltas con sus respectivas tipificaciones y sanciones en caso de encontrarse la conducta prevista en el articulado.

Las faltas pueden ser de dos tipos: leve o grave, tanto una como otra producidas en radio y/o televisión y que estarán encuadradas dentro de la Resolución¹¹¹.

10-Críticas a esta reforma

El 19 de Mayo del año 2003 el Poder Ejecutivo dicto un decreto de necesidad y urgencia ejerciendo sus potestades legislativas al invocar el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional cuyo objeto fue la sustitución del art. 11 de la ley 22285 de radiodifusión.

El decreto al que hago mención es uno de los ejemplos en los cuales la libertad de información es cercenada de una manera sutil a través de mecanismos que a primera vista resultan constitucionales pero que haciendo un análisis mas profundo no resulta de este modo, creando un interrogante acerca del traspaso de los límites constitucionales en la libertad de prensa.

El mencionado decreto también fue criticado por la asociación de periodistas argentinos (ADEPA).

Se pueden sintetizar de la siguiente manera los paralelismos entre una regulación y otra, efectuando luego las críticas necesarias en cuanto a la validez constitucional de la reforma legal a la que hago mención, de la siguiente manera:

La norma derogada establecía que:

1) Los estados provinciales y las municipalidades podrán, en forma excepcional y previa autorización del Poder Ejecutivo Nacional, prestar hasta un servicio de radiodifusión sonora con modulación de amplitud y hasta uno con modulación de frecuencia, respectivamente.

2) La autorización sólo procederá cuando el servicio no fuera prestado por la actividad privada, y siempre que su localización esté prevista en el Plan Nacional de Radiodifusión.

3) Esas estaciones pueden emitir publicidad, aunque las frecuencias correspondientes quedan sujetas al estado de concurso abierto y permanente.

4) Las autorizaciones excepcionales no se concederán a las provincias y municipalidades que, a la fecha de la promulgación de la Ley N° 22.285 presten servicios de radiodifusión sonora, las cuales podrán continuar con sus emisiones regulares para mantenerse en el régimen de excepción.

Por su parte, la norma dictada por el Poder Ejecutivo modifica aquella situación disponiendo:

1) Las provincias y municipios, previa autorización simple del Poder Ejecutivo podrán prestar, en el caso de las primeras, hasta un servicio de televisión abierta y un servicio de radiodifusión sonora por modulación de amplitud. En el caso de las municipalidades, podrán prestar un servicio de radiodifusión por modulación de frecuencia.

2) En ambos casos, las estaciones podrán emitir publicidad.

3) No se prevé que tales estaciones estén sujetas al estado de concurso abierto y permanente.

4) Los servicios previstos en la reforma, son independientes de aquellos que, en el texto originario de la norma, se reconocían a las provincias y municipios por ser preexistentes a la promulgación de la ley de radiodifusión.

Para emitir este decreto, mediante el cual se modifica una ley del Congreso, el Poder Ejecutivo invocó las facultades que le confiere el artículo 99, inciso 3º, de la Constitución federal. Conforme al mismo, "...El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen la materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros...".

Corresponde añadir que, esa norma constitucional, establece que el decreto de necesidad y urgencia deberá ser sometido, dentro de los 10 días, a una Comisión Bicameral Permanente que, a su vez, elevará un dictamen sobre la viabilidad del decreto a cada Cámara del Congreso para su expreso e inmediato tratamiento. Sin embargo, y a casi 9 de años de haber sido insertada esa norma en la Ley Fundamental, todavía no fue reglamentada tal como lo impone la Constitución.

Los fundamentos que invocó el Poder Ejecutivo para avalar el ejercicio de facultades legislativas por razones de necesidad y urgencia, fueron los siguientes:

1) Necesidad de remover "el obstáculo legal que impide a las provincias y a las municipalidades la prestación de determinados servicios de

radiodifusión", aunque no se precisa en dónde residiría la presunta necesidad y urgencia como para soslayar la actuación del Congreso.

2) "Garantizar a todos los habitantes de nuestro país el acceso a los servicios abiertos y gratuitos", lo cual no se compadece con la realidad.

ADEPA considera que la reforma concretada, importa un sensible retroceso para el pluralismo en materia de radiodifusión y una intromisión del sector público en esa área que, bajo el falaz argumento de enriquecer el proceso de comunicación social, brinda una herramienta a los detentadores de los gobiernos provinciales y municipales para desarrollar sus campañas políticas y contrarrestar las críticas que puedan emanar de los medios de prensa libres e independientes.

Pero, al margen de esta consideración que permite advertir los riesgos que acarreará para nuestro proceso democrático la norma sancionada, ella padece de serios vicios a la luz de nuestro texto constitucional y de la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, la cláusula del artículo 99, inciso 3º, no deja lugar a dudas de que el ejercicio de facultades legislativas por el órgano ejecutivo, está sujeto a condiciones de rigurosa excepcionalidad y a exigencias materiales y formales insoslayables. Ellas se traducen en que:

1) Sea imposible dictar una ley siguiendo el curso ordinario del procedimiento establecido por la Constitución.

2) La situación que requiera una solución legislativa sea de una gravedad y urgencia tales que deba ser solucionada inmediatamente y en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

No se advierte el cumplimiento de tales requisitos en el caso concreto, correspondiendo desechar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad. Es que, la Constitución, en modo alguno habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la obtención de resultados más rápidos mediante la emisión de un decreto. Tal conclusión se

afianza considerando los argumentos dogmáticos expuestos por el Poder Ejecutivo que, al margen de no adecuarse a la realidad, no se advierte que obsten a una debida consideración por el Congreso en el marco ordinario del proceso para la sanción de las leyes.

Esta solución se impone porque, en caso contrario, el Poder Ejecutivo, bajo cualquier argucia dogmática, podría suplantar al Congreso en el ejercicio de su función legisferante, desnaturalizando completamente la clásica doctrina de la división de poderes. Doctrina con la cual se procura evitar la concentración del poder en un órgano gubernamental como antesala del autoritarismo y desprotección para los derechos de las personas.

Tal fue, por otra parte, la línea de pensamiento adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, el 18 de agosto de 1999, resolvió el caso "Verrocchi c/Poder Ejecutivo Nacional"¹¹² declarando la inconstitucionalidad de decretos de necesidad y urgencia por el voto de los jueces Fayt, Belluscio, Boggiano, Bossert y Petracchi. Este último añadió que, a su criterio, la emisión de los decretos de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo era absolutamente inviable hasta tanto que, el Congreso procediera a reglamentar el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente establecida por el artículo 99, inciso 3º, de la Ley Fundamental.

Similar temperamento, aunque las particularidades fácticas del caso fueron diferentes, adoptó la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decidir el caso "Risolfía de Ocampo" el 2 de agosto de 2000¹¹³, por el voto de los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, Bossert y Vázquez.

A esto se añade un argumento adicional expuesto por el Alto Tribunal al resolver, el 5 de marzo de 2003, el caso "San Luis". Por el voto de los jueces Moliné O'Connor, Fayt, López, Nazareno y Vázquez, descalificó la validez de decretos de necesidad y urgencia dictados bajo la vigencia de la ley Nº 25.561 que delegó en el Poder Ejecutivo, amplias facultades legislativas con motivo de la emergencia pública dispuesta por el Congreso. La Corte consideró que la no inclusión de ciertas materias en la delegación practicada, importaba tácitamente negar al Poder Ejecutivo la facultad de emitir decretos de necesidad y urgencia sobre aquellas. Es que, razonablemente y dada la gravedad de la emergencia,

mal se podía interpretar que el Congreso no hubiera previsto todas las materias que, a su criterio, justificaban la delegación.

Dado el carácter excepcional que presenta la emisión de decretos de necesidad y urgencia, su interpretación es esencialmente restrictiva. Mal puede entonces el Poder Ejecutivo, dictar válidamente el Decreto N° 1214/03¹¹⁴ subrogándose las atribuciones propias del Congreso cuando no existe la necesidad y urgencia invocadas arbitrariamente, y cuando tal potestad, en el caso concreto, no fue establecida por el Congreso en la legislación delegada que autorizó la ley N° 25.561 sancionada conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional.

ADEPA considera que, con el Decreto N° 1214/03, el órgano ejecutivo se apartó del curso fijado por nuestra Ley Fundamental, sentando nuevamente un precedente peligroso para la plena vigencia de la separación de las funciones gubernamentales. Y, si bien ese vicio podrá ser remediado mediante la intervención del Poder Judicial en salvaguarda del principio de la supremacía de la Constitución, ADEPA exhorta al nuevo titular del Poder Ejecutivo para que disponga la derogación de aquel decreto retornando al cauce propio de un Estado de Derecho.

Además de criticar la forma de que emana la ley también es criticable su contenido. Es lógico que ADEPA no forme opinión con respecto a lo que debe considerarse falta grave, como sucede por ejemplo con la emisión de imágenes violentas en el horario de protección al menor. Es una asociación de periodistas y encuentran réditos en mostrar este tipo de imágenes en los noticieros que ocupan los horarios de los mediodías.

Una línea delgada se encuentra en lo que se debe mostrar como periodístico y lo que debe presenciar el menor. Considero que las faltas que enuncia el decreto deben extenderse aun a los noticieros que muestran imágenes aberrantes de asesinatos, golpes y toda clase de violencia.

El menor es igualmente sensible, o tal vez más, ante una película o serie que ante el noticiero que muestra a una persona asesinada en plena calle.

Cuando se trata de proteger la psiquis de una persona se lo tiene que hacer desde todo punto de vista.

No se trata con esta posición que se restrinja el contenido de un noticiero, solamente que se adecúe su contenido a la hora en el cual sale al aire. Luego del horario de protección al menor se podrá exhibir lo que al noticiero le parezca conveniente a su punto de vista.

11-Delitos de imprenta¹¹⁵

¿Qué ha de entenderse por “delito de imprenta” o de “prensa”?

Lo que distingue el delito común del delito de imprenta o de prensa es que este último es realizado a través del mecanismo de la imprenta o prensa. Sería obtuso imaginar un delito de imprenta o de prensa si esta última estuviere ausente en la expresión de aquél. Lo que se destaca en del delito de imprenta o de prensa es la presencia de ésta en la respectiva relación. Por tanto, delito de imprenta o de prensa es el que se realiza o comete a través o mediante este medio. La jurisprudencia y la doctrina son pacíficas en este criterio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que sean cuales fueren las dificultades prácticas que ofrezcan las distintas doctrinas existentes en materia de delitos de imprenta, hay que convenir en que el sistema que más se conforma con el régimen de libertad de nuestra Constitución es el que califica los delitos de imprenta como delitos "sui generis", y por eso mismo sujetos a una legislación especial, toda vez que se cometen por medio de la prensa y sin auxilio de elementos esenciales extraños; y es manifiesto que la Constitución consagra ese sistema desde que atribuye al Congreso la facultad de legislar como legislatura federal en materia de derecho común, y le prohíbe hacerlo en tal carácter sobre imprenta. Hacer extensivas, pues, las sanciones legislativas sobre delitos comunes, a los delitos de imprenta, importaría infringir el principio que consagra el artículo 32, y autorizar al Congreso por este medio a legislar sobre materia reservada a las provincias. Cuando se argumenta que el delito común no es distinto porque se cometa con armas distintas, se sienta 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 la 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 constituida, 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 ellos no legisla el Congreso Nacional, sino las legislaturas locales.

También resolvió en otra oportunidad que si bien las consideraciones que se dejan consignadas son suficientes para sustentar las conclusiones establecidas al respecto por este tribunal, cabe agregar que la misma doctrina ha sido expuesta en términos expresos en el Honorable Congreso de la Nación al fundarse y discutirse diversos proyectos de ley de imprenta para la capital y territorios nacionales.

Además el carácter de la ley que lo prevea y la denominación que el delito reciba, no influye en la calificación del mismo y, sea cual fuere su origen y su nombre, será delito de imprenta si se ha perpetrado por ese factor de publicidad, aun cuando pueda cometerse por otros medios; y en ese caso y como tal delito de imprenta, será de la competencia jurisdiccional exclusiva de las soberanías locales, dados los términos absolutos con que el artículo 32 excluye la jurisdicción federal.

Si bien en cuanto al establecimiento de la jurisdicción de los delitos la corte ha variado de opinión los párrafos precedentes constituyen un antecedente vital y de ahí que no pueden dejar de mencionarse.

Los términos “abuso” de la libertad de imprenta y “delitos” cometidos por medio de la prensa son sinónimos. “La vieja distinción de abusos de la libertad de imprenta y delitos cometidos por medio de la prensa, dijo un expositor, ha sido rechazada por la doctrina uniforme de los tratadistas, y jamás se aceptó en

las diversas leyes patrias que han regido en el país. La misma doctrina se consagra en todas las leyes de imprenta que han sancionado las provincias argentinas. Precisamente, esos "abusos" de la libertad de imprenta son las conductas susceptibles de determinar "delitos de imprenta".

¿Pero cuándo a un hecho o acto exteriorizado a través de la imprenta o prensa debe tenérselo como "delito"? ¿Quién declara la falta de juridicidad de tal hecho o acto? ¿Qué criterio debe tenerse para configurar el "delito" de imprenta?

Ya en párrafos precedentes quedó dicho que la competencia para crear figuras delictivas en materia de prensa o imprenta, les corresponde a las provincias, y que al respecto el Congreso sólo puede legislar como Legislatura local para la Capital Federal.

¿Qué criterio han de tener las provincias, y eventualmente el Congreso, para declarar "delictivos" algunos hechos o actos exteriorizados a través de la imprenta o prensa? Ante todo, téngase en cuenta, como años ha lo expresó Tomás Jofré¹¹⁶, que a través de la prensa pueden cometerse diversos delitos, y no sólo los de injuria o calumnia; en tal sentido dijo ese destacado jurista: "Debemos advertir que el Congreso se ha quedado corto al establecer la salvedad sólo para los delitos de calumnia e injuria cometidos por medio de la prensa, desde el momento que la Constitución contiene en su artículo 32 una regla general que comprende todos los delitos susceptibles de perpetrarse por ese medio. El principio del artículo 114 del Código Penal es, pues, aplicable, entre otros casos, a la violación de secretos (art. 155), a la apología del delito (art. 213), al desacato (art. 244), a los fraudes al comercio (art. 300), etc., etc."¹¹⁷. En concordancia con esto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dijo: "Que el criterio de lo que es permitido a las legislaturas en materia de represión de publicaciones debe buscárselo, como dice Cooley en los standards, suministrados por las leyes comunes que regían cuando se establecieron las garantías constitucionales, y, si en mérito de aquéllas era un delito la injuria, la calumnia, el desacato, la sedición, la rebelión, no puede creerse seriamente que se desconozca la libertad de prensa porque se los reprima cuando se cometan por medio de ella"¹¹⁸.

De modo que el legislador respectivo (provincial o nacional) puede considerar "delito de imprenta", ante todo, los delitos comunes previstos en el

Código Penal susceptibles de ser cometidos por medio o a través de la imprenta, y, además, toda otra conducta o comportamiento agravante para el sentir colectivo susceptible de hallar expresión mediante la prensa o imprenta.

12-Conclusión

Como se puede apreciar la censura ejercida por el Estado puede tener dos vertientes: la que es legal, y cuyo objetivo es el bienestar general, y aquella que no lo es, la razón de esta última es simplemente el bienestar del gobierno de turno.

La primera clase de censura la encontramos en normas del COMFER, ya sea por el contenido que se sanciona o por el horario de transmisión del programa, pero se debe resaltar una diferencia trascendental: este tipo de censura puede ser anterior o posterior a la emisión cuestionada. La razón de esto la encontramos en el art 14 de la constitución Nacional que prohíbe la censura previa, entonces en el caso de contradecir las pautas impuestas por el reglamento de radiodifusión se será pasible de una multa, se es libre para emitir pero también se es responsable por lo que se emite. Sin embargo existen pautas culturales que exigen ciertos parámetros censurables: la protección al menor por ejemplo, como es mencionado de una manera clara y precisa en la resolución en la que mencion.

Ahora, lo que no se puede permitir es la censura tendiente a favorecer posturas gubernamentales tales como las presiones que hace mención la revista Noticias en la edición que comenté con anterioridad, si esto es permitido la libertad de prensa sería una utopía.

Una tercer clase de censura es la judicial. Como es sabido los expedientes judiciales son de público conocimiento, las sentencias son públicas por lo que pueden ser consultadas por terceros ajenos al proceso; pero puede suceder que en la misma sentencia el juez disponga que no deba revelarse su contenido, ya sea porque haya menores involucrados o por otras razones que el juez considere pertinentes, de este modo se estará a una prohibición que tiene su origen en la misma sentencia y cuya desobediencia acarrearía la consecuente responsabilidad.

Capítulo 4

INTIMIDAD Y EL HONOR EN LA LIBERTAD DE PRENSA

SUMARIO: 1.El balance de la libertad de prensa y el derecho de la intimidad. 2. El derecho al honor. 3.Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión.

1-El balance de la libertad de prensa y el derecho a la intimidad

El presente trabajo esta destinado a demostrar que la libertad de prensa encuentra límites en su ejercicio, a veces de manera expresa e inconstitucional, como es el caso de la censura, pero otras veces de manera no tan evidente e, incluso, constitucional, pues se contraponen derechos de esta misma jerarquía, como el mencionado en este punto cual es el derecho a la intimidad, establecido en el art 19 de nuestra carta magna¹¹⁹.

Para hablar de derecho a la intimidad se tiene que partir de su concepto, y este no puede ser restringido, como señalan algunos autores, solo al fuero interno de una persona, es decir lo que sucede en su pensamiento, sino que debe extenderse, y mas aún en el tema que nos ocupa, a acontecimientos que puedan ser percibidos por terceros, ya sea a las relaciones con la familia o la forma de vestir, o la forma de usar el cabello, es decir que no solo comprende la esfera doméstica, el circulo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen.

Para exponer la contraposición que puede existir entre estos dos derechos he elegido dos casos, “Menem c/ Editorial Perfil S.A.”¹²⁰ y “ Ponzetti de Balbin, Indalia y otros c/ Editorial Atlantida S.A.”¹²¹; ambos no solo tienen trascendencia por tratar de buscar un balance entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad sino porque también se trata de personas públicas, lo que hace aún más difícil vislumbrar la línea de donde comienza uno y finaliza el otro.

En el primer caso señalado los periodistas difundieron cuestiones familiares íntimas por medio de la palabra escrita y la publicación de imágenes fotográficas, no autorizadas por el actor tanto en el tiempo como en el contexto en que fueron utilizadas por el medio de prensa, sobre presuntos vínculos familiares y sobre el estado anímico del ex- cónyuge en relación a tales lazos, estas circunstancias serán consideradas por la Corte Suprema de Justicia como una intromisión en la zona de reserva del sujeto que no está justificada por intereses superiores de la comunidad. En estas imágenes se mostraba a menores con inclusión de sus nombres, y se exponía cuestiones sobre la filiación de estos menores, sufriendo el actor, según su demanda, mortificación espiritual no sólo del hombre en cuanto tal sino en su relación con ellos.

En la difusión de esta clase de notas periodísticas se lesionan, según el actor, su derecho a la intimidad, lo que es una arbitraria intromisión en la esfera de privacidad. La demanda se contesta enunciando, en lo que hace al tema en análisis, lo siguiente: a) violación de principios constitucionales de rango preeminente por legítima limitación a la libertad de prensa, que comprende la libertad de información sobre aspectos de la vida privada del actor que hacen a su personalidad de hombre público y que, por tanto, constituyen materia de interés general; b) apartamiento de la doctrina de la real malicia.

Desde un primer momento se deja de lado lo expresado en el punto b), las razones que se esgrimen es que el punto fundamental es ver si con las noticias publicadas se infiere en la esfera íntima del actor, de ahí que no importa demostrar la veracidad o no de dicha información (presupuesto para que se admita la teoría de la real malicia); la responsabilidad proviene de la afectación al derecho de intimidad por la publicación o divulgación de hechos de la vida íntima, sean veraces o no. Por tales motivos no puede argumentarse la teoría de la real malicia porque esta teoría está a disposición cuando las publicaciones son erróneas o difamatorias, cuando se afecta la intimidad no importa la veracidad de

la noticia porque la responsabilidad proviene de la indebida publicación por eso es que la real malicia no entra en este caso.

En Ponzetti de Balbin, Indalia y otros c/ Editorial Atlantida S.A.¹²² los hechos pueden resumirse de la siguiente manera: en el N° 842 del 10 de setiembre de 1981 se publicó en la tapa de la revista "Gente y la Actualidad" una fotografía que mostraba el estado agonizante del doctor Ricardo Balbín, encontrándose este en el interior de la sala de terapia intensiva del hospital en el que era atendido de su dolencia. La esposa e hijo del paciente encontraron que las fotografías, pues en el interior del mencionado semanario había una serie de retratos que ampliaban la nota de tapa, perturbaban su tranquilidad y producían una mortificación causada por la violación de su intimidad, fundamentos que le sirvieron para entablar una demanda de daños y perjuicios contra la Editorial Atlántida SA como fundadora y propietaria de la citada revista.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda, esta fue apelada; la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirma la sentencia dictada en primera instancia, contra ella se dedujo recurso extraordinario, que fue concedido. La Corte Suprema Nacional termina por confirmar la sentencia apelada.

Es importante destacar que la base para el recurso extraordinario interpuesto fueron los arts. 14 y 32 de la constitución nacional, además sostienen que lo que se intentó fue documentar una realidad; y que la vida de la Balbin como hombre público, tiene carácter histórico, perteneciendo a la comunidad nacional, no habiendo intentado infringir reglas morales, buenas costumbres o ética periodística, por estas razones es que no pudo violar lo preceptuado por el art. 1071 b del código civil (necesario es recordar que tiene raigambre constitucional en el art. 19).

En primer lugar el dictamen del Procurador General de la Nación sostiene, como viene argumentando el presente trabajo, que nuestro derecho constitucional no existen derechos absolutos. Acto seguido destaca que si bien el concepto de la libertad de prensa es amplio (abarcando la de tener opiniones, decirlas, expresarlas) esta encuentra un límite cual es de calumniar e injuriar, el de publicar secretos personales o del estado, y la ofensa a sentimientos individuales o sociales de pudor.

En ambos casos se establecen una serie de excepciones para la intromisión tanto de la privacidad como de la intimidad, a saber: que solo por una 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 de un crimen.

Cabe recordar que el derecho a la intimidad es un derecho como cualquier otro por lo que si se presta consentimiento ya sea por la persona o por alguno de sus familiares autorizados a ello, el conflicto entre este derecho y el de la libertad de prensa dejan de entrar en conflicto.

Análisis de normas constitucionales

En resumidas cuentas y efectuando un análisis de los arts. 14, 19 y 33 de la Constitución Nacional¹²³, el ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas. Respecto a las convenciones internacionales se puede citar:

- Art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San Jose de Costa Rica.
- Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Estos artículos que gozan de jerarquía constitucional prescriben que nadie puede ser objeto de ataques abusivos o injerencias arbitrarias a su vida privada o familiar, disponiendo que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

El ejercicio del derecho de expresión de ideas no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales.

No se pone en tela de juicio la libertad de publicar las ideas sin censura previa, este derecho no puede dejar de ser reconocido, pero esto no quiere decir que se violenten derechos también reconocidos por la Constitución Nacional al no responsabilizar por la utilización indebida de este derecho cometiendo delitos o actos ilícitos civiles. Por este motivo deja de tener importancia la veracidad de la noticia, pues si bien esta es importante cuando se lesiona el honor, no lo es cuando se produce una invasión al ámbito de la intimidad, es decir, cuando el bien lesionado en última instancia es la libertad que todo ser humano tiene en el núcleo central de su persona.

La responsabilidad se hace efectiva mediante un régimen general de la ley común, ya sea por delitos penales o por actos ilícitos civiles. En las convenciones mencionadas se exige la arbitrariedad o el abuso para calificar de ilícita ese ataque sufrido a la vida privada. Esto es congruente en lo que consagra el art. 1071 bis del Código Civil¹²⁴.

Esto nos trae a colación un tema más difícil de vislumbrar: el de las personas públicas o personajes populares, ¿qué ámbito de privacidad es el de estas? ¿qué es lo que se permite divulgar? La respuesta es dada en forma congruente por nuestra jurisprudencia: se permitirá divulgar lo que se relacione con la actividad que les dio prestigio o notoriedad, y siempre que lo justifique el interés general; por lo que se tendrá que analizar cada caso concreto, en el que nos ocupa el Dr. José Caballero en su voto determina que la fotografía publicada por Editorial Atlantida S.A. en cuestión lejos de atraer el interés público, provocó sentimientos de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal.

La diferencia entre la prueba del funcionario público y el particular para la atribución de responsabilidad:

- si nos encontramos frente a un funcionario público, siempre que la información se relacione con el ejercicio de sus funciones, se deberá probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación de esta circunstancia.

- Si nos encontramos frente a un particular se tendrá que probar la negligencia precipitada o la simple culpa.

Esto a lo que refiere para atribuir responsabilidad a los medios gráficos o a los periodistas por la publicación de la noticia.

La razón de esta diferencia se debe a que el funcionario público tiene mayor exposición por los medios y por lo tanto mayor contacto con ellos lo que facilitaría la replica sobre las falsas imputaciones, no así los particulares que se encuentran mas vulnerados; además el funcionario público se encuentra en esa posición por una decisión personal, él ha elegido exponer su persona.

Ubicándonos dentro de esta clasificación, de funcionarios públicos y particulares, y basándonos en las mismas razones que nos llevaron a ella, se tiene que tener en cuenta la importancia que tiene el funcionario público dentro de la esfera gubernamental, es decir cual es el grado de notoriedad del sujeto al que han vulnerado, lo que servirá para graduar la responsabilidad del medio periodístico, de ese modo es diferente un ministro que un mero empleado de la repartición estatal.

2-El derecho al honor

El honor es un derecho personalísimo, que puede ser definido como la dignidad personal que se encuentra reflejada en la consideración de los terceros y asimismo en el sentimiento de la propia persona.

Como tal, se encuentra protegido por el Código Penal (arts. 109 a 117)¹²⁵ y por el Código Civil en los arts. 1089 y 1090¹²⁶ que se refieren específicamente a los delitos de calumnia, injuria y acusación calumniosa. Además, también encuentra protección por la aplicación genérica de los arts. 1072 y 1109¹²⁷ , según el caso; inclusive la doctrina entiende que cabe la aplicación del art. 1071 CC. , cuando el honor resulta lesionado por el ejercicio abusivo de un derecho.

Por último, el art. 1068 CC. , que define al daño jurídico, dice: "Habrà daño siempre que se causare a otro algùn perjuicio... por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades". El bien jurídico protegido por este artículo es el conjunto de los derechos de la personalidad.

Se ve pues, que cuando se ataca al honor, produciéndose un daño, reacciona el ordenamiento jurídico, poniendo a disposición del agraviado una serie de mecanismos legales a efectos de, por un lado, sancionar al autor (si su conducta encuadra en el tipo penal) y por el otro obtener una adecuada reparación de los perjuicios sufridos.

Como todo derecho personalísimo, su fundamento se encuentra en la Constitución Nacional, aún con mayor explicitación a partir de la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22).

3-Colisión entre el derecho al honor y la libertad de prensa

Estos derechos (ambos de raigambre constitucional) pueden en determinados momentos entrar en colisión; en tal caso ¿cuál debe prevalecer?

Ninguno, (como ningún otro) tiene carácter absoluto, sino que ambos, dado su carácter relativo (que proviene, entre otros del art. 14 CN.) deben armonizarse, no debiendo existir a priori una jerarquización de unos con respecto a otros. Posición que supera la cuestión de la jerarquía entre los derechos constitucionalmente reconocidos.

Esto significa que el ejercicio de determinado derecho de rango constitucional, no puede dar como resultado la lesión a otro derecho.

De tal manera, la prensa (o los medios de expresión en general) no pueden ser causa de lesiones a derechos personalísimos (ni obviamente a ningún otro derecho).

La realidad nos indica que las más importantes lesiones a los derechos de la personalidad espiritual (intimidación, honor, imagen) son producidas por los

medios periodísticos, por la fuerza expansiva que tiene una noticia publicada en un diario o dicha por la radio o TV, o la publicación de una imagen o fotografía.

Por supuesto que para que nazca la obligación de indemnizar el daño causado, deben concurrir todos los presupuestos generales de la responsabilidad civil.

Conclusión final

La experiencia académica enseña que llegado a este punto se debe analizar si la hipótesis planteada, que da impulso a este trabajo, puede ser contestada afirmativa o negativamente. Sin embargo debo señalar que si bien debo inclinarme hacia la primera esto resulta incompleto. Esto es así pues pude comprobar que efectivamente el derecho a la libertad de prensa encuentra límites en otros derechos de la misma jerarquía, pero a su vez hay límites lícitos y otros ilícitos.

Los primeros pueden dividirse, en primer lugar, en la práctica del periodismo efectuada por los que llevan adelante la profesión, ya sea los profesionales o las empresas, y en segundo lugar derechos que tienen una misma jerarquía, como el honor o la dignidad.

La Teoría de la Real Malicia es el ejemplo primordial del primero. Como lo demostré es esta teoría la que guía el camino en el desarrollo de una nota para evitar que el periodista o la empresa para la cual trabaja responda por los dichos vertidos en una nota que ha tomado publicidad. La utilización del verbo en forma potencial, la citación específica de la fuente o el hacer caso omiso a la identidad de los implicados en la nota periodística, son las formas en que se logra el objetivo propuesto por la teoría. Estos tres recaudos son suficientes para parte de la doctrina, sin embargo como lo señalé con anterioridad y por las razones expresadas no puede dejarse de lado el presupuesto subjetivo en cuanto a la demostración de la intención del sujeto de dañar a la otra persona. La conjunción de los presupuestos objetivos y subjetivos son necesarios para evaluar la responsabilidad o no del periodista o de la empresa.

Debo recordar que esta teoría no ha sido aceptada en forma unánime por nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional. Se hace mención a ella en diferentes votos, pero en ningún caso hasta el momento ha resultado ser que la totalidad de los jueces se halla inclinado en forma afirmativa por su aplicación en un mismo caso.

Dentro del segundo grupo están los derechos de una misma jerarquía y esta es la razón para un nuevo límite. El honor, la dignidad, la protección de las

fuentes de información son derechos que la constitución señala como fundamentales junto con el de la libertad de prensa. Solo ante un caso particular se podrá examinar cual debe prevalecer, el caso "Memen c/ editorial Perfil" es un ejemplo claro y conciso de lo expresado.

La Constitución Nacional no señala que derecho debe prevalecer, se limita a señalar los derechos y garantías fundamentales, entonces estará es el real saber y entender de los jueces acorde con los hechos que se presenten, que derecho es superior en el caso concreto, pero solo en ese caso pues los hechos varían en cada presentación.

Las razones expresadas en el párrafo anterior son simples, basta que una persona ocupe un rol diferente dentro de la sociedad para que la carga de la prueba resulte atenuada. Si nos encontramos frente a un funcionario público, y siempre que la información se relacione con el ejercicio de sus funciones, se deberá probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación de esta circunstancia. Mientras que si nos encontramos frente a un particular se tendrá que probar la negligencia precipitada o la simple culpa.

Pero los argumentos van mas allá de cuanto es lo que se debe probar. Cada caso presenta matices diferentes que puedan resultar esclarecedores para los jueces a la hora de fundamentar su voto, y más teniendo en cuenta en derechos tan delicados como la intimidad o el honor.

La limitación del derecho a la libertad de prensa a través de medios ilícitos es ejercida en mayor medida a través de la censura en sus múltiples acepciones.

La censura es utilizada generalmente por los gobiernos de facto para limitar el conocimiento de la población en determinados aspectos de la vida institucional de un país, sin embargo cuando desarrollé, sobre todo, el punto de censura material se pudo apreciar que no siempre son los gobiernos de esta índole quienes la utilizan. O al menos eso es lo que se denuncia.

La prensa es llevada a cabo a través de empresas que si bien tienen fines económicos no por eso adolecen de ideas políticas. Cuando lo gubernamental y la economía cruzan es cuando surgen los conflictos.

Con datos objetivos comprobé la importancia que tiene la publicidad oficial en la subsistencia de los medios de comunicación. Sin embargo no hay una ley que establezca el porcentaje que deben recibir los diferentes medios, de esta forma no puede haber claridad en cuanto al destino de fondos oficiales. La recompensa o el castigo por la afinidad o no con el gobierno a través de la utilización de la pauta oficial es un mecanismo que han denunciado diferentes periodistas, pero sin una ley que la regule es fácil que se caiga en saco roto.

En los tiempos que corren la tecnología resulta un valuarde vital para evitar la censura: internet es un aliado fundamental en la lucha contra la censura.

Resulta ajeno a este trabajo analizar los pro y los contra en la utilización de internet para publicar ideas y conocimientos, toda vez que la desconfianza por el desconocimiento del autor genera incertidumbre en la veracidad de lo expresado, pero cierto es que puede ser una herramienta para evitar la aplicación de la censura.

En síntesis, considero necesario que la prensa tenga límites, que esta conozca hasta donde y en que forma expresar su punto de vista pero siempre dentro del marco legal. La frase “la pluma es mas fuerte que la espada” tiene una verdad que a esta altura de la civilización resulta de peregruyo pero es necesario que ese poder sea ejercido con conciencia y responsabilidad.

El daño punitivo fue excluido del presente trabajo en forma intencional, este no sería necesario si se respetaran los límites señalados. La responsabilidad ulterior por lo publicado se reducirá enormemente cuando los valores humanos sean más fuertes que los deseos de las empresas por generar más réditos.

Un pueblo en democracia crece y mejora cuando las diferentes ideas son publicadas, escuchadas y debatidas, siempre dentro de un ámbito de

tolerancia y respeto, fuera de éste es real la frase de Hobbes: “el hombre es el lobo del hombre”.

La prensa debe encontrar, y encuentra, límites en su ejercicio, pero deben ser límites acordes a la obediencia de otros principios fundamentales que hacen crecer a toda la sociedad, de otra forma resultan inaceptables.

Propuesta

A lo largo de este trabajo solo he encontrado pocas circunstancias en las cuales se puede admitir a la censura, la protección psíquica del menor en ciertos horarios de televisión o la prohibición de la propaganda a favor de la guerra son ejemplos más que manifiestos.

La Constitución Nacional y los pactos internacionales con jerarquía constitucional son claros en cuanto a la censura y no creo que merezca alguna modificación, sin embargo hay casos en que es difícil establecer cuando se produce este mecanismo, como sucede con la pauta oficial.

La regulación de la forma en que se distribuye la publicidad oficial es un vacío importante en nuestra legislación. Un estudio de mercado acerca del alcance en la población que tienen los diferentes medios de comunicación podría llegar a dar los porcentajes en los cuales se pueden asignar los fondos que el gobierno destina a esto puede llegar a constituir una solución. Sin embargo esto resultaría demasiado complicado en virtud del alcance que tienen en el territorio nacional y de la cantidad que existen pues no se puede dejar de lado a ninguno, ya sea que el diario, por ejemplo, sea nacional, provincial, zonal o local. Pero por más complicado que sea se tiene que debatir, sólo a través de esta vía se encontrará la solución. Debate que en la actualidad lamentablemente no existe.

En el caso de la censura judicial relaté un hecho que fue repudiado por toda la sociedad y también por la Corte Suprema. La censura que pueda provenir de este órgano es aún mas grave que cualquier otra, pues es el poder judicial aquel quien tiene que velar por las garantías constitucionales expresadas por la carta magna y si éste es quien las viola la debacle del sistema democrático parece insalvable.

A pesar de lo expresado coincido con la opinión del doctor Boggiano en cuanto a que cuando exista una certeza sobre la ilicitud puede el juez limitar la libertad de expresión. Pero esta certeza tiene que ser absoluta, las pruebas que traigan aparejada tal decisión tienen que tener una verosimilitud categórica. Sin embargo la ilicitud no puede provenir de la lesión a la dignidad o el honor a las personas, para esto existen otros remedios, que si bien son posteriores a la publicación de la noticia, son constitucionales. La propaganda a favor de la discriminación, por ejemplo, resulta absolutamente censurable.

Con respecto a la teoría de la real malicia es un mecanismo que no ha encontrado un apoyo total en nuestra jurisprudencia, ya sea en su aplicación o no, o en cuanto a sí ésta debe ser tomada con recaudos puramente objetivos o debe entrar a jugar la subjetividad para analizar la responsabilidad de un periodista o medio en la publicación de una noticia. La Corte Suprema debe encontrar un camino en el cual todos sus votos sean unánimes, ya sea en su aceptación o rechazo, la incertidumbre jurídica en un tema tan crucial como lo es la información no puede esperar más tiempo.

La intimidad es uno de los valores que más se han visto vulnerados en estos tiempos en que una cámara filmadora está al alcance de la mayoría de las personas. A pesar de esto felizmente es uno de los derechos con que más resguardo se ha tratado de proteger, desde nuestra norma fundamental pasando por los pactos que gozan de esa misma jerarquía hasta leyes nacionales.

La libertad de prensa es uno de los derechos fundamentales de la vida democrática, en la medida que se cercene de la misma forma se acortarán las demás garantías constitucionales. Es el que nos permite llegar a decidir, ampliar nuestros conocimientos, saber la marcha política, económica y social de nuestro país. Aún así no puede ser ejercido en desmedro de otros derechos, entonces debe tener límites, pero éstos deben ser específicos y concretos.

¹ New York Times Co. Vs. Sullivan (373. U.S. 254, 271), cit. por EKMEKDJIAN, Miguel Angel- PIZZOLO Calogero (h), "Derecho a la Información", Depalma, 2da edición, 1996; BADENI, Gregorio, "Libertad de prensa", Abeledo Perrot, 2d edición, 1997; PIZARRO, Ramón D "La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi", JA 1997-III-616

² PIZARRO, Ramón D, "La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi", JA 1997-III-616

³ Constitución de la Nación Argentina, Art. 14: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...", Edición AZ, Buenos Aires, 7/1995, pag. 14

Constitución de la Nación Argentina, Art. 32: "El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal", Edición AZ, Buenos Aires, 7/1995, pag. 18

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. IV: "Toda persona tiene el derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio", en Constitución de la Nación Argentina, Edición AZ, Buenos Aires, 7/1995, pag. 163

Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 19: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión", en Constitución de la Nación Argentina, Edición AZ, Buenos Aires, 7/1995, pag. 174

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar fijadas por la ley... 3. No se puede restringir el derecho a la 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.", en Constitución de la Nación Argentina, Edición AZ, Buenos Aires, 7/1995, pag. 184

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Servini de Cubría, María R. s/ amparo 8/09/1992 "El Derecho" t. 149-265; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re "Dante A. Giadone c/ Morales Solá, Joaquín M. s/ injurias", 22/02/1995, JA 1995-IV-368

⁵ Linares Quintana, “Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado”, cit. por Marienhoff, Miguel S, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, 1997

⁶ ibidem, pag 8

⁷ ibidem, pag 8

⁸ ibidem, pag 8

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Ponzetti de Balbin, Indalia c/ Editorial Atlantida S. A., LL-1985-B-114

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Dante A. Giadone c/ Morales Solá, Joaquín M. s/ injurias”, 22/02/1995, JA 1995-IV-368

¹¹ <http://www.cidh.org/>

¹² Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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” en Constitución de la Nación Argentina, Edición AZ, Buenos Aires, 7/1995, pag. 184

¹³ New York Times Co. Vs. Sullivan (373. U.S. 254, 271), cit. por EKMEKDJIAN, Miguel Angel- PIZZOLO Calogero (h), “Derecho a la Información”, op. cit.; BADENI, Gregorio, “Libertad de prensa”, po cit. ; PIZARRO, Ramón D “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi”, op. cit

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Dante A. Giadone c/ Morales Solá, Joaquín M. s/ injurias”, 22/02/1995, JA 1995-IV-368

¹⁵ ibídem pag 14

¹⁶ ibídem pag 14

¹⁷ New York Times Co. Vs. Sullivan (373. U.S. 254, 271), cit. por EKMEKDJIAN, Miguel Angel- PIZZOLO Calogero (h), “Derecho a la Información”, op. cit.; BADENI, Gregorio, “Libertad de prensa”, po cit. ; PIZARRO, Ramón D “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi”, op. cit

¹⁸ ibídem pag 16

¹⁹ ibídem pag 16

²⁰ ibídem pag 16

²¹ ibídem pag 16

²² ibídem pag 16

²³ ibídem pag 16

²⁴ ibídem pag 16

²⁵ ibídem pag 16

²⁶ “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi”, op. cit

²⁷ CORTE SUPREMA JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Costa Hector R. c/ Municipalidad de la Capital y otros; 7/6/85 “La Ley” 1987-267

²⁸ “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi”, op. cit

²⁹ Código Civil, Libro segundo, sección primera, parte primera, título I, art. 512, edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 117

Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título I, art 902, edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 208

Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título IX, art 1109, edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 255

Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título IX, art 1107, edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 255

Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título IX, art 1113, edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 256

³⁰ “Derecho a la Información”, op. cit.; “Libertad de prensa”, op cit.

³¹ New York Times Co. Vs. Sullivan (373. U.S. 254, 271), cit. por EKMEKDJIAN, Miguel Angel- PIZZOLO Calogero (h), “Derecho a la Información”, op. cit.; BADENI, Gregorio, “Libertad de prensa”, po cit. ; PIZARRO, Ramón D “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi”, op. cit

³² “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi”, op. cit

³³ ibidem pag 22

³⁴ MORELO, Augusto Mario “¿Es prescindible la doctrina de la Real Malicia”, cit por ROMERO, Miguel A, “Libertad de prensa: La real malicia y el divorcio de la Corte con el derecho propio”, JA 1998-I-723

³⁵ RIBERA Julio C. (h), “La libertad de prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente”, LL-1985-B-114

³⁶ “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi”, op. cit

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Campillay, Julio C., c/ La Razón y otros, 15/5/86, “La Ley” 1986-C-411

³⁸ Código Penal, Libro segundo, título segundo, art 109, Edición Euros Editores, Buenos Aires, 5/2000, pag. 32

Código Penal, Libro segundo, título segundo, art 110, Edición Euros Editores, Buenos Aires, 5/2000, pag. 32

Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título IX, art 1109, edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 255

Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título IX, art 1071 B, edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 248

³⁹ “Libertad de prensa” op cit

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Campillay, Julio C., c/ La Razón y otros, 15/5/86, “La Ley” 1986-C-411

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Granada, Jorge H. c/ Diarios y Noticias S.A.” 26/10/1993, “La Ley” 1994-A-237

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Triacca, Alberto J. c/ Diario La Razón y otros” 26/10/1993, “La Ley” 1994-A-246; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Costa Hector R. c/ Municipalidad de la Capital y otros”; 7/6/85 “La Ley” 1987-267

⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Costa Hector R. c/ Municipalidad de la Capital y otros”; 7/6/85 “La Ley” 1987-267

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Triacca, Alberto J. c/ Diario La Razón y otros” 26/10/1993, “La Ley” 1994-A-246

⁴⁵ New York Times Co. Vs. Sullivan (373. U.S. 254, 271), cit. por EKMEKDJIAN, Miguel Angel- PIZZOLO Calogero (h), “Derecho a la Información”, op. cit.; BADENI, Gregorio, “Libertad de prensa”, op cit. ; PIZARRO, Ramón D “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi”, op. cit

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Costa Hector R. c/ Municipalidad de la Capital y otros”; 7/6/85 “La Ley” 1987-269

⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Triacca, Alberto J. c/ Diario La Razón y otros” 26/10/1993, “La Ley” 1994-A-246

⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Campillay, Julio C., c/ La Razón y otros, 15/5/86, “La Ley” 1986-C-411

⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Triacca, Alberto J. c/ Diario La Razón y otros” 26/10/1993, “La Ley” 1994-A-246

⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Campillay, Julio C., c/ La Razón y otros, 15/5/86, “La Ley” 1986-C-411

⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Espinosa c/ Herrera de Noble”, 27/10/94, “El Derecho” 30-III-1995

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Campillay, Julio C., c/ La Razón y otros, 15/5/86, “La Ley” 1986-C-411

⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Triacca, Alberto J. c/ Diario La Razón y otros” 26/10/1993, “La Ley” 1994-A-246

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ art 109 y 110 del CP”, 10/12/96, “JA” 1997-III-288

⁵⁵ New York Times Co. Vs. Sullivan (373. U.S. 254, 271), cit. por EKMEKDJIAN, Miguel Angel- PIZZOLO Calogero (h), “Derecho a la Información”, op. cit.; BADENI, Gregorio, “Libertad de prensa”, po cit. ; PIZARRO, Ramón D “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi”, op. cit

⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Triacca, Alberto J. c/ Diario La Razón y otros” 26/10/1993, “La Ley” 1994-A-246

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Granada, Jorge H. c/ Diarios y Noticias S.A.” 26/10/1993, “La Ley” 1994-A-237

⁵⁸ BIANCHI, Thomas Enrique, “La Doctrina Campillay”, “La Ley” 1997-B-1283

⁵⁹ “Libertad de prensa”, op cit.

⁶⁰ CÁMARA NACIONAL de APELACIONES en lo CIVIL (Sala A), in re “Vago, Antonio v. Ediciones de La Urraca SA. y otros”, 19/11/91, “La Ley” 1990-D-191

⁶¹ CÁMARA NACIONAL de APELACIONES en lo CIVIL (Sala A), in re “Vago, Antonio v. Ediciones de La Urraca SA. y otros”, 19/11/91, “La Ley” 1990-D-191

⁶² “Libertad de prensa” op. cit.

⁶³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala A), in re “Vago, Antonio v. Ediciones de La Urraca SA. y otros”, 19/11/91, “La Ley” 1990-D-191

⁶⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ art 109 y 110 del CP”, 10/12/96, “JA” 1997-III-288

⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ art 109 y 110 del CP”, 10/12/96, “JA” 1997-III-288

⁶⁶ Código Penal, libro segundo, título segundo, art 113

⁶⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Gesualdi, Dora M. v. Cooperativa Periodistas Independientes Ltda. y otros” 17/12/96, “La Ley” 1997-A-934

⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Campillay, Julio C., c/ La Razón y otros, 15/5/86, “La Ley” 1986-C-411

⁷⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Dante A. Giadone c/ Morales Solá, Joaquín M. s/ injurias”, 22/02/1995, JA 1995-IV-368

⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Dante A. Giadone c/ Morales Solá, Joaquín M. s/ injurias”, 22/02/1995, JA 1995-IV-368

⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Dante A. Giadone c/ Morales Solá, Joaquín M. s/ injurias”, 22/02/1995, JA 1995-IV-368

⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Campillay, Julio C., c/ La Razón y otros, 15/5/86, “La Ley” 1986-C-411

⁷⁴ Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título IX, art 1109, edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 255

Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título IX, art 1072, edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 248

⁷⁵ “Derecho a la Información”, op. cit

⁷⁶ Pacto San Jose de Costa Rica, art. 14: “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 reglamentadas 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 respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

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.”en Constitución de la Nación Argentina, Edición AZ, Buenos Aires, 7/1995, pag. 184

⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Ekmekdjian, Miguel Angel vs. Sofovich, Gerardo y otros, “07/07/1992”, JA 1992-II-1999

⁷⁸ BADENI, Gregorio, “ Secreto profesional y fuentes de la información periodística”, La Ley -1990-E-43

⁷⁹ Constitución Nacional, 43, 3º párrafo: “toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de finalidad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.” en Constitución de la Nación Argentina, Edición AZ, Buenos Aires, 7/1995, pag. 21

⁸⁰ Cámara Federal de San Martín, sala I, Gorriarán Merlo, Enrique H, 2/5/96, “La Ley” 1996-C-637

⁸¹ Miguel Angel Ekmekdjian, “El derecho al secreto de las fuentes de información”, La Ley 1997-C-667

⁸² Cámara Federal de San Martín, sala I, Gorriarán Merlo, Enrique H, 2/5/96, “La Ley” 1996-C-637

⁸³ Miguel Angel Ekmekdjian, “El derecho al secreto de las fuentes de información”, La Ley 1997-C-667

⁸⁴ New York Times Co. Vs. Sullivan (373. U.S. 254, 271), cit. por EKMEKDJIAN, Miguel Angel- PIZZOLO Calogero (h), “Derecho a la Información”, op. cit.; BADENI, Gregorio, “Libertad de prensa”, po cit. ; PIZARRO, Ramón D “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso Dora Gesualdi”, op. cit

⁸⁵ Constitución Nacional, art 43, 3 párrafo, op. cit.

⁸⁶ Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, sala 2, Incidente de Thomas Catán en autos 14829/2002, 26- 9- 2002 “JA” 2003-II-665

⁸⁷ Diario Página 12, “Judith Miller, ¿heroína o propagandista de Bush?,27/10/2005

⁸⁸ Constitución Nacional, art 43, op cit

⁸⁹ Constitución Nacional, art 43 op cit

⁹⁰ CORTE SUPREMA JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Bruno Arnaldo L. c/ La Nación SA”, 23/08/2001, “La Ley” 2001-E-644

⁹¹ “Libertad de prensa” op. cit

⁹² “Libertad de prensa” op. cit

⁹³ “Derecho a la Información” op cit

⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Servini de Cubría, María R. s/ amparo 8/09/1992 “El Derecho” t. 149-265

⁹⁵ DIARIO CLARÍN, “Arslanian dijo que el programa debía haberse emitido completo”,12/5/92

⁹⁶ “Derecho a la Información” op cit

⁹⁷ DIARIO PERFIL, “Fideicomiso contra la discriminación con la publicidad oficial”, 6/8/2006

⁹⁸ DIARIO CLARÍN, “Informe sobre publicidad oficial”, 27/9/2005

⁹⁹ IINFORME DE PODER CIUDADANO, cit. por Diario Clarin, en “Informe sobre la publicidad oficial”, 27/9/2005

¹⁰⁰ REVISTA NOTICIAS, entrevista a Elisa Carrio, 18/10/2003

¹⁰¹ DIARIO PERFIL, “El Grupo América no acepta publicidad oficial”, 15/03/2007

¹⁰² “Libertad de prensa” op. cit

¹⁰³ <http://www.cidh.org/>, opinión consultiva del gobierno de Costa Rica, 1985

¹⁰⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “SA La Nación s/ inf. Ley 11683, en Fallos 316: 2845, cit por Lexis Nexis N04-316vt083

¹⁰⁵ CÁMARA NACIONAL, CASACIÓN PENAL, sala 4, in re “Peyrú, Daniel O, y otro”, 7/9/99, “JA” 2000-IV-702

¹⁰⁶ CÁMARA NACIONAL CRIMINAL y CORRECCIONAL, sala 7, in re “ Goldman, Nestor s/ apelación”, 20/9/2005, Lexis N 35002758

¹⁰⁷ PELLET LASTRA, Arturo, “La libertad de expresión”, Abeledo Perrot, 2d edición, 1993

¹⁰⁸ RAFAEL BIELSA, en La Ley t. 97 cit por PELLET LASTRA, Arturo, “La libertad de expresión”, Abeledo Perrot, 2d edición, 1993

¹⁰⁹ BIDART CAMPOS, “Reflexiones sobre la libertad de prensa durante el estado de sitio”, El Derecho t. 31-457

¹¹⁰ ley 22285, sujetos: “los sujetos de derecho que según la ley integraren las categorías de titulares de licencia y/o permisionarios con autorización administrativa o judicial, y/o cualquier otra categoría de explotador de servicios de radiodifusión creada o a crearse en el futuro, y/o actuantes de servicios de radiodifusión, en cuanto hubieren transgredido las disposiciones legales y reglamentarias”.

¹¹¹ son las referidas a:

a) La instalación, funcionamiento y explotación de los Servicios de Radiodifusión.

b) Los contenidos de las emisiones: en este inciso se tomará en cuenta ya sea en los programas de radio y/o televisión la siguiente división:

1. Dentro del horario de protección al menor (de 08.00 hs. a 22.00 hs.)

2. Fuera del horario de protección al menor (de 22.00 hs. a 08.00 hs.).

Para ser considerado falta grave es necesario encontrarse con alguno de los incisos que menciona el art. 7 a saber:

a) La celebración de contratos por sí o por interpósita persona con estaciones o sistemas de radiodifusión que no cuenten con autorización legal para funcionar.

b) Las transmisiones efectuadas por adjudicatarios de servicios de radiodifusión sin la autorización de emisión correspondiente conferida expresamente por la autoridad de aplicación.

c) La modificación de los parámetros técnicos de emisión y/o emplazamiento de la planta transmisora, sin intervención de la autoridad competente y previa autorización expresa otorgada por el COMITE FEDERAL DE RADIODIFUSION o el PODER EJECUTIVO NACIONAL, según corresponda.

d) La falta de codificación de las señales de cada canal asignado en el caso de los sistemas autorizados para la emisión de señales radioeléctricas de televisión por codificación.

e) Las emisiones realizadas en las condiciones señaladas en el inciso c) del presente artículo cuando originen directa o indirectamente, interferencia sobre sistemas de radio aeronavegación, controles aéreos, comunicaciones de las fuerzas de seguridad y/o defensas civiles y/o bomberos voluntarios.

f) La constitución de redes privadas permanentes, sin la previa autorización del COMITE FEDERAL DE RADIODIFUSION, conforme a la reglamentación.

g) Obstaculizar o impedir las tareas de control a cargo del COMITE FEDERAL DE RADIODIFUSION o de la autoridad técnica pertinente.

En cambio el ámbito de las faltas referentes a los contenidos de las emisiones ya sea en televisión como en radio, pueden existir dos tipos de faltas: leves o graves, teniendo en cuenta el horario de protección al menor. De esta forma el art 8 dispone:

I - DE CARACTER GENERAL EN RADIO Y EN TELEVISION:

I.1. Se considerará Falta Leve

.1.1 - Dentro del Horario de Protección al Menor

a) La difusión de expresiones groseras o insultos emitidos de manera reiterada y/o que excedan el lenguaje de uso corriente y los mensajes que exalten la violencia y/o la promuevan.

b) La difusión de contenidos predominantemente eróticos presentados como eje central.

c) La difusión de contenidos sobre otras problemáticas adultas cuyos mensajes atenten contra la salud psíquica del destinatario menor de edad.

d) La difusión de contenidos de violencia explícita exhibida fuera de contexto y/o como recurso privilegiado de generación de impacto en el destinatario menor de edad.

I.2. Se considerará Falta Grave

I.2.1. Dentro y fuera del Horario de Protección al Menor

a) La difusión de mensajes discriminatorios y/o que constituyan ofensas manifiestas a las Instituciones Republicanas y/o a los Símbolos Patrios y/o a los valores del sistema democrático y/o a los sentimientos y/o principios sostenidos por los cultos religiosos reconocidos por el Estado Nacional.

b) La difusión de mensajes que exalten y/o induzcan el consumo de sustancias psicoactivas.

c) La difusión de mensajes publicitarios o promocionales de productos medicinales no autorizados por la autoridad competente (ANMAT) o de expendio sólo autorizado bajo receta.

d) La difusión de contenidos pornográficos.

e) La difusión de contenidos obscenos.

f) La difusión de contenidos de violencia extrema en todo su proceso y/o en forma reiterada.

g) La difusión de contenidos sobre otras problemáticas adultas a través de material previamente editado que enfatice lo truculento, lo sórdido o lo morboso.

h) La difusión de hechos y/o contenidos que expongan la identidad de menores involucrados en hechos delictivos.

I.2.2. Dentro del Horario de Protección al Menor

Tipificada en particular en la parte de televisión.

I.2.3. Fuera del Horario de Protección al Menor

a) La difusión de programas transmitidos "en vivo" con la participación activa de menores de DOCE (12) años.

II.- EN TELEVISION (Exclusivamente)

II.1 Se considerará Falta Leve

II.1.1 Dentro del Horario de Protección al Menor

a) La difusión de filmes "Sólo Aptos para Mayores de TRECE (13) Años" (con o sin calificación previa).

II.2. Se considerará Falta Grave

II.2.1. Dentro y fuera del Horario de Protección al Menor Tipificada en parte General

II.2.2. Dentro del Horario de Protección al Menor

a) La difusión de filmes "Sólo Aptos para Mayores de DIECISEIS (16) Años" y/o "Sólo Aptos para Mayores de DIECIOCHO (18) Años" y/o de exhibición condicionada (con o sin calificación previa).

II.2.3. Fuera del Horario de Protección al Menor

a) La difusión de filmes "Sólo Aptos para Mayores de DIECIOCHO (18) Años" y/o de exhibición condicional (con o sin calificación previa).

Cada una de estas faltas tiene como sanción una multa que varía de acuerdo al tipo de falta que se haya cometido, además se establece una escala que va desde un llamado de atención hasta la inhabilitación, pasando por el apercibimiento y la suspensión para aquellos que habitual u ocasionalmente anuncien, presenten o conduzcan, programas o mensajes publicitarios.

¹¹² CORTE SUPREMA JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re "Verrochi c/ Poder Ejecutivo Nacional", 18/8/99, "La Ley" 2000-A-223

¹¹³ CORTE SUPREMA JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re "Risolia de Ocampo c/ Poder Ejecutivo Nacional", 2/8/2002, "La Ley" 2003-A-118

¹¹⁴ Decreto N 1214/03

¹¹⁵ MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de derecho Administrativo", Abeledo Perrot, 1997

¹¹⁶ TOMAS Jofré, "El Código penal de 1922", pag. 219, cit. por MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Abeledo Perrot, ítem 1584, 1997

¹¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Fallos, Tomo 167 pag138-139, in re "Procurador Fiscal contra el director del diario La Provincia, por infracción del art. 209, del Código Penal, sentencia del 23/12/1932

¹¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Fallos, Tomo 167 pag138-139, in re “Procurador Fiscal contra el director del diario La Provincia, por infracción del art. 209, del Código Penal, sentencia del 23/12/1932

¹¹⁹ CONSTITUCIÓN NACIONAL, art 19: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados” en Constitución de la Nación Argentina, Edición AZ, Buenos Aires, 7/1995, pag. 16

¹²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Menem, Carlos c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, JA 1998-II-181

¹²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Ponzetti de Baulbin, Indalia y otro c/ Editorial Atlantida S.A.”, 11/12/86, El Derecho t. 112-239

¹²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Ponzetti de Baulbin, Indalia y otro c/ Editorial Atlantida S.A.”, 11/12/86, El Derecho t. 112-239

¹²³ Constitución Nacional, art 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...”. Art. 19: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Art. 33: “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”, en en Constitución de la Nación Argentina, Edición AZ, Buenos Aires, 7/1995, pag. 18

¹²⁴ Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título IX, art 1071 B

¹²⁵ Código Penal, Libro segundo, título segundo, art 109 a 117, Edición Euros Editores, Buenos Aires, 5/2000, pag. 32/33

¹²⁶ Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título IX, art 1089, edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 250

¹²⁷ Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título IX, art 1072, edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 248

Código Civil, Libro segundo, sección segunda, título IX, art 1109 edición AZ, Buenos Aires, 2/1997, pag. 255

Bibliografía

a) General

BADENI, Gregorio, "Libertad de prensa", Abeledo Perrot, 2d edición, 1997

BARRA, Rodolfo Carlos, "La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema", LL 1994-B-1139, en esp. n. 1, p. 1140.

BIANHCHI, Enrique Tomas, "La doctrina Campillay", LL-1997-B-1283

BRUN, Carlos A; El derecho al honor, la libertad de prensa y la doctrina de la "real malicia", JA 1997-III-608

EKMEDJIAN, Miguel Angel- Pizzolo Calogero (h), "Derecho a la Información", Depalma, 2da edición, 1996

PELLET LASTRA, Arturo, "La libertad de expresión", Abeledo Perrot, 2d edición, 1993

PIZARRO, Ramón D.; La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, JA 1997-III-616

RIBERA Julio C. (h), "La libertad de prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente", LL-1985-B-114

b) Especial

BADENI, Gregorio, " Secreto profesional y fuentes de la información periodística", La Ley -1990-E-43

BIDART CAMPOS, German J., "El derecho a la intimidad y la libertad de prensa", El Derecho T 112-239

BIDART CAMPOS, German J., “Reflexiones sobre la libertad de prensa durante el estado de sitio”, El Derecho T. 31-456 Bruno Arnaldo L. c/ La Nacion SA; LL 2991 E-642

CÁMARA FEDERAL de SAN MARTÍN, SALA I, Gorriarán Merlo, Enrique H, 2/5/96, “La Ley” 1996-C-637

CÁMARA NACIONAL, CASACIÓN PENAL, sala 4, in re “Peyrú, Daniel O, y otro”, 7/9/99, “JA” 2000-IV-702

CÁMARA NACIONAL CRIMINAL y CORRECCIONAL, sala 7, in re “Goldman, Nestor s/ apelación”, 20/9/2005, Lexis N 35002758

CÁMARA NACIONAL CRIMINAL y CORRECCIONAL FEDERAL, sala 2, Incidente de Thomas Catán en autos 14829/2002, 26- 9- 2002 “JA” 2003-II-665

CÁMARA NACIONAL de APELACIONES en lo CIVIL (Sala A), in re “Vago, Antonio v. Ediciones de La Urraca SA. y otros”, 19/11/91, “La Ley” 1990-D-191

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ art 109 y 110 del CP”, 10/12/96, “JA” 1997-III-288

CORTE SUPREMA JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Bruno Arnaldo L. c/ La Nación SA”, 23/08/2001, “La Ley” 2001-E-644

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Campillay, Julio C., c/ La Razón y otros, 15/5/86, “La Ley” 1986-C-411

CORTE SUPREMA JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Costa Hector R. c/ Municipalidad de la Capital y otros; 7/6/85 “La Ley” 1987-267

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Dante A. Giadone c/ Morales Solá, Joaquín M. s/ injurias”, 22/02/1995, JA 1995-IV-368

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Ekmekdjian, Miguel Angel vs. Sofovich, Gerardo y otros, “07/07/1992”, JA 1992-II-1999

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Espinosa c/ Herrera de Noble”, 27/10/94, “El Derecho” 30-III-1995

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Gesualdi, Dora M. v. Cooperativa Periodistas Independientes Ltda. y otros” 17/12/96, “La Ley” 1997-A-934

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Granada, Jorge H. c/ Diarios y Noticias S.A.” 26/10/1993, “La Ley” 1994-A-237

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Menem, Carlos c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, JA 1998-II-181

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Ponzetti de Balbin, Indalia c/ Editorial Atlantida S. A.”, LL-1985-B-114

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “Triacca, Alberto J. c/ Diario La Razón y otros” 26/10/1993, “La Ley” 1994-A-246

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re “SA La Nación s/ inf. Ley 11683, en Fallos 316: 2845, cit por Lexis Nexis N04-316vt083

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Servini de Cubría, María R. s/ amparo 8/09/1992 “El Derecho” t. 149-265

CAMPOS Carlos E., “Periodismo, cámara oculta y prueba ilícita”, J.A. 2001-II-788

DIARIO Clarín, "Ratificaron la validez de la cámara oculta", 5/01/2006

DIARIO Clarin, 12/05/1992

EKMEKDJIAN, Miguel Angel, "En torno a la libertad de expresión, los programas humorísticos, las censuras previas, las injurias y otras yerbas", El Derecho-149-245

RIBERA Julio C. (h), "La tutela constitucional del secreto de las fuentes de información periodística (con motivo de la causa "Thomas Catán"), JA-2003-II-665

INDICE ANALÍTICO GENERAL

Resumen.....	3
--------------	---

Capítulo 1

FUNDAMENTACIÓN

1.Fundamentación.....	5
2.Noción de Libertad de prensa.....	8
3.Encuadre Normativo.....	10
4.La libertad de pensamiento.....	12
5.La existencia de la prensa.....	12

Capítulo 2

LA REAL MALICIA

1.Doctrina de la real malicia. Introducción.....	13
2.Derecho comparado.....	16
3.Oposición a la aplicación de la doctrina de la real malicia en el derecho argentino.....	19
4.Otras opiniones contrarias a la utilización de la doctrina de la real malicia.....	23
5.Evolución de la doctrina en la jurisprudencia nacional.	
5.1.Caso Campillay.....	24
5.2.Caso “Granada”: la identificación de la fuente.....	28
5.3.Casos “Triacca” y “Costa”: la protección del honor de	

personalidades públicas y de los simples particulares.....	29
5.4.Funcionarios públicos y particulares:	
diferencia en el grado de la culpa para la obtención de la reparación pecuniaria.....	30
5.5.Caso “Triacca”: publicar solo lo expresado por la fuente.....	32
5.6.Caso “Espinosa c/ Herrera de Noble”: el no respeto a la fuente.....	33
5.7.Elementos actuales de la real malicia en la jurisprudencia argentina.....	33
5.8.Caso “Vago c/ Ediciones de la Urraca”: clasificación y concepto de información inexacta.....	37
5.9.Calidad de la fuente generadora.....	38
5.10.Ámbito penal.....	39
5.11.Veracidad.....	40
5.12.Factor de atribución.....	41
5.13.Carga de la prueba.....	42
5.14.Carta de lectores.....	44
6.Derecho a réplica.....	45
7.Secretos profesional y la relación con la posibilidad de acceso a las fuentes de información.....	46
7.1.Presa por no revelar las fuentes de información.....	57
7.2.La relación con la real malicia en la jurisprudencia argentina.....	54
8. Conclusión.....	55

Capítulo 3

LA CENSURA

1.La censura en la libertad de imprenta o de prensa.....	56
2. Historia de la censura.....	58
2.1-La censura en Argentina.....	60
3. Algunas restricciones.....	61

4. Censura Judicial.....	62
5. Censura material.....	67
6. Restricciones administrativas a la libertad de prensa.....	73
6.1-Clausura por faltas impositivas.....	75
7. Cámara oculta.....	77
8.Estado de sitio.....	82
9.Análisis de las faltas impuestas por el COMFER.....	85
10.Críticas a esta reforma.....	87
11.Delitos de imprenta.....	92
12.Conclusión.....	95

Capítulo 4

INTIMIDAD Y EL DERECHO AL HONOR EN LA LIBERTAD DE PRENSA

1.El balance de la libertad de prensa y el derecho de la intimidad.....	96
2. El derecho al honor.	101
3. Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión.....	102
Conclusión final.....	104
Propuesta.....	107
Citas bibliográficas.....	109
Bibliografía.....	119