

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

Los magistrados integrantes de la Sala H, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en lo que interesa a los fines de este dictamen, confirmaron la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por los actores contra la Nación S.A. (v. fs. 1057/1072 vta.; 948/973 del expediente principal, al que me referiré salvo aclaración en contrario).

Para así decidir, señalaron que la condena de Primera Instancia se sustenta de manera indubitada en la opinión intelectual vertida en el editorial del medio de prensa del día 19 de octubre de 1998 -pág.16-, titulado "Transparencia de peritajes forenses", único que, por su parte, consideraron injurioso. Dijeron que el diario, para eximirse de responsabilidad por la publicación a su cargo, debió acreditar que el juzgador apreció en forma errónea el carácter desprestigiante del mencionado editorial, premisa que lo llevó a admitir la acción en su contra.

Ninguna crítica formuló la apelante, a juicio de los magistrados de la Sala, acerca de la apreciación al respecto de la anterior instancia, circunstancia que los llevó a decidir que ha consentido los extremos allí enunciados, es decir, que aceptó que la publicación del día 19 de octubre de 1998, desprestigió al Cuerpo Médico Forense y a los actores que formaban parte de él, y que el periódico emitió en sus líneas un juicio de valor de carácter subjetivo y apresurado.

A todo evento, respondieron el planteo donde la recurrente -aún sin aludir específicamente al editorial que motivó su condena- adujo que, de haberse incurrido en un error no intencionado, es de aplicación la doctrina de la "real

malicia" (fs.1037). Señalaron al respecto -sustentando su argumento en doctrina nacional y en precedentes del Tribunal-, que adhieren al criterio de aquellos que sostienen que en el caso de opiniones, críticas o ideas, no corresponde aplicar dicho estándar jurisprudencial. Sólo cuando se trata de la afirmación de hechos -juzgaron- es posible sostener un deber de veracidad como el que subyace al estándar referido, pues respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturas, dada su condición abstracta, no es posible predicar verdad o falsedad. Añadieron que, a diferencia de lo que ocurre en el fuero penal, no resulta necesario que el ofensor actúe con la intención de agraviar o injuriar, pues la obligación de reparar no exige necesariamente el dolo, siendo suficiente que se verifique la existencia de una conducta culposa.

Fuera de ello, entendieron que el juez de grado no formuló ningún reproche al matutino en virtud de los títulos, subtítulos y contenido de las notas, ni fundó la condena en razón de un exceso que se verificara en las restantes publicaciones, con excepción del editorial. Destacaron, además, que la evaluación del juez acerca de lo que los demandantes denominaron "campaña periodística", entre el origen, el desarrollo y la eventual desproporción con el desenlace de la causa, se ponderó a los fines de la publicación de la sentencia que pidieron los actores (v. fs. 972 vta. punto 3°), extremo éste que no mereció agravio por parte de la accionada.

-II-

Contra este pronunciamiento "S. A. La Nación", interpuso el recurso extraordinario de fs. 1075/1108, cuya denegatoria de fs. 1124, motiva la presente queja.

Alega que la sentencia incurre en el equívoco de

Procuración General de la Nación

subordinar dogmáticamente el derecho a la libertad de expresión al de igual raigambre al honor y a la intimidad (arts. 14, 19 y cctes. de la Constitución Nacional), sin dar razón valedera, dejando expresamente de lado la doctrina de la real malicia.

Reprocha un notorio apartamiento de las constancias de la causa, atento a que el Juez de Primera Instancia condenó a "La Nación" por considerar que estaba realizando una "campana" -que, según el magistrado, se fundó en los titulares que se emplearon, y en la ubicación y tamaño que se les dio a los mismos-, y por el editorial del 19 de octubre de 1998; pero no solamente por este último, como erróneamente -dicese- aseveró la Alzada. Bajo esa circunstancia -añade- fue que su parte, al momento de expresar sus agravios, puso énfasis en tratar de demostrar no sólo la veracidad del contenido de las notas periodísticas publicadas, sino también de los títulos y subtítulos contenidos en ellas. La cuestión relacionada a la doctrina de la real malicia -expresa más adelante- se dejó planteada desde la contestación de la demanda, sobre todas las notas publicadas, incluyendo el editorial cuestionado, al cual es de aplicación la jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sostiene que se ha efectuado una equivocada interpretación de los alcances de esta doctrina y, luego de discutir sobre sus orígenes, su significado y su incorporación a la jurisprudencia de la Corte, aduce que la sentencia se funda en afirmaciones dogmáticas, pues la nota editorial en cuestión no era un simple artículo de opinión, ya que existen editoriales de muy alto contenido informativo, es decir, que consisten casi enteramente en la reproducción resumida de información ya publicada, como es la nota del 19 de octubre de 1998.

Analiza luego dicho editorial, tratando de explicar la información que contienen sus párrafos, a fin de aseverar que la nota reproduce información o emite opinión basada en los elementos conocidos hasta ese momento, es decir que combina la opinión con la información disponible. En ese marco, tacha de dogmáticas las aseveraciones de la Alzada por no haber tenido en cuenta el contenido hermenéutico del editorial, a saber, su mayor contenido de información, antecedente que -según la apelante- deja sustentado el fallo en un fundamento sólo aparente, llevándolo al terreno de la arbitrariedad.

-III-

En primer lugar, estimo que existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del inciso 3º de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional, y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en aquéllas. Corresponde, asimismo, tratar en forma conjunta los agravios relativos a la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento en la consideración de argumentos planteados en la causa, así como en la interpretación de la doctrina de V.E., pues a ello se imputa la directa violación de los derechos constitucionales invocados, guardando, en consecuencia, ambos aspectos, estrecha conexidad entre sí (conf. Fallos: 325:50; 326:4931; 327:943, 3536, entre muchos otros).

-IV-

La respuesta al primer agravio -es decir, la supuesta asignación errónea de la prelación entre el derecho al honor y la libertad de prensa- surgirá por sí sola luego de la

Procuración General de la Nación

consideración de los problemas jurídicos que plantea, en este expediente, la colisión de estos dos intereses. Ciertamente cuál de los derechos es más importante y cómo debe resultar protegido cada uno es algo que no puede contestarse en abstracto sin la consideración de cómo compiten específicamente en un caso concreto. En este contexto, además, las reglas que la doctrina y la jurisprudencia han ido estableciendo a lo largo de los años y que serán evaluadas aquí (por ejemplo, la extrema libertad en materia de expresión de opiniones, la regla de la real malicia respecto a las afirmaciones sobre circunstancias de hecho) son las que contribuyen a resolver cómo deben armonizarse estos dos derechos. En suma, la respuesta al primer agravio del recurrente será el resultado del análisis de cómo, a través de reglas ya existentes en el sistema, deben compatibilizarse el derecho al honor y la reparación de sus eventuales daños y los derechos a la libertad de prensa, de expresión y de información.

-V-

En lo que respecta al segundo agravio, no se comprende con exactitud cuál es el perjuicio que le ocasiona al peticionante el supuesto apartamiento de las constancias del expediente. En efecto, en caso de que fuera cierto que el Juez de Primera Instancia condenó al diario por una serie de notas y no sólo por el editorial mencionado, lo cierto es que en todo caso la sentencia de Cámara al menos restringió el universo de hechos que merecerían reparación civil a uno sólo; y en cualquier caso, ese sólo hecho también había formado parte, explícita e indudablemente, de lo que el Juez de Primera Instancia había considerado lesivo del honor y generador del deber de reparar.

Por lo tanto, el agravio no alcanza a fundamentar,

ni expresa de manera clara, cuál es el perjuicio que, en todo caso, de verificarse el supuesto apartamiento de las constancias del expediente, le provocaría al recurrente, toda vez que lo que se observa es la disminución a uno del cúmulo de hechos por los que se debe responder, y no su ampliación. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión de la Cámara al haber restringido el objeto de la litis a una única publicación (el editorial del 19 de octubre de 1998) resulte en la consideración sorpresiva de un hecho sobre el cual no existió posibilidad de defensa.

Tal como lo sostiene la doctrina de V.E. no hay agravio a la defensa en juicio si el pronunciamiento del Tribunal versa sobre hechos que en todo momento integraron la litis aun cuando la Cámara modifique la aceptada en las precedentes instancias (Fallos: 186:297; 242:227; 242:456; 315:2969) y, satisfecha esa existencia, no existe afectación alguna de los preceptos constitucionales (Fallos: 310:2094).

-VI-

Establecido lo anterior, ingresaré en lo que considero es el fondo de la cuestión.

En los casos en los que una persona demanda a otra por la publicación de manifestaciones por medio de la prensa que considera en términos generales lesivas para su dignidad, entran en colisión, como es lógico, el derecho a la construcción de la propia identidad sin lesiones al honor, y el derecho a publicar, expresarse e informar por medio de la prensa. Correspondientemente también entra en juego, frente al valor de la libertad de manifestarse por la prensa sobre materias de interés público, el derecho general a ser informado del desarrollo de temas concernientes al manejo de la República, aunque esto, claro está, no agota de por sí el campo de las

Procuración General de la Nación

materias de las cuales existe un derecho general a conocer.

En este contexto existe ya un conjunto de reglas bien establecidas por la doctrina y la jurisprudencia -en parte construidas por V.E.- que determinan, según distintas circunstancias, cómo deben compatibilizarse estos dos intereses. A lo largo de este dictamen, se afirmará, según criterios de racionalidad y conveniencia de configuración política, cuál es el derecho que debe ceder según el caso. A veces, al lesionado en su honor le corresponde el deber de soportar esa eventual agresión, porque el sistema considera más valioso proteger un margen amplio de libertad de expresión que el honor individual; otras veces, la libertad de expresión encuentra el límite cuando no parece existir ningún provecho social en la persistencia irreparable de una lesión al honor. Sobre estas reglas, sus dificultades y especialmente, sobre cuáles deben aplicarse al caso tratará, en lo que sigue, el presente dictamen.

-VII-

La distinción fundamental en la materia fue construida por V.E. a través de una serie de precedentes. Esta distinción básica consiste en la determinación de que las manifestaciones o publicaciones que sean fundamentalmente opiniones, críticas y pensamientos referidos a cuestiones públicas, no pueden ser limitadas prácticamente en modo alguno. Lo esencial de la distinción radica, no tanto en que los enunciados formulados sean opiniones, sino en que no contengan afirmaciones sobre hechos, es decir, que no describan la ocurrencia de circunstancias fácticas.

La racionalidad de esta regla es clara e indiscutible: la crítica, la discusión de ideas en tanto no implique la atribución de hechos a otra persona, no puede tener límites,

ya que ello impediría la existencia de un proceso de discusión indispensable para el mejoramiento del manejo de las cuestiones públicas.

Los estándares que se han ido fijando a lo largo de los años son radicalmente diferentes, en cambio, cuando las manifestaciones hechas a través de la prensa contienen la afirmación del acaecimiento de hechos en la realidad, es decir, cuando afirman la existencia de alguna circunstancia fáctica ocurrida y, claro está, la mera ocurrencia de esa circunstancia puede resultar lesiva para el honor de alguien. En esos casos, se ha desarrollado la doctrina de la real malicia. Más adelante me referiré al contenido y fundamento de esa regla; por ahora, basta decir que la regla contempla la existencia de casos en los que, a pesar de que se ha formulado una afirmación de hecho falsa y lesiva del honor, no surge -en contra de lo que las reglas generales sobre el derecho de daños parecerían indicar- una obligación de reparar.

Entonces, a los efectos de dilucidar la procedencia del recurso sub examine lo fundamental es determinar en primer lugar -y con ello se decide lo central del agravio del recurrente- si las manifestaciones vertidas en el editorial del diario La Nación del 19 de octubre de 1998 contienen afirmaciones de hecho y, por lo tanto, tal como argumenta el recurrente, deben estar sujetas a las reglas de la "real malicia".

-VIII-

V.E. ha establecido en diferentes precedentes que era posible (además de resultar necesario) distinguir entre la expresión de informaciones y opiniones. Sólo respecto de las informaciones (falsas, habría que agregar) puede aplicarse la doctrina de la real malicia; respecto de las opiniones, ideas,

Procuración General de la Nación

juicios de valor, juicios hipotéticos y conjeturas, en tanto no podría ser predicada respecto de ellas verdad o falsedad, no procede un test que consiste, justamente, en probar si una falsedad fue afirmada con conocimiento de esa condición. Esta doctrina ha sido afirmada, entre otros precedentes, de manera explícita en los votos de los jueces Petracchi y Bossert, en Fallos: 321:2558, considerando 9. También en el precedente registrado en Fallos: 321:2848, V.E. sostuvo que las opiniones son enunciados que, por definición, no contienen afirmaciones fácticas ni son verdaderos ni falsos.

La constatación de que una manifestación es puramente una opinión y no la aseveración falsa acerca de circunstancias fácticas es fundamental porque, también como ha sostenido V.E., las opiniones sobre cuestiones públicas no pueden ser limitadas casi de ninguna manera. Últimamente, en el precedente *Cancela v. Artear* (registrado en Fallos: 321:2637) V.E. reiteró que las críticas a la función pública no pueden generar responsabilidad sin importar que hayan sido formuladas "en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes", agregando que ello era así "siempre que se encuentren ordenadas al justificable fin del control de los actos de gobierno".

Esa concepción, relativa a la expresión de meras ideas u opiniones, apareció en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, quizás por primera vez, en la disidencia del jurista Oliver Wendell Holmes en *Abrams v. United States*. (250 U.S. 616). La fundamentación de Holmes rememora los fundamentos dados por John Stuart Mill en *Sobre la libertad* acerca del valor y la utilidad social de una amplia libertad de pensamiento, discusión y opinión. Según Holmes, la expresión de ideas y opiniones no puede ser limitada en ninguna medida, porque la mejor manera de alcanzar el bien es

someter las ideas a la competencia libre del mercado para determinar cuál es verdadera. Según la interpretación corriente, otro importante precedente de la Corte Suprema estadounidense en la materia, *Gertz v. Welch* (418 US. 323), incluyó no sólo la doctrina relativa al valor de la libre competencia de ideas en el mercado para la determinación de cuál es correcta, sino que estableció además que esta fundamentación no era aplicable a la afirmación de hechos falsos. Es decir, mientras que las opiniones e ideas no pueden ser limitadas por ningún motivo, porque no puede descartarse antes de su discusión que una concepción sea correcta, no puede decirse lo mismo de las afirmaciones de hechos que, comprobadamente, no se corresponden con la realidad. Al menos han de existir casos en los que no pueda encontrarse ningún valor intrínseco en la afirmación de una falsedad.

Sin embargo, como es de suponerse, el hallazgo de un criterio de distinción entre opiniones e informaciones ha permanecido, hasta el momento, esquivo, al menos en el ámbito de la administración de justicia. Sin dudas se trata de una distinción cuyo estudio profundo probablemente sea materia de la lingüística y la filosofía; pero la eventual aplicación por parte de los tribunales de un criterio elaborado por estas disciplinas sería probablemente impracticable. Los intentos producidos en la jurisprudencia, hasta ahora, han dejado una sensación de desazón. Un ensayo célebre en esta materia consistió en el test elaborado en 1984 por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, en el fallo *Ollman v. Evans* (750 F.2d 970). Sin embargo, este test, que proponía cuatro comprobaciones, con las que se pretendía tener en cuenta "la totalidad de las circunstancias" para llegar a la distinción, ha sido paulatinamente abandonado por la jurisprudencia; el entendimiento común de la materia señala al fallo de la Corte

Procuración General de la Nación

Suprema Milkovich v. Lorain Journal Co (497 U.S. 110) como conteniendo un rechazo definitivo de esta forma de análisis elaborada en el fallo Ollman. Sea como fuera, el precedente Milkovich contiene a su vez otro estándar bastante indeterminado, cuyo centro pareciera consistir en dilucidar si, lo que parece una opinión, connota también una afirmación de hecho probablemente falsa; en todo caso, se trata también de averiguar si un intérprete razonable concluiría que el enunciado implica la afirmación de un hecho. Por lo demás, no puede dejar de señalarse que los ensayos de criterios de distinción y la literatura sobre ellos es inabarcable, casi tanto como el escepticismo que domina en la materia (Conf. Jeffrey Kirchmeier, *The Illusion of the Fact-Opinion Distinction in Defamation Law*, en *Case Western Reserve Law Review*, 1988/1989, p. 867 y ss.).

El criterio más fuerte ideado hasta ahora por V.E. para distinguir entre enunciados sobre hechos y opiniones es verificar si es posible predicar, respecto del enunciado, verdad o falsedad. Si la respuesta es afirmativa, se trataría entonces de un enunciado sobre hechos. El criterio de la posibilidad de distinguir tipos de enunciados según pueda aplicárseles ciertos predicados podría, sin embargo, no ser del todo correcto, como surge de alguna literatura en relación a la materia (Conf. por ejemplo, Searle, *Austin on Locutionary and Illocutionary Acts*, en *The Philosophical Review*, Vol. 77 No. 4, 1968, p. 405 y ss., p. 406 y Greenawalt, *Speech and Crime*, en *American Bar Foundation Research Journal*, 1980, p. 645 y ss., p. 675 a 679).

Si bien no debe renunciarse a la posibilidad de encontrar un criterio apto, por las razones que se verán más adelante, no resulta necesario para la resolución de este expediente el encontrar un criterio que trace con precisión

todas las distinciones posibles. En efecto, de la consideración total del problema de este caso, como devendrá claro sólo luego de finalizado el análisis, resulta que no puede afirmarse, según ninguna de las alternativas, el deber de responder del demandado. Sin embargo, es pertinente distinguir -aunque no resulte decisivo en este especial caso- si el editorial en cuestión expresaba afirmaciones de hechos u opiniones y para ello no puede sino formularse algún criterio. Tampoco el caso es, como se verá, de los que presentan un grado demasiado elevado de complejidad en lo relativo a la distinción y, por ello, no es necesario aquí profundizar en el punto.

En lo personal soy escéptico acerca de la posibilidad de formular un criterio decisivo que, sobre todo, tenga aplicación práctica y no consista en una intrincada construcción lógica. En mi opinión, sólo puede ofrecerse un criterio lábil como el que se enunciará brevemente. Debe considerarse que un enunciado contiene la afirmación de una circunstancia de hecho si del contexto del enunciado mismo puede identificarse la ocurrencia de un hecho histórico, aunque la determinación de éste no incluya una precisión que lo identifique conforme a sus circunstancias de tiempo, lugar y modalidad. Por ejemplo, el epíteto "corrupto" podría ser sólo eso, un calificativo sin ulteriores referencias, pero si del contexto de los enunciados surge una referencia a algún acto de corrupción en particular, aunque no esté precisado, se tratará de una afirmación sobre un hecho y no en una mera descripción de una característica de la personalidad.

En este caso, la sección en la que apareció la publicación (como editorial del diario) y el tono crítico que domina el escrito no deben llevar a la conclusión apresurada de que se trató de una mera opinión. Estas formas accidenta-

Procuración General de la Nación

les, como algunas otras que no se verifican aquí, pero que vale la pena mencionar -por ejemplo, el disfraz de informaciones de hechos bajo el ropaje de opiniones (sobre ello, frecuentemente se cita la opinión del Juez Friendly en el precedente Cianci v. New Times Publishing Company, 639 F.2d 54)- no pueden llevar confusión.

En efecto, las afirmaciones relativas a la existencia de una cierta forma de estructura ilegal en el ámbito forense, que intenta disimular y encubrir y la atribución de falseamiento de la verdad mediante la confección de dictámenes, contienen sin dudas aserciones de hecho aunque la nota misma no sitúe con precisión cuándo se produjeron los encubrimientos, disimulos, falseamientos de dictámenes y en qué consiste la estructura ilegal. Quizás habría que incluir en el análisis el contexto conformado por diversas notas previas provenientes del mismo medio periodístico que, si bien no pertenece a la misma editorial, sirven para determinar el contenido de esas afirmaciones. Si ello es tenido en cuenta, es evidente que, en el caso, esas afirmaciones del editorial corresponden a hechos claramente identificados en el contexto mayor que rodeaba a la publicación del editorial en cuestión. En suma, resulta indudable a mi criterio que el editorial contenía afirmaciones sobre hechos.

-IX-

Establecido lo anterior, corresponde entonces dilucidar cuál es el resultado de la aplicación de la regla de la "real malicia" a este caso, tal como lo solicitó el apelante. Pero, además de ello, debe determinarse fundamentalmente en qué medida el fallo recurrido, más allá de declarar explícitamente que el caso no debía estar regido por esa doctrina, aplicó reglas que -independientemente del nombre con la que se

designen- son incompatibles con la protección necesaria al derecho a la libertad de prensa establecidas y cristalizadas en la doctrina de la real malicia.

En relación a ello, lo primero que corresponde corroborar es que el fallo recurrido sostuvo que la libertad de prensa, a pesar de su posición relevante dentro del sistema constitucional, no configuraría una garantía hegemónica respecto de todos los otros derechos tutelados; correspondientemente, en el caso, toda vez que estaría comprobado un daño (al honor, cabe entender), éste debería ser indemnizado conforme a los principios generales de la responsabilidad civil (conf. fs. 35 de cuaderno de queja). Contra ello debo decir sin embargo que es exactamente lo contrario a lo establecido por la doctrina de la real malicia, la cual, como ya se afirmó precedentemente, resulta aplicable al caso en razón del tipo de enunciados contenidos en la nota editorial destacada. Precisamente, la doctrina de la real malicia es una ponderación (receptada y sostenida por V.E.) de los intereses del honor y la libertad de prensa, que consiste en establecer que las reglas del derecho civil de daños no se aplican, aunque haya existido un daño efectivo al honor, si esa aplicación puede perjudicar el margen del ejercicio futuro de la libertad de prensa.

Es necesario entonces, sin dudas, extenderse en la explicación del contenido de la doctrina de la real malicia.

Tal como es sabido, se reconoce el origen de la regla de la real malicia, en su versión actual, en el célebre fallo de la Suprema Corte de Estados Unidos *New York Times vs. Sullivan* (376 U.S. 254). En ese fallo, la Corte Suprema estadounidense resolvió el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en virtud de razones más bien propias de diseño de política constitucional. La ideología que

Procuración General de la Nación

guió a la Corte en ese entonces consistió, básicamente, en juzgar preferible proteger un amplio margen de libertad de expresión, aun cuando ello pudiera redundar, en casos concretos, en la lesión efectiva del honor de algún ciudadano en particular. En esencia, el mecanismo que eligió la Corte consistió en desplazar la aplicación de las leyes comunes que regían los casos de indemnización por lesiones al honor, en virtud de la superioridad del interés constitucional. Como se puede ya ir apreciando, una doctrina contraria a la sentada por el fallo apelado en esta instancia extraordinaria.

Resumidamente, la situación ante la que se encontró la Corte estadounidense consistía en que las leyes de un Estado (Alabama) consideraban que una publicación podía ser categorizada como un "libelo per se" si su texto tendía a lesionar a una persona en su reputación o a someterla al desprecio público. Importa relatar aquí, además, por la estrecha relación que ello tiene con nuestro caso, que el tribunal de primera instancia había interpretado que la categoría de libelo era aplicable a los casos en los que la publicación imputaba una conducta reprochable en el ejercicio de un cargo, o una conducta carente de integridad funcional o de fidelidad a la confianza pública. Finalmente, la ley de Alabama disponía que, una vez comprobados esos extremos, al demandado sólo le quedaba la defensa de convencer al jurado de que los hechos relatados eran verdaderos en todos sus detalles. Si no lo hacía, se presumía además que el daño estaba configurado, sin necesidad por parte de la persona ofendida de demostrar que la publicación le ocasionó un perjuicio pecuniario. Si el demandante lograba probar que el demandado había actuado con real malicia, ello podía conducir a obtención de un plus de dinero en concepto de daños punitivos.

La Corte Suprema estadounidense condenó este diseño

legal, comparando sus efectos con los que habría tenido una ley penal de 1798 que prohibía la publicación de críticas maliciosas o escandalosas contra el gobierno o el congreso estadounidense. Según la Corte, lo que el estado no puede llevar a cabo constitucionalmente por medio de una ley penal está también fuera del alcance de la ley civil sobre publicaciones lesivas para el honor. El temor de tener que pagar daños en razón de una ley como la de Alabama podrían ser remarcadamente más inhibitorias que el miedo a una persecución penal. Y, para la Corte, el efecto intimidatorio constituyó el núcleo del razonamiento.

La Corte argumentó que, en cualquier caso, e independientemente de si un periódico puede sobrevivir o no una sucesión de tales condenas, el manto de temor y timidez impuesto sobre aquellos que habrían de dar voz a la crítica pública es una atmósfera en la cual las libertades de la primera enmienda (en lo que aquí importa, la Primera Enmienda consagra la prohibición al Congreso de restringir las libertades de expresión y de prensa) no pueden sobrevivir. La ley estatal en cuestión no alcanzaba a legitimarse sólo con permitir la defensa de la verdad.

En definitiva, lo que la Corte intentó hacer, **fue establecer una regla mediante la cual se proteja la cantidad más amplia de libertad de expresión posible aun cuando se tuviera que soportar el costo de que, en ciertos casos, afirmaciones falsas quedaran sin ser indemnizadas.**

Para lograr ese objetivo recurrió a un **estándar subjetivo** cuya carga de la prueba, además, estaba en principio en cabeza del demandado. **Sólo las afirmaciones falsas hechas con conocimiento o con desconsideración temeraria generaban el deber de indemnizar.** Resultaba claro entonces que también quedaban sin indemnizar algunas afirmaciones falsas hechas con

Procuración General de la Nación

mera imprudencia; **ese es un costo que hay que soportar en función de no establecer un sistema que, por ser demasiado severo, incentive a no hacer afirmaciones que podrían ser ciertas pero que no pudieran ser probadas del todo**, o al menos cotejadas suficientemente antes de su publicación.

Es decir, la Corte prefirió, ejerciendo un rol de diseñador de políticas constitucionales, establecer una regla que permita la mayor cantidad posible de publicaciones -con el consiguiente riesgo de que afirmaciones falsas queden sin sanción- a establecer una regla mediante la cual todas las afirmaciones falsas queden indemnizadas, pero al costo de que, para evitar una sanción, se incentive la no publicación de información probablemente verdadera. Se trata, si se quiere expresarse así, de una decisión política sobre el grado de libertad de prensa.

En el razonamiento de la Corte, se encuentran estas afirmaciones, cuya elocuencia justifica recurrir a su cita (todos los resaltados son propios): "Una regla que compele la crítica de una conducta de un funcionario público a garantizar la verdad de todas las afirmaciones de hecho y a hacerlo bajo la pena de ser condenado por libelo, virtualmente sin tope de dinero, conduce a una autocensura [...]. El conceder la defensa de la verdad, con la carga de la prueba puesta en el demandado, **no significa que sólo se disuadirá la aseveración de falsedades.**"... "Con una regla así, los eventuales críticos de una conducta oficial pueden resultar disuadidos de emitir su crítica, aun cuando se crea que es verdadera y aun cuando sea verdadera realmente, debido a la duda de si se podrá probar en la corte o por el temor del gasto de tener que hacerlo. **Se tenderá a hacer declaraciones que quedan bastante lejos del límite de la zona ilegal.**"... "La garantía

constitucional requiere, creemos, una regla federal que prohíba que un funcionario público recobre daños de una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial **a menos de que él pruebe que la declaración fue hecha con "real malicia", esto es, con conocimiento de que fue falsa o con desconsideración temeraria acerca de si era verdadera o no."**

Como se aprecia fácilmente, justamente de manera opuesta a cómo se decidió en el fallo apelado (independientemente de que no haya aplicado la doctrina de la real malicia) la doctrina mencionada se aparta de las reglas normales de responsabilidad civil. En efecto, establece un estándar mayor: sólo si la afirmación -falsa- fue hecha con dolo (conocimiento) o desconsideración temeraria, da lugar a la reparación. En derecho civil, la mera culpa bastaría. Además, el estándar de la real malicia deja fuera toda posibilidad de indemnización por responsabilidad objetiva, es decir, responsabilidad sin consideración de elementos subjetivos (dolo y culpa civiles), lo cual podría ser relevante para la responsabilidad objetiva del editor, que podría corresponder por el art. 1113 del Código Civil, o incluso en relación a la indemnización por equidad. Fundamentalmente, la regla, aplicada al derecho nacional, debe desplazar la aplicación del art. 1109 del Código Civil.

El fundamento de la regla fue posteriormente explicado también en el fallo Gertz v. Welch (en el que además, se restringió el alcance de la doctrina de New York Times v. Sullivan en los casos en los que la publicación no se refería a una persona pública) en los siguientes expresivos términos (nuevamente todos los resaltados me pertenecen): "Aunque una declaración de hecho errada no es merecedora de protección constitucional, es inevitable en el debate libre. Como lo señaló James Madison... "algún grado de abuso es inseparable

Procuración General de la Nación

del uso adecuado de cada cosa; y en ningún otro ámbito esto es más cierto que en el de la prensa". ... "El permitir a los medios el evitar tener que responder solamente si prueban la veracidad de todas las declaraciones injuriantes, no ofrece una protección adecuada a las libertades de la primera enmienda." "El permitir la defensa de la verdad con la carga de la prueba en el demandado, no significa que sólo se disuadirá la producción de falsedades. **La primera enmienda requiere que protejamos un grado de falsedad en orden de proteger el discurso que importa.**"

La regla, entonces, puede también ser reinterpretada de la siguiente manera. **No se trata de establecer en qué casos no hay daño, o en qué casos las afirmaciones de hecho no pueden ser calificadas como lesivas del honor.** La doctrina de la real malicia parte más bien de la base de que se ha causado una lesión al honor, y sólo **se trata de determinar en qué casos existe un deber de soportar el daño al honor para proteger un bien más valioso, la libertad de expresión, la información sobre la cosa pública.** Si se quiere, la particularidad de la regla puede expresarse de la siguiente manera. Una relación en la que existe un perjuicio pasa a resolverse no meramente con las reglas tradicionales del derecho de daños, que de manera prototípica implican una relación privada entre dos partes, sino que se impone un deber de soportar el daño para proteger algo que en realidad está fuera del conflicto entre esas dos partes. Ese algo es la libertad de expresión no ya del demandado, sino de los futuros informantes; una condena siguiendo los parámetros tradicionales del derecho civil de daños redundaría en una restricción pro futuro de la información y la crítica disponibles, a través de la imposición de autocensura, y ello sería dañoso para la función

fundamental que desempeña la comunicación de informaciones. En síntesis: el daño actual al honor debe ser soportado para salvaguardar el derecho futuro de otros a la libertad de expresión.

Esta forma de resolver el conflicto entre el valor de la libertad de prensa y el derecho al honor parece ser no sólo el estándar que V.E. ha adoptado, sino también una regla aceptada en varias naciones. En España por ejemplo, el Tribunal Constitucional (Sentencia 6/1988) sostuvo que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y que por lo tanto, si se erigiera como único parámetro a la verdad de las afirmaciones, el precio de ese estándar sería el silencio.

También esos fundamentos se encuentran en las sentencias del Tribunal Constitucional alemán registradas en BverfGe 43, 130 (conocido como el caso del volante) y BverfGe 99, 185 (caso de la ciencia). En el primero de ellos, el Tribunal Constitucional enunció con claridad la racionalidad de la regla consistente en proteger, hacia el futuro, el ámbito de la libertad de expresión.

Especialmente relevante para nuestro caso resultan algunas de las consideraciones que llevó a cabo ese tribunal en el segundo de los fallos mencionados. Esas consideraciones tienen que ver con cuál es el grado de conocimiento que tiene la prensa en el momento de emitir la noticia. Siempre según la misma idea rectora de asegurar el mayor ámbito de libertad posible, el Tribunal Constitucional alemán puntualizó en ese caso que si bien no existe ningún valor intrínseco en proteger afirmaciones de hecho falsas, debía tenerse en cuenta que la verdad, al momento en que se produce la expresión, es con frecuencia insegura. Como se ve, la regla tiene la racionalidad de juzgar la afirmación hecha por la prensa desde una perspectiva ex ante, es decir, con el conocimiento incompleto

Procuración General de la Nación

de una cuestión que puede estar siendo discutida y no ex post o con el conocimiento al que se llega respecto de una cuestión de hecho al final del proceso de discusión. Tomando esa perspectiva es como se protege realmente un ámbito razonable de libertad; de lo contrario, si la publicación de informaciones debiera depender de la confirmación de los hechos que se obtiene al final de un proceso de discusión pública (o judicial, como afirma el fallo alemán), la comunicación se restringiría a informaciones carentes de riesgo e inofensivas.

En el fallo alemán que se viene comentando se sostuvo que: "En principio, la libertad de opinión, en lo que hace a afirmaciones de hecho falsas, cede ante el derecho de la personalidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la verdad, en el momento en que se produce la expresión, con frecuencia es insegura y que se establece recién como resultado de un proceso de discusión o proviene de una aclaración en los tribunales. Si en razón de esa circunstancia, la afirmación que posteriormente se determina como no verdadera debiera ser cubierta siempre con sanciones, surgiría el temor de que el proceso de comunicación padezca, porque sólo podrían ser expresadas sin riesgo verdades ya incommovibles. Con ello iría ligado un efecto intimidante respecto del uso del derecho fundamental, que en razón de la libertad de opinión debe ser evitado."

En el caso en examen, por el contrario, el a quo aplicó reglas diametralmente opuestas a estos estándares.

En efecto, parte esencial de la fundamentación del fallo recurrido sostiene: "Por otra parte, en el caso, el desacierto se evidenció en volcar un juicio de valor apresurado e inoportuno en un momento en que la justicia investigaba un hecho y el magistrado aún no se había pronunciado, ya que precisamente la investigación judicial procuraba desentrañar

si el cuerpo de médicos había procedido del modo en que el periódico afirmó." "Prescindiendo entonces de la intencionalidad con la que se publicó la columna, es notorio que transitó por un cauce que denota una palpable desidia, pues se adelantó en los hechos a tener por ciertos extremos que la judicatura evaluaba y aún no había fallado, siendo evidente que los dichos del periódico no podían encontrar respaldo en el expediente judicial." Es decir que aplicó una perspectiva ex post en la cual, además, reconoció como única verdad la mera falta de comprobación (ocurrida ex post respecto a la publicación) en un procedimiento judicial de los hechos que se investigaban.

Una aclaración más al respecto. La desidia a la que hace referencia el a quo no debe confundirse con la actitud interna de desprecio descrita en la doctrina de la real malicia. Aquí la desidia consistiría no en una falta de comprobación de elementos que ya al momento de la publicación podían ser comprobados, sino en adelantarse al momento de la fijación de la verdad por parte de una autoridad a la que se considera la única con competencia para manifestarse sobre un tema. Una regla así, como se ve, restringe de manera inaceptable la discusión pública de asuntos relativos al Gobierno y a los poderes de la República.

Por último, en relación al párrafo citado, se torna ostensible que la sentencia ha sido además arbitraria por incurrir en contradicciones en sus propios términos. En efecto, a pesar de que la fundamentación pareciera discurrir en el sentido de que no se aplicaría la doctrina de la real malicia porque los enunciados no contendrían afirmaciones de hechos, el párrafo citado denota claramente la idea de que en todo caso se trató de enunciados sobre circunstancias fácticas. Ello surge evidentemente de expresiones como "investigaba un

Procuración General de la Nación

hecho", "procuraba desentrañar si el cuerpo de médicos había procedido de modo en que el periódico afirmó y "tener por ciertos extremos que la judicatura evaluaba".

También resulta arbitraria la sentencia en un aspecto por demás evidente. La no aplicación de la doctrina de la real malicia, con la invocación expresa de que se juzgarían las manifestaciones como si no se trataran de enunciados sobre hechos históricos, debió conducir, en todo caso a una solución más favorable a la libertad de opinión y no, como sucedió, más favorable a la protección del honor. En efecto, la racionalidad de la distinción entre la expresión de opiniones y juicios, por un lado, y la afirmación de hechos (falsos) reside, como ya expuse suficientemente, en que respecto de las opiniones hay que mantener un ámbito irrestricto de libertad para promover el bien común. Sólo en caso de afirmaciones falsas sobre hechos llevadas a cabo con "real malicia", es decir, con conocimiento de su falsedad predomina el interés del honor individual.

En ese sentido, la constatación (a mi juicio equivocada, en tanto al menos los enunciados implicaban la aserción de que determinados hechos habían tenido lugar) de que el editorial no contenía información, sino sólo críticas vehementes, no podría haber llevado jamás a originar el deber de indemnizar. Como ya fue señalado, sólo cuando se considera que las manifestaciones contienen aseveraciones de hecho se abre un campo posible para la indemnización civil, bajo las estrictas reglas descriptas.

Sólo una aclaración más. Es posible preguntarse por qué la Corte estadounidense al elaborar la doctrina de la real malicia recurrió a un estándar subjetivo, cuyo punto mínimo está formado por la desconsideración temeraria, para determinar el límite entre las informaciones falsas que gene-

ran un deber de indemnizar y las que no. La pregunta es pertinente, sobre todo, porque también las informaciones falsas llevadas a cabo de manera meramente imprudente y hasta las hechas con convencimiento de su corrección generan, desde un punto de vista objetivo, el mismo daño al honor. La respuesta no puede ser demasiado extensa aquí. Sólo diré que la elección de un estándar subjetivo como instrumento de limitación tiene la racionalidad de incentivar también a la prensa a la minimización de la publicación de informaciones falsas, al tiempo que asegura también la suficiente tranquilidad de que no habrá de responderse por el daño cuando no se publicaron afirmaciones motivadas únicamente en la mala fe.

De regreso al tema de la adopción por parte de la jurisprudencia argentina de la doctrina de la real malicia, como ya adelanté, fue adoptada por V.E (últimamente, por nombrar uno sólo en el precedente publicado en Fallos: 319:3428), expresándola de manera acabada y con fundamentos políticos idénticos a los de las otros estados democráticos mencionadas.

-X-

En conclusión, considero que en este caso en particular las manifestaciones vertidas en el editorial del diario "La Nación", del día 19 de octubre de 1998, consisten en afirmaciones acerca de hechos, y, en consecuencia debió haberse aplicado al caso la doctrina de la real malicia.

Con respecto a la aplicación de esa doctrina al caso concreto, corresponde señalar lo siguiente. La aplicación de la teoría depende de la comprobación de circunstancias de hecho. Estas circunstancias consisten en la existencia de un elemento subjetivo de conocimiento o al menos despreocupación respecto a la falsedad de los hechos. Si bien estas circunstancias fácticas son materia, en principio, ajena a la

Procuración General de la Nación

instancia extraordinaria, no es menos cierto que su prueba está en cabeza del demandante y no surge de las constancias del expediente que haya existido la comprobación de la existencia de alguno de estos elementos. Por lo demás, las circunstancias del caso no indican que fuera plausible que la publicación cuestionada haya sido hecha con conocimiento o despreocupación acerca de su inexactitud.

En efecto, un cuadro de situación conformado por la información acerca de un proceso del que muchos medios se hacían eco, y que había llegado a un grado importante en su etapa de investigación judicial, no parecería sugerir la posibilidad de que esa publicación fuera hecha con alguno de los dos elementos subjetivos que conforman la "real malicia".

-XI-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la queja, admitir el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 11 de abril de 2007.

ESTEBAN RIGHI

ES COPIA