

“Doctrina de la real malicia: Análisis crítico de su adopción en la legislación Argentina”



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

Trabajo Final de Graduación

Materia: Abogacía

Universidad Empresarial Siglo 21

Alumno: Víctor Javier Stassuzzi

Legajo: ABG04139

Año: 2017

Agradecimientos

Principalmente quiero agradecerles a mis padres, por su confianza, los valores y la educación que me transmitieron. A mis abuelos, a mi padrino y mis hermanos por ser mi sostén durante este largo y apasionante proceso. A mi novia y mis amigos, por ser fuente constante de inspiración y motivación. A todos los docentes que participaron de mi formación académica y a mis tutores, por su compromiso y dedicación.

Me gustaría dedicarle este trabajo a la memoria de Luis A. Parodi. Amado hijo, hermano, tío y padre, responsable de hermosos recuerdos.

Resumen

El siguiente trabajo pretende plasmar las características principales de la real malicia a través de un análisis crítico sobre su importación en nuestra legislación. El objetivo es identificar las consecuencias positivas y negativas de su aplicación a través de una serie de fallos del máximo tribunal de nuestro país para determinar si existe armonía con el derecho argentino.

Esta doctrina, que surgió en Estados Unidos, es de las preferidas de la Corte Suprema de Justicia, y a través de su jurisprudencia ha logrado posicionarla como el método para interpretar la responsabilidad civil de los periodistas y medios de comunicación. Pero la reciente unificación del Código Civil y Comercial no la incluye en su articulado, intensificando así las dudas que plantearon decenas de juristas argentinos sobre el “divorcio” de la Corte con las normas nacionales.

Un análisis completo y fundado sobre esta herramienta, para determinar hacia dónde se dirige nuestra legislación en el siglo 21.

Palabras clave:

- Real malicia
- Libertad de expresión
- Información inexacta
- Responsabilidad civil
- Medios de comunicación

Abstarct

The following work tries to capture the main characteristics of the actual malice across a critical analysis of its importation into our legislation. The aim is to identify the positive and negative consequences of its application through a series of judgments of the maximum court of our country to determine if there is harmony with Argentinian law.

This doctrine, which originated in the United States, is the favorite of the Supreme Court, and through its jurisprudence it has been positioned as the method to interpret the civil responsibility of journalist and mass media. But the recent unification of the Civil and Commercial Code does not include it in its articulated, thus intensifying the doubts that tens of Argentinian lawyers raised about the “divorce” of the Court with the national norms.

A comprehensive and meaningful analysis on this tool is introduced to determine where our legislation is heading in the 21st century.

Keywords:

- Actual malice
- Freedom of speech
- Inaccurate information
- Civil liability
- Mass media

Índice

Introducción.....	8
Aspectos metodológicos.....	9
Capítulo I: Principios constitucionales.....	10
1.1 Libertad de expresión.....	10
1.2 Derecho a la intimidad.....	16
1.3 Derecho al honor.....	18
1.4 Principio alterum non laedere (no dañar a otro).....	19
1.4.1 Caso Santa Coloma.....	20
1.4.2 Caso Aquino.....	22
1.5 Principio de reparación plena e integral.....	23
Capítulo II: Derecho de daños y la responsabilidad civil.....	26
2.1 Derecho de Daños.....	26
2.1.1 Función resarcitoria.....	27
2.1.2 Función preventiva.....	28
2.1.2.a Caso Servini de Cubría.....	30
2.1.3 Función punitiva.....	32
2.2 Elementos de la responsabilidad civil.....	34
2.3 Doctrinas sobre la responsabilidad civil de los medios de comunicación.....	39
2.4 Ética periodística y la Doctrina Campillay.....	42
Capítulo III: Antecedentes “de aquí y allá” sobre la Real Malicia.....	46

3.1 Jurisprudencia Internacional:	46
3.1.1 Sullivan vs New York Times: El origen de la real malicia.....	46
3.1.2 Rosenbloom vs Metromedia Inc.: Una ampliación considerable.....	48
3.1.3 Gertz vs Robert Welch Inc.: Una figura no tan pública.....	48
3.2 Jurisprudencia Nacional:.....	49
3.2.1 Caso Costa: Una nueva dimensión de análisis.....	49
3.2.2 Caso Morales Solá: ¿Aplicación plena de la real malicia?	51
3.2.3 Caso Gesualdi: ¿Negligencia o mala intención?	53
3.2.4 Caso Patitó: El valor de las opiniones.....	56
3.2.5 Caso Di Salvo: Un fallo cuestionable	57
3.2.6 Caso Canicoba Corral: Un “detestable” fallo para la prensa	59
3.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos:	61
3.3.1 Caso Kimel: Una sentencia histórica	62
Capítulo IV: Análisis crítico.....	65
4.1 Bien jurídico protegido	65
4.2 Factor de atribución	69
4.3 Importación de una doctrina extranjera	73
4.3.1 Daños punitivos en Argentina.....	74
4.3.2 Inexistencia del “Discovery period”	77
4.4 Carga de la prueba y la teoría de las cargas dinámicas.....	77
4.5 Categorización del damnificado	80

4.5.1 Funcionario público.....	81
4.5.2 Figura pública.....	85
4.5.3 Particulares envueltos en temas de interés público	90
4.6 Complementariedad entre las doctrinas Campillay y real malicia.....	92
4.7 Información responsable y diligencia del periodista	93
4.7.1 El valor de la verdad para la real malicia	96
Conclusión:.....	98
Bibliografía:.....	108

Introducción

Las libertades de expresión y de información conforman uno de los ejes principales del Estado de Derecho y la democracia, por ello han sido reconocidos en nuestra Constitución Nacional a través de los artículos 14 y 32. Fueron distinguidas como dos de los principios constitucionales más importantes y delicados que existen actualmente, pero su ejercicio ha colisionado en reiteradas oportunidades con otras garantías.

Los derechos personalísimos como el honor o la intimidad suelen enfrentarse, principalmente, con la libertad de expresión debido a la actividad de los medios masivos de comunicación social. Esta problemática ha generado el constante estudio de juristas nacionales e internacionales, para encontrar una herramienta jurídica que permita un equilibrio entre ambos aspectos.

A partir de la década del noventa, la doctrina de la real malicia (creación originaria de Estados Unidos) logró posicionarse como uno de los criterios más aceptados para resolver algunos de los conflictos que mencionamos anteriormente en nuestro país. A pesar de haber sido utilizada en cientos de fallos judiciales por nuestra Corte Suprema de Justicia, los dogmáticos argentinos ponen en tela de juicio la necesidad de legislarla e implementarla para su aplicación plena.

El reciente cambio en el Código Civil y Comercial de la Nación y la ausencia de esta doctrina es, sin dudas, un gran incentivo para investigar acerca de los argumentos positivos y negativos sobre la aplicación de la real malicia en Argentina. Existen en nuestra legislación artículos para resolver sobre la responsabilidad civil en estos casos, y si investigamos a los prestigiosos juristas argentinos, también descubriremos decenas de líneas de pensamiento ofreciendo las más variadas soluciones. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia mantiene su postura, optando por una teoría extranjera para resolver este conflicto, la doctrina de la real malicia.

El objetivo de este trabajo es indagar sobre las consecuencias que tiene la aplicación de la real malicia en nuestro país para determinar si existe armonía con el Derecho argentino. Para ello vamos a analizar las resoluciones más emblemáticas sobre la materia e

intentaremos resaltar aquellos aspectos que aún generan incertidumbre respecto de su adopción plena. La falta de precisión en sus conceptos, el factor de atribución “agravado” que impone y la protección que reciben los periodistas y medios de comunicación, son algunos de los cuestionamientos principales que existen en la actualidad sobre la real malicia.

La investigación de esta herramienta requiere de un profundo análisis, cuyo puntapié inicial será comprender su origen, los fundamentos que le dieron vida y los principios constitucionales que vincula. Luego, habremos de identificar los aspectos positivos y negativos de su aplicación para establecer si existen contradicciones con nuestro Derecho. De esta manera, lograremos alcanzar la seguridad jurídica que amerita esta temática con el objetivo final de determinar hacia donde se dirige nuestra legislación en un momento donde los avances en la tecnología impactaron positivamente en los medios de comunicación masiva, abriendo las puertas a los periodistas y expandiendo el alcance de sus noticias.

Aspectos metodológicos

El tipo de estudio que mejor se adapta a los objetivos de esta investigación es el descriptivo, ya que realizaremos una descripción exhaustiva del fenómeno de la real malicia, buscando especificar las propiedades relevantes de la doctrina. La finalidad es “describir la naturaleza del fenómeno a través de sus atributos” (Yuni y Urbano, 2003, p.47).

Sin embargo, creemos que nuestro trabajo tendrá también un matiz exploratorio. “Los estudios exploratorios nos sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos (...)” (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 2006, pág. 80). Como no podía ser de otra manera, nuestra investigación tendrá como técnica de recolección de datos un análisis documental.

Capítulo I: Principios constitucionales

Introducción al capítulo

Para llevar adelante nuestra investigación y transmitir con claridad la relevancia de la temática, habremos de tener mucho cuidado con las nociones que vamos a desarrollar. Por eso consideramos de suma importancia dedicar algunas páginas a la definición y explicación de los conceptos generales que serán la base de nuestro estudio.

En primer lugar, vamos a desarrollar los principios constitucionales que consideramos en conflicto, y para ello utilizaremos dos fuentes: nuestra Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). De esta manera, intentaremos destacar los aspectos más importantes de la libertad de expresión, el derecho al honor y a la intimidad, para introducirnos en la temática.

Pero para hablar de este conflicto, debemos detallar una garantía constitucional fundamental, se trata del principio de no dañar a otro. El *alterum non laedere* engloba la temática de estudio, y le da legitimidad a los reclamos. Si existe un daño, corresponde un resarcimiento y éste, como tal, encuentra fundamento en dicho principio. Y como todo se encuentra totalmente vinculado, no podemos dejar de mencionar el principio de reparación plena e integral, de gran importancia en materia de Daños y poco mencionado en los conflictos entre principios constitucionales, justamente por lo complicado y delicado del tema. En este escrito no vamos a esquivar el tratamiento de este principio.

1.1 Libertad de expresión

Corresponde analizar que entiende nuestra **Constitución Nacional** a través de los artículos 14 y 32, donde se desarrolla el concepto en cuestión.

Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria

lícita; de navegar y comerciar; de petionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Este artículo otorga a los ciudadanos –no sólo a periodistas- el derecho de expresarse a través de la prensa, o de cualquier medio, ya sea de forma oral, escrita o artística, sin censura previa. Esta sencilla oración, engloba un gran significado, ya que nos asegura que todos los habitantes del territorio argentino tienen el derecho de difundir sus pensamientos a través de cualquier medio de comunicación (no necesariamente medios de prensa), y que de ninguna manera se los podrá censurar.

Esta conclusión nos costó años de estudio, ya que durante un buen tiempo, autores como Germán Bidart Campos (1998) defendían que la protección era sólo para la prensa escrita. Entendían que la libertad de expresión no se encontraba regulada expresamente en nuestra Carta Magna, sino que constituía una “laguna” de nuestro derecho, pero que podría encontrar sustento a través del artículo 33 (derechos no enumerados). Mientras que autores de la talla de Gregorio Badeni (2006), perseguían la idea opuesta, es decir, que la protección se extendía a todos los medios.

La libertad de expresión (...) se extiende y ampara toda manifestación del pensamiento con prescindencia de los componentes técnicos del vehículo de transmisión. Las ideas expuestas mediante los diarios, las publicaciones periódicas, los libros, la radio, el cinematógrafo, la televisión y la internet, están comprendidas en el concepto de libertad de expresión por constituir, todas ellas, simples manifestaciones del pensamiento humano expresadas con una finalidad pública y abierta (Badeni, 2006, p.627).

Actualmente no cabe discusión al respecto, más aún, luego de la sanción de la ley 26032 donde se establece que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda

índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”.¹

Respecto de la censura, hay que analizar dos cuestiones. Por un lado, el concepto acerca de que no podrá evitarse –bajo ningún punto de vista- la publicación. La prohibición de censura es una de las características de la libertad de expresión y es, quizás, el único aspecto absoluto dentro de esta garantía constitucional. Pero la censura no se limita solamente a la publicación, sino que también existen otros métodos; a saber: persecución a periodistas, cierre de medios de comunicación, impuestos sobre el papel-prensa y discriminación sobre la pauta oficial.

Consideramos que el artículo 14 omitió un detalle de suma importancia, no sólo para este trabajo sino también para el normal desarrollo de las actividades periodísticas y legales. La prohibición especial de censura previa no inhibe la responsabilidad ulterior por el daño ocasionado a través de sus expresiones. Esta situación no se encuentra contemplada en nuestra Carta Magna, pero tampoco es discutida por la doctrina. Más adelante observaremos como algunos tratados internacionales que nuestra República ratificó, expresan detalladamente esta situación.

Artículo 32.- El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Para comprender este apartado (incorporado en la reforma de 1860), hay que tener en cuenta lo dicho sobre el artículo 14. Cuando los constituyentes redactaron este concepto, el único medio de comunicación que existía era la imprenta, por eso al referirse a “libertad de imprenta”, están haciendo una reseña sobre la “libertad de prensa”. Se ha interpretado que la prohibición abarca solamente al Congreso de la nación, pero no a las provincias. Esto quiere decir que la reglamentación de este derecho es una de las facultades no delegadas por las provincias. Sin libertad de prensa, no es posible la formación de la opinión pública, considerada ésta como el “cuarto poder” dentro de nuestro sistema representativo, republicano y federal.

¹ Ley 26032, del 18 de Mayo de 2005. Honorable Congreso de la Nación

La **Convención Americana de Derechos Humanos** (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica) constituye nuestra segunda fuente, y una de las más importantes para la investigación. Este tratado fue incluido en nuestra legislación a través de la ley 23054², promulgada en marzo de 1984 y adquirió jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, con el artículo 75, inciso 22.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

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

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

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

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

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

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

² Ley 23054, sancionada el 1° de marzo de 1984. Honorable Congreso de la Nación.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyen incitaciones a la violencia o cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

El Pacto de San José de Costa Rica será muy importante para el desarrollo de nuestro trabajo, no sólo por la precisión de sus artículos sino también por su jerarquía constitucional. Además, el nuevo Código Civil y Comercial le otorga gran relevancia a esta Convención a través de su artículo 1, que dice: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...”³

Los cinco incisos que tiene este artículo representan gran parte de lo que vamos a trabajar en este escrito. En su primer inciso, este artículo deja en claro cuál es el bien jurídico protegido. Su redacción distingue la libertad de expresión de la de pensamiento, sin embargo, esta diferencia -que por supuesto es acertada- amerita un profundo análisis que excede el interés de esta investigación. A los efectos de este estudio, trataremos ambos conceptos como sinónimos para facilitar nuestra redacción y asegurar la comprensión. Hay que destacar que en este punto, no sólo se defiende la libertad de quien pretende expresarse, sino también de quien desea buscar o recibir información⁴.

El segundo inciso desarrolla uno de los conceptos más importantes que intentaremos demostrar a lo largo de nuestra investigación. Por un lado, la prohibición de censura previa, que fue mencionada cuando analizamos el artículo 14 de la Constitución Nacional, pero sobre la que cabe aclarar su extensión. Bidart Campos (1993) explica que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pero que la prohibición a la censura previa sí lo es debido a que tiene jerarquía constitucional e internacional.

Por otro lado, el inciso expone el concepto de “responsabilidades ulteriores” a las que sí quedarán sujetos aquellos que hagan uso de este derecho. La concepción de

³ Ley 26994. Sancionada el 1 de octubre de 2014. Honorable Congreso de la Nación.

⁴ Corte IDH. OC-5/85. 1985. Serie A, número 5, párrafos 32 y 33.

responsabilidades posteriores se refiere al resarcimiento que puede surgir producto de la lesión a algún derecho (honor, intimidad, imagen, etc.), situación muy cuestionada por los fervientes defensores de la libertad de expresión.

El inciso número tres se refiere a las distintas formas que existen de censurar la libertad de expresión. Afortunadamente para nuestra sociedad, esta situación se encuentra bastante equilibrada, a pesar de la reciente discusión por la ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley 26522). Sin embargo, se admite la censura previa cuando se refiere a espectáculos públicos, principalmente para proteger la moral de los menores y adolescentes; esto se encuentra regulado en el cuarto inciso.

Finalmente, el quinto punto destacado por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), determina la prohibición de propaganda en favor de la guerra, el odio nacional o cualquier tipo de discriminación (raza, color, religión, idioma, etc.). Este inciso, al igual que el anterior, tiene amplia aceptación tanto en la doctrina nacional como en la internacional.

Como mencionamos en nuestra introducción, la garantía constitucional de libertad de expresión suele enfrentarse con los llamados “Derechos personalísimos”. Estos, también protegidos por la constitución, ocupan un lugar importante en nuestra investigación y serán desarrollados a continuación. En los casos de jurisprudencia que analizaremos más adelante (Capítulo 3), se infiere como normalmente se lesionan tanto el honor como la intimidad, por lo que la demanda suele incluirlos como si fueran un conjunto. Justamente como no lo son, es que consideramos que corresponde analizar por separado cada uno de ellos a los efectos de comprender sus fundamentos.

Bajo la denominación de “Derechos Personalísimos” se encuentran una serie de libertades reconocidas por nuestra Constitución Nacional que tienen estricta relación con el individuo. Siguiendo la línea de pensamiento de Gregorio Badeni (2006), vamos a detallar cuáles son los derechos de primera, segunda y tercera generación.

Los derechos de primera generación son los derechos civiles y políticos, es decir aquellas “defensas reconocidas a los individuos frente al ejercicio abusivo del poder por parte de los

gobernantes”. Aquí vamos a ubicar a la libertad de expresión, por ejemplo. La segunda generación comprende las potestades reconocidas a los grupos sociales y a los individuos como integrantes de ellos, “son derechos cuya implementación tiene el deber de instrumentar el Estado para concretar su vigencia efectiva” (Badeni, 2006, p.557). Son reconocidos como los derechos sociales, económicos y culturales, y están relacionados con la igualdad. Algunos de los ejemplos más claros son el derecho al trabajo, a la salud o educación.

La tercera generación admite una subdivisión. El primer grupo, según Badeni, se refiere a las potestades conformadas por el honor, la intimidad, el derecho a la vida privada y a la propia imagen; se trata de derechos individuales frente al Estado y a otros particulares. El segundo grupo representa a los derechos colectivos. Algunos ejemplos destacados por Badeni, son: los derechos de los consumidores y usuarios y el derecho a disfrutar del medioambiente sano (Badeni, 2006, p.558).

1.2 Derecho a la intimidad

La **Constitución Nacional** recepta éste derecho en su artículo 19.

Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

La esencia de esta garantía se encuentra desarrollada en el artículo 19 con una redacción bastante clara y sencilla. Con esto queremos decir que los constituyentes dejaron “abierto” el análisis sobre lo que verdaderamente implica la intimidad de una persona y el valor que tiene para la sociedad. Pero, ¿qué es realmente la intimidad de una persona? El derecho a la intimidad es una de las primeras garantías que deben ser otorgadas a los habitantes, ya que el hombre es el eje de nuestro ordenamiento jurídico. Es el Derecho el que debe velar por la integridad de los ciudadanos y lo logrará a través de una correcta legislación. El principio

constitucional que protege la intimidad de una persona es tan delicado como la libertad de expresión y como el derecho al honor.

Al decir de Bidart Campos, la intimidad es una “zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, dentro de la cual podemos excluir las intrusiones ajenas y el conocimiento generalizado por parte de los terceros” (Bidart Campos, 1993, p. 370). Este reconocido constitucionalista deja en claro que la intimidad es una zona especial, una zona de “reserva personal” donde las intrusiones ajenas no están permitidas.

Es importante resaltar la primera oración del artículo 19, donde podremos apreciar la extensión de esta garantía. “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la mora pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...*”. Aquí, los constituyentes intentaron dejar en claro que no sólo se protege la actividad individual, sino que dentro de la esfera de la vida privada encontraremos acciones que uno lleva a cabo con su familia, por ejemplo. Existirán actos que no serán del todo privados, ya que se presentarán ante terceros pero sin capacidad lesiva. Estos también quedan protegidos (Zavala de González, 1996, pág. 37).

A su vez, en el **Pacto de San José de Costa Rica** encontramos al derecho a la intimidad regulado en el artículo 11.

Artículo 11: Protección de la honra y de la dignidad.

- 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
- 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
- 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

La redacción de este artículo, a través de sus tres incisos, parece la más completa hasta aquí ya que podemos encontrar el objeto de estudio en su primer punto, al mencionar tanto el

honor como la dignidad. Luego, la explicación en el segundo, y el derecho a demandar un resarcimiento en el inciso final.

1.3 Derecho al honor

El Derecho al honor tiene igual jerarquía que el de intimidad o la libertad de expresión, sin embargo, no fue regulado explícitamente en nuestra **Constitución Nacional**. Para desarrollar este concepto, vamos a seguir los lineamientos de Gregorio Badeni (2006), un gran constitucionalista que, además, dedicó muchas obras al estudio del conflicto que nosotros estamos investigando.

Badeni destaca que el Derecho al Honor no tiene una recepción expresa en nuestra Carta Magna, pero asegura que el mismo se infiere del artículo 33, *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”*⁵; sin perjuicio de las referencias implícitas contenidas en los arts. 14, 16, 18, 19, 28 y 43, entre otros.

Para este autor, el honor debe ser entendido como “la potestad que tiene toda persona física para exigir del Estado y demás individuos, el debido respeto hacia uno de los atributos que, en función de la idea dominante en la sociedad, tipifican a la persona humana” (Badeni, 2006, p. 559).

Resulta un tanto complicado definir jurídicamente el honor ya que se trata de un concepto dinámico que varía constantemente de acuerdo a las características de la sociedad. Zavala de González (1982), en una de sus tantas publicaciones, dedicó algunas líneas a los derechos personalísimos y destacó cual sería el bien jurídico protegido en el honor y en la intimidad. Creemos que es importante mencionarlo ya que sostenemos que se trata de cuestiones distintas, a pesar de que en la jurisprudencia casi siempre se demandan en conjunto. “(...) El bien jurídico protegido en este caso es la autovaloración o la valoración

⁵ Artículo 33 – Constitución Nacional (Ley 24430, Diciembre de 1994).

ajena, a diferencia del derecho a la intimidad, cuyo bien jurídico protegido es la reserva de la privacidad” (Zavala de González, 1986, p. 92).

Al estudiar la **Convención Americana de Derechos Humanos**, encontramos el artículo 11, donde se menciona expresamente al derecho al honor junto con la intimidad, tratando ambos en conjunto. Los responsables de la redacción decidieron marcar la diferencia que existe entre ellos, pero les otorgar el mismo marco regulatorio.

Artículo 11: Protección de la honra y de la dignidad.

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Reflexionamos sobre la importancia de mencionar que ambos conceptos tienen un grado de relación innegable y, podríamos pensar, que al vulnerar uno es inevitable pensar en la lesión al otro. Pero, lo que sí debemos preguntarnos entonces, es ¿qué valor deben darle los magistrados a la hora de ponderar los principios? Es decir, ¿la libertad de expresión se enfrenta sólo con el derecho a la intimidad (que engloba al honor) o el conflicto existe con las dos garantías?

1.4 Principio alterum non laedere (no dañar a otro)

El principio *alterum non laedere* tiene origen en el Derecho Romano e implica una regla explícita y universal donde se considera como presunción *iuris tantum* (admite prueba en contrario) que todo daño causado es antijurídico, salvo causa de justificación; consagrándose la regla que impone la atipicidad del delito en el Derecho Civil (contrario al

Derecho Penal donde se exige la tipificación de la transgresión). El artículo 19 de nuestra Constitución Nacional integra este concepto a través del conocido “Principio de Reserva”.

Esta situación fue contemplada en cientos de fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia, pero vamos a mencionar sólo dos de ellos, distantes en el tiempo pero contundentes en sus conceptos: “Santa Coloma (1986)⁶ y “Aquino” (2004)⁷. Ambos sentenciaron la raíz constitucional del principio *alterum non laedere*.

1.4.1 Caso Santa Coloma

En 1981, un accidente ferroviario terminó con la vida de tres de los cuatro hijos del matrimonio Santa Coloma, provocando la demanda de los padres por el daño material y moral sufrido de iure proprio (derecho propio) y, en representación del hijo sobreviviente por las lesiones que le provocó el incidente. En primera instancia, la sentencia condenó a la empresa Ferrocarriles Argentinos, considerando el daño moral y material que le implicó a la familia. Pero en la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial se modificó el monto de la condena en concepto de indemnización disminuyendo notablemente el resarcimiento.

El tribunal de alzada desestimó el daño material por la pérdida de los tres hijos, y disminuyó el monto fijado por el daño moral, lo que generó la impugnación de la sentencia. Dentro de los argumentos que utilizaron los vocales de la Cámara, rescatamos uno que hace referencia al buen pasar económico de la familia Santa Coloma. La alzada argumenta que la actora no logró demostrar el daño material sufrido por la muerte de sus hijos, y que debido a “la situación económica holgada” del matrimonio, no debía considerarse, siquiera a modo de chance, el resarcimiento material por las pérdidas.

El recurso extraordinario que plantearon fue rechazado, razón por la cual llegaron a la Corte Suprema luego de presentar un recurso directo (también conocido como ‘recurso de queja’). El máximo tribunal del país hizo lugar al pedido, y falló a favor de la familia Santa

⁶ CSJN, “Santa Coloma, L. F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos: 308:1160 (1986).

⁷ CSJN, Isacio Aquino c/ Cargo Servicios Industriales SA, Fallos 308:1167 (2014).

Coloma indicando que la sentencia apelada lesionaba el principio *alterum non laedere* (no dañar a otro). El fallo emitido en agosto de 1986 tiene en sus considerandos 7 y 8 la esencia del tema, dejando en claro la raíz constitucional de éste principio.

La sentencia apelada lesiona el principio *alterum non laedere* que tiene raíz constitucional (Art. 19 Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna⁸. Seguidamente, en el considerando 8 expresa, “(...) no figura entre las potestades de un Estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social⁹.”

La reciente unificación del Código Civil y Comercial posicionó al principio *alterum non laedere* (no dañar a otro) como uno de sus ejes principales, en su artículo 1716: “*Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código*”¹⁰.

A través de este fallo podemos comprender el alcance que tiene este principio en nuestra legislación, asegurando que no existirán razones que limiten su aplicación. Los magistrados de la Corte condenaron a pagar la indemnización que correspondía sin importar si la familia, por ejemplo, gozaba de un buen pasar económico. El daño se acreditó, y por ello se condenó a pagar un resarcimiento. La prueba del daño y el nacimiento de la obligación de indemnizar son aspectos que analizaremos en nuestro trabajo para determinar de qué manera debe ser regulada la responsabilidad de los medios de comunicación.

⁸ CSJN, “Santa Coloma, L. F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos: 308:1160 (1986), consid. 7.

⁹ CSJN, “Santa Coloma, L. F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos: 308:1160 (1986), consid. 8.

¹⁰ Art. 1716 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

1.4.2 Caso Aquino

La causa Aquino se resolvió en septiembre del 2004 consagrando, una vez más, la constitucionalidad del derecho a la reparación. Cabe destacar que, a diferencia de “Santa Coloma”, en este caso no sólo se trataba de la responsabilidad civil producto de un accidente, sino que la cuestión estaba envuelta en el Derecho Laboral. Esta situación es sumamente relevante a los efectos de comprender que magnitud tiene el reconocimiento de la jerarquía constitucional de este derecho.

En 1997, Isacio Aquino sufrió un accidente mientras se desempeñaba como operario de un auto elevador. Mientras colocaba una membrana en el techo de un depósito, cayó desde 10 metros de altura debido a que una de las chapas donde estaba apoyado, cedió. Dicho acontecimiento, le provocó una incapacidad superior al 90% de su capacidad obrera.

El fallo de la Corte Suprema fue contundente en su posición al declarar la inconstitucionalidad del artículo 39, inciso 1 de la ley 24557¹¹ basado en la jerarquía constitucional del principio *alterum non laedere* que prohíbe dañar a terceros. Esta norma contemplaba un supuesto donde los empleadores quedaban exentos de responsabilidad civil frente a sus empleados.

Dentro de los argumentos principales que utilizó la mayoría en su voto, se destacan: El carácter constitucional tanto del derecho a la reparación como del principio *alterum non laedere* y la declaración de inconstitucionalidad de normas que pongan límites a las indemnizaciones, debido a que provocan un menoscabo en la dignidad humana.

Cabe recordar que las sentencias valen para el caso concreto en cuestión, lo que significa que las normas que son “tildadas” de inconstitucionales no se derogan de manera automática. Cada caso deberá ser analizado en concreto, midiendo rigurosamente los detalles para determinar si la “indemnización tarifada”, como en este caso, lesiona el derecho a la reparación de la persona.

¹¹ Art. 39 Ley 24557, promulgada el 3 de Octubre de 1995. Honorable Congreso de la Nación.

El caso Aquino fue un fiel reflejo de lo que puede pasar con aquellas normas que exigen de responsabilidad o que imponen un límite a las indemnizaciones. Con esto no queremos afirmar que leyes con tales características deban ser derogadas de manera automática, sino que se las cuestionará a través del test de constitucionalidad en cada caso. Entonces, existirán litigios donde se aplicará la indemnización tarifada sin ningún tipo de reproche, pero también habrá casos donde las circunstancias en concreto provocarán que aquel límite sea considerado inconstitucional por generar un menoscabo en el principio a la reparación.

Actualmente no existe una norma que imponga un tope indemnizatorio sobre las condenas a la prensa por el daño causado, pero el análisis del fallo nos permite imaginar que los tribunales podrían imponer sentencias millonarias contra los periodistas o medios de comunicación si considerasen que ese monto es acorde al perjuicio ocasionado. Éste es uno de los máximos temores que tienen los profesionales de la comunicación debido a la posibilidad de “autocensura” que significaría una condena abultada.

Nos corresponde preguntarnos qué papel cumple la real malicia en esta situación, es decir, si la doctrina estadounidense viola o no el principio de no dañar a otro y si protege a los medios ante una eventual sentencia millonaria. Estos aspectos serán desarrollados en los capítulos siguientes.

1.5 Principio de reparación plena e integral

El principio *alterum non laedere* nos vincula directamente con otra garantía constitucional que será de suma importancia para nuestra investigación, el principio de reparación plena e integral. Este concepto creció en importancia luego de la reforma constitucional de 1994, donde se otorgó jerarquía constitucional a decenas de tratados sobre Derechos Humanos.

La relación con el principio a la reparación plena e integral es muy amplia, ya que el reconocimiento de uno de dará lugar al otro. Una vez declarada la jerarquía constitucional del principio de no dañar a otro podremos afirmar que dicho resarcimiento debe ser pleno e integral. Es decir, debe lograr poner punto final al daño (si es que aún continúa) y restituir a la situación al estado anterior al hecho que provocó la lesión.

En la actualidad, el Código unificado recepta esta idea en el artículo 1740: *La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago de dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidación o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable*¹².

Para que la reparación sea plena e integral, habremos de tener en cuenta la determinación del daño. Los medios de comunicación tienen un alcance masivo, por lo que el perjuicio que generen a través de la publicación de información falsa o inexacta amerita un profundo estudio. Consideramos que el resarcimiento pleno e integral es uno de los máximos desafíos que tiene nuestra legislación de cara a los avances tecnológicos, teniendo en cuenta el alcance mundial que adquirió la prensa a través de internet.

A lo largo de nuestro análisis intentaremos comprender si la real malicia permite la reparación plena e integral, tal cual lo expone el artículo 1740 citado anteriormente. Más adelante discutiremos los extremos de la doctrina norteamericana para indagar sobre los ejes de discusión en cada caso, evaluando si el estándar mantiene el equilibrio necesario para una resolución con estas características.

Reflexiones finales

El desarrollo de los principios constitucionales mencionados a lo largo de este capítulo es de suma importancia para comprender las bases de la problemática en estudio. El conflicto que existe entre la libertad de expresión y derechos personalísimos como el honor o la intimidación es real y muy delicado. El menoscabo que pueden sufrir las personas que se sienten difamadas por los medios de comunicación tiene tanta jerarquía como la garantía de poder expresarse libremente.

¹² Art. 1740 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

Nuestra primera conclusión tiene que ver con la jerarquía que tienen estos principios, es decir, no existe una escala que ubique a alguna de estas garantías sobre la otra. Todas tienen el mismo valor para el Derecho, por ello es que resulta tan complicado resolver la problemática que estamos estudiando. No existe jerarquía en abstracto que haga preferible uno sobre otro, sino que se requiere de un análisis concreto para determinar qué principio constitucional prevalecerá.

Como todo primer capítulo, hemos trabajado los aspectos generales de la problemática. Esto no significa que sean menos importantes que aquellos conceptos que desarrollaremos más adelante, al contrario, son el eje central de nuestra investigación. Cada uno representa una garantía constitucional, inherente al sujeto y digna de una defensa férrea. El conflicto entre los principios constitucionales es el gran desafío que tiene nuestra legislación.

Capítulo II: Derecho de daños y la responsabilidad civil

Introducción al capítulo

Para continuar con nuestro desarrollo, corresponde analizar los aspectos generales del Derecho de Daños ya que allí encontraremos, principalmente, los argumentos del conflicto que estamos estudiando. La lesión a los distintos derechos o garantías constitucionales son las que nos llevaron a pensar en esta investigación y por ello debemos realizar un estudio detallado sobre estos conceptos.

Intentaremos conceptualizar el Derecho de Daños, junto con sus tres funciones. Estos conceptos son fundamentales para comprender cuál es nuestro objetivo con esta investigación. El reciente cambio del Código Civil y Comercial nos dejó mucha tela para cortar sobre la materia, por lo que es importante comprender qué está regulado actualmente, y qué no.

En la última parte de este capítulo, casi como un enlace con el siguiente, detallaremos las distintas teorías doctrinarias que existen sobre la responsabilidad civil de los medios de comunicación, con el objetivo de abrir la perspectiva de análisis.

2.1 Derecho de Daños

Resulta de vital importancia dejar en claro que Derecho de Daños y responsabilidad civil no son sinónimos, sino que existe entre ellos una relación del tipo género-especie. La responsabilidad civil forma parte del Derecho de daños, como una de sus funciones. En esta investigación vamos a hacer referencia a las 3 ramas que existen (distinguidas por autores como Pizarro & Vallespinos (2014) y Zabala de González (2015), entre otros).

El Derecho de Daños comprende a la responsabilidad civil como función resarcitoria. Es decir, aquella herramienta que busca el resarcimiento por un perjuicio sufrido (uno de los ejes principales en nuestro trabajo); la función preventiva, cuyo tratamiento en el tópico

elegido es muy cuestionado por algunos constitucionalistas y, finalmente, la función punitiva. Sobre ésta última, realizaremos un pequeño análisis sobre su vigencia en nuestra legislación y luego trabajaremos en las posibilidades de su aplicación en la temática elegida.

2.1.1 Función resarcitoria

Autores de la talla de Pizarro y Vallespinos definen a la responsabilidad civil como “la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico”. Debido a la importancia de esta definición, nos proponemos desglosarla para interpretarla en profundidad (Pizarro & Vallespinos, 2014, p.45).

Cuando los autores se refieren a “la obligación de resarcir”, están haciendo especial referencia a la función resarcitoria del Derecho de daños. Ésta impone la obligación de reparar el perjuicio o daño causado (como presupuesto de la responsabilidad civil). Diremos que no hay responsabilidad civil sin daño resarcible. En la temática que estamos estudiando, identificamos el daño a través de la publicación de información falsa o inexacta que puede provocar una lesión al honor o a la intimidad.

Cuando dicen “daño injustamente causado a otro”, los autores se refieren a que el perjuicio puede ser producto de un acto lícito o ilícito (el primero menos frecuente, por supuesto). La licitud o no del hecho, nos vincula con la antijuricidad, otro de los presupuestos de la responsabilidad civil. Sobre este aspecto debemos recordar la importancia de la libertad de expresión y el derecho a la información, dos pilares de actividad profesional de los periodistas. El accionar de la prensa es lícito, encuentra sustento en la garantía constitucional de libertad de expresión, pero esto no los exime de responder por las lesiones ocasionadas a derechos de terceros. Ningún derecho es absoluto.

El carácter de “injusto” que otorga la definición se refiere a que la víctima no debe responder por el daño sufrido. Entonces, ¿Quién debe responder por el perjuicio causado? A priori, la respuesta inmediata sería “el autor del daño”, pero los presupuestos de la responsabilidad civil nos enseñan que para determinar el responsable, debemos tener en

cuenta también la relación de causalidad entre el hecho y el daño, y el factor de atribución (subjetivo u objetivo). Éste último puede ser entendido como “aquellas buenas razones por las que corresponde atribuir el hecho a determinada persona” (Pizarro & Vallespinos, 2014, p.47).

La última parte de la definición de responsabilidad civil indica que la reparación del daño debe ser llevada a cabo de acuerdo “a las condiciones que fija el ordenamiento jurídico”. Ante esto, cabe preguntarse si la real malicia forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de que la respuesta negativa asoma con lucidez, vale recordar que los magistrados de la Corte Suprema la eligen fallo tras fallo como el método más idóneo para resolver conflictos donde se cuestiona la libertad de expresión. Lo cierto es que la doctrina no fue incorporada al Código unificado, pero algunos juristas sostienen que encuentra sustento en tratados internacionales.

2.1.2 Función preventiva

La función preventiva tiene una amplia recepción en el Código Civil y Comercial a través de los artículos 1710 a 1713 (Título V, Capítulo I, Sección II). Los legisladores intentaron dejar en claro su importancia, que se encuentra directamente relacionada con el principio de no dañar a otro y con el principio de prevención.

Artículo 1710: Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.¹³

¹³ Art. 1710 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

La expresión “en cuanto de ella dependa” fue lo primero que nos llamó la atención a leer este apartado, ya que pareciera exigirle al responsable un cuidado constante de lo que tiene a su alrededor para evitar causar un daño. A contrario sensu, diríamos, el hecho de no tener ese cuidado podría hacernos responsable del daño.

Justamente, los supuestos que desarrolla el artículo buscan dejar en claro el compromiso que debemos tener para evitar causar un daño (inc. A); adoptar todas las medidas necesarias para evitar que se produzca un daño, o si ya se produjo, disminuir su extensión (inc. B); no agravar el daño ya provocado (inc. C). Un claro ejemplo del deber de prevención podría ser el ejercicio de los profesionales liberales (médicos, ingenieros, arquitectos, entre otros). Ellos son personas ampliamente capacitadas para llevar adelante su actividad, lo que significa que tienen un grado de responsabilidad directa con su accionar. Su diligencia y seriedad harán que su accionar sea responsable, es decir, que no genere responsabilidad civil.

Corresponde preguntarnos si el mismo nivel de exigencia rige para los periodistas. La opinión consultiva 5-85¹⁴, documento emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, protege la libertad de expresión argumentando que no se puede exigir que los periodistas sean colegiados. Es decir, no hay un requerimiento estricto sobre el nivel de formación que deben tener para trabajar en los medios de comunicación masiva. Este aspecto presenta “dos caras”, por un lado la posibilidad de cualquier persona de expresarse a través de cualquier medio. Esto es correcto y debe mantenerse. Pero por otro lado, consideramos que no exigir un determinado nivel académico a los periodistas es propenso a que la falta de diligencia provoque daños a terceros. Esto, sin dudas, no promueve el deber de prevención. El verdadero análisis resulta de preguntarnos si la defensa de la libertad de expresión es suficiente para eximir de responsabilidad a los medios de prensa producto de su accionar negligente o imprudente.

Al decir de Pizarro y Vallespinos (2014), existen dos formas de prevención. Por un lado, una de carácter general que se ubica bajo el concepto de una “amenaza” que implica una

¹⁴ http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

consecuencia jurídica o sanción. Y por otro lado, una específica, que surge en situaciones excepcionales. Se imponen a determinados sujetos ciertos deberes especiales de control o, eventualmente, aminoramiento del riesgo por la actividad desplegada.

El segundo criterio de prevención debe ser analizado bajo las palabras del artículo 1725: *Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.*

Cuando exista una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad por la condición especial del agente.¹⁵

Más adelante vamos a profundizar sobre la importancia de cómo y cuándo valorar la conducta del agente, ya que abordaremos la diligencia de los periodistas en el ejercicio profesional. Pero antes de abandonar esta función, realizaremos una breve reseña sobre un fallo histórico de la Corte Suprema donde se cuestiona, justamente, la función preventiva en contraposición con la censura previa.

2.1.2.a Caso Servini de Cubría

La jueza María Romilda Servini de Cubría logró en mayo de 1992 que, a través de una orden judicial, se realizaran dos breves “cortes” en un programa de televisión conducido por el humorista “Tato” Bores. Resulta que en varias oportunidades los personajes del

¹⁵ Art. 1725 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

programa habían lesionado el honor de la jueza, quien interpuso una acción de amparo para frenar lo que iba a ser una nueva edición.¹⁶

Servini de Cubría presentó el amparo fundando en el ex artículo 1071 bis (hoy regulado en los artículos 52, 53, 55 y 1770 de Código Civil y Comercial) haciendo alusión a un llamado anónimo de una persona que dijo pertenecer al canal encargado de la difusión del programa de “Tato” Bores, alertándola sobre la proyección de escenas de carácter “injurioso” y “difamante”.

En primera instancia se rechazó la solicitud de amparo, fundado en el carácter constitucional de la prohibición de censura previa. Sin embargo, el sábado 9 de mayo la Cámara decidió hacerle lugar argumentando que también estaba en juego otra garantía constitucional como lo eran el honor y la intimidad de la jueza. Con esta sentencia, a pesar de que el Canal de televisión iba a impugnarla, se lograron censurar dos escenas de 8 segundos cada una. La pantalla se puso negra y apareció un título que decía “censura judicial”.

Lo curioso y controvertido del fallo de la alzada es que no se visualizaron las cintas donde estaba el programa, configurando así uno de los argumentos más importantes de la Corte para revocar el fallo y levantar la prohibición. Dato anecdótico en la actualidad, ya que la jueza logró su objetivo, censurar la edición del domingo 10 de mayo de 1992.

La función preventiva del Derecho de Daños tiene una importante misión en la sociedad, sin embargo, el pleito con la libertad de expresión parece estar perdido. La prohibición de censura previa es absoluta, y pareciera extremadamente complicado cambiar esa posición. Lo que sí es cierto y fundamental para nuestro trabajo y para la democracia, es que los medios podrán aprovechar dicha prohibición de censura, pero no podrán negar las responsabilidades ulteriores.

¹⁶ CSJN, Servini de Cubría s/ amparo. 315:1943 (1992).

2.1.3 Función punitiva

Dentro de los principios fundamentales del Derecho de daños encontramos uno que reza, “Desmantelamiento de los efectos patrimoniales del ilícito”. Este concepto le dio sustento a la función punitiva, ya que busca desbaratar los beneficios patrimoniales que se obtuvieron producto del ilícito, casi como un “castigo adicional” luego de haber indemnizado a las víctimas (Pizarro & Vallespinos, 2014, p.51).

La unificación de Código Civil y Comercial generó una serie de sorpresas debido a algunas diferencias entre el Anteproyecto de 2012 y la versión que finalmente se sancionó y que rige desde agosto del 2015. Cabe destacar que el documento presentado en 2012 distinguía las tres funciones del Derecho de daños a las que hemos hecho referencia en párrafos anteriores, bajo el fundamento de que la discusión doctrinaria –nacional e internacional- debía ser zanjada por la ley, y éste era el momento.

Sin embargo, todo lo relacionado a la función punitiva del Derecho de daños desapareció del Código. El artículo 1708 del Anteproyecto decía: “*Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva*”.¹⁷ El Código vigente no incluye en su artículo 1708 a la función punitiva, sino que sólo se refiere a sus otros dos aspectos; “*Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación*”.¹⁸

El artículo 1714, que regulaba la función punitiva del daño en el anteproyecto, fue borrado por completo y sustituido por lo que regulaba el 1715, pero desdoblado. A pesar de estos cambios, la función punitiva del daño existe en nuestra legislación y se encuentra regulada en el artículo 52 bis de la Ley 24240.

Dicho esto, podemos analizar de qué se trata esta función tan “controvertida” y cuál es su objetivo en nuestra legislación. Pizarro y Vallespinos se refieren a la misma como una

¹⁷ Anteproyecto 2012 del Código Civil y Comercial en la web del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires - <http://www.colabogados.org.ar/archivos/proyecto-codigo-civil-y-comercial-8842012.pdf>

¹⁸ Art. 1708 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

“pena privada” y argumentan que su aplicación corresponde ante “ciertas graves inconductas, mediante la imposición al responsable de una suma de dinero a favor de la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, destinada al propio Estado u otros sectores” (Pizarro & Vallespinos, 2014, p.269).

Se trata de una sanción pecuniaria, que se suma a la indemnización, y que corresponde en casos puntuales donde el supuesto responsable actuó con una particular subjetividad, entendida como grave desconocimiento de los intereses ajenos, accionar malicioso (mala fe) o, que aún luego de haber pagado la indemnización, le queda un provecho económico a su favor. Puntualmente a esto se refiere la expresión “desmantelamiento de los efectos patrimoniales del ilícito” (Pizarro & Vallespinos, 2014, p. 454-455).

Su regulación se encuentra en el artículo 52 bis de la Ley 24240, que dice: *“Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”*.

El análisis de la función punitiva, como pena privada, parece estar muy lejos de la temática elegida ya que en nuestro país no se considera como relación de consumo el vínculo entre la prensa y la sociedad. Sin embargo, en Estados Unidos, lugar de origen de la doctrina, existen los daños punitivos y configuran uno de los ejes centrales del estándar. En los capítulos 3 y 4 vamos a desarrollar con mayor profundidad esta situación.

La función punitiva del Derecho de daños genera grandes discusiones en todos los ámbitos y creemos que la responsabilidad civil de los medios de comunicación no debería ser la excepción.

2.2 Elementos de la responsabilidad civil

Antes de comenzar a desarrollar las distintas posiciones doctrinarias que regulan la responsabilidad civil de los periodistas y medios de comunicación, debemos comprender cuales son los presupuestos esenciales para que exista responsabilidad.

El primer elemento a desarrollar es el “daño”, determinado en el artículo 1737. Éste fue una de las incorporaciones más importantes del Código Civil y Comercial, ya que el Código anterior no lo había definido. El artículo 1737 nos brinda el siguiente concepto: “*Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*”¹⁹.

Para que se configure el *daño*, es necesario que se cumplan los requisitos que establece el artículo 1739: “*Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto o subsistente. (...)*”²⁰. Para hablar sobre *daño directo o indirecto*, primero debemos comprender que el *daño* es *personal*. Sólo la persona que sufre el perjuicio -o menoscabo- patrimonial o moral (el código actual lo llama “no patrimonial”) puede reclamar su resarcimiento.

El *daño directo* se da cuando el titular del interés afectado es la víctima del hecho. Si trasladamos esta situación a la problemática en estudio, diríamos que se dará cuando un medio de comunicación publique una noticia potencialmente dañosa sobre la intimidad de una persona y ésta luego demande su resarcimiento. Mientras que cuando hablamos de *daño indirecto* nos referimos a que el perjuicio invocado por el demandante deriva de una lesión a los bienes (patrimoniales o no) de un tercero. El ejemplo más claro sobre el *daño indirecto* sería cuando una persona reclama –de iure propio- el daño sufrido por la muerte de un hijo. Más adelante vamos a desarrollar algunos fallos ejemplares de la Corte Suprema que nos permitirán distinguir cuando se trata de un *daño* directo o indirecto.

¹⁹ Art. 1737 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

²⁰ Art. 1739 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

Una acción es antijurídica cuando es contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Éste es el concepto clásico de antijuricidad que podremos encontrar en cualquier manual de Responsabilidad Civil. El nuevo Código define la *antijuricidad* en su artículo 1717: “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”²¹. La justificación a la que hace referencia se encuentra desarrollada en el artículo siguiente.

*Artículo 1718: Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.*²²

Para ser claros, cualquier acción (u omisión) que provoque un daño a un tercero, será considerada contraria al ordenamiento jurídico. Debido a esto es que una conducta admitida por la ley, como la difusión de noticias, puede lesionar derechos de terceros, adquiriendo así el carácter antijurídico por la violación al principio *alterum non laedere*.

El tercer presupuesto o elemento de la responsabilidad civil es la *relación de causalidad*. De acuerdo a Pizarro & Vallespinos, debemos entender que se trata de una “conexión fáctica entre la acción humana y el hecho dañoso producido. Es un nexo que vincula el acto ilícito con el daño (conexión directa) y éste último con el factor de atribución (conexión indirecta)” (Pizarro & Vallespinos, 2014, p.137).

²¹ Art. 1717 - Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

²² Art. 1718 - Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

A través de este “nexo” podremos determinar si el daño puede ser atribuido (exclusivamente o de manera concurrente) a una persona. Se trata de una causalidad jurídica y no de vínculos fundados en las ciencias naturales, ya que no pone en la balanza la justicia o injusticia de la acción, sino que analiza los hechos (el antecedente, como causa y el resultado o daño, como efecto). La relación de causalidad se dará entre la publicación de la noticia y el daño (o lesión) al honor o al derecho de intimidad del damnificado.

La *relación de causalidad* tiene una doble función (reconocida ampliamente por la doctrina nacional). Por un lado, ayuda a determinar al “autor del daño” a través del vínculo material entre la acción que provoca el daño y el sujeto cuyos derechos fueron lesionados (Pizarro & Vallespinos, 2014).

Por otro lado, la “adecuación” nos permitirá identificar el régimen predeterminado de imputación de consecuencias. Es decir, lograremos averiguar “hasta qué punto debe responder el autor material del hecho” (Pizarro & Vallespinos, 2014). Para comprender estos aspectos es fundamental la lectura de los artículos 1726 y 1727 del Código vigente.

*Artículo 1726: Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.*²³

*Artículo 1727: Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.*²⁴

El nuevo Código zanjó una duda histórica en la doctrina nacional respecto del criterio a través del cual se determina la causalidad jurídica. El artículo 1726 expresamente opta por la relación de causalidad adecuada, comprendida ésta como un parámetro objetivo de

²³ Art. 1726 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

²⁴ Art. 1727 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

comparación. Se tiene en cuenta la previsibilidad de que determinado hecho puede provocar determinado resultado, y si aquello podría haber sido previsto por la persona en el momento del hecho. Cuando decimos que una persona podría o no haberlo previsto, hablamos del conocimiento o experiencia de la persona y de su diligencia.

Finalmente llegamos al último presupuesto de la responsabilidad civil, el *factor de atribución*. En palabras de Pizarro & Vallespinos (2014), entendemos al factor de atribución como aquel elemento valorativo (axiológico) a través del cual nuestra legislación dispone la imputación de consecuencias dañosas producto del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito.

Actualmente se distinguen dos tipos de factores de atribución: subjetivos y objetivos. Cabe destacar que ambas clasificaciones son válidas y coexisten, es decir, ambas se encuentran en el mismo plano de jerarquía. Reconocer la paridad que existe entre uno y otro es comprender la evolución histórica de la temática, dejando atrás aquellas teorías que hablaban de los factores objetivos como excepcionales, ante el dominio de los subjetivos.

El artículo 1721 enuncia lo explicado anteriormente: *“La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”*.²⁵ La última oración del artículo podría generar cierta confusión, razón por la cual nos parece importante explicar que la culpa tiene el carácter de norma implícita o residual. Sólo aplicable en caso de silencio de la norma sobre el factor de atribución.

El Código unificado mantuvo la sub-clasificación de los factores subjetivos expresada por Vélez Sarsfield, distinguiendo a la culpa del dolo, pero corrigió un antiguo (y controvertido) error al redactar “diligencia” en singular. De esta manera, la palabra “diligencia” se refiere al cuidado que deberá tener el sujeto, mientras que “diligencias” en plural, se refería a trámites.

²⁵ Art. 1721 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

*Artículo 1724: “Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o la profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.*²⁶

Para que se configure la culpa, debemos tener en cuenta dos requisitos: Por un lado, la omisión de aquella conducta que exige la naturaleza de la obligación y por otro, la ausencia del propósito deliberado de incumplir o de causar un daño, es decir, ausencia de dolo. Pizarro & Vallespinos (2014) citan a Kemelmajer de Carlucci y Parellada para explicar los tipos de manifestación de la culpa.

En primer lugar exponen la *negligencia*, que consiste en “no prever lo que era previsible o, habiéndolo hecho, no adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño”. Luego se refieren a la *imprudencia* como “una conducta positiva, precipitada o irreflexiva, que es llevada a cabo sin prever sus consecuencias”. Finalmente, la *impericia* sería “la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte” (Pizarro & Vallespinos, 2014, p. 163). Está claro que todas estas manifestaciones de la culpa no son excluyentes, sino que pueden combinarse.

Como dice el artículo 1724, el dolo “se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”²⁷. Es importante destacar, a los efectos de comprender la diferencia con la culpa, que el dolo tiene un marcado componente volitivo (voluntad del sujeto). Entonces, para identificar el dolo es fundamental acreditar la intención del agente. Estos conceptos resultarán de suma importancia para comprender los extremos de la real malicia.

Los factores objetivos se distinguen claramente de los subjetivos por carecer de culpabilidad, es decir, “tienen un elemento positivo, axiológico, que la justifica y

²⁶ Art. 1724 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

²⁷ Art. 1724 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

determina su procedencia” (Pizarro & Vallespinos, 2014, p.173). La clasificación de los factores objetivos es mucho más amplia, e incluye supuestos muy particulares.

Podemos distinguir factores como el riesgo o vicio de las cosas, anteriormente regulado en el artículo 1113 y actualmente en el artículo 1757; la responsabilidad por el hecho de terceros, cuyo factor de atribución sería la garantía, reglamentado en el artículo 1753; o la responsabilidad por daños causados por actos involuntarios, en el artículo 1750, donde se tiene en cuenta a la equidad como factor de atribución.

2.3 Doctrinas sobre la responsabilidad civil de los medios de comunicación

Para comprender la diferencia entre las distintas teorías, debemos tener en claro qué implica el factor de atribución a la hora de medir la responsabilidad civil. El factor de atribución será, entonces, el eje sobre el que nos vamos a mover para citar las posiciones doctrinarias. Más allá de que existan posturas mayoritarias o minoritarias, lo importante es comprender cuál es el objetivo de cada una, que protegen y que no. El orden en que citaremos cada una de las líneas de pensamiento no hace a la relevancia de las mismas.

Factor de atribución subjetivo: Esta posición establece que el factor de atribución es subjetivo, basado en la idea de culpa o dolo. Los seguidores de esta postura indican que la responsabilidad por noticias falsas o inexactas tiene su fundamento en la culpabilidad, analizando la diligencia del profesional para establecer cuál es el grado de responsabilidad que tiene por el daño ocasionado.

Para comprender esta posición, debemos leer detenidamente artículos como el 1724 y 1725, buscando identificar el accionar del sujeto en las formas de manifestación de la culpa expuestas en el primer artículo mencionado, y valorar su conducta de acuerdo a sus conocimientos y responsabilidades. Esta posición presenta armonía plena con el Código Civil y Comercial vigente desde 2015.

Factor de atribución subjetivo agravado: Aquí es donde debemos encuadrar a la doctrina de la real malicia, debido a que exige un factor subjetivo calificado para que surja la

indemnización a favor del damnificado. El estándar estadounidense se aplica cuando nace un conflicto entre la libertad de expresión y derechos personalísimos como el honor o la intimidad, producto de una noticia falsa o inexacta donde el lesionado es un funcionario público, una figura pública o un particular envuelto en temas de interés público. Este nivel superior de exigencia que realiza la real malicia se conceptualiza a través de la expresión “probar que la información fue publicada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de las circunstancias” (Pizarro & Vallespinos, 2014, p.606).

Si retomamos los conceptos vertidos en el Código, podríamos decir que la doctrina estadounidense exige “dolo” ya que impone que el sujeto actúe “de manera intencional”. Actualmente, se encuentra abierta la discusión (lo analizaremos en el Capítulo 4) sobre el alcance del factor de atribución calificado en el nuevo Código, ya que podría implicar una modificación en la interpretación de la real malicia.

Un gran tema de discusión en la jurisprudencia nacional, y por supuesto en este trabajo, es el alcance de cada uno de estos sujetos que la doctrina distingue. La real malicia, tal cual fue proclamada en Estados Unidos, no definió exactamente a qué hace referencia cuando dice “funcionarios públicos”, por ejemplo. De hecho, en el próximo capítulo desarrollaremos un fallo de la Corte Suprema de nuestro país donde los magistrados realizaron una interpretación particular sobre este aspecto.

Tampoco definen cuales son las características que debe tener una persona para configurar lo que ellos llaman “figura pública”. Sin dudas, éste es el concepto más ambiguo que presenta la doctrina, ya que podría abarcar desde un cantante, un deportista, quizás algún reconocido periodista o hasta un “youtuber”. Es clara la vaguedad del concepto.

Factor de atribución subjetivo, pero que admite hipótesis de responsabilidad objetiva: Esta posición se funda en la teoría del ejercicio abusivo de los derechos y se trata de una variante que defiende, entre otros, Eduardo Zannoni, reconocido jurista argentino que dedicó decenas de publicaciones a la responsabilidad de la prensa. Esta línea de pensamiento sostiene que la responsabilidad es subjetiva, basado en la idea de culpa o dolo, pero reconoce que existen excepciones donde se configura un abuso del derecho regulado a través de un factor objetivo de atribución. A partir de esta postura, empezamos a vislumbrar

un concepto novedoso, donde no hay aplicación absoluta de una regla sino que se debe estudiar caso por caso.

Las excepciones surgen cuando el derecho a informar colisiona con la privacidad (intimidad y honor) de las personas, provocando un abuso. En este caso, el ejercicio abusivo del derecho a informar configura un factor objetivo de atribución. El artículo 10 del Código Civil y Comercial regula el ejercicio abusivo de los derechos, y dice:

Artículo 10: Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.²⁸

Factor objetivo de atribución fundado en el deber de garantía: Esta posición explica el daño provocado por la prensa a través de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (Artículo 1753²⁹). La innovación que impone esta línea de pensamiento es que encuentra responsable al medio de comunicación por el daño ocasionado por los periodistas (empleados del medio). En caso de concurrencia, la responsabilidad del periodista se mide bajo el concepto de culpabilidad.

Factor de atribución objetivo: Esta postura, seguida por autores como Daniel Pizarro y Gustavo Vallespinos, se funda en el factor de atribución conocido como “riesgo creado” o “riesgo de la actividad”. Esta posición es minoritaria, pero considerando el crecimiento de

²⁸ Art. 10 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

²⁹ Artículo 1753: El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.

los medios de comunicación (actualmente muchos pertenecen a grandes empresas) está ganando adeptos. Existe una importante discusión doctrinaria sobre la valoración de este factor de atribución, porque cambia totalmente el paradigma de análisis al llevar la responsabilidad del factor subjetivo a uno objetivo.

La realidad es que la situación de los medios de comunicación cambió totalmente porque la dinámica informativa es otra. En la actualidad, de la mano de internet, la amplitud y el alcance de las noticias superó cualquier expectativa que hubiesen tenido quienes redactaron las leyes años atrás. Pizarro y Vallespinos sostienen, con mucho acierto desde nuestro punto de vista, que el impacto tecnológico en la comunicación social y la concentración de empresas alrededor del periodismo han convertido al rubro en un negocio: “la comercialización de la comunicación” (Pizarro & Vallespinos, 2014, p. 608).

Dicha postura consagra a la responsabilidad de los medios, como también la de los periodistas, bajo un factor de atribución objetivo. Estos autores comprenden que tanto los medios como los periodistas desempeñan una actividad riesgosa, aspecto muy cuestionado por los defensores de la libertad de expresión.

2.4 Ética periodística y la Doctrina Campillay

En 1986, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en uno de los casos más importantes que existen en la jurisprudencia nacional sobre libertad de expresión. A pesar de que el fallo en cuestión condenó a tres medios de comunicación, podemos afirmar que otorgó al periodismo una herramienta fundamental para eximirse de responsabilidad y mantener la ética periodística.

La “doctrina Campillay” surge producto de la sentencia dictada en mayo de 1986, donde se condenó a los medios La Razón, Crónica y Diario Popular por haber vinculado a un sujeto con una asociación delictiva y al tráfico de estupefacientes. Los medios demandados utilizaron un informe policial como base de su noticia, pero nunca lo citaron como fuente. Más aún, afirmaban en sus escritos el hecho y la participación del Sr. Campillay a pesar de

que no existía condena al respecto. Producto de su accionar, la Corte consideró que habían actuado de manera imprudente respecto del derecho a informar.

Periodistas de medios como La Nación, La Voz del Interior en nuestra provincia, El Litoral de Santa Fe, La Gaceta de Tucumán, entre otros, son miembros de FOPEA (Foro de Periodismo Argentino)³⁰. Esta entidad publicó en 2006 un Código de ética³¹ que se considera obligatorio para todos sus miembros, donde expresó las conclusiones vertidas por el máximo tribunal de nuestro país.

La doctrina Campillay se convirtió en una herramienta fundamental para los medios de comunicación, no sólo porque permite trabajar con mayor cautela y seguridad las noticias que difunden, sino que protege el accionar de los periodistas cuando la información es inexacta. A continuación vamos a detallar las tres conclusiones principales que surgieron debido al fallo de 1986³²:

- Al difundir la información, se debe citar la fuente.
- Omitir datos sobre la identidad del presunto culpable.
- La redacción debe respetar el tiempo verbal potencial.

El objetivo de estas premisas es desvincular al medio de comunicación (y a los periodistas) de una posible lesión al sujeto involucrado en la noticia cuando la misma es inexacta. En primer lugar, se exige citar específicamente la fuente. Creemos que el objetivo es bastante claro, ya que de esta manera el medio no estaría haciendo suyas las afirmaciones, sino que cada expresión le correspondería a la fuente. Para lograr esto, deben realizar una reproducción fiel de la información que recibieron. Este concepto fue fundamental en el caso Campillay, ya que uno de los principales errores que cometieron los medios demandados fue no citar a la fuente policial que les brindó la información. El comunicado estaba repleto de inexactitudes y subjetividades que los medios difundieron sin mencionar

³⁰ www.fopea.org

³¹ <http://www.fopea.org/etica-y-calidad/codigo-de-etica-de-fopea/>

³² CSJN, Campillay, J.C. c/La Razón y otros. 308:789 (1986).

el origen de cada uno de los datos. Al mantener silencio en ese aspecto, los magistrados interpretaron que los medios tenían un conocimiento fehaciente de lo sucedido y lo daban por cierto.

Omitir la identidad del presunto responsable es otro concepto básico que expone la doctrina Campillay. Pero no es tan sencillo como evitar dar el nombre del sujeto, sino que va más allá. La redacción de la noticia no puede suministrar datos que permitan a la opinión pública identificar al personaje. Deben omitirse detalles sobre su situación laboral, familiar, incluso de religión. En los tiempos que corren, a través de una herramienta como Internet, ubicar a una persona por sus gustos particulares es totalmente posible. El periodismo debe tener sumo cuidado en este aspecto, ya que cada palabra puede poner en riesgo el honor o la intimidad del sujeto.

Finalmente, el sentido potencial. Esta premisa no debe ser comprendida como una regla que asegura la impunidad del medio mientras se respete el verbo potencial. La noticia en su totalidad debe carecer de conjugaciones asertivas. El sentido del artículo debe demostrar la cautela que implica hacer referencia a situaciones que pueden dañar a una persona. Este concepto exige el máximo de cuidado del periodista (y también de su correspondiente editor) al momento de redactar, además de que se requiere un profundo conocimiento del vocabulario para no permitir que sus palabras provoquen una lesión.

Es fundamental comprender que la doctrina Campillay es un estándar que nuestra Corte Suprema promueve como regla básica para ejercer el periodismo. Si bien no podemos afirmar que la aplicación de estas conclusiones eximan totalmente a los periodistas, creemos que es la forma de acreditar diligencia y ética profesional.

Resta preguntarnos sobre la relación de esta doctrina, creada por el máximo tribunal de nuestro país, con la real malicia, creación norteamericana. Principalmente consideramos que una no excluye a la otra, lo que resulta primordial si lo que buscamos es encontrar una solución a nuestra problemática. La coexistencia de ambas podría ser el primer paso de nuestra investigación.

Reflexiones finales

Los conceptos teóricos expuestos en este capítulo nos servirán para comprender a qué hacemos referencia cuando hablamos del daño ocasionado, de la obligación de resarcir que se genera por la lesión y del factor de atribución que requiere este tipo de responsabilidad. Todos estos conceptos serán mencionados en cada uno de los fallos que analizaremos en el siguiente capítulo.

La doctrina de la real malicia fue adoptada por nuestros tribunales como el método más idóneo para resolver el conflicto que se genera a partir de la difusión de una noticia falsa o inexacta. ¿Esto significa que la Corte Suprema descartó la aplicación de la doctrina Campillay? A continuación vamos a desarrollar una serie de fallos, nacionales e internacionales, para terminar de aplicar estos conceptos y brindar un poco de luz a la temática en cuestión.

Capítulo III: Antecedentes “de aquí y allá” sobre la Real Malicia

Introducción al capítulo

El análisis del origen y fundamento de la real malicia nos impone el desafío de “viajar”, temporal y territorialmente, entre dos países con culturas sociales y legislativas totalmente distintas. Actualmente, Estados Unidos y Argentina eligen a la real malicia como el método para regular la responsabilidad civil de periodistas y medios masivos de comunicación, pero esto no fue siempre así.

El objetivo de este capítulo es destacar los fallos más importantes de la doctrina estadounidense para comprender como fueron sus primeros pasos en los tribunales de Norteamérica. Luego, nos trasladaremos hacia Argentina, eje principal de esta investigación, para indagar sobre la aplicación de la doctrina. Haremos mención de los fallos trascendentales de la región en donde se aplicó la real malicia e intentaremos destacar los aspectos más controvertidos de cada una de las decisiones.

Finalmente, vamos a desarrollar un fallo histórico para nuestro país y para la libertad de expresión, se trata de la causa del periodista Eduardo Kimel que culminó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha resolución puso el punto final a un pleito que se extendió durante más de 10 años, y generó la modificación del Código Penal, equiparando nuestra legislación a los estándares internacionales.

3.1 Jurisprudencia Internacional:

3.1.1 Sullivan vs New York Times: El origen de la real malicia

Nuestra investigación comienza en Estados Unidos, lugar de origen de la doctrina de la real malicia. Durante la década del 60', el país norteamericano se encontraba inmerso en una intensa pelea por el reconocimiento de las minorías y en ese contexto surge el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos absolviendo al diario New York Times

producto de una demanda por daños y perjuicios. La resolución parecía el punto final de una etapa repleta de intimidaciones a la prensa por parte de los funcionarios públicos.

Dicho medio, uno de los más prestigiosos y con mayor tirada (650.000 ejemplares en aquella época) del país, había publicado una solicitada perteneciente a una organización denominada “Comité para la defensa de Martin Luther King y la lucha por la libertad del sur”, que lesionó con su escrito al comisionado -puesto similar al Jefe de Policía en nuestro escalafón- de la ciudad de Montgomery (ubicada en el Estado de Alabama). Debido a este hecho, el comisionado Lester Bruce Sullivan inició acciones legales contra el diario por los daños que le ocasionó la solicitada. En primera instancia, el Tribunal presidido por el Juez Jones condenó al periódico (y a otros 4 pastores firmantes de la solicitada) a pagar U\$S 500.000. El medio impugnó dicha decisión elevando el caso hasta la Suprema Corte de Alabama, pero los magistrados confirmaron el fallo recurrido.

Recién en la Corte Suprema de Estados Unidos la causa dio un giro impensado en aquella época (Badeni, 2005). El 9 de marzo de 1964 la Corte revocó la sentencia, concluyó sobre la inconstitucionalidad de las reglas del Common Law empleadas en Alabama y expresó que debía aplicarse al caso lo que se conocía como “actual malice”, traducido como real malicia.³³ Esta herramienta encuentra sus fundamentos en las Enmiendas I y XIV de la Constitución de Estados Unidos.

La doctrina de la real malicia establece que cuando nace un enfrentamiento entre la libertad de expresión y el derecho al honor o la intimidad producto de la difusión de una noticia falsa o inexacta, y el accionante es un funcionario público o figura pública, éste debe demostrar no sólo la falsedad (o inexactitud) del hecho, sino también debe acreditar un accionar malicioso por parte del medio o periodista. La “malicia” implica el conocimiento de la falsedad del hecho publicado o el *reckless disregard*, traducido como temeraria despreocupación acerca de la falsedad de la manifestación.

A pesar de las críticas por la falta de precisión en sus conceptos o por el escaso análisis que realizaron los jueces de la Corte Suprema, la doctrina de la real malicia se aplicó en los

³³ C. S. de EEUU. Sullivan vs. NYT. 376 US 254 (1964).

distintos Estados logrando la aceptación de los tribunales norteamericanos. Numerosas sentencias se firmaron bajo estos argumentos, abarcando los más extraños enfrentamientos entre funcionarios o personas públicas y medios de prensa.

3.1.2 Rosenbloom vs Metromedia Inc.: Una ampliación considerable

Años más tarde, los magistrados de la Corte firmaron una sentencia que provocó gran repercusión en la sociedad. En 1971 se aplicó la doctrina de la real malicia a un particular, es decir, una persona privada. Esta situación llamó poderosamente la atención ya que parecía ampliar el alcance de la teoría surgida producto del fallo del New York Times. En esta ocasión, un hombre llamado George Rosenbloom fue difamado a través de una estación de radio, que lo vinculó con la posesión de “literatura obscena”³⁴.

Este hombre, que nada tenía que ver con la fama o la función pública, demandó al medio por el daño sufrido producto de la difamación mediática, pero la Corte Suprema decidió absolver a la estación de radio. Dentro de los argumentos que utilizó el tribunal, destacó que la pornografía era un tema de sumo interés para la humanidad por su relación con los valores morales y que el procedimiento a través del cual Rosenbloom fue detenido -a pesar de quedar absuelto de los cargos penales- lo involucraba en un tema de interés público. Por lo tanto debía demostrarse que el medio actuó con real malicia (Badeni, 2005, p. 103).

De esta manera se amplió la teoría estadounidense para contemplar también a particulares envueltos en temas de interés público, sin cuestionarse acerca de la intención de involucrarse o no en la temática.

3.1.3 Gertz vs Robert Welch Inc.: Una figura no tan pública

En aquella época la doctrina crecía en relevancia y aplicación, pero en 1974 otro caso sacudió los tribunales. Elmer Gertz, un abogado reconocido por haber patrocinado a la familia de la víctima de un asesinato en un caso de gran repercusión social en Chicago, fue

³⁴ C. S. de EEUU. Rosenbloom vs. Metromedia Inc. 403 US 29 (1971).

difamado a través de una revista llamada “American Opinion” (integrante de la compañía Robert Welch Inc.). El medio lo vinculó con un movimiento conspiratorio comunista en contra de la policía local. Producto de dicha publicación, el abogado demandó al medio por daños.

Todos pensaban que la Corte Suprema aplicaría el criterio establecido en el fallo del New York Times, sin embargo, los jueces sorprendieron a la sociedad al establecer una indemnización que rondó los U\$S 400.000 en concepto de daños compensatorios y punitivos. Parecía que la corte había elaborado una interpretación limitada de lo que debía entenderse por *figura pública*. Aquellas críticas esbozadas en 1964 tomaron relevancia, ya que este fallo significó un revés judicial en contra del periodismo, poniendo en duda los criterios de la real malicia.³⁵

Badeni (2005) explica que Gertz no fue considerado una figura pública debido a que “el conocimiento de su persona no se extendía a toda la comunidad ni sus opiniones gravitaban sobre ella ni tenían, en abstracto, interés para el hombre común” (Badeni, 2005, p.104). Gertz fue juzgado como un particular que, a pesar de involucrarse voluntariamente en un tema de interés público, no debía ser considerado una figura pública.

3.2 Jurisprudencia Nacional:

3.2.1 Caso Costa: Una nueva dimensión de análisis

Debido a la gran repercusión que tuvo la real malicia en el ámbito jurídico, países como Argentina se hicieron eco dándole un lugar en sus tribunales. En 1987, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló a favor de Héctor Costa, un funcionario de la Municipalidad de Buenos Aires que fue vinculado por un medio televisivo en un delito de cohecho. Los antecedentes indican que Sr. Costa fue filmado por reporteros en la puerta de la Municipalidad, dialogando con un vendedor ambulante. Una vez finalizada la conversación, los periodistas entrevistaron al comerciante quien negó rotundamente el

³⁵ C. S. de EEUU. Gertz vs. Robert Welch Inc. 418 US 323 (1974).

hecho delictivo. A pesar de esto, el canal local difundió la noticia que rápidamente “retumbó” en toda la zona, difamando al empleado municipal y provocando, en principio, la cesantía del mismo.³⁶

La causa transitó por todos los escalones del Poder Judicial, llegando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Una vez allí, los jueces del máximo tribunal sorprendieron con los argumentos por los que habilitaron el resarcimiento a favor del Sr. Costa. En lo que a nosotros nos compete, hemos de destacar que los magistrados marcaron una diferencia en los distintos escalafones de funcionario público que pueden existir (aspecto no contemplado por la doctrina de la real malicia original). Determinaron una sub-división para los funcionarios según su notoriedad pública, para marcar el grado de protección constitucional que recibirán. En este caso, Héctor Costa pertenecía a un rango inferior del empleo público, por lo que no se le exigió la exposición de la real malicia. En ese entonces, el fuero penal absolvió al funcionario declarando que el delito jamás existió y, de esta manera, le dio las herramientas necesarias para exigir el resarcimiento civil por la calumnia sufrida.

Por aquel entonces, la Corte Suprema estaba conformada por los jueces José S. Caballero, Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacque, quienes modificaron -si nos permitimos comprenderlo de esa manera- la doctrina de la real malicia. La teoría estadounidense indicaba que si el difamado era un funcionario público (o figura pública), debía demostrar la malicia en el accionar del medio. Pero en Argentina, la sentencia de la Corte estableció una nueva dimensión de análisis, al marcar la diferencia entre los funcionarios públicos según su notoriedad pública.

Creemos que fue una decisión acertada, pues en nuestro país todas las personas que trabajan para alguna entidad estatal o ente autárquico, son denominadas “funcionarios públicos”. Si se respetase la doctrina de la real malicia original, la extensión en su aplicación iría desde un simple secretario judicial o administrativo, por ejemplo, a los miembros del honorable Congreso de la Nación, Gobernadores o Ministros.

³⁶ CSJN, Costa c/Municipalidad de Bs As. Fallos 310:508 (1987).

Por un lado, esta nueva clasificación reduce la cantidad de personas que deben ser consideradas “funcionarios públicos” a la luz de la real malicia. Por otro lado, no resuelve el problema de falta de precisión que tenía la doctrina en primer lugar. Independientemente que el fallo Costa exponga un ejemplo de un funcionario público que sólo debió acreditar la simple culpa del medio, no es suficiente para comprender la aplicación de esta herramienta.

Fernando Racimo (2014), citado por Ibarlucía (2008-F) formuló una dimensión de análisis que podría equipararse a la que expuso la Corte para explicar los distintos niveles de funcionarios públicos que existen. Este autor explica que podemos diferenciar a los funcionarios según tengan o no poder de decisión para definir qué tipo de protección tendrán en conflictos con los medios de comunicación. Así, Héctor Costa era un funcionario que carecía de poder de decisión (tenía poca “notoriedad pública”) y por eso le bastó con probar la simple culpa del canal de televisión local.

3.2.2 Caso Morales Solá: ¿Aplicación plena de la real malicia?

Los años pasaron y las causas que cuestionaron la libertad de expresión no faltaron. Muchos fallos se dictaron desde 1987 hasta nuestros días, pero vale la pena destacar algunos más para terminar de comprender el origen y fundamento de esta doctrina. En 1996, con plena vigencia de la reforma en la Constitución Nacional, la Corte falló a favor del periodista Joaquín Morales Solá. El caso es fundamental ya que muestra la fiel aplicación de la doctrina de la real malicia en nuestro país.

Morales Solá fue denunciado por injurias por el abogado Dante Giadone, un suboficial del ejército retirado que tenía un fuerte vínculo con el ex Presidente Raúl Alfonsín. Giadone promovió querrela luego de que se publicara el libro “Asalto a la ilusión” donde el periodista lo nombró recordando un diálogo con el ex mandatario nacional que habría lesionado su honor.

Los días inaugurales de la democracia fueron testigos de disparates notables entre los civiles que llegaban al poder. Por ejemplo un viejo amigo de Alfonsín, el abogado Dante Giadone, que se había retirado como suboficial del Ejército, propuso al presidente sacarle

el uniforme al Regimiento de Granaderos (tradicional custodia de mandatarios) y vestirlo de civil. Alfonsín levantó la mirada y le suplicó: Por favor, piensen lo que dicen antes de hacerme perder el tiempo. Pero la fiesta parecía interminable y se suponía que había espacio para cualquier algarada.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil dictó sentencia condenando al periodista a tres meses de prisión. Los vocales de la alzada entendieron que Morales Solá conocía el carácter ofensivo de la publicación y que debía tener dudas sobre la veracidad de lo que había escrito. Pero la Corte Suprema de Justicia revocó la sentencia indicando que la parte actora, quien debía probar la difamación, no había acreditado la real malicia en el accionar del periodista.³⁷

Sobre la sentencia que absuelve a Morales Solá hay dos hitos fundamentales que vamos a analizar. Por un lado, el bien jurídico protegido. Este fallo demuestra como la aplicación de la doctrina estadounidense tiene como principal objetivo proteger a la libertad de expresión, entendida como la posibilidad de expresarse por cualquier medio. La Corte amplía el alcance a publicaciones en libros de literatura, ya que originariamente la teoría se refería a noticias falsas o inexactas difundidas a través de medios de comunicación masiva.

Por otro lado, la aplicación del estándar deja algunas dudas sobre la clasificación en la que encasillaron al demandante. Vale recordar que la doctrina estadounidense tiene como característica distintiva, una diferenciación en el sujeto damnificado. Entonces ¿en qué categoría ubicaron a Dante Giadone para aplicar la real malicia? Al respecto, podemos recordar el considerando 15 del voto del Dr. Vázquez, que conformó la mayoría para absolver al periodista.

Que el relato involucra a personas de evidente calidad pública como el ex presidente de la Nación y otras vinculadas a su entorno público como el querellante, sus ministros y las fuerzas de seguridad, que trasciende el mero aspecto privado de sus vidas, para insertarlas en el contexto general del país y el sentir nacional una vez vuelto el estado democrático. Tales aspectos de la narración deben interpretarse

³⁷ CSJN, Giadone c/ Morales Solá. Fallos 319:2741 (1996).

como un crítico análisis de la sociedad argentina para la época en que ocurre el hecho.

Aunque también puede ser de suma utilidad, a los efectos de nuestra investigación, el considerando 11 del voto en disidencia del Dr. Petracchi. El magistrado recordó un párrafo de uno de los camaristas, quienes condenaron a Morales Solá por el accionar culposo ante los derechos de un simple particular como era Dante Giadone.

Y no se diga que estamos ante la libertad crítica a los funcionarios públicos por medio de la prensa y en razón de los actos gubernamentales, reconocida como manifestación esencial de la libertad de prensa. Aquel episodio comentado por Morales Solá en 'Asalto a la ilusión' carece de significación política, carece de actualidad, y no tiene el menor relieve institucional.

Los magistrados que conformaron la mayoría consideraron que el demandante debía incluirse en la categoría de figura pública o particular envuelto en temas de interés público, mientras que la minoría apostó por desestimar la real malicia ya que el actor era un simple particular y el periodista debía responder por su accionar culposo, como factor subjetivo de atribución.

Por nuestra parte, creemos que no corresponde identificar a Giadone como funcionario público, pues el hecho ocurrió cuando ya se había retirado del ejército. De ser así, ¿debe ser considerado una figura pública? La respuesta negativa emerge. Sostenemos que uno no adquiere el carácter de personalidad pública simplemente por ser amigo del Presidente. Nos queda contemplar que los magistrados de la Corte lo identificaron como un particular envuelto en cuestiones de interés público. Pero, ¿cuál fue el tema de interés público donde quedó envuelto Giadone? El párrafo recordado por Petracchi responde el interrogante y aumenta la incertidumbre. Quizás Dante Giadone era un simple particular...

3.2.3 Caso Gesualdi: ¿Negligencia o mala intención?

De la aplicación de la real malicia con Morales Solá, a un fallo que dejó serias dudas sobre su utilización como fue el caso Gesualdi. La realidad es que tan sólo unos días después de

la absolución de Joaquín Morales Solá producto de una interpretación plena de la real malicia, los magistrados del máximo tribunal de nuestro país firmaban la condena a una revista por una situación similar.

Resulta que los periodistas de la revista El Porteño (manejada por la Cooperativa de Periodistas Independientes Limitada) publicaron en julio de 1990 una noticia haciendo referencia a un regalo que había recibido Carlos Menem, por entonces Presidente. La noticia indicaba que “unos amigos del presidente” le entregaron en 1989, el expediente de su divorcio. En la publicación se dieron todos los datos sobre el regalo: fecha de inicio del proceso, número de juzgado donde tramitaba y el nombre completo de la Jueza a cargo del mismo.

*Cuando en 1985 el matrimonio Menem recurrió a la justicia solicitando el divorcio, el trámite fue radicado en el Juzgado Civil N° 5, de Talcahuano 490, 2° piso, a cargo de la jueza Dora M. Gesualdi (...) Algunos sostienen que esta segunda etapa del divorcio presidencial se puede resolver fácilmente reactivando aquel expediente iniciado en 1985. Sin embargo, los letrados no encontrarán rastros de aquel trámite de separación, aunque se supone que aún está en el juzgado. En mayo de 1989, después de consagrarse presidente, Menem recibió como regalo de un grupo de amigos el expediente de divorcio iniciado en 1985, 'Tomá, ya no lo vas a necesitar', le dijeron mientras le entregaban como trofeo por la victoria la carpeta que contenía la demanda de los esposos.*³⁸

La Dra. Gesualdi, al encontrarse mencionada en la nota y considerando que su honor había sido dañado, decidió demandar al medio de comunicación. Mucho se habló sobre la pertinencia o no del reclamo, cuestionando la legitimación de la Dra. Gesualdi para interponer la demanda. Personalmente, creo que no podemos dudar del agravio moral que sufrió la jueza federal, ya que esta situación ocurrió en su Juzgado, donde ella es “amo y señor” de lo que sucede. La ausencia o desaparición de un expediente judicial implicaba que ella había consentido el retiro, o peor, que había un mal desempeño de sus funciones (Gelli, 1997-B).

³⁸ CSJN, “Gesualdi, D. c/Cooperativa Periodistas Independientes Limitada y otros”. Fallos 319:3085 (1996).

Pero había algo más en la mente de Dora Gesualdi, ella sabía que la noticia era totalmente falsa porque el expediente que los periodistas mencionaron, se encontraba en el Juzgado. La demanda fue admitida y obtuvo sentencia favorable tanto en primera como segunda instancia. En los tribunales se discutió sobre el grado de afectación al honor de la jueza y el derecho a informar de los periodistas. Dicho en otras palabras, el conflicto existía entre la libertad de información y uno de los derechos personalísimos de un funcionario público, como era la jueza Gesualdi.

Como recordarán, la real malicia establece que cuando una noticia falsa o inexacta lesiona un derecho (honor, intimidad, imagen, etc) de un funcionario público, figura pública o un particular envuelto en un tema de interés público, no pueden exigir una indemnización por daños a menos que prueben que los periodistas conocían la falsedad del hecho o que actuaron con notoria despreocupación sobre la veracidad de la noticia. Éste parecía un típico caso de aplicación de la doctrina estadounidense, pero... ¿Qué pasó?

El pleito llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante un recurso extraordinario pero éste fue rechazado por los magistrados, confirmando el fallo de la Cámara de Apelaciones. Cuando los integrantes de la alzada fallaron a favor de la Dra. Gesualdi, dejaron en claro que habían utilizado los conceptos expuestos por la doctrina de la real malicia. Al aplicarla, determinaron que la noticia era falsa, que la actora había logrado probar dicha falsedad, y que al demostrar que el expediente se encontraba en el Juzgado correspondía cuestionar la diligencia de los periodistas.

Producto de las pruebas testimoniales se comprobó que la parte demandada solo había enviado a una persona a solicitar el expediente al Juzgado, y ante la simple negativa del secretario, argumentaron que el documento no se encontraba allí. Es importante destacar el trabajo de los vocales de Cámara, ya que hicieron una correcta lectura de la situación destacando que se probó la notoria despreocupación (o negligencia grave) del medio de comunicación por demostrar la verdad o falsedad de la noticia.

Parece sencillo concluir que los periodistas no controlaron la información que recibieron de su fuente, lo que significó una grave demostración de su imprudencia. Investigar y corroborar los datos obtenidos configuran dos de los principales aprendizajes que se

adquieren en el mundo periodístico y deberían ser realizados “de memoria” por los profesionales de la información.

La libertad de expresión es uno de los principios constitucionales más importantes que rigen nuestra legislación pero no es absoluto. Este fallo es una fiel demostración que la justicia comprendió cual era el bien jurídico protegido en el pleito, y condenó al medio por la temeraria despreocupación respecto de la falsedad del hecho.

3.2.4 Caso Patitó: El valor de las opiniones

Corresponde avanzar hasta el año 2008, donde recordaremos dos casos fundamentales de nuestra jurisprudencia. Por un lado, el caso “Patitó” que involucró a un grupo de médicos forenses que sintieron lesionado su honor producto de una serie de noticias, y por otro, el caso “Kimel”, emblemática historia sobre la libertad de expresión que llamó la atención tanto de abogados como periodistas. Éste último caso será tratado más adelante, cuando hagamos referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El caso “Patitó” es de suma importancia para la jurisprudencia argentina ya que no sólo se aplicó la real malicia para absolver a un medio gráfico que difamó a funcionarios, sino que determinó la imposibilidad de generar responsabilidad civil producto de opiniones o juicios de valor.

En esta causa, integrantes del cuerpo de médicos forenses del Poder Judicial promovieron una demanda por daños y perjuicios contra el Diario La Nación, indicando que se violaron sus derechos a la intimidad y al honor por una serie de notas publicadas a lo largo de los años 1997, 1998 y 1999.

En junio de 2004, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones confirmó el fallo de primera instancia condenando al medio. Los vocales del tribunal argumentaron que las notas publicadas en La Nación se componían de opiniones o juicios de valor, por lo tanto, no debían regirse por la regla de la real malicia que, según los magistrados, sólo debía

aplicarse ante noticias falsas o inexactas. Cabe destacar que la Cámara acogió la demanda promovida contra el diario, pero rechazó la pretensión contra el periodista.

Producto de un Recurso Extraordinario, el caso llegó hasta la Corte Suprema de Justicia donde los magistrados aplicaron plenamente la real malicia absolviendo al diario. En la sentencia, determinaron que expresiones del tipo de “opiniones o juicios de valor” no pueden dañar la reputación de las personas, por lo que tampoco pueden generar responsabilidad civil o penal.³⁹

Sin dudas este fallo generó otro llamado de atención acerca de la protección que confiere esta doctrina a la libertad de expresión. Los tribunales argentinos comprendieron que la doctrina estadounidense protege la libertad de expresión, cualquiera sea el medio de difusión. Una vez más acertaron con su inclinación y sentenciaron la imposibilidad de generar responsabilidad civil a través de la expresión de opiniones o juicios de valor.

La sentencia del caso Patitó nos inclina a pensar que la real malicia debería aplicarse exclusivamente cuando la información -tildada de falsa o inexacta- se trate de hechos fácticos (comprobables en el sentido de verdaderos o falsos), ya que sobre las opiniones o juicios de valor no se puede hacer ese análisis. Si nuestra conclusión es correcta, debemos preguntarnos ¿qué valor se le otorga a la demostración de la falsedad de un hecho, cuando no se logró acreditar la malicia del periodista?

Sin embargo, de acuerdo al fallo, cuando el diario presenta el Recurso Extraordinario Federal argumenta que sus noticias tenían un “alto grado informativo” y no se trataba de una mera opinión, por lo tanto debía regirse de acuerdo al estándar de la real malicia.

3.2.5 Caso Di Salvo: Un fallo cuestionable

En mayo de 2010 la Corte Suprema realizó otra aplicación “plena” de la real malicia, virviendo totalmente el fallo dictado por la Cámara y, por lo tanto, absolviendo a un medio de comunicación a pesar de haber publicado una noticia falsa. Los hechos indican

³⁹ CSJN, Patitó c/Diario La Nación. Fallos 331:1530 (2008).

que el Diario La Mañana (de la ciudad “25 de Mayo”, provincia de Buenos Aires) publicó durante el año 2003 una noticia sobre el señor Miguel A. Di Salvo, indicando que era propietario de dos campos de “404 y 528 hectáreas”. Datos que resultaron ser totalmente falsos.

El primer aspecto a detallar es ¿quién era Miguel Ángel Di Salvo? Por aquel entonces, se desempeñaba como Senador por la provincia de Buenos Aires, presidente local del Partido Justicialista y había sido ex concejal y ex intendente. Además, en aquella época, el Partido Justicialista se encontraba en elecciones y Di Salvo era uno de los protagonistas principales. Podríamos afirmar con tranquilidad que se trataba de un funcionario público, por lo tanto se cumple uno de los presupuestos que exige la doctrina estadounidense (Descalzi, 2010-XII).

Di Salvo demandó al medio por los daños que sufrieron su imagen y su honor y, a pesar de la rectificación del diario tres días después de publicar los datos, el Juzgado dio curso a la demanda. La verdad es que el Senador Di Salvo era propietario de dos inmuebles, pero sus dimensiones era muy distintas a las publicadas, medían 48 y 52 hectáreas.

El pleito obtuvo un fallo en contra en primera instancia, absolviendo al periódico producto de la aplicación de la doctrina de la real malicia. Dicha sentencia fue apelada por el actor, obteniendo respuesta favorable en manos de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones. Allí se condenó al medio a pagar la suma de \$20000 en concepto de indemnización y a publicar la sentencia en la primera página de su edición dominical.⁴⁰

Como ya sabemos, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sin dudar, aplicó la real malicia y puso el punto final a esta discusión. Los miembros del máximo tribunal argumentaron que se trataba de un típico caso donde la lesión provenía de una publicación con datos falsos, y donde el sujeto pasivo de esta relación era un funcionario público. Sin embargo, indicaron que el actor no logró acreditar el factor de atribución subjetivo agravado que establece la doctrina.

⁴⁰ CSJN, “Di Salvo, M. A. c/Diario La Mañana s/ daños y perjuicios”. Fallos: 314:1517 (2010).

Consideramos que en este caso se omitió un importante detalle: la diligencia de los periodistas. ¿Qué valor le dieron al error en las dimensiones de los inmuebles adjudicados al señor Di Salvo? Es decir, ¿era tan difícil constatar fehacientemente el tamaño de sus propiedades? A priori, los periodistas tendrían que haberse presentado en el registro de la propiedad, personalmente o mediante Escribano Público, y solicitar el informe de dominio correspondiente al inmueble.

También podrían haber constatado la información a través de la declaración jurada de Di Salvo, quien como funcionario debe actualizarla año tras año. Incluso, si nada de eso diera resultado, la comunicación directa con el Senador sería una opción viable para obtener precisiones. No debería negarse a brindar información, pues se trata de un funcionario público en ejercicio.

Si recordamos el caso Gesualdi, el punto central de discusión sería la diligencia de los periodistas. Podríamos decir que ninguno de los corresponsales, incluyendo al editor, fueron diligentes en su accionar. Nadie controló la nota y se publicó pensando, quizás, que a través de la doctrina de la real malicia se ampararía el error. Así fue, desafortunadamente.

3.2.6 Caso Canicoba Corral: Un “detestable” fallo para la prensa

El caso “Canicoba Corral” es otro fallo controvertido sobre la libertad de expresión vinculado con la (no) aplicación de la real malicia. Aquí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentenció al ex Diputado y ex Gobernador de Santa Cruz, Sergio Acevedo, por haber lesionado el honor del Juez Canicoba Corral a través de sus expresiones en una entrevista para el diario Página 12.

La sentencia se dictó en Agosto de 2013, pero el pleito comenzó en 2004, cuando el por entonces Gobernador Sergio Acevedo mencionó a una serie de jueces como la “corporación judicial”. Sus declaraciones se dieron en el marco de una respuesta a una crítica realizada por el ex Presidente Menem al gobierno santacruceño.

Mire cómo reacciona la corporación judicial frente a cualquier atisbo de reforma. Todos sabemos lo que son los Urso, Oyarbide... seres detestables... Bonadío, Canicoba Corral... ahora fíjese lo que es la corporación judicial en el Consejo de la Magistratura. ¿Qué sistema de selección tuvieron con esos jueces? (...) Menem habla de una persecución de una Justicia que él mismo designó. Son los jueces de la servilleta.

Producto de esas palabras, el juez Rodolfo Canicoba Corral decidió demandar a Acevedo por daños y perjuicios. El magistrado obtuvo sentencia favorable tanto en primera como en segunda instancia, pero el pleito no finalizó hasta la decisión de la Corte Suprema (a la que se arribó producto de un recurso de queja). La resolución no fue unánime, pero confirmó la sentencia de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones de condenar a Sergio Acevedo a un resarcimiento económico por daño moral, además de costear la publicación de la sentencia en el diario Página 12.⁴¹

Lo primero que hay que destacar y preguntarse es, ¿por qué no aplicaron la doctrina de la real malicia? Es decir, el conflicto entre principios constitucionales se dio producto de una publicación realizada a través de un medio de comunicación donde la parte lesionada era un funcionario público. Estarían dadas las condiciones para que se aplique la doctrina estadounidense, pero los jueces hicieron un análisis totalmente distinto a dicha doctrina, incluso contrario al caso Patitó, citado anteriormente.

Dentro de los argumentos más importantes que destacaron los distintos jueces que analizaron el caso, podemos identificar el valor que le dieron a la expresión “detestable”. Los magistrados consideraron que esa palabra configuró un “insulto”, una “expresión desmedida para ser contemplada como libertad de expresión” y que nada tenía que ver con la función de informar o ser informado. Además, destacaron que el carácter de funcionario público de Acevedo hacía aún más importante el significado de la palabra “detestable” debido a que fue presidente de la comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados.

En los considerandos, los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni expresaron que su decisión no elimina el valor constitucional que tiene la libertad de expresión, pero aseguran

⁴¹ CSJN, “Canicoba Corral c/Acevedo Sergio y otros s/ daños y perjuicios” (2013).

que no se puede dar impunidad a “quienes, por su profesión y experiencia, han obrado excediendo el marco propio del ejercicio regular de los derechos de petición y crítica”.⁴²

Agregaron que la palabra “detestable” y sus distintas acepciones, configuran en su mayoría insultos que no pueden ser equiparados a opiniones o juicios de valor. Destacan, también, que no se puede exigir a los magistrados que soporten cualquier ataque a su honor sin esperar un resarcimiento, “(...) Admitir lo contrario, importaría tanto como consagrar la existencia de una categoría de ciudadanos que -por su cargo o función pública- quedarían huérfanos de tutela constitucional y expuestos al agravio impune”.⁴³

Es fundamental destacar la posición minoritaria en esta sentencia, encabezada por la Dra. Elena Highton de Nolasco y sus pares, Petracchi y Argibay. Plantearon que la expresión fue utilizada como una opinión, una idea o un juicio de valor que no puede generar responsabilidad civil y que los jueces, debido a su función en la sociedad, deben ser hombres con “fortaleza de ánimo, capaces de sobrevivir en un clima hostil” cuando se lo critica en su esfera de actuación pública”.⁴⁴

Que importante –y contradictorio- es recordar los fallos “Patitó” y “Kimel” (será desarrollado más adelante), ambos en 2008, donde se hizo especial hincapié en la imposibilidad de generar responsabilidad civil producto de una opinión o un juicio de valor. Pareciera que hay una delgada línea entre una crítica y un insulto, que los distingue y que puede generar un resarcimiento. Esta imprecisión en los conceptos podría abrir una puerta indeseada para los defensores de la libertad de prensa.

3.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Algunos párrafos atrás, cuando transitábamos el año 2008, mencionamos el caso “Kimel”. Este pleito se extendió durante más de 10 años, superando todas las instancias judiciales de

⁴² CSJN, “Canicoba Corral c/Acevedo Sergio” (2013), Consid. 8.

⁴³ CSJN, “Canicoba Corral c/Acevedo Sergio” (2013). Consid. 11.

⁴⁴ CSJN, “Canicoba Corral c/Acevedo Sergio” (2013). Consid. 16.

nuestro país hasta llegar a la Corte Interamericana. Con la resolución del ente internacional, el periodista Eduardo Kimel se metió en la historia, no sólo para el ámbito jurídico sino también para el periodismo a través de uno de los fallos más importantes y excepcionales que tratan sobre la libertad de expresión.

3.3.1 Caso Kimel: Una sentencia histórica

Para hablar de la causa Kimel debemos regresar a la década del 90' cuando Eduardo Kimel publicó el libro "La masacre de San Patricio". Este escrito fue el resultado de una investigación por el asesinato de cinco religiosos durante la dictadura militar, donde el periodista cuestionó el accionar de Guillermo Rivarola, juez de la causa. En su momento, el magistrado promovió querrela criminal alegando que se dañó su honra a través de la publicación.

El corresponsal fue condenado en primera instancia por la Jueza Braidot por el delito de injurias a un año de prisión y una multa de 20 mil dólares. Sin embargo, en 1996 la Cámara de Apelaciones revocó el fallo por unanimidad y absolvió al periodista. En 1998 la causa llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde se hizo lugar al recurso extraordinario que presentó el querellante y revocó el fallo "por ser arbitrario".

Su caso fue llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el año 2000 por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) como una violación a los derechos de libertad de prensa y a la información consagrados en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica.

La CIDH es un órgano judicial creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que interviene cuando un Estado parte quebrantó algunos de los derechos humanos reconocidos en el tratado.

La CIDH se expidió en 2008, condenando a la República Argentina a reformar su legislación sobre calumnias e injurias, y a efectuar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad por haber afectado el ejercicio al derecho a la libertad de expresión.⁴⁵

La causa denominada “Kimel vs Argentina” significó un gran cambio en nuestra legislación, ya que le puso fecha límite a la adecuación jurídica al régimen internacional que había comenzado en la década del 90’. Hasta el año 1993, en el derecho interno existía la figura del desacato, entendido como la criminalización de la expresión contra funcionarios públicos en razón de sus funciones (estaba tipificada en el artículo 244 del Código Penal). Debido al informe anual sobre libertad de expresión que realizó la Comisión Interamericana, se dictó la ley 24198 que fue el puntapié inicial para conciliar nuestra legislación con la exigida en el ámbito internacional.

Una vez derogada la figura del desacato, comenzaron a surgir algunos “abusos” en las figuras penales de calumnias e injurias. Aquí es donde cobra relevancia la causa que situó a Eduardo Kimel en la historia, ya que la resolución de la CIDH en 2008 puso el punto final a las idas y vueltas para la reforma. Se derogaron los delitos de calumnias e injurias del Código Penal, teniendo en cuenta tres aspectos fundamentales: 1) la incompatibilidad de la legislación nacional con los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión; 2) la incompatibilidad de la legislación vigente con el sistema democrático y republicano; y 3) el “*chilling effect* (efecto disuasivo o inhibitor) de los procesos penales sobre el debate público y el peligro de autocensura (Thury Cornejo, 2011-3). Estos fueron los ejes principales que se tuvieron en cuenta para la sanción de la ley 26.551.

Reflexiones finales

Los fallos expuestos a lo largo de este capítulo representan un pequeño porcentaje en relación a la cantidad de casos que existen sobre conflictos vinculados a la libertad de expresión. Sin embargo, esta “muestra” es suficiente para exponer las distintas posiciones que ha tomado nuestra Corte Suprema a lo largo de los años.

⁴⁵ CIDH, Kimel c/Argentina. 02/05/2008. Serie C n° 177.

Por un lado, pareciera muy claro que la real malicia se ganó un lugar en los tribunales de la República Argentina, pero no parece tan sencillo precisar a qué está renunciando la Corte cuando elige resolver este conflicto a través de una doctrina extranjera. La reforma constitucional de 1994 le abrió las puertas a la real malicia pero la unificación del Código Civil y Comercial guardó silencio al respecto. Es nuestra misión comprender qué lugar tomará esta doctrina en nuestra legislación.

Capítulo IV: Análisis crítico

Introducción al capítulo

Luego de comprender el origen y fundamento de la doctrina de la real malicia, estamos en condiciones de estudiarla en profundidad. Para ello, en este capítulo vamos a realizar un análisis crítico, destacando las consecuencias positivas y negativas del estándar creado en Estados Unidos, en relación a su aplicación en nuestra legislación. Principalmente, vamos a utilizar nuestra jurisprudencia, pero también nos apoyaremos en importantes juristas que han trabajado con detalle esta problemática.

Cuando hacemos referencia a la expresión “consecuencias”, ya sean positivas o negativas, queremos enfatizar en aquellos aspectos o cuestiones que su aplicación nos permite concluir. Por eso nuestra base de análisis será la jurisprudencia de la Corte Suprema, debido a que las sentencias del máximo tribunal nos permitirán realizar el análisis crítico que estamos buscando, para lograr determinar hacia donde se dirige nuestra legislación.

4.1 Bien jurídico protegido

La real malicia recibió decenas de críticas desde su aplicación, pero hay un aspecto fundamental que jamás fue atacado: el bien jurídico protegido. A través del estudio de esta doctrina, pero principalmente por los fallos que citamos, podemos afirmar que la real malicia protege cabalmente la libertad de expresión. Recordarán que en el capítulo 1 hicimos referencia a esta garantía constitucional, describiendo sus características a través de distintas fuentes.

A partir de la reforma constitucional de 1994, tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos forman parte de nuestra legislación y marcan el camino en cuestiones vinculadas al alcance de la libertad de expresión a través de una definición más amplia que la expuesta por nuestra Constitución Nacional. El inciso 1 del artículo 13

contiene un concepto más preciso del bien jurídico protegido y creemos que la real malicia tiene una importante relación con ese aspecto.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

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

Resulta fundamental desglosar este inciso para comprender que la garantía que estamos protegiendo va más allá de la mera “expresión de ideas”. El ejemplo más claro y preciso para describir el bien jurídico protegido a través de la real malicia es el Caso Morales Solá⁴⁶. Hacemos referencia a la sentencia que absuelve al periodista por la publicación, en su libro “Asalto a la ilusión”, de unas líneas donde mencionó al ex suboficial de ejército, Dante Giadone.

Dentro de los fundamentos de los magistrados de la Corte Suprema, se destaca la protección a la libertad de expresión a través de cualquier medio y no sólo por la prensa. Morales Solá utilizó su libro, quizás uno de los medios de comunicación más antiguos que existen, para expresarse y la Corte decidió amparar su acción. Concluimos que la decisión de la Corte fue correcta ya que los medios de comunicación han evolucionado desde la aparición de esta doctrina en nuestro país, y la protección a la libertad de expresión debe ser amplia.

Que nuestra Constitución Nacional otorga a la libertad de prensa, entendida como el ejercicio de la libertad de expresión de manera pública, un amplio reconocimiento como también una amplia tipificación de sus contenidos, reconocida a todos los habitantes del país, que no abarca sólo el derecho de difundir hechos y opiniones sino además el derecho de la sociedad a ser informada sobre acontecimientos

⁴⁶ CSJN, Giadone c/ Morales Solá. Fallos 319:2741 (1996).

*considerados de interés público, a través de cualquier medio técnico de comunicación social*⁴⁷.

Volviendo al análisis del inciso 1 del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, podemos destacar que la protección se extiende a actividades previas a la “expresión”, como por ejemplo la búsqueda de información. Es primordial destacar este aspecto, porque la garantía constitucional debe permitir vasta libertad de acción a todas las personas. Justamente, esa es la esencia de este principio constitucional y creemos que la real malicia lo promueve sin lugar a dudas. A su vez, la libertad de expresión está vinculada con la prohibición de censura previa. La doctrina surgida por el fallo que absolvió al New York Times la promueve, al igual que nuestra Constitución Nacional en el artículo 32 y en varios tratados internacionales.

Otro aspecto positivo relacionado al bien jurídico protegido, tiene que ver con la protección de ideas u opiniones y no sólo de información en base a hechos. Además de lo ocurrido en el fallo de Morales Solá, vamos a recordar el Caso Patitó⁴⁸, ya que allí también se protege la publicación de ideas a pesar de que, originalmente, la real malicia buscaba amparar la libertad de expresión a través de noticias falsas o inexactas. El máximo tribunal argentino extendió esta garantía para proteger las opiniones, en contraposición a lo que había fallado la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en Junio de 2004.

Este aspecto, positivo principalmente, tiene una “contracara” ya que a través de las opiniones uno puede provocar aún más daño si los límites no se encuentran correctamente definidos. Un fallo ejemplar sería el caso del juez Canicoba Corral⁴⁹, dónde se condena al ex Diputado y ex Gobernador de Santa Cruz, Sergio Acevedo, por haber lesionado el honor del magistrado en una entrevista realizada en el diario Página 12. Dentro de los argumentos de la Corte, podemos destacar que defender la libertad de expresión no implica crear un “derecho al insulto”. En el considerando 12 del voto de la mayoría, integrada por los jueces

⁴⁷ CSJN, Giadone c/ Morales Solá. Fallos 319:2741 (1996). Voto de Vázquez, considerando 7.

⁴⁸ CSJN, Patitó c/Diario La Nación. Fallos 331:1530 (2008).

⁴⁹ CSJN, “Canicoba Corral c/Acevedo Sergio y otros s/ daños y perjuicios” (2013).

Ricardo Lorenzetti, Carlos Fayt, Eugenio Zaffaroni y Carlos Maqueda, expusieron esta idea:

Resulta claro que el término 'detestable' propalado por el demandado, debe considerarse un insulto, y difiere de las opiniones, críticas, ideas o juicios de valor que podrían efectuarse respecto de un funcionario público". (...) En tal sentido, se entiende que los jueces no deben soportar cualquier afrenta a su honor sin que se les repare el daño injustamente sufrido⁵⁰.

La discusión se abre a través de este aspecto, ya que no podemos negar que una opinión crítica podría generar daño, al igual que una expresión falsa. Es decir, apoyamos la decisión de la Corte en condenar a Acevedo en aquel caso, pues su expresión fue un exabrupto (más aún considerando que en aquella época se desempeñaba como Gobernador) pero habría que determinar con precisión dónde se encuentra el límite entre una opinión y un insulto. La palabra “detestable”, ¿es realmente un insulto? ¿O se condenó la forma y el contexto en la que se lo utilizó? Cuestiones que la real malicia no responde y que, al parecer, dependerán del criterio de cada juez.

Para contrastar, es oportuno recordar el caso Kimel, también citado en el Capítulo 3. La causa que finalmente absolvió al periodista llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia dictada en 2008 determinó que las opiniones vertidas por el periodista en su libro “La masacre de San Patricio”, no pueden generar ningún tipo de responsabilidad.

Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De

⁵⁰ CSJN, “Canicoba Corral c/Acevedo Sergio” (2013). Consid. 12.

*allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor.*⁵¹

La causa Kimel constituye el mejor ejemplo de como la libertad de prensa ampara las opiniones sobre un funcionario público. Lo que buscamos destacar a través de estas líneas es que el periodista hizo un análisis del desempeño de un juez, expresó su opinión y jamás utilizó palabras que puedan ser consideradas como insultos. Esto es, justamente, lo que la libertad de prensa debe proteger con entusiasmo, y lo que jamás debe caer bajo influencias políticas.

La libertad de expresión como bien jurídico debe ser protegida, ya que se trata de una garantía constitucional que es fundamental para la democracia. A pesar de que la real malicia cumple a la perfección con este requisito, debemos admitir que aún existen cuestiones por definir. La delgada línea entre una opinión y un insulto parece ser un aspecto controvertido, pues la prensa tiene muchas herramientas para dañar a las personas mediante la difusión de sus noticias.

4.2 Factor de atribución

La real malicia se ganó un lugar en nuestros tribunales a pesar de ser una doctrina extranjera. Existen algunos aspectos que no son tan ajenos a nuestra legislación, pero hay otros que realmente parecen desconocidos. Una de las características más destacadas del estándar es su factor de atribución, el cual exige para que corresponda la indemnización a favor del “lesionado”, que éste demuestre un factor subjetivo específico, traducido como el conocimiento de la falsedad del hecho o la temeraria despreocupación por la veracidad o falsedad del hecho.

El factor de atribución subjetivo exigido por la real malicia no se siente ajeno, pues pareciera que se trata del dolo o culpa, cuyo concepto se encuentra regulado en los artículos 1724 y 1725, que desarrollamos en el capítulo 2. Pero la real malicia requiere de razones

⁵¹ CIDH, Kimel c/Argentina. 02/05/2008. Serie C n° 177.

más “calificadas” para considerar responsable al medio de comunicación. Este aspecto es radical para nuestro trabajo porque la importación de esta doctrina puede acarrear la incorrecta aplicación de algún concepto desconocido por nuestra legislación.

La doctrina y la jurisprudencia, como era de esperar, no sólo interpretaron de diversas maneras el alcance del factor de atribución calificado que exige la real malicia, sino que lograron “dividir las aguas”. Al estudiar la doctrina, aprendimos que para determinar la responsabilidad –es decir, la obligación de indemnizar- del periodista o medio de comunicación, la persona que se sintió lesionada debía demostrar que quienes publicaron conocían la falsedad del hecho o que actuaron con “reckless disregard”.

El primer concepto, es decir, que el periodista *conocía la falsedad del hecho y aún así lo publicó*, implica dolo directo. Este aspecto se encuentra fuera de la discusión doctrinaria ya que su alcance fue determinado con claridad en nuestra legislación; actuar con conocimiento –denota intención- suele ser equiparado al accionar de mala fe. Entonces, ¿qué implica la *notoria despreocupación o reckless disregard*? La discusión gira en torno a determinar si se trata de “dolo eventual” o si el factor de atribución se ubica dentro de lo que entendemos como “culpa grave”.

En nuestra legislación la diferencia entre dolo eventual y culpa grave implica un límite muy fino que la doctrina discute hace años. Creemos que si permitimos que este debate ingrese a una problemática como la que surge cada vez que se enfrentan principios constitucionales como la libertad de expresión y el honor o la intimidad, jamás lograremos aplicar con justicia ningún estándar.

Nuestra doctrina se encuentra dividida. Por un lado, Badeni, Descalzi, Rivera (h), entre otros, han señalado que el concepto de “notoria despreocupación” excluye la culpa grave y comprende el dolo eventual. En la vereda del frente, Bianchi & Gullco, Andrada, Gelli, Sobrino, como los más destacados, sostienen que resulta preferible “incluir a las culpas importantes o graves dentro de los supuestos que generan responsabilidad” (Bianchi & Gullco, 1997, p. 174).

Dilucidar la diferencia entre dolo eventual y culpa grave excede los intereses de éste trabajo, por eso sólo vamos a definirlos para demostrar que impone cada uno a través de la real malicia. El delito doloso implica que el autor persigue un fin determinado (y prohibido), mientras que en los delitos culposos, el resultado se produce debido a que el agente actúa de forma imprudente, sin tener el debido cuidado.

Para referirnos a la complicada figura del dolo eventual, consideramos prudente citar a Eugenio Zaffaroni, ex miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El reconocido jurista argentino sostiene que para que se configure el dolo eventual, el resultado debe haberse presentado como posible, pero el autor del hecho fue absolutamente indiferente a esa chance.

(...) habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a salvo claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de realidad. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de la producción del resultado (Zaffaroni & Alagia & Slokar; 2002, p. 524).

Por otro lado, la culpa grave deber ser analizada desde un punto de vista totalmente distinto. Como indicamos algunos párrafos más arriba, el resultado obtenido por el agente no fue el deseado, pero se concretó debido a una violación del deber de cuidado. Núñez Barbero (2012) explica que esta figura implica un puro vicio de la voluntad, donde el agente no conoce ni acepta el resultado. “El autor, por no observar el debido cuidado que le correspondía y podía cumplir, no ha previsto la posibilidad de producción del resultado típico” (Núñez Barbero, 2012-261).

Núñez Barbero detalló en su artículo que la culpa grave no fue definida en el nuevo código, pero que los responsables de la Comisión de Reformas hicieron referencia al concepto en varios artículos, con la clara intención de distinguirlo del dolo. “La culpa grave no se halla definida en el Código, pero en él hay una pluralidad de referencias a la culpa grave como ser los artículos 1771, 1819 y 1867 (...)” (Núñez Barbero, 2012-261).

Rubén Stiglitz (2015-D), por su parte, impone su ideología al expresar que la gravedad de la culpa no se calcula por la mayor o menor cantidad de cuidados que incumplimos, sino que se mide por la intensidad de cada deber. Stiglitz asegura que ésta figura debe ser analizada de manera cualitativa y no cuantitativa, “la diferencia está dada entre la mayor o menor gravedad de la situación creada”, y que “deberá ser apreciado con rigor y en concreto, considerando una jerarquía de valores, debidos a la comparación entre el comportamiento humano medio del sujeto ordinario y reflexivo dentro de la comunidad, con la conducta seguida por el agente” (Stiglitz, 2015-D).

Si analizamos estos conceptos bajo el matiz de la real malicia, nos encontramos con consecuencias totalmente opuestas. Es decir, si consideramos que el *reckless disregard* implica dolo eventual, estamos admitiendo que el autor sabía que esta información es falsa y que la posibilidad de dañar a alguien era una alternativa viable, pero decide publicar igual. De ser así, podríamos decir que -en este caso- la diferencia con el dolo directo es innecesaria, pues se confirma la intención del agente (elemento volitivo necesario para configurar el dolo), independientemente de que al final publicó con mala fe o difundió la noticia con indiferencia sobre las consecuencias.

En posición contraria, si pensamos que los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos hicieron referencia a la culpa grave, entendemos que el medio debía conocer que el hecho era falso y decidió no profundizar para confirmarlo. La conducta negligente del periodista sobresale, pero debemos considerar que no se trata de cualquier error ya que “esta situación excede la regular graduación de negligencia” (Stiglitz, 2015-D). Para que se considere culpa grave, el periodista debe haber actuado de forma imprudente, incumpliendo con algún deber fundamental de su actividad profesional.

Durante el capítulo hicimos referencia al Caso Gesualdi, donde la parte actora logró demostrar la real malicia de los periodistas de la revista El Porteño cuando probó que el expediente donde tramitaba el divorcio de Carlos Menem, se encontraba en su Juzgado y no en manos del ex mandatario nacional. Este fallo nos ayuda a creer que el factor de atribución que exige esta doctrina es muy complicado de acreditar, a menos que se trate de culpa grave.

Probar el dolo directo puede significar una situación imposible ya que el elemento de prueba para acreditar que el medio conocía la falsedad de la noticia, se encuentra exclusivamente en la mente del periodista. Es más, podríamos imaginar que el editor sabía que la información era falsa, y le ordenó a un periodista que redacte la noticia y la publique. De ser así, aún indagando al periodista podrían conseguir información. Por otro lado, al pretender probar la culpa grave, podremos exponer como elementos de prueba la actividad del periodista durante el proceso, para demostrar donde se originó la imprudencia.

Si sostenemos que el *reckless disregard* representa dolo eventual, podríamos favorecer a los medios de comunicación debido a la complejidad que implica probar dicho instituto. En cambio, si el *reckless disregard* o la temeraria despreocupación se asimilan a la culpa grave, el actor tendrá más posibilidades de cuestionar la diligencia de los periodistas para acreditar el factor de atribución.

4.3 Importación de una doctrina extranjera

Un aspecto fundamental a tener en cuenta cada vez que hacemos referencia a la real malicia es que se trata de una creación jurisprudencial de Estados Unidos. El país norteamericano tiene un sistema legislativo totalmente distinto al nuestro, donde carecen de códigos escritos y se manejan por los precedentes de los tribunales. A pesar de estas diferencias – jurídicamente muy importantes- la Constitución de Estados Unidos fue una de las fuentes principales de nuestra Carta Magna en 1853.

El uso de doctrinas extranjeras no es una virtud del derecho argentino, sino la consecuencia de un fenómeno global que creció exponencialmente en los últimos años dentro del constitucionalismo moderno. Así lo indica Julio Rivera (h) en un destacado artículo publicado en *Jurisprudencia Argentina* en 2011, donde hace especial referencia a la importación de la real malicia. Allí, el autor indica la relevancia de analizar con cautela el derecho comparado, ya que “la importación de doctrinas o estándares delineados por tribunales extranjeros afectan la legitimidad del sistema constitucional local” (Rivera; 2011-IV, p. 5).

El primer aspecto que Rivera expone en su artículo está vinculado a las características históricas y sociales del país de origen, en comparación con las particularidades del país que la importará. Es decir, es importante comparar y comprender la situación que vivía Estados Unidos al momento de crear la real malicia, con lo que sucede en Argentina para establecer si la importación del estándar podrá adaptarse a nuestra legislación.

Como pudimos apreciar en el capítulo 3, los ataques a los medios de comunicación de Estados Unidos por parte de los funcionarios públicos, habían crecido de forma incontrolable constituyendo un método de intimidación a la prensa. Pero la justicia logró apartarse de las reglas del Common Law argumentando que se trataba de un problema constitucional, y así nació la real malicia. Esta sencilla explicación podría plasmarse sobre la realidad social de nuestro país, donde la historia “revela que los funcionarios públicos tienden a hostigar a los medios de prensa y periodistas que informan acerca de cuestiones de interés general” (Rivera; 2011-IV, p. 14).

Luego de estas “coincidencias”, debemos decir que no por esto vamos a asegurar un ingreso armónico de la real malicia a nuestra legislación. Más aún, nos parece que debemos comprender que la “importación automática” de la real malicia a nuestra legislación tiene una serie de cuestiones que la Corte Suprema, en sus fallos, o el Congreso de la Nación, en sus leyes, no pueden dejar de analizar. Rivera indica que existen dos diferencias de corte “institucional” entre la legislación argentina y la estadounidense.

4.3.1 Daños punitivos en Argentina

A lo largo del capítulo 2 desarrollamos algunos aspectos generales de la función punitiva del daño. Allí explicamos sus características centrales y las particularidades que surgieron producto de su no inclusión en el nuevo Código Civil y Comercial. En su momento, concluimos que los daños punitivos existen en nuestra legislación pero únicamente están reguladas en la Ley de Defensa del Consumidor⁵².

⁵² Ley 24240, sancionada el 22 de septiembre de 1993.

Para comprender la importancia de la ausencia de los daños punitivos en el ámbito civil, debemos entender primero qué función cumplen estos en la real malicia. Al decir de Rivera, la doctrina estadounidense ubica a los medios en una posición extraordinaria al exigir un factor de atribución calificado y, en contraposición, la prensa queda expuesta a una sentencia elevada si se comprueba que conocían la falsedad de la noticia que publicaron. A través de los daños punitivos, entendidos como una pena privada adicional a la obligación de resarcir, se logra un equilibrio con los beneficios que otorga el factor de atribución calificado.

En Argentina, por otro lado, mientras no se considere que el vínculo que existe entre los medios de comunicación y las personas sea una relación de consumo, no se podrá aplicar la función punitiva del daño. Ante la ausencia de los daños punitivos, el desequilibrio que genera el factor de atribución calificado es aún superior. Sin embargo, el monto de las condenas podría no alcanzar “sumas millonarias” evitando, entonces, el miedo a la “autocensura”.

Para comprender nuestra teoría sobre la “ausencia de sentencias millonarias”, nos gustaría realizar un cálculo sencillo. Analicemos el monto que impusieron los tribunales en sus sentencias cuando fallaron en contra de los medios o periodistas. Un buen ejemplo podría ser la sentencia de Cámara que condenó al Diario La Mañana (de la ciudad 25 de Mayo, provincia de Buenos Aires) a pagar \$20000 -más intereses- producto del error en una noticia donde difundían el tamaño de los bienes inmuebles de Miguel Di Salvo. Si la Corte Suprema no hubiese absuelto al medio el 19 de mayo de 2010, los responsables habrían afrontado la condena.

El monto de la deuda, considerando los intereses desde la producción del hecho hasta la fecha de la sentencia, resulta un total de \$89012,21⁵³. Si calculamos dicho valor de acuerdo al precio del dólar en 2010⁵⁴, equivale a U\$S22651,70. Finalmente, para determinar el

⁵³ El cálculo fue realizado a través de la página del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

⁵⁴

<http://www.ambito.com/economia/mercados/monedas/dolar/info/?ric=ARSSCBCRA&desde=18/05/2010&hasta=20/05/2010>

precio actualizado vamos a convertir los dólares en pesos, teniendo en cuenta el precio de la divisa extranjera a la fecha⁵⁵. Esto nos arroja un total de \$350648,32. Para que el análisis tenga sentido, vamos a comparar el monto actualizado de la condena con el precio de la pauta publicitaria que cobran algunos medios de prensa.

Para ello, nos comunicamos con el “Grupo BDM⁵⁶”, una agencia de publicidad integral que trabaja tanto en la ciudad de Córdoba como en Capital Federal. Nuestra consulta fue dirigida a obtener un precio estimado del costo de una publicación en un medio gráfico, pues la sentencia que estamos analizando trata sobre un diario oriundo de la provincia de Buenos Aires. El mayor referente en Córdoba es el diario La Voz del Interior, integrante del Grupo Clarín.

El Grupo BDM nos cotizó un total de \$384602,13 (IVA incluido) para publicar una solicitada “lateral” (25cm de ancho por 7.22cm de alto) en blanco y negro, en cualquier ubicación del día domingo (se venden entre cien y ciento veinte mil ejemplares). El valor de la solicitada es levemente superior al monto de la condena que habría pagado el medio gráfico de Buenos Aires. Cabe destacar que el tamaño de la publicación cotizada representa un 20% del total disponible para publicitar por página. Es decir, el medio podría obtener hasta cinco veces el monto que mencionamos si deseara completar sólo una página con solicitadas (el diario del domingo tiene, aproximadamente, 40 hojas).

Estos montos nos invitan a pensar si realmente los tribunales condenan a los medios de comunicación a afrontar sumas millonarias, o si el miedo a la “autocensura” es otra de las herramientas que la prensa intenta imponer en la opinión pública para resguardar sus intereses.

⁵⁵

<http://www.ambito.com/economia/mercados/monedas/dolar/info/?ric=ARSSCBCRA&desde=10/11/2016&hasta=12/11/2016>

⁵⁶ <http://www.grupobdm.com/>

4.3.2 Inexistencia del “Discovery period”

El “Discovery period” es una etapa del proceso estadounidense, donde se permite a las partes acceder a determinada información de manera previa a presentar la demanda. De acuerdo a las Normas Federales de Procedimiento Civil de Estados Unidos, citadas por Rivera, la parte se encuentra “automáticamente obligada, sin requerimiento previo, a identificar aquellos testigos que posean información relevante y poner a disposición de la contraria copias o la descripción por categorías de lugares de archivo de todos los documentos, datos y otros bienes tangibles (...)”. (Rivera, 2011-IV, p. 17).

Producto de esta etapa, el demandante puede exigir todo tipo de medios de prueba como la “exhibición de documentos, declaraciones testimoniales, interrogatorios a la contraria, inspecciones oculares de objetos y/o propiedades (...)” (Rivera, 2011-IV, p. 17). Esta actividad marca una notable diferencia a favor del actor, ya que le permite investigar el proceso editorial del medio. De esta manera, la carga de la prueba que la real malicia pone en cabeza del demandante tiene más sentido cuando uno puede aprovechar el “Discovery period”.

En nuestro país, no sólo que el “Discovery period” no existe, sino que todas las pruebas son solicitadas durante la etapa probatoria, que se gesta luego de que se entable la demanda. Estas diferencias procesales son radicales a la hora de comprender qué implica la real malicia para quien intente demandar a un periodista o medio de comunicación dentro del territorio argentino. Acceder al elemento de prueba resulta sumamente complicado para quien accionó.

4.4 Carga de la prueba y la teoría de las cargas dinámicas

La reciente mención al “Discovery period” nos obliga a trabajar sobre un aspecto del Derecho Procesal argentino conocido como carga de la prueba. Para profundizar sobre esta

cuestión, nos vamos a apoyar en los conocimientos de la Dra. Angelina Ferreyra de De la Rúa y el el Dr. Manuel Rodríguez Juárez (2009).

Cuando hacemos referencia a la carga de la prueba, hablamos sobre la conducta de las partes en relación a los distintos medios de prueba como método para acreditar sus afirmaciones. En nuestra legislación no existe un principio rector, general o absoluto, sino que hay una serie de postulados que permiten resolver las cuestiones básicas que se presentan a lo largo del proceso.

“En principio incumbe al actor la prueba del hecho constitutivo de su derecho; en tanto corresponde al demandado acreditar los hechos impeditivos, modificativos y extintivos que invoque para enervar la pretensión del actor” (Ferreyra de De la Rúa & Rodríguez Juárez, 2009, p. 254). Esta expresión suele simplificarse mediante la oración, “quien alega, debe probar” y actualmente se encuentra regulado en el artículo 1734 del nuevo Código Civil y Comercial: “Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien las alega”⁵⁷. A priori, este postulado ya se muestra contrario a lo que impone la real malicia.

Pero esto no es todo, ya que nuestra legislación adoptó la teoría de las cargas dinámicas en el artículo siguiente, que dice: “No obstante el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla (...)”⁵⁸. Esta línea de pensamiento expone una forma distinta de trabajar la conducta procesal de cada una de las partes en lo que respecta a las pruebas y surge debido a la aparente injusticia que provoca, a veces, el principio básico expuesto anteriormente.

Un buen ejemplo para explicar a que nos referimos con la “aparente injusticia” podría ser lo que sucede en los juicios de mala praxis médica. “(...) por las circunstancias del caso, los documentos probatorios –historia clínica- obran en poder del presunto responsable (instituto médico o facultativo que ha sido demandado)” (Ferreyra de De la Rúa &

⁵⁷ Art. 1734 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁵⁸ Art. 1735 – Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Rodríguez Juárez, 2009, p.258). El médico, debido a sus conocimientos técnicos, se encuentra en mejores condiciones de probar que actuó con absoluta diligencia. En casos como éste, la teoría de las cargas dinámicas impone en cabeza del médico –presunto responsable- que exponga las pruebas para acreditar su inocencia.

Una vez comprendidos los supuestos básicos de la carga de la prueba y la teoría de las cargas dinámicas, podemos centrarnos en las condiciones probatorias que exige el estándar de la real malicia. Muchos autores han destacado esta temática haciendo alusión a que la doctrina estadounidense invierte la carga de la prueba, exigiendo que el actor deba acreditar el dolo del periodista o medio de comunicación.

Creemos que el eje de la discusión es que dicha “inversión de la carga probatoria” no tiene fundamentos para ser aplicados en nuestro país. Cuando se creó la real malicia, se hizo referencia a que correspondía a una doctrina constitucional que encontraba fundamento en las enmiendas I y XIV de la Constitución de Estados Unidos. Debido a su relevancia constitucional, la protección a la prensa era mayor cuando se hacía referencia al debate público (o cuestiones de interés público).

En Argentina, a pesar de que se trata de un conflicto entre principios constitucionales, creemos que no es suficiente para suplantar la teoría de las cargas dinámicas. Al analizar el proceso que inicia a través de la demanda por daños y perjuicios, el periodista o el medio de comunicación se encuentran en mejores condiciones para acreditar que la noticia es verdadera, o que siendo falsa, desconocían la falsedad del hecho que publicaron. Pareciera que la aplicación del Art. 1735 se acomoda a la perfección. No aplicar la teoría de las cargas dinámicas genera, una vez más, un desequilibrio a favor de los medios de comunicación.

Al respecto, vale la pena recordar el argumento del Juez Adolfo Vázquez en el Caso Gesualdi, que fue desarrollado en el capítulo 3.

(...) es evidente la dificultad fáctica -no imposibilidad- que existe para acreditar el dolo o la grave negligencia en los términos de la doctrina de la real malicia, habida cuenta de que para lograr ello se debería tener acceso a los archivos del periodista u

órgano de prensa demandado, a las constancias relativas a entrevistas, investigaciones previas, conferencias, correspondencia, etc., encontrándose el actor en muchos casos con el valladar que significa el mantenimiento del secreto de las fuentes de información (Art. 43, CN).⁵⁹

Por otro lado, creemos que el instituto de las cargas dinámicas podría ser la solución ante la ausencia del “Discovery period” ya que exigiría al medio de comunicación que demuestre los extremos de la real malicia. El medio debería garantizar que no conocía la falsedad del hecho o que no debía conocerlo, aspectos más accesibles para el demandado.

Cabe destacar que la teoría de las cargas dinámicas no es una regla fija. Al contrario, intenta que la conducta probatoria sea “dinámica” y se adapte a cada caso. El mejor ejemplo para graficar lo que pretendemos expresar es el caso donde la Dra. Gesualdi⁶⁰ demuestra la real malicia con la que actuaron los periodistas de la revista El Porteño.

La Dra. Gesualdi era la titular del Juzgado donde tramitaba el divorcio, y se encontraba en mejores condiciones para acreditar que la noticia era falsa y que los periodistas habían actuado con mala fe o con temeraria despreocupación, al demostrar que la documentación nunca había salido del Juzgado. Al acreditar la presencia del expediente en el Tribunal, los magistrados de la Corte Suprema fallaron a favor de la parte actora, determinando que el demandado había actuado con temeraria despreocupación.

4.5 Categorización del damnificado

Uno de los aspectos más controvertidos –y novedosos- de la real malicia es la categorización que realiza para determinar el nivel de protección que recibirá el damnificado. La doctrina distingue tres tipos de sujetos que pueden sentirse agraviadas por la prensa: funcionarios públicos, figuras públicas y particulares envueltos en temas de

⁵⁹ CSJN, “Gesualdi, D. c/Cooperativa Periodistas Independientes Limitada y otros”, Consid. 20 del voto concurrente del Juez Vázquez. Fallos 319:3085 (1996).

⁶⁰ CSJN, “Gesualdi, D. c/Cooperativa Periodistas Independientes Limitada y otros”. Fallos 319:3085 (1996).

interés público. A su vez, excluye a los simples particulares. Estos sólo deberán acreditar la culpa del periodista o medio de comunicación para obtener una indemnización.

Si analizamos la distinción bajo el concepto de igualdad expuesto por el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, diríamos que se viola ampliamente esta garantía porque “Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...)”. Sin embargo, creemos que en este aspecto no existe semejante transgresión. La idea de clasificar a los sujetos tiene argumentos sólidos, pero consideramos que carece de precisión, y esto ha generado algunas críticas.

4.5.1 Funcionario público

Comenzaremos nuestro análisis por los funcionarios públicos, quizás el sujeto de mayor trascendencia cuando de violaciones al honor o la intimidad se trata. De acuerdo al fallo del New York Times, la doctrina se origina por los constantes ataques contra la prensa por parte de los funcionarios, que fueron considerados como técnicas de intimidación contra el periodismo.

Defendemos ampliamente este concepto ya que la libertad de expresión en temas políticos o gubernamentales debe gozar de amplia protección. Los medios de comunicación deben tener plena libertad para cuestionar el accionar de los funcionarios públicos debido a que éstos representan los intereses de la sociedad. El trabajo de la prensa respecto del análisis de la cosa pública es fundamental para la democracia y el crecimiento de la sociedad, por ello es que nuestra Corte Suprema adhiere a la protección atenuada que otorga la real malicia a los funcionarios públicos.

Sin embargo, la doctrina que estamos estudiando no se tomó el trabajo de precisar qué personas deben ser consideradas como tales. Cuando citamos el Caso Costa de 1987⁶¹, explicamos cómo los magistrados del máximo tribunal de nuestro país decidieron

⁶¹ CSJN. Costa c/Municipalidad de Bs As. Fallos 310:508 (1987).

“modificar” el estándar estadounidense para crear una forma de distinguir a los funcionarios.

En su momento, los miembros de la Corte expresaron que el “grado de notoriedad pública” de un funcionario podría ser una herramienta útil para medir el nivel de protección. En aquella época, acceder a los medios de comunicación no era tan sencillo como lo es hoy, por eso creemos que la postura de la Corte fue acertada. Por nuestra parte, agregamos el concepto vertido por Fernando Racimo, citado en una nota de Emilio Ibarlucía (2008-F), donde el autor clasificó a los funcionarios de acuerdo al “poder de decisión” que tienen.

El caso Patitó⁶² será el eje de nuestro análisis ya que la causa tiene como actores a los integrantes del cuerpo de Médicos Forenses del Poder Judicial de la Nación. Sin utilizar las clasificaciones que mencionamos anteriormente, diríamos que éstos son auxiliares de la justicia, y deben ser considerados funcionarios públicos. Por otro lado, si aplicamos la categorización impuesta por los magistrados del Caso Costa, creemos que su notoriedad pública es muy baja. Más aún, debido a su función en la justicia, deben mantener un perfil muy bajo y alejado de los medios. Pero si utilizamos la distinción de Racimo, podríamos pensar en que deben ser considerados funcionarios públicos, pues emitirán un dictamen que servirá como prueba para que el Juez dicte sentencia.

Este triple análisis se complica aún más, ya que estamos en condiciones de decir que el dictamen de los médicos forenses puede o no ser considerado concluyente a la luz del poder de decisión que tiene el juez. Es decir, el trabajo de los auxiliares de la justicia es asistir al juez en materias que exceden su conocimiento y su dictamen no es vinculante. Normalmente los jueces utilizan los argumentos que exponen los dictámenes de éste tipo de auxiliares, caso contrario, deberían manifestar porque deciden alejarse de dicha opinión técnica. Entonces, los médicos forenses ¿son funcionarios públicos?

Sostenemos que la categorización que impone la real malicia carece de precisión y esto genera, como hemos demostrado, una serie de inconvenientes que los jueces deberán sortear en sus resoluciones. Sin embargo, existe en nuestra legislación una norma que

⁶² CSJN. Patitó c/Diario La Nación. Fallos 331:1530 (2008).

otorga claridad a este concepto, se trata del Código de ética de la función pública (Decreto 41/99 – Código de ética de la función pública). El artículo 3 indica con precisión que personas deben ser consideradas como funcionarios del Estado.

Artículo 3: A los efectos del presente Código, se entiende por "funcionario público" cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. A tales efectos, los términos "funcionarios", "servidor", "agente", "oficial" o "empleado" se consideran sinónimos.

De acuerdo al Código de ética de la función pública que rige desde 1999 en nuestro país, los médicos forenses del Poder Judicial son funcionarios públicos. Sin embargo, la enumeración taxativa del artículo nos hace cuestionar la rigidez que impone, ya que la expresión "...empleado del Estado o de sus entidades..." amplía notoriamente la cantidad de personas involucradas. Creemos que los jueces deberán aplicar la sana crítica racional para evaluar el poder de decisión de cada funcionario público y así determinar el nivel de protección que les corresponde.

Aunque parezca extraño, no podemos dejar de mencionar que la noticia debe estar vinculada al cargo público que desempeña el sujeto. La prensa tiene la función primordial de brindar información y construir el debate público a través de sus publicaciones, pero no puede aprovechar su posición como comunicador social –más aún considerando la masividad que tiene internet- para difundir aspectos de la vida privada del funcionario público que no hacen al ejercicio de sus funciones. Este aspecto es uno de los más delicados en la temática, sin embargo, hay jurisprudencia que avala esta posición.

El Caso Ponzetti de Balbín⁶³ fue uno de los primeros fallos sobre libertad de expresión que condenaron a la prensa por ejercer un abuso en su función de informar, violando la intimidad de un servidor público. Según los hechos de la causa, la Revista Gente (Editorial Atlántida) publicó una imagen del Juez Balbín internado en una sala de terapia intensiva de

⁶³ C.S.J.N. Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida, S. A. Fallos 306-1892 (1984).

una clínica de la ciudad de La Plata. La familia accionó contra el medio por la violación a la intimidad que significaba la publicación de esa imagen, ya que en ese momento el estado de salud del magistrado era reservado.

La Corte Suprema falló a favor de la familia Balbín, condenando al medio por la violación a la intimidad regulada en el antiguo artículo 1071 bis, considerando la noticia como un abuso del derecho de informar. Particularmente, lo que nos importa destacar a través de este famoso fallo es el análisis de los jueces del máximo tribunal, ya que determinaron que la publicación de la imagen carecía de interés público, y no tenía como objetivo informar sino destacar el morbo respecto de la salud del juez.

Análisis de este tipo deberán ser realizados por todos nuestros jueces, sin importar el grado, ya que habrán de distinguir con claridad si la noticia cumple o no la función de informar que tienen los medios y determinar si es de interés público para la sociedad o si está vinculado al ejercicio de las funciones del agente público.

Finalmente, queremos destacar un aspecto que pareciera menor pero se repite en decenas de fallos vinculados a la real malicia. Los defensores de esta doctrina exponen como argumento a favor de la leve protección a los funcionarios, que éstos tienen mayor acceso a la prensa que un simple particular en caso que deseen obtener una rectificación sobre lo publicado. En la actualidad ya no podemos hablar de personas con mayor o menor acceso a los medios de comunicación, debido a que las redes sociales se han convertido en un vehículo “imparable”. Cualquier persona puede llamar la atención de los medios y generar su propio espacio en la red. La tecnología en la comunicación está avanzando, mientras que el derecho pareciera estancado.

La protección atenuada a los funcionarios públicos es uno de los puntos más altos que impone la doctrina estadounidense, pues la temática que los medios desarrollan a través de sus publicaciones es de suma importancia para la sociedad. El análisis y la crítica sobre el ejercicio de los funcionarios públicos, como representantes del pueblo, es la esencia de la libertad de expresión. Debemos confiar en el criterio de los jueces al momento de resolver la jerarquía del funcionario público damnificado, en relación a su poder de decisión.

4.5.2 *Figura pública*

Esta categoría es, sin lugar a dudas, una de las más cuestionadas. Consideramos que es demasiado ambigua para ser utilizada como estándar en un tema tan complicado como el conflicto de principios constitucionales que estamos estudiando. No sólo que no existe en nuestra legislación un concepto sobre quién debe ser considerado o no figura pública, sino que dicha categoría es otorgada –justamente- por la prensa.

Consideramos que la categoría de “figura pública” es una herramienta residual que tienen los medios de comunicación para protegerse a través de la real malicia. Para sostener nuestra postura, vamos a apoyarnos en algunos argumentos expuestos por Gregorio Badeni en un artículo llamado “Aplicación de la doctrina de la real malicia a figuras públicas y particulares” (Badeni, 2012, 15). Aquí, el reconocido autor, expresa su postura utilizando el decisorio que enfrentó a la familia de Leopoldo Jorge Melo y al periodista Luis Majul⁶⁴. El fallo en cuestión no fue citado en el capítulo 3, por lo tanto nos corresponde hacer una breve reseña de los hechos y las líneas de debate que surgieron a lo largo de las distintas instancias hasta llegar a la Corte Suprema.

El periodista Luis Majul publicó un libro llamado “Los nuevos ricos de la Argentina – Tiburones al acecho”. En dicha publicación, Majul sintetizó los hechos que condujeron a la fundación de cuatro empresas emblemáticas, dentro de las cuales se encontraba el diario “Ámbito Financiero”. Al referirse a la empresa periodística, el autor del libro mencionó a Leopoldo Jorge Melo, quien fue uno de los fundadores del medio gráfico pero que transfirió su participación a Julio Ramos. Según las palabras del propio Majul en el libro, luego de vender su parte, Melo se habría quitado la vida.

La familia del difunto demandó al periodista por el daño moral causado a través de la publicación. En primera instancia no se hizo lugar a la demanda, pero los vocales de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil revocaron la sentencia y condenaron al periodista al pago de una indemnización por daño moral que ascendió a \$30000. Como era de

⁶⁴ CSJN, “Melo, Leopoldo Felipe y otros c/ Majul, Luis Miguel s/ daños y perjuicios” (2011).

esperarse, a través de un recurso extraordinario, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia.

Dentro de los aspectos más importantes que se discutieron antes de la sentencia, vamos a destacar el debate que implicó definir si Melo debía o no ser encasillado como figura pública. Los magistrados de la Corte se diferenciaron de quienes firmaron la condena en segunda instancia, ya que afirmaron que Melo era una personalidad pública. En cambio, los jueces de la alzada decretaron que se trataba de un particular y por ello debían aplicar las normas de responsabilidad civil, cuyo factor de atribución es la simple culpa.

Los jueces de la Corte que constituyeron la mayoría se alinearon con la doctrina de la real malicia e identificaron a Leopoldo Jorge Melo como una figura pública. Los magistrados citaron dos fallos de Estados Unidos⁶⁵ donde se aplicó la doctrina a personas que “sin ser funcionarios públicos, estaban íntimamente involucradas en la resolución de importantes cuestiones públicas o, por razón de su fama tenían gran influencia en áreas que preocupan, importan o interesan a toda la sociedad”⁶⁶. El resultado es predecible, se absolvió a Luis Majul debido a que el demandante no pudo acreditar la real malicia.

Sin embargo, nadie prestó atención a los argumentos expuestos por la minoría de los jueces de la Corte Suprema. Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni consideraron que Melo no era una figura pública sino que se trataba de un particular. Para sostener su posición, marcaron una diferencia válida sobre la relación que debe tener el hecho (el libro que hacía referencia a la fundación de *Ámbito Financiero*) y el tema que provocó la lesión (la mención sobre el suicidio de Melo). Los integrantes de la minoría argumentaron que no existía relación entre la información publicada sobre la muerte de Melo y la creación del diario, por lo tanto no se trataba de un particular envuelto en un tema de interés público, sino simplemente un particular. Como consecuencia, correspondía aplicar los principios generales del Código Civil.

⁶⁵ “Gertz v. Robert Welch Inc.” (418 U.S. 323); “Curtis Publishing Co v. Butts” (388 U.S. 130).

⁶⁶ C. S. de EEUU. Gertz vs. Robert Welch Inc. 418 US 323 (1974).

*Que resulta difícil comprender, pues, cuál es la relevancia pública o el interés general que puede presentar el supuesto suicidio de Leopoldo Jorge Melo en la creación y fundación del diario *Ámbito Financiero* entendido como una de las “empresas y grupos pertenecientes a Julio Ramos”, más allá de que aquél haya sido uno de los socios fundadores del referido diario y que haya vendido su parte accionaria a Ramos, hecho que, por lo demás, ocurrió aproximadamente 10 años antes de su fallecimiento y 15 antes de la publicación del libro del que surge la falsa información⁶⁷.*

Badeni (2012, 15) explica que existen dos tipos de figuras públicas. Por un lado, “aquellas personas ampliamente conocidas en la comunidad con motivo de sus logros, actos u opiniones y que gravitan e influyen sobre los grupos sociales”. Por otro lado, “aquellas personas que, si bien carecen de fama generalizada como en el caso anterior, se involucran en controversias institucionales o de relevante interés público, adquiriendo el carácter de figura pública limitado al tema objeto de la controversia y en el marco restrictivo de ella”. Como podrán apreciar, en la sumatoria de ambos conceptos encontraremos que cualquier persona podría encuadrar como figura pública.

Como anticipamos al principio del tema, los medios de comunicación tienen la posibilidad de convertir a una persona en figura pública con sólo “instalar” su nombre, sus habilidades, sus logros, su intervención en controversias institucionales o de relevante interés público, en la agenda mediática. Esto es conocido como “Agenda Setting”, que traducido sería la *construcción de la agenda*. Esta teoría, creada por los investigadores Maxwell McCombs y Donald Shaw en 1972, explica cómo los medios de comunicación deciden qué temas estarán en las primeras páginas de los medios más importantes y, por lo tanto, en la opinión pública.

Nos gustaría mencionar una cita de Mauro Wolf (1987) donde recrea una de las hipótesis que desarrolló Donald Shaw. Aquí el autor expone uno de los primeros análisis sobre la

⁶⁷ Caso Melo c/Majul; voto de la minoría conformada por Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni.

comunicación masiva, su potencia y su alcance, para modificar la comprensión que la gente tiene de la realidad social.

Como consecuencia de la acción de los periódicos, de la televisión y de los demás medios de información, el público es consiente o ignora, presta atención o descuida, enfatiza o pasa por alto, elementos específicos de los escenarios públicos. La gente tiende a incluir o a excluir de sus propios conocimientos lo que los media incluyen o excluyen de su propio contenido. El público además tiende a asignar a lo que incluye una importancia que refleja el énfasis atribuido por los mass media a los acontecimientos, a los problemas, a las personas (Wolf, 1987, p. 88).

Grandes empresas han adquirido medios de comunicación logrando convertirse en un equipo de gran difusión mediática. A través de sus radios, programas de televisión, publicaciones gráficas y digitales o sus cuentas de Twitter, Facebook, Instagram, etc., los grupos multimedios manejan nuestra agenda día tras día. A través de su línea editorial deciden si el eje de discusión de la semana será la marcha por los derechos de la mujer o la ley que protege al arrepentido de ciertos delitos.

Por supuesto que esta teoría va más allá de las pocas palabras que hemos dedicado, pues sucede que su estudio excede los límites de éste trabajo. Sin embargo, creemos que es fundamental comprender cuál es su alcance para interiorizarse en el valor residual que implica la clasificación de “figura pública” dentro de la doctrina de la real malicia. Vamos a utilizar la tipificación expuesta por Gregorio Badeni para dar algunos ejemplos.

A través del primer concepto, podríamos decir que un deportista, un cantante de rock o un actor de telenovelas, deberían ser considerados figuras públicas. Sus logros generaron la fama que los posicionó en el centro de la atención de los medios. En el segundo grupo podríamos identificar a un periodista o al vocero de una ONG durante una marcha. Es decir, son personas que carecen de la fama generalizada que tienen los primeros, pero que están envueltos en temáticas de notable interés público. Su fama se circunscribe particularmente al hecho donde participan.

Durante el capítulo 3 nos preguntamos sobre la categoría en donde se incluyó a Dante Giadone, en el caso Morales Solá, debido a que encontramos argumentos para dudar acerca de la protección atenuada que los magistrados de la Corte dictaminaron para el actor. Para agudizar nuestro análisis, nos parece oportuno ejemplificar la situación con el ex Vicepresidente de la Nación, Amado Boudou.

El ex funcionario nacional se encuentra totalmente alejado de la política, sin embargo, los medios de comunicación constantemente informan acerca de su presente. Desde el mes de diciembre de 2015 que Amado Boudou no ejerce como servidor público, pero nadie podrá negar su popularidad. Este hombre no pasa desapercibido en ningún lugar a donde va, y justamente no por su gran conocimiento sobre la política argentina. La prensa se encarga de colocarlo en la agenda mediática para que la sociedad esté al tanto de su vida.

Amado Boudou, ¿es una figura pública? A la luz de los hechos, creemos que sí. ¿Hasta cuándo será considerado una figura pública? Pareciera que jamás perderá esa calidad, a menos que los medios deseen olvidarlo como sucedió con otros ex funcionarios “menos mediáticos”. Quizás dentro de unos años la justicia lo condene por los delitos en los que se encuentra acusado, y seguramente será la tapa de todos los diarios. Pero, hasta que ello suceda, ¿qué tipo de vida le espera? ¿Podrá ir a un recital a escuchar a sus amigos de “La mancha de Rolando” sin que las cámaras lo capten? Los medios de comunicación deciden qué lugar vamos a ocupar en esta sociedad. Deciden dónde, deciden cuándo, y hasta cuándo.

Antes de finalizar nuestro análisis sobre las figuras públicas y su aplicación residual por parte de los medios de comunicación, nos gustaría repetir un concepto vertido cuando estudiamos el caso del funcionario público. Es decir, los periodistas podrían publicar información potencialmente dañosa sobre un deportista, sólo si está vinculada a su actividad. Pero no tendrían argumentos para sostener su deber de informar si se tratara de un aspecto absolutamente ajeno a la razón que le dio fama. Una vez más, la función de los jueces será primordial para establecer qué tipo de protección merecen estos sujetos.

La categorización como figura pública dentro de la doctrina estadounidense no parece prometedora si lo que buscamos es justicia. Los medios de comunicación tienen un

inmenso poder para influir en la sociedad y convertir a cualquiera en figura pública, así sea para el caso concreto. Las notas publicadas, los programas emitidos, las entrevistas grabadas... todo queda en el archivo de los medios y en la memoria de la gente. Si la prensa lo desea, al cabo de una semana seremos el eje de la agenda mediática.

4.5.3 Particulares envueltos en temas de interés público

Esta categoría representa otro aspecto sumamente controvertido del estándar norteamericano, ya que todas las personas pueden quedar expuestas ante una temática de relevancia social y caer en la protección atenuada del estándar. La real malicia excluye a los simples particulares por considerarlos más “débiles”, y los protege con mayor intensidad ante la potencialidad dañosa de la prensa.

Creemos que esta categoría configura otra aplicación residual, donde los medios utilizan su poder para “envolver” al particular en temas de relevancia social. La falta de precisión, una vez más, inclina la balanza a favor de los medios de comunicación. Cualquier tema puede ser considerado de interés público: un robo, representa inseguridad; la detención de un joven con diez kilos de cocaína, sería narcotráfico; el despido de empleados en fábricas, podría traducirse como desempleo; el cierre de bares clandestinos, suele coincidir con prostitución; la negativa de un testigo de Jehová para someterse a una transfusión de sangre es, sin dudas, temática de Derechos Humanos. La lista es interminable...

Creemos que no hay mejor ejemplo que el fallo de la Corte de Estados Unidos donde George Rosenbloom (citado en el capítulo 3) fue difamado por un medio radial tras haber sido detenido con lo que la policía definió como “literatura obscena”. Este hombre no era un funcionario estatal ni una figura pública, sino que era un particular que fue detenido por la policía y luego difamado a través de la prensa.

“Rosenbloom llevó su causa a los tribunales, donde fue absuelto en el fuero penal. La mayoría entendió que el tema de la obscenidad, por su relación con los valores morales de la sociedad, era una materia de interés público. Además, como en el procedimiento en el cual fue detenido Rosenbloom intervino la autoridad policial,

éste quedaba involucrado en un tema de interés público con prescindencia de su efectiva participación en los hechos delictivos, debiendo ser juzgada la eventual responsabilidad de los medios de prensa a través de la doctrina de la real malicia. Asimismo, no interesaba si el particular se había involucrado, voluntaria o involuntariamente, con el tema de interés público” (Badeni, 2006, p. 103).

Creemos que las posibles críticas a esta clasificación afloran luego de leer lo manifestado por Badeni en una de sus tantas publicaciones vinculadas a la real malicia. Sin embargo, para desarrollar nuestro argumento vamos a prestarle especial atención a la última línea del párrafo transcripto anteriormente.

Desconocer la voluntad del sujeto al introducirse en un tema de interés público parece un criterio totalmente arbitrario. Una cosa es que una persona sufra un hecho de inseguridad en su casa, y otra muy distinta es que la misma persona decida participar en una salidera bancaria con consecuencias penales en su contra. El primer caso trataría sobre un particular envuelto en un tema de interés público como la inseguridad, pero que intervino de manera involuntaria. Su honor y su intimidad no tienen por qué ser expuestos mediante la prensa. Por otro lado, el segundo ejemplo encuentra voluntariamente involucrado a un sujeto en un delito con derivaciones penales. El particular, en este caso, decidió tomar el riesgo de sumergirse en dicha situación.

Los jueces de todas las instancias deberán ser muy precisos a la hora de evaluar la voluntariedad de los particulares al momento de involucrarse en temáticas de relevancia social, cuando estos demanden a los medios de comunicación. Más allá de estar envuelto en un aspecto fundamental para la sociedad, la intimidad y el honor de un particular tienen un peso decididamente superior a tener en cuenta, en comparación con los funcionarios públicos. Probablemente estas personas dependan de su reputación para mantener su trabajo, sus familias o sus bienes. El periodista debe ser muy cuidadoso a la hora de difundir este tipo de noticias.

La prensa tiene un poder incomparable que se vio potenciado por los avances tecnológicos y que, a través de la masividad que genera internet, puede generar mucho daño si no trabaja con extrema cautela cada hecho. La voluntariedad del sujeto debe ser tenida en cuenta a la

hora de evaluar qué tipo de protección recibirá, sino estamos frente a una elongación de la clasificación de figuras públicas.

4.6 Complementariedad entre las doctrinas Campillay y real malicia

Durante el capítulo 2 desarrollamos la doctrina Campillay⁶⁸, una creación jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia sobre el accionar de la prensa. En su momento, vinculamos esta doctrina con la diligencia del periodista, pues consideramos que el respeto de las pautas que surgieron en el fallo de 1986 representan el prudente operar que deben tener para respetar tanto la libertad de expresión como los derechos personalísimos. Sin embargo, sostenemos que es un error considerar que esta herramienta constituye un eximente absoluto para la prensa.

El estándar creado por nuestra Corte expone sólo un método a través del cual la prensa puede actuar asegurando diligencia, pero no lo exime de responsabilidad. La correcta aplicación de Campillay no desplaza ni excluye al estándar de la real malicia. Más aún, consideramos que ambas técnicas deben coexistir para intentar resolver con justicia cada caso.

Para ser más precisos, vamos a describir cómo se aplica correctamente la doctrina Campillay. Cuando hicimos referencia a ella, en el capítulo 2, explicamos los tres ejes que surgieron producto del fallo de la Corte. Sin embargo, consideramos que hay uno más que es fundamental para que exista armonía con la real malicia. La apreciación del cuarto le corresponde a María Agustina Pardini (2014, 1134), en un artículo donde se refiere a la aplicación de ambas doctrinas en el Tribunal Superior de Córdoba.

La doctrina Campillay implica que al momento de publicar la noticia, el medio debe omitir cualquier referencia al presunto responsable o identificar la fuente de la cual emana la información. Si decide mencionar la fuente, la redacción debe representar de manera

⁶⁸ CSJN, Campillay, J.C. c/La Razón y otros. Fallos 308:789 (1986).

objetiva, exacta y completa lo expresado por ella, sin ningún tipo de análisis subjetivo o conclusiones sobre el hecho. El texto debe tener un sentido potencial y no conjetural en toda su extensión, además de corresponderse con un tema de interés público.

El cuarto eje corresponde a la intención de dañar del medio. Pardini (2014) afirma que debemos tener en cuenta cuál fue la finalidad del periodista al momento de informar, para evaluar con precisión si existe o no responsabilidad civil. “Por lo tanto si se prueba el dolo del informador que reproduce información emitida por un tercero a sabiendas de su falsedad, no podrá pretender ampararse en la causa de justificación basada en la doctrina Campillay” (Pardini, 2014, 1134). Esto demuestra la complementariedad entre ambas doctrinas, ya que debemos evaluar tanto los ejes expuestos por Campillay, como los lineamientos que reconocemos en la real malicia. No se trata de figuras subsidiarias, sino realmente de una coexistencia que marcará un análisis justo sobre la temática.

Creemos que la complicidad que existe entre ambas doctrinas es un aspecto totalmente positivo de la importación del estándar estadounidense en nuestra legislación. La doctrina Campillay suele ser distinguida como una causa de justificación que exime de responsabilidad a la prensa y, si bien podría cumplir esa función, no debemos dejar de tener en cuenta los extremos que exige la real malicia.

4.7 Información responsable y diligencia del periodista

La real malicia tiene algunos argumentos sólidos y otros criticables, pero si hay algo de lo que la doctrina no habla, es de la diligencia del periodista profesional. Cuando hacemos referencia a la expresión “responsabilidad de los periodistas y medios de comunicación” debemos tener en cuenta la conducta de los mismos al momento de ejercer sus funciones. El nuevo Código Civil y Comercial tiene una postura fundada sobre el tema.

El artículo 1725 determina que *"Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.*

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

Como expresamos en el capítulo 1 y en varios pasajes de este trabajo, la libertad de expresión es una garantía constitucional de suma importancia para la sociedad. Por ello creemos que la función de informar, o mejor dicho, la libertad de informar, implica una gran responsabilidad para el periodista y los medios de comunicación. Sin embargo, ese derecho no puede generar impunidad en su accionar.

Nos gustaría desarrollar el concepto de “libertad responsable”, expuesto por Tomás Rueda (2003-E). A lo largo de su publicación, el autor se presenta como un ferviente defensor de la libertad de expresión, pero considera que ésta no puede ser llevada a cabo por sujetos que se encuentren fuera de la ley. “Constituye una aberración jurídica y un despropósito moral pretender derechos, sin obligaciones; reivindicar libertades sin responsabilidades. Los medios no pueden estar al margen de la ley. No se puede apelar a un Estado de excepción jurídica para la prensa” (Rueda, 2003-E).

Pero, ¿qué es la información responsable? De acuerdo al autor, implica la búsqueda de la información veraz y de interés actual “como principio rector de la conducta del informar” (Rueda, 2003-E). Rueda, al igual que nosotros, coincide que la búsqueda de la verdad absoluta para el periodismo es una utopía, pero esto no implica dejar de buscar de manera “leal y honrada”. La información responsable trata sobre redacciones imparciales, de buena fe, producto de una investigación detallada. Pero principalmente implica la publicación de información periodística y no comercial.

El correcto accionar del periodista implica un profundo trabajo de investigación y confirmación de las fuentes antes de publicar la noticia. Esto puede ser contrario a la

voráigne que viven los medios de comunicación actualmente, dónde el crédito por publicar la primicia pareciera ser el mayor objetivo.

No debe preocuparnos la posibilidad que se cercene la libertad de expresión por exigir conducta diligente en el informador, todo lo contrario, esta ayuda a no incurrir en el libertinaje. Exigirle diligencia no importa requerirle la verdad, sino actividad con entidad suficiente para acceder a la información veraz, la que se constatará mediante el consabido examen retrospectivo de los hechos y del obrar, que corresponde sea apreciado por el juez del caso concreto (Rueda, 2003-E).

Lo que nos urge discutir es qué tipo de información promueve la doctrina estadounidense. Si prestamos atención al Código Civil y Comercial podemos apreciar que éste busca evaluar la conducta del profesional en el ejercicio de su función, con una clara coincidencia a lo que Rueda denomina como “información responsable”. Pero pareciera que la real malicia no tiene en cuenta la diligencia del periodista sino que se centra en el sujeto que demanda a los medios de comunicación.

El estándar importado directamente del país norteamericano pone toda la atención en quien demanda y no en el demandado (o presunto responsable del hecho). Creemos que esta es una falla notable de la doctrina, que permite una crítica abierta por favorecer a los periodistas. Jurídicamente, para que un error sea considerado excusable, debe estar justificado. Es decir, deben haber existido razones que lleven al sujeto a errar. Nuestra legislación no premia la imprudencia, al contrario, la castiga. “(...) cuando su información no ha sido elaborada mediante conducta diligente, conlleva que soporte las consecuencias de su obrar” (Rueda, 2003-E).

De esta manera lo entendió el Juez Belluscio cuando votó en disidencia en la causa Roviralta, Huberto contra Editorial Tres Puntos S.A. “La exigencia de una práctica periodística veraz, prudente y compatible con el resguardo de la dignidad individual de los ciudadanos no puede calificarse como una obstrucción de la prensa libre, so riesgo de distorsionar la importante función de los medios de comunicación social”⁶⁹.

⁶⁹ CSJN, Roviralta, H. c/Editorial Tres Puntos SA. Voto de Belluscio, consid. 6°. Fallos 321:2250 (2004).

4.7.1 *El valor de la verdad para la real malicia*

La protección que la real malicia impone a los medios de comunicación va más allá de la libertad de expresión, ya que éstos encuentran un escudo ante las demandas aún cuando publican noticias falsas. Como recordarán, para que el funcionario público o figura pública obtengan un resarcimiento, deben demostrar que el hecho es falso y que el medio conocía la falsedad del mismo o que actuó con temeraria despreocupación.

Pero el estándar surgido en el fallo del New York Times nada dice acerca de que un funcionario o figura pública logre demostrar que la noticia es falsa, pero no acredite la malicia en el accionar. ¿Qué valor tiene la verdad para la real malicia? Ninguno. El fallo que absuelve a Luis Majul por la publicación difamatoria contra la familia Melo es un buen ejemplo, ya que en el juicio se acreditó que la causa de muerte de Leopoldo Jorge Melo fue una cirrosis hepática y no el suicidio, como indicó el periodista.

Ante situaciones como esta, donde la posibilidad de constatar la razón de muerte se reducía a consultar la historia clínica, la legislación debería imponer algún tipo de sanción (no necesariamente pecuniaria) por la falta de diligencia. El periodista tuvo tiempo suficiente - la edición de un libro puede llevar meses, incluso años- para averiguar la verdadera causa de defunción de Melo, sin embargo, decidió publicar un dato potencialmente dañoso. La difusión de información de este tipo puede provocar un perjuicio que no será indemnizado bajo estas condiciones, violando los principios *alterum non laedere* y el de reparación plena e integral.

La ausencia de una sanción parece motivar a los periodistas o editores a no corroborar los datos antes de publicarlos, provocando una lesión a los intereses de la sociedad que consume medios de comunicación. Los legisladores deberán exponer el máximo de creatividad para lograr que se priorice la información responsable, ante la información comercial.

La real malicia no cuestiona la negligencia del periodista y le otorga un valor nulo a la búsqueda de la verdad. Ambos aspectos representan una consecuencia negativa si pretendemos que los futuros comunicadores informen de manera responsable. No debemos

promover el libertinaje, sino todo lo contrario. La profesión de los trabajadores de prensa es igual de valiosa que otros rubros, y su función en la sociedad es fundamental, pero eso no implica que puedan actuar sin control.

Reflexiones finales

El análisis que realizamos a lo largo de este capítulo representa el conjunto de aspectos positivos y negativos que sobresalen respecto de la real malicia. Reconocemos que el estándar tiene puntos muy altos, como la protección al bien jurídico o la categorización del funcionario público distinto al resto. Pero también existen otros aspectos que son poco claros, y en ésta temática, el costo a pagar por la falta de precisión es muy alto.

Los medios de comunicación tienen un poder incalculable que crece día tras días con los avances tecnológicos, mientras que el Derecho mantiene las mismas herramientas hace años. La real malicia tiene una base sólida ya que busca poner a la libertad de expresión en una zona privilegiada, pero no debe lograrlo a través de la impunidad del periodismo.

Los jueces son los responsables de impartir justicia mediante interpretaciones fundadas en nuestra legislación, no mediante creaciones extranjeras. La importación automática de la real malicia desnudó las diferencias que tiene con nuestra legislación, favoreciendo los intereses de la prensa. Es hora de estudiar con mayor atención esta problemática.

Conclusión:

A lo largo de este trabajo hemos intentado recopilar los principales aspectos -tanto positivos como negativos- de la aplicación de la real malicia en el Derecho argentino. Esta herramienta, cuyo origen nos remonta al siglo pasado, es de las favoritas de la Corte Suprema Argentina a pesar de que nunca fue incorporada a nuestra legislación. De acuerdo a nuestro análisis, aún existen varias razones por las que la real malicia no tiene armonía con el Derecho local.

Un dato anecdótico sería mencionar que la doctrina estadounidense no cuenta con la misma solidez fuera del continente americano. De hecho, los máximos tribunales de Canadá, Australia, España y el Reino Unido, por citar algunos, le cerraron las puertas al estándar que estamos estudiando. Sin embargo, creemos oportuno destacarlo ya que los jueces de dichos países identificaron una diferencia entre la doctrina de la real malicia y el “espíritu” del fallo que absolvió al New York Times en 1964, que no tuvieron en cuenta nuestros magistrados.

Julio Rivera (2011-VI), en un artículo que citamos durante el capítulo anterior, destacó este concepto al explicar que los tribunales argentinos importaron de manera automática la real malicia. Según el autor, la doctrina fue creada en un momento determinado de la historia de Estados Unidos, donde la Corte Suprema intentó poner el punto final a las intimidaciones contra la prensa que llevaban adelante los funcionarios del sur de Estados Unidos. El fallo que absolvió al New York Times se firmó para ser aplicado al caso concreto teniendo en cuenta las particularidades de la legislación norteamericana, y no con la intención de crear un método para interpretar los conflictos entre principios constitucionales de este tipo.

A pesar de ello, tribunales como el argentino comenzaron a aplicarlo casi sin estudiarlo, pero sobre todo, sin tener en cuenta las diferencias que existen con el Derecho norteamericano. Los resultados de esta acción fueron destacados a lo largo del capítulo 4, donde hicimos énfasis en las consecuencias de la aplicación del estándar en Argentina. Sin embargo, no podemos negar que la doctrina tiene conceptos que deben ser reconocidos, como por ejemplo, la defensa férrea que otorga a la libertad de expresión. Quizás éste ideal

es la razón por la que aún se mantiene vigente, más allá de que algunos juristas la han criticado con fuertes argumentos.

Creemos que la intensidad con la que defiende dicha garantía constitucional ha “cegado” al Poder Judicial (y quizás también al Legislativo), ya que se dejaron de lado otros principios constitucionales -como el honor o la intimidad- violados en reiteradas oportunidades. De acuerdo a nuestro análisis, aspectos como la carga de la prueba, el factor de atribución calificado, la categorización del damnificado y la no regulación de la diligencia del periodista, son características de la real malicia que colisionan con nuestra legislación y que la hacen incompatible.

El estudio de los distintos casos de jurisprudencia bajo el matiz del estándar norteamericano nos permitió concluir que la doctrina pone a los medios de comunicación en una posición extraordinaria, les otorga privilegios luego de haber publicado la información y pone toda la atención en quien demanda, violando el principio de igualdad como una de las principales amenazas.

Los jueces de los distintos tribunales de nuestro país aplicaron la real malicia sin tener en cuenta el contexto dentro del cual fue creado. Como anticipamos en el capítulo 4, las coincidencias sociales no son suficientes para dejar atrás las diferencias jurídicas entre ambos países. La aplicación del estándar no puede separarse de aspectos como el Discovery period o los daños punitivos, cuestiones que explicamos anteriormente.

Las etapas procesales de nuestra legislación son totalmente distintas a las que presenta el Common Law, razón por la cual se generó tanta controversia ante la exigencia de probar el factor de atribución calificado. Sostenemos que la doctrina, tal cual fue presentada por la Corte Suprema de Estados Unidos, no encaja en nuestro Derecho. El estándar impone una técnica probatoria que implica violar la teoría de las cargas dinámicas proclamada en el artículo 1735 del Código Civil y Comercial.

ARTICULO 1735.- Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente,

durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

Este artículo expone una de las facultades más importantes del juez, que permitirá un mayor equilibrio en el desarrollo del proceso judicial. El magistrado podrá definir cuál de los sujetos involucrados se encuentra en mejores condiciones de acreditar el hecho. Esto significa que la carga de la prueba no estará necesariamente en cabeza de quien demande, sino que podrá ser el demandado el responsable de probar que no conocía la falsedad del hecho y que cumplió con todos los deberes de cuidado que le corresponden por su profesión. En Estados Unidos, la aplicación de la real malicia no hace referencia a la carga de la prueba sino que permite –a través del Discovery period- que las partes soliciten pruebas a la contraria, incluso antes de entablar la demanda.

Concluimos que imponer al actor la prueba de los hechos que alega, sin respetar la teoría de las cargas dinámicas receptada por el Código Civil y Comercial, sin lugar a dudas viola el principio de igualdad. El demandando sólo debe esperar a que el actor localice un elemento de prueba que únicamente se encuentra en la mente del periodista que publicó la información.

Siguiendo la línea de Rivera (h), y aumentando la crítica a los magistrados de la Corte que le dieron lugar a la real malicia en nuestra legislación, debemos recordar que en Estados Unidos existe la posibilidad de exigir daños punitivos. Esta pena adicional se reclama cuando se prueba que el demandando actuó con mala fe, con deliberada intención de dañar o cuando se comprueba que, a pesar de pagar la indemnización, conservará un beneficio patrimonial que obtuvo producto de la lesión al damnificado.

La función de los daños punitivos en el Common Law es otorgar equilibrio en situaciones como las que estamos estudiando. “La Corte Suprema de Estados Unidos ha definido a estos daños punitivos como multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura concurrencia” (Rivera, IV, p. 15). De esta manera, el complejo escenario que vive quien demanda, tiene sentido cuando al superarlo,

se condena al responsable a pagar una indemnización y una pena privada adicional por el accionar malicioso.

En Argentina, en cambio, los daños punitivos no existen en el fuero civil. Es fundamental recordar el ejemplo que desarrollamos en el capítulo 4, donde calculamos el monto de la condena a un medio gráfico producto de la publicación de información falsa y perjudicial. La indemnización representaba tan sólo el 20% del total a cobrar por un contrato publicitario de una página en la edición dominical.

Un sistema legal que no contiene incentivo alguno para que los medios de prensa no difundan información falsa es un sistema en el que el mercado de ideas puede terminar gravemente contaminado por la publicación de informaciones falsas. La impunidad de los medios de prensa puede provocar –paradójicamente- una restricción sustancial del derecho a la información (Rivera, VI, p.18).

Debemos analizar el impacto mediático que tienen las noticias denominadas “comerciales” y el crédito económico que significa la venta de miles de ejemplares. Una condena como la que ejemplificamos, no tiene sentido si lo que se busca es enviar un mensaje al medio de comunicación por su negligencia, sobre todo cuando la compañía es dueña de programas de televisión, diarios, radios, etc. Justamente por esto existen los daños punitivos, para dismantelar los beneficios económicos obtenidos por el ilícito. Como mencionamos en el capítulo anterior, en la medida en que el vínculo que existe entre la sociedad y los medios de comunicación no sea considerada una relación de consumo, no se podrá exigir daños punitivos.

El “espíritu” del fallo que absolvió al New York Times resolvió una situación particular, entendida como el enfrentamiento de los funcionarios públicos con la prensa. Envío un mensaje a través de la sentencia, imponiendo la carga de la prueba al demandado pero equilibrando la situación con la posibilidad de afrontar una suma millonaria si se probaba el accionar malicioso de la prensa. Pero en Argentina, los tribunales lo aplican como una regla donde los sujetos deben encajar, y si esto no sucede, se producen elongaciones que tergiversan el estándar, provocando un peligroso beneficio a favor de la prensa.

Otra de las amenazas que genera la aplicación de la real malicia en nuestro país está relacionada con la incertidumbre jurídica que provoca desconocer el verdadero significado de los términos empleados. Hemos dedicado varias hojas de nuestra investigación al desarrollo del factor de atribución agravado que exige el estándar norteamericano, y creemos que la falta de conocimiento acerca del verdadero significado del *reckless disregard*, es un aspecto totalmente negativo.

No es nuestra intención retomar la discusión acerca de la diferencia entre considerar que se trata de culpa grave o dolo eventual, sino potenciar la crítica al recordar que cada uno de estos conceptos genera un resultado totalmente distinto. Considerar que la temeraria despreocupación implica dolo eventual, aumenta el desequilibrio a favor de los medios de comunicación ya que el actor tiene la carga de probar la intención (mala fe) del demandado.

Por otro lado, argumentar que se trata de culpa grave implicaría dejar de lado la intención como elemento volitivo del agente y centrar la atención en la negligencia, imprudencia o impericia como violación del deber de cuidado. De cualquier manera, en la medida en que no exista una posición tomada por parte de los magistrados de la Corte, la posibilidad de una sentencia contradictoria es inminente.

El *strepitus fori* o “caos jurídico” es una de las situaciones más temidas por el Derecho, y la incertidumbre que estamos analizando puede ser uno de los presupuestos. Esta es la razón por la cual se creó un sistema de jerarquía piramidal (estructura vertical) que permite a un tribunal revisar la decisión del anterior. De esta manera, en Argentina, la Corte Suprema de la Nación tiene la última palabra para esclarecer cualquier contradicción. Ante los hechos descriptos, es necesario un fallo plenario para aclarar el significado y alcance de cada uno de los aspectos que implican la real malicia.

Pero cuando hablamos de la incertidumbre que genera el desconocimiento de los términos empleados por la doctrina estadounidense, no podemos dejar de recordar los problemas que ha generado en nuestra jurisprudencia la clasificación del damnificado que impone el estándar que estamos estudiando. A lo largo de una serie de fallos desarrollados durante los capítulos 3 y 4, hemos demostrado la falta de precisión que tiene la real malicia.

La categorización del damnificado es una de las características distintivas de la doctrina estadounidense. Luego de realizar el análisis crítico, concluimos que la tipificación como *funcionario público* tiene argumentos sólidos, aunque habría que “ajustar” algunas particularidades si definitivamente será utilizado. Por otro lado, los tipos de *figura pública* y *particular envuelto en temas de interés público*, no parecen apropiados para nuestra legislación.

Si hacemos referencia a los funcionarios públicos, consideramos que los jueces deben apoyarse en la clasificación que ofreció Ibarlucía (2008-F) citando a Fernando Racimo, argumentando que se debe tener en cuenta el poder de decisión que tienen los funcionarios para evaluar si corresponde o no una mayor protección. En el caso Costa⁷⁰, por ejemplo, los jueces del máximo tribunal optaron por una defensa más intensa debido a que el funcionario difamado pertenecía al rango más bajo del empleo estatal.

Sostenemos que la clasificación de *funcionario público* es acertada a los efectos de promover la libertad de expresión como pilar fundamental del sistema democrático. Los agentes públicos se involucraron voluntariamente como representantes de la sociedad, por lo tanto deben resistir el análisis crítico que realizará la prensa sobre el ejercicio de sus funciones. Este es un aspecto totalmente positivo de la real malicia, pero no es novedoso. Actualmente existe en nuestra legislación un trato diferenciado para regular la responsabilidad especial de los funcionarios públicos. Este tipo de consideraciones podrían ser agregadas al Código para contemplar la responsabilidad de los medios de comunicación en relación a la actividad de los funcionarios públicos.

Por otro lado, las resoluciones de casos como Morales Solá⁷¹ y Melo⁷², son ejemplos de discusiones respecto del alcance de las otras dos clasificaciones. Definitivamente no podemos permitir que categorías como *figura pública* o *particulares envueltos en temas de interés público* se apliquen en nuestro país debido al alto grado de imprecisión e

⁷⁰ CSJN, Costa c/Municipalidad de Bs As. Fallos 310:508 (1987).

⁷¹ CSJN, Giadone c/ Morales Solá. Fallos 319:2741 (1996).

⁷² CSJN, "Melo, Leopoldo Felipe y otros c/ Majul, Luis Miguel s/ daños y perjuicios" (2011).

incertidumbre que generan en nuestra legislación. Hemos demostrado las falencias que tienen al describir el poder y la capacidad de influir de los medios de comunicación a través de la Agenda Setting. Permitir que la prensa se defienda por el daño ocasionado con sus publicaciones a personas consideradas como figuras públicas, es un riesgo que la sociedad no debe soportar.

El fallo que absolvió al periodista Joaquín Morales Solá es un buen ejemplo para revisar la decisión de la Corte respecto de la situación del damnificado. Por un lado, podemos afirmar que Dante Giadone no era un funcionario público al momento de la publicación. Y si aplicamos la técnica de Racimo, diremos que no tenía el poder de decisión necesario para recibir una protección atenuada cuando cumplía su rol como militar. En el mismo sentido, tampoco consideramos que sea una figura pública, ya que el simple hecho de ser amigo del Presidente no puede generar fama semejante.

Lo mismo sucedió con Jorge Melo, quien fue apuntado como figura pública por la Corte, cuando en realidad se trataba de un simple particular. En esa ocasión, los jueces que conformaron la minoría argumentaron que no había relación entre el libro que hacía referencia a la fundación de *Ámbito Financiero* y la mención sobre la muerte de Melo. Por ello, Jorge Melo debió ser encasillado como un particular para aplicar las normas del Código Civil y Comercial.

Sostenemos que esta clasificación se utiliza como figura residual, envolviendo a particulares en cuestiones de relevancia social bajo el argumento de que tienen fama generalizada, cuando en realidad es la prensa quien los ubica en la agenda mediática. Nuestro ejemplo sobre la situación actual del ex Vicepresidente de la Nación expone a la perfección el poderío de los medios de comunicación. Pareciera que luego de ser funcionario público, uno cae en la categoría de figura pública quedando a merced del periodismo. De hecho, lo será en la medida en que la prensa lo desee ya que el “mote” de personalidad pública depende exclusivamente de los medios de comunicación, y de nadie más.

Es fundamental destacar la capacidad de la prensa para convertir a cualquier persona en figura pública con solo instalar su nombre o sus cualidades en la agenda mediática. Esto

nos llevó a preguntarnos, ¿qué pasaría si un menor adquiere la calidad de figura pública? ¿La prensa podría difamarlo sin límites? El análisis de estas preguntas excede nuestra investigación, pero creemos que es una línea extremadamente delgada que los medios de comunicación no deberían cruzar.

Sin embargo, la solución a todos los problemas siempre estuvo a la vista. La principal obligación de los periodistas es respetar ciertos parámetros que le permitirán cumplir con su función de informar sin lesionar derechos de terceros. Estamos haciendo referencia a cuestiones que hemos desarrollado en capítulos anteriores: la ética periodística, la doctrina Campillay y la información responsable. Los medios de comunicación deben aprender a priorizar una noticia confirmada y con fundamentos, ante un simple rumor mediático.

Desafortunadamente, las condiciones de nuestra legislación parecen permitir la negligencia de los trabajadores de la prensa ya que no existe un análisis crítico sobre su accionar. Justamente, cuestionar la actividad de los periodistas suele ser considerado como un atentado a la libertad de expresión. Sin embargo, muchos de los que criticamos la actitud de los medios de comunicación lo hacemos porque deseamos un país libre, que respete los derechos de cada uno de las personas.

Orientamos nuestra crítica a cuestiones como la Opinión Consultiva 5-85⁷³ cuando argumentan que una forma de defender la libertad de expresión es no exigir una determinada formación académica a los periodistas. Pareciera que estamos “nivelando para abajo” con acciones de este tipo ya que los responsables de informar deben tener una preparación especial, pues llevarán adelante uno de los pilares de la democracia.

Como los periodistas ejercen una actividad que puede desarrollar cualquier persona, la libertad de expresarse, y el periodismo es la manifestación primera y principal de la libertad de expresión del pensamiento, el Estado no puede limitar su ejercicio sólo a las personas que se hayan colegiado (Ventura, 2009-E).

⁷³ http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

La real malicia no cuestiona la diligencia de los periodistas, permitiendo que se publiquen datos falsos bajo el argumento que se están defendiendo la libertad de expresión. Éste extremo representa un vicio que el periodismo debe erradicar si lo que busca es informar de manera responsable. Cronistas, corresponsales, jefes de secciones y editores, todos deben estar comprometidos con la difusión de información objetiva, producto de una investigación detallada y tras haber confirmado los datos con las fuentes. La redacción es la herramienta fundamental de los periodistas y son ellos quienes pueden escribir cuidando las formas o hacerlo exponiendo al medio a una sentencia condenatoria por los daños ocasionados.

El artículo 1725 del cuerpo normativo nacional expone con certeza el grado de atención que deben tener los periodistas al llevar a cabo su trabajo, lo que significa que al incumplir el deber de diligencia corresponde responder por el daño causado. De esta manera, el factor de atribución es subjetivo, con fundamento en el dolo o la culpa, con la posibilidad de distinguir en imprudencia, negligencia o impericia, tal cual lo establece nuestro Código Civil y Comercial.

Corresponde a los jueces evaluar el accionar de los trabajadores de la prensa, como lo hace con el resto de los profesionales, ya que en sus manos se encuentra la importante función de informar. La democracia se apoya en la libertad de expresión y de ninguna manera estamos dispuestos a limitarla, pero sí creemos que debemos regular la responsabilidad de quien ejerce de manera abusiva esta garantía constitucional. Bajo estas condiciones, aplicar la real malicia significa renunciar al sistema que expone nuestro Código Civil y Comercial, donde sí se cuestiona la diligencia del periodista profesional en relación a su obligación de informar de forma veraz y objetiva.

Todo esto nos lleva a concluir que la aplicación de la real malicia permite que la prensa lesione los derechos de terceros, violando el principio *alterum non laedere*, a través de la publicación de noticias falsas o inexactas sin la exigencia de reparar el daño ocasionado. La libertad de expresión, bajo las condiciones excesivas que hemos demostrado a lo largo de esta investigación, no es argumento suficiente para configurar una causa de justificación.

La real malicia es una herramienta muy interesante, con algunos puntos a favor y otros en contra. Pero principalmente, es una doctrina extranjera y como tal, no puede ser aplicada de manera automática. Los juristas podrán apoyarse en algunos de sus pilares, pero deberán modificarla para que se adapte a nuestro Derecho, logrando la armonía que hoy no tiene en Argentina.

Bibliografía:

✓ Doctrina:

- BADENI G. (2005). *Doctrina de la Real Malicia*. Buenos Aires: Academia Nacional de Periodismo (Impresiones Dunken)
- BADENI, G. (1996). *La libertad de Prensa*. (2da Ed.) Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- BADENI, G. (2006) *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I*. Buenos Aires: LA LEY.
- BADENI, G. (2012). Aplicación de la doctrina de la real malicia a figuras públicas y particulares. *Doctrina Judicial*, (15). Editorial LA LEY.
- BERTONI, E. (1997). *Libertad de prensa y Derecho Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.
- BERTONI, E. A. (2007). *Libertad de expresión en el Estado de derecho: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional* (2da. Edición) Buenos Aires: Editores del Puerto.
- BIANCHI E. T. & GULLCO, H. V. (1997), *El derecho a la libre expresión*, La Plata: Ed. Platense.
- BIANCHI E.T & GULLCO, H. V. (2009) *El derecho a la libre expresión: Análisis de fallos nacionales y extranjeros*. (2da edición) Buenos Aires: Librería Editora Platense.
- BIDART CAMPOS G., (1998). *Manual de la constitución reformada*. Buenos Aires: Ed. Ediar.
- BIDART CAMPOS, G. (1993). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: Ed. Ediar.

- DESCALZI, J. P., “La real malicia a ‘Di Salvo’. Aplicación de una doctrina constitucional”. L. L., 2010-XII, 119.
- DOUGLAS M. FRALEIGH & JOSEPH S. TRUMMAN. (2011). *Freedom of Expression in the Marketplace of Ideas*. Estados Unidos: Sage Publications.
- EKMEDJIÁN, M. A. (1996) *Derecho a la Información*. (2da Edición) Buenos Aires: Ed. Depalma.
- FAYT, C. (1994). *La omnipotencia de la Prensa: Su juicio de la realidad en la Argentina y los Estados Unidos*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- FAYT, C. (2001). *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- FAYT, C. (2004). *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia: Leading cases, holdings y casos trascendentales*. Buenos Aires. Editorial La Ley.
- FERREYRA de DE LA RUA, A. & RODRIGUEZ JUAREZ, M. (2009). *Manual de Derecho Procesal Civil I*, Córdoba: Ed. Alveroni.
- FLORES, O. (2004) *Libertad de prensa y derecho a la intimidad de los funcionarios públicos: Jurisprudencia de la C.S.J.N. Evaluación comparativa con la Jurisprudencia de EE. UU.* Buenos Aires: Editorial La Ley.
- GELLI, Ma. A. “Dimensiones de la Real Malicia y afectación del honor en el caso Gesualdi”, L.L. 1997-B, 749.
- IBARLUCÍA, E. “Nuevas precisiones sobre las reglas de las doctrinas “Campillay” y de la real malicia”, L. L. 2008-F, 304.
- Mc COMBS, M. & SHAW, D. (1972). The Agenda-Setting function of mass media. *The Public Opinion Quarterly (Oxford University press)*. Vol. 36 (2). P.176-187.
- NÚÑEZ BARBERO, R. (2012). La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (261). Editorial La Ley.

- PENDINI, Ma. A. (2014). Responsabilidad civil de los medios de comunicación. Doctrina Campillay” y de la “Real Malicia”. Criterio del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. *Revista de responsabilidad Civil y seguros*. (6). Editorial La Ley.
- PIZARRO R. D. & VALLESPINOS C. G. (2013). Instituciones de Derecho Privado Obligaciones. III. Buenos Aires: Hammurabi.
- PIZARRO, Daniel (1999). *Responsabilidad civil de los medios de comunicación*. Buenos Aires. Hammurabi.
- PIZARRO, R. D. & VALLESPINOS, C. G. (2014). Compendio de derecho de daños. Buenos Aires: Hammurabi.
- RIVERA, J. “El uso del derecho comparado por parte de la Corte Suprema y la importación de la doctrina de la Real Malicia”. J.A. 2011-IV.
- RUEDA, T. La información responsable; LL, 2003-E, 1134.
- STIGLITZ, R. Distinción entre culpa grave y dolo en el Código Civil y Comercial. Aplicación al contrato de seguro. LL 2015-D, 850.
- THURY CORNEJO, V. “¿Todos los caminos conducen a la real malicia? Un balance del años judicial 2010 en materia de libertad de expresión y honor”. J.A. 2011-3 (19).
- VENTURA, A. Libertad de expresión, estándares en la Corte IDH 1985-2009 y la situación en la Argentina. LL, 2009-E, 1263.
- WOLF, M. (1987). *La investigación de la comunicación de masas*. (1ra Ed.). Buenos Aires: Ediciones Paidós.
- ZAFFARONI, E. & ALAGIA, A. & SLOKAR, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar: Buenos Aires.
- ZAVALA DE GONZALEZ, M (2015) *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Córdoba, Alveroni.

- ZAVALA DE GONZALEZ, M. (1982). *Derecho a la intimidad. Análisis del Artículo 1071 bis del Código Civil a la luz de la doctrina, de la legislación comparada y de la jurisprudencia*. Buenos Aires. Abeledo- Perrot.
- ZAVALA DE GONZALEZ, M. (1996). *Resarcimiento de Daños. Daños a las personas*. Buenos Aires: Hammurabi.

✓ Jurisprudencia:

- Internacional:

1. C. S. de Estados Unidos. Sullivan, L. B. vs New York Times Co., 376 US 254 (1964).
2. C. S. de Estados Unidos. Rosenbloom, G. vs. Metromedia Inc. 403 US 29 (1971).
3. C. S. de Estados Unidos. Gertz, E. vs. Robert Welch Inc. 418 US 323 (1974).

- Nacional:

4. CSJN, “Costa, Héctor Rubén c/ Municipalidad de Buenos Aires y otros”, Fallos 310:508 (1987).
5. CSJN, “Gesualdi, D. c/Cooperativa Periodistas Independientes Limitada y otros”, Fallos 319:3085 (1996).
6. CSJN, “Di Salvo, M. A. c/Diario La Mañana s/ daños y perjuicios”. Fallos: 314:1517 (2010).
7. CSJN, Servini de Cubría s/ amparo. 315:1943 (1992)
8. CSJN, Isacio Aquino c/ Cargo Servicios Industriales SA, Fallos 308:1167, (2014).
9. CSJN, “Santa Coloma, L. F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos: 308:1160, (1986),
10. CSJN, “Canicoba Corral c/Acevedo Sergio y otros s/ daños y perjuicios” (2013).
11. CSJN, “Giadone, Dante A. c/Morales Solá, Joaquin”, Fallos 319:2741 (1996).
12. CSJN, “Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros”, Fallos 331:1530 (2008).
13. CSJN.” Roviralta, H. c/Editorial Tres Puntos SA”. Fallo 321:2250 (2004).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos:

14. Corte IDH. Sentencia Eduardo Kimel del 2 de Mayo de 2008. Serie C N°177.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Stassuzzi, Víctor Javier
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	34.129.190
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	"Doctrina de la real malicia: Análisis crítico de su adopción en la legislación Argentina"
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	vstassuzzi@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.