

Recientes desarrollos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en materia de libertad de expresión

Hernán Víctor Gullco *

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, la Corte Suprema de la Nación ha dictado una serie de nuevos fallos en materia de libertad de expresión que, en gran medida, viene a introducir modificaciones sustanciales en la jurisprudencia que, hasta ese momento, dicho tribunal había elaborado.

Dichos fallos plantean tres diferentes problemas en punto al conflicto del derecho constitucional a la libertad de expresión con otros intereses que también se encuentran constitucionalmente protegidos.

Estos tres grupos de problemas son los siguientes:

a) La responsabilidad (ya sea civil o penal) de aquellas personas que efectúen afirmaciones que, de algún modo sean inexactas y que, al mismo tiempo, afecten el honor de una persona.

b) La responsabilidad por afirmaciones que puedan resultar ofensivas para terceros, más allá de la verdad o falsedad de aquéllas.

c) La responsabilidad por afirmaciones de terceros que pueden afectar el honor de terceros¹.

Cada una de estas categorías plantea problemas diferentes que requieren también de soluciones muy distintas. Ya, en otra parte, he tratado algunos aspectos de esta cuestión². En este trabajo, me concentraré en analizar el pronunciamiento de la Corte que se encuentra incluido en la categoría b) y trataré de demostrar que algunos jueces de la Corte, que resolvieron dicho caso utilizaron a tal fin conceptos teóricos que correspondían a otra familia de problemas vinculados con la libertad de expresión.

El caso en el que se discutió esta cuestión es *Amarilla, Juan s/ recurso extraordinario en autos 'Gorvein, Diego Rodolfo s/ querrela p/ calumnias e injurias c/ Amarila, Juan H.'* – expte. N° 797/93³, resuelto el 29 de septiembre de 1998 por la Corte Suprema de la Nación.

Comenzaré mi comentario con una breve reseña de los principios elaborados para distinguir dos supuestos muy distintos entre sí, diferencia que, precisamente, no fue tenida en cuenta por ciertos magistrados al momento de dictar sentencia.

* Abogado, 1982, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho 1992, Universidad de Miami. Profesor de las Universidades de Palermo, Buenos Aires y Nacional de La Pampa.

1. En este trabajo no voy a analizar los problemas que plantea el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad. Para un ejemplo de este conflicto, ver el fallo de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el caso *Menem, Carlos c/ Editorial Perfil*, sentencia del 11/3/98, publicada en *La Ley*, 15 de abril de 1998.

2. Ver Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *El derecho a la libre expresión*, Editorial Platense, Buenos Aires, 1997.

3. Causa A. 418 XXXI.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE “HECHOS” Y “OPINIONES”

A los fines de analizar el pronunciamiento dictado por la Corte, partiré de los siguientes postulados que considero son básicos para fijar el alcance de la libertad de expresión en una sociedad democrática. Resulta obvio que tales principios pueden ser cuestionados y rechazados por completo. Pero, dado el alcance limitado del presente trabajo, no me detendré demasiado sobre los argumentos que justifican dichos principios. En la obra ya citada⁴, el lector puede encontrar los citados argumentos y las críticas que contra ellos se han formulado.

Dichos principios son los siguientes:

a) La libertad de expresión es un derecho imprescindible y fundamental para la subsistencia de la sociedad democrática. De allí se sigue que toda restricción a ese derecho debe estar justificada por razones de mucho peso no bastando, así, que aquéllas puedan parecer “razonables”⁵.

b) Por tal razón, la afirmación de hechos ciertos que puedan afectar el honor de las personas no debería acarrear, en principio, ningún tipo de responsabilidad. Digo, “en principio”, porque en este punto hay que distinguir entre aquellas afirmaciones vinculadas con temas de “interés público” y temas de “interés privado”. Respecto de los primeros debería existir una total protección con base en el derecho constitucional a la libertad; en cambio, respecto de los segundos, no parece que sea muy relevante para la subsistencia del sistema democrático, por ejemplo, señalar (sin faltar a la verdad) los defectos físicos o mentales de una persona que no es un funcionario público ni una personalidad pública cuando tampoco se encuentra en juego una cuestión de importancia pública. Es por tal razón que no parece existir problema constitucional alguno en imputar responsabilidad al autor de la información en este último tipo de supuestos⁶.

c) En cambio, cuando la información es inexacta y afecta el honor de un tercero, no existen razones constitucionales tan fuertes para librar de responsabilidad al autor de aquélla. El fundamento de este punto de vista puede encontrarse en el precedente dictado por la Corte Suprema estadounidense en

4. Ver Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, especialmente el capítulo I.

5. Ello supone efectuar una distinción fundamental en cuanto al examen de la validez de las restricciones estatales al ejercicio de derechos como el de libertad de expresión, por un lado, y los derechos de naturaleza económica, por el otro. Para los primeros la jurisprudencia, especialmente la estadounidense, ha elaborado pautas muy restrictivas a los fines de legitimar las restricciones estatales a su ejercicio. Es por eso que la Corte Suprema estadounidense ha aceptado, por ejemplo, legitimar la represión del discurso basado en el odio racional o religioso únicamente cuando aquél puede crear “el peligro claro y actual” de actos de violencia” (Para el examen de esta jurisprudencia, el libro de Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, capítulo III). En cambio, tanto los fallos argentinos como estadounidenses han mostrado, por lo general, mucho mayor tolerancia a los intentos estatales de restringir el ejercicio de la libertad económica, a pesar de que aquélla se encuentra -especialmente en la Constitución argentina- tutelada aparentemente con la misma intensidad que la libertad de naturaleza “política”. Por cierto que existen autores que consideran que tales distinciones son insostenibles y que los jueces deberían otorgar la misma tutela a uno y otro derecho (ver, en tal sentido, a Coase, R.H., *The Market for Goods and the Market for Ideas*, 64 Am.Ec.Rev.384, transcripto parcialmente en «The First Amendment: A Reader», West Publishing Co., 1992, páginas 74 y siguientes, compilado por John Garvey y Frederick Schauer).

6. Para una mayor profundización de este tema, ver Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, capítulo V.

el caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*: “(...) Bajo la Primera Enmienda⁷ no existe algo que pueda considerarse como una idea falsa. Por más perniciosa que una opinión pueda parecer, dependemos para su corrección no en la conciencia de los jueces y los jurados sino en la competencia con otras ideas. *Pero no existe un valor constitucional en afirmaciones de hecho falsas.* Ni la mentira intencional ni el error descuidado fomentan materialmente el interés en el debate ‘desinhibido, robusto y abierto’ respecto de temas públicos (...) Pertenecen a la categoría de expresiones que ‘no son parte esencial de ninguna exposición de ideas y son de un valor social tan escaso como un medio a la verdad que cualquier beneficio que se pueda derivar de ellos se ve desplazado claramente por el interés social en el orden y en la moralidad’ (...)”⁸.

d) De lo anterior se siguen dos conclusiones: en primer lugar, las afirmaciones falsas y ofensivas que no involucren temas de interés público y algún funcionario o personaje público, no merecen ninguna protección constitucional. Por tal razón, no afecta a la Ley Fundamental aplicar un tipo de responsabilidad civil *objetiva* al autor de tales afirmaciones. En cambio, las afirmaciones falsas que, de alguna manera, posean una relevancia pública no pueden ser sancionadas con la misma facilidad que las anteriores pues ello podría ocasionar el peligro de la autocensura por parte de los periodistas ante la imposibilidad material de controlar la veracidad de todo lo publicado. Como dicha autorestricción resulta sumamente disvaliosa porque impediría a los periodistas informar sobre temas que son muy importantes para la subsistencia de la sociedad democrática, entonces es necesario dificultar la posibilidad de imputar responsabilidad a los autores de ese tipo de información. En consecuencia, la jurisprudencia estadounidense, y luego la argentina, aplicaron la regla de la llamada “real malicia”, conforme la cual, las informaciones inexactas que afectan el honor de funcionarios o personajes públicos, en temas de relevancia pública, sólo pueden dar lugar a responsabilidad cuando el actor o querellante acredite que el autor de la información actuó con “dolo o culpa grave” acerca de la falsedad de aquélla⁹.

La otra consecuencia importante que se puede extraer de la distinción entre “hechos” y “opiniones” es que, mientras las primeras pueden ser reprimidas –en ciertos supuestos, como hemos visto- cuando son falsas, las

7. La cláusula de la Declaración de Derechos y Garantías de la Constitución estadounidense, que reconoce el derecho a la libre expresión, es la fuente del artículo 32 de la Constitución Nacional.

8. 418 U.S. 323 (1974). La cursiva ha sido agregada. Este fallo se encuentra traducido y comentado en la obra de Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, páginas 143-152.

9. La primera oportunidad en que la Corte Suprema estadounidense elaboró esta doctrina fue en el célebre caso *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254), resuelto en 1964. En este caso, la Corte resolvió “Las garantías constitucionales requieren...una regla federal que prohíba a un funcionario público obtener daños y perjuicios por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial, a menos que pruebe que la declaración ha sido realizada con *actual malice*, esto es, con conocimiento de que era falso o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no”. Este fallo, y los demás pronunciamientos estadounidenses y argentinos, que aplicaron su doctrina se encuentran transcritos y analizados en Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, páginas 133-141. Esta doctrina no es un patrimonio exclusivo de los tribunales estadounidenses y argentinos. Así, el Tribunal Constitucional español ha elaborado un estándar similar al de la “real malicia”, con base en argumentos similares (Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, capítulo VI).

segundas se encuentran libres de toda represión estatal, salvo cuando aquéllas configuren “insultos o epítetos groseros o denigrantes”¹⁰. Es claro, entonces, que si las opiniones no pueden ser, en principio, objeto de sanción estatal porque de ellas no puede decirse que sean “verdaderas o falsas”, es obvio que no resulta aplicable a ellas los principios elaborados por la jurisprudencia (en el caso *New York Times* y en fallos posteriores) en cuanto a las informaciones que contienen afirmaciones de contenido fáctico, ya que ellas sí pueden resultar “falsas” y, por lo tanto, de “menor valor”.

Estas sencillas distinciones no parecen haber sido tenidas totalmente en cuenta por algunos de los jueces de la Corte Suprema de la Nación que intervinieron en la citada causa *Amarilla*. Es sobre este fallo que nos ocuparemos en el siguiente punto.

3. EL CASO AMARILLA

Diego Rodolfo Gorvein -ex ministro de Salud Pública de la Provincia de Formosa- promovió querrela contra el director del diario *El Comercial*, Juan H. Amarilla, por los delitos de calumnias e injurias a raíz de una publicación. Dicha nota estaba anunciada en la primera plana del diario como¹¹: “(...) *Dudoso contrato por U\$S 7.000.000. Gorvein, el generoso*”. Según el voto de los jueces Petracchi y Bossert, allí se relatava la suscripción, por parte del Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Formosa -en ese entonces, a cargo de Gorvein, de un contrato de concesión de la prestación del servicio de alimentación para los internados en un grupo de hospitales provinciales, a favor de una empresa cooperativa. En la nota se criticaba la circunstancia de que los servicios de la empresa hubieran sido adquiridos por “contratación directa” en lugar de recurrir a una licitación pública como lo exigía la legislación provincial. También se cuestionaba el hecho de que el gobierno local hubiera reconocido retroactivamente servicios prestados antes de la contratación, lo cual, a juicio del autor de la nota, significaba “(...) sencillamente un blanqueo de una contratación irregular con los precios que se contratan (...)”. Por otro lado, en esa nota y en otra posterior, se hizo mención a la “generosidad” que el nombrado funcionario había mostrado con los bienes del estado y que aquél no había aclarado “las maniobras turbias del contrato millonario”.

En primera instancia, el juez absolvió a Amarilla a pesar de considerar que su conducta encuadraba formalmente en el tipo penal de injurias, previsto en el art. 110 del Código Penal¹². Para fundar esa solución el magistrado, en primer lugar, citó el precedente estadounidense *New York Times v. Sullivan*¹³, concluyendo de la siguiente forma: “(...) Estimo, en síntesis, que la conducta del querrellado resulta atípica pues la prohibición de afectar el honor de un tercero conglobada

10. Estas expresiones aparecen en el voto de los jueces Petracchi y Bossert en el caso *Amarilla*, que a continuación se analizará.

11. El contenido de la publicación aparece, a diferencia del voto de la mayoría, con gran detalle en la opinión de los jueces Petracchi y Bossert. Por tal razón, en este punto he transcrita la reseña que en el citado voto se hizo de la información periodística.

12. Esta norma está redactada en los siguientes términos: “El que deshonre o desacreditare a otro será reprimido con multa de \$1.500 a \$90.000 o prisión de un mes a un año”.

13. Conforme nota 9 *supra*.

con las demás normas del ordenamiento jurídico resulta limitada en aquellos supuestos en que se discutan, critiquen o cuestionen asuntos de interés público (...).”

Recurrido este fallo al Superior Tribunal de Justicia local, éste lo revocó y condenó a Amarilla a la pena de mil quinientos pesos de multa, al pago de diez mil pesos en carácter de indemnización por el daño moral causado y a las costas del proceso, por considerarlo autor del delito de injuria.

En primer lugar, la mayoría de ese tribunal coincidió con el juez de primera instancia en que era correcto encuadrar la conducta de Amarilla en el artículo 110 C.P. Pero, a diferencia del magistrado de la instancia anterior, rechazó la posibilidad de que la conducta del periodista pudiera ser amparada por la doctrina del caso *New York Times*: “(...) probar la ‘real malicia’ del periodista será en la inmensa mayoría de los casos una ‘diabólica *probatio*’ para la víctima de la noticia falsa. Tanto más cuanto que -en casos como el presente- el afectado se entera de tal inversión de la carga de la prueba -que no proviene de la ley sino de una mera y novedosa interpretación judicial- recién en el momento de notificarse de la sentencia. Ello evidentemente constituye una grave violación del debido proceso (...)”. El tribunal provincial agregó que la citada doctrina constitucional era “(...) inaplicable en el delito de injurias descrito en el artículo 110 del Código Penal, donde lo punible no es la falsedad de la información -que incluso puede ser verdadera- sino el contenido agravante de la publicación (...) No se trata, pues, de la verdad o falsedad de ciertos hechos -como ocurriría en la figura de la calumnia- sino del carácter ofensivo o no de ciertas expresiones (...)”.

El Superior Tribunal concluyó que, una vez eliminada por el Congreso el delito de desacato¹⁴, existía una total equiparación entre las ofensas dirigidas a las figuras públicas y privadas. Por lo tanto, no correspondía “(...) al intérprete distinguir donde la ley no distingue. Por otra parte, el artículo 111 del Código Penal al enumerar los casos en que se podrá probar la verdad de las imputaciones en el delito de injurias, pone expresamente la prueba a cargo del imputado (...)”¹⁵.

Contra esta condena, el querellado interpuso ante la Corte Suprema de la Nación recurso extraordinario, el que fue concedido.

4. EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN. LOS DISTINTOS VOTOS

En su recurso extraordinario, el querellado planteó dos agravios: en primer lugar, consideró aplicable al caso la jurisprudencia de la Corte Suprema conforme a la cual, las críticas al ejercicio de la función pública no podían ser sancionadas aun cuando ellas estuvieran concebidas en términos causticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes.

14. El delito de desacato estaba previsto en el artículo 244 del Código Penal, que fue derogado por la ley 24.198. En la citada figura penal, que era un delito de acción pública, se reprimían las ofensas dirigidas a los funcionarios públicos.

15. Artículo 111 del Código Penal: “El acusado de injuria sólo podrá probar la verdad de la imputación en los casos siguientes:

- 1) si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual;
- 2) si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal;
- 3) si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena”.

Por otra parte, sostuvo que la decisión del Superior Tribunal local de rechazar la doctrina de la “real malicia” había sido “arbitraria”.

Siete jueces de la Corte admitieron el recurso y dejaron sin efecto la condena de Amarilla¹⁶.

Sin embargo, los magistrados que formaron la mayoría produjeron, en total, cinco votos diferentes con diversa fundamentación que los llevó también a soluciones diferentes¹⁷: los jueces Moliné O’Connor, López, Petracchi, Bossert y Belluscio coincidieron, más allá de sus diferencias de fundamentación, en que correspondía revocar la condena del tribunal provincial y absolver directamente al querrellado por aplicación de las facultades que les otorgaba el artículo 16, segunda parte, de la Ley 48¹⁸. Por el contrario, los jueces Fayt y Boggiano consideraron que el fallo recurrido era arbitrario y que, en consecuencia, correspondía devolverlo al Superior Tribunal provincial para que éste dictara una nueva sentencia.

Esta pronunciada dispersión en una decisión de la Corte Suprema¹⁹ hace difícil su examen y le resta a aquella su autoridad como precedente para ella misma y para los tribunales inferiores del país. A pesar de tal diversidad de opiniones, es posible dividir las en dos grandes grupos: aquellas en que los jueces no consideraron decisiva la mencionada distinción entre las “informaciones”, por un lado, y las “opiniones”, por el otro, y los votos que, en cambio, dieron gran importancia a dicha distinción.

Por tal razón, concentraré mi análisis en, por un lado, el voto de los jueces Moliné O’Connor y López, que es representativo del primer grupo, y el voto de los jueces Petracchi y Bossert, por el otro, que expresan claramente la segunda categoría mencionada²⁰.

5. EL VOTO DE LOS JUECES MOLINÉ O’CONNOR Y LÓPEZ

Luego de citar la enorme importancia que la libertad de expresión tenía para la existencia del sistema democrático²¹, los restantes magistrados elaboraron los siguientes argumentos:

16. Dos jueces, Nazareno y Vázquez, emitieron un breve voto en el cual desestimaron el recurso de Amarilla por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

17. Los jueces Moliné O’Connor y López emitieron un voto conjunto. También lo hicieron los jueces Petracchi y Bossert. Por su parte, los jueces Belluscio, Fayt y Boggiano redactaron cada uno de ellos su propia opinión.

18. Dicha norma dice así: “En los recursos de que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aún podrá ordenar la ejecución, especialmente si la causa hubiese sido devuelta por idéntica razón”. La existencia de cinco votos que, al menos, coinciden en la solución del caso (aunque no en su fundamentación) parece otorgar validez al pronunciamiento de la Corte.

19. La cual, en la actualidad, resulta ser una constante en los pronunciamientos del Alto Tribunal. Un ejemplo característico de esta falta de unidad en los fallos de la Corte en el campo de la libertad de expresión lo encontramos, entre otros, en el caso *Servini de Cubría*, CSJN, *Fallos*, 315:1943.

20. Puede considerarse, así, que los votos de los jueces Fayt y Boggiano se enrolan en la posición de los jueces Moliné O’Connor y López y que, en cambio, el juez Belluscio comparte la tesis de los jueces Petracchi y Bossert.

21. Ver, especialmente, el considerando 9°.

5.1. En el considerando 11° de su voto, los citados magistrados recordaron, en primer lugar, la doctrina de la Corte Suprema en el caso *Pérez*²², en el cual se había afirmado que “(...) los jueces de la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica han encontrado procedente y aun saludable la crítica, incluso áspera, al ejercicio de su propia magistratura, puesto que quien ejerce la función pública como órgano supremo en cualquiera de las ramas de gobierno no puede sustraerse al contralor de la opinión pública por los medios que son propios para su amplia y honesta realidad (...)”.

También en el mismo considerando manifestaron que “(...) esta Corte ha expresado que el estándar de responsabilidad, más riguroso frente a los particulares que antes los funcionarios del gobierno o en asuntos de interés público, responde en última instancia al fundamento republicano de la libertad de prensa (conforme doctrina de la causa *Costa*, CSJN, *Fallos*, 310:508, considerando 10°) (...)”.

5.2. En el siguiente considerando los nombrados agregaron que “(...) sobre la base de lo expuesto en los considerandos anteriores, cabe afirmar que la crítica al desempeño de un funcionario público no debe ser sancionada penalmente como injurias aunque las expresiones se encuentren formuladas en tono agresivo o apelando a expresiones ásperas u hostiles (...)”.

5.3. Todo ello le permitió concluir a los jueces Moliné O’Connor y Lopez que constituía en el caso “(...) una restricción inaceptable a la libertad de prensa, por efectuar un examen aislado de los elementos tipificantes del delito de injurias sin valorar la circunstancia de que aquéllas -vertidas por la prensa- fueron proferidas en ejercicio del derecho de información y de crítica a la labor del funcionario público *y omitiendo considerar si existían pruebas incorporadas al proceso que permitiesen demostrar el dolo en la conducta del director (...)*”. (La cursiva ha sido agregada).

Para reforzar su argumentación, los jueces señalaron que, además, en la publicación no se habían utilizado vocablos o calificaciones groseras o denigrantes, que no formaban parte esencial de ninguna expresión de ideas, y eran de tan escaso valor social para obtener un avance hacia la verdad, que cualquier beneficio que podía derivarse de ellas estaba claramente superado por el interés de la comunidad en el orden y la moral²³.

5.4. Finalmente, los jueces sostuvieron -en el considerando 14° de su voto- que los argumentos expuestos resultaban “(...) suficientes para descalificar la sentencia condenatoria, *sin que resulte procedente recurrir al estándar de responsabilidad que surge de la doctrina de la ‘real malicia’ de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, puesto que la tipificación legal de los delitos contra el honor en el Código Penal Argentino ofrece suficientes garantías a los imputados de los mencionados delitos (...)*”. (La cursiva ha sido agregada).

6. EL VOTO DE LOS JUECES PETRACCHI Y BOSSERT

Estos magistrados efectuaron una nítida distinción entre “opiniones” y “hechos” y explicaron claramente los diferentes estándares judiciales que deben

22. CSJN, *Fallos*, 257:308.

23. En este punto, los magistrados argentinos citaron el fallo estadounidense en la causa *Chaplinsky v. New Hampshire*, (315 U.S. 568, 1942). Dicho fallo había sido citado por la Corte estadounidense en el caso *Gertz*, mencionado en la nota 8 *supra*.

emplearse en unos y otros. Así, respecto de la doctrina de la “real malicia”, señalaron, en el considerando 9º de su opinión, cuáles eran los límites a su aplicación “(...) en la medida en que él tiene por fin impedir la propalación de aseveraciones fácticas falsas o inexactas, *resulta inaplicable a los supuestos de expresión de ideas, opiniones y juicios de valor (...)*” (la cursiva ha sido agregada). Aclarando aún más este punto, agregaron “(...) En otras palabras, sólo cuando se trata de la afirmación de hechos es posible sostener un deber de veracidad como el que subyace al estándar de *New York Times vs. Sullivan*. Ello es así, pues respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturas, dada su condición abstracta, *no es posible predicar verdad o falsedad (...)*” (la cursiva ha sido agregada).

A continuación, los magistrados, citaron una serie de precedentes nacionales y extranjeros²⁴ con el objeto de establecer el principio de que los juicios de valor (esto es, los que no poseían contenido fáctico verificable como verdadero o falso) no podían fundar la responsabilidad de su emisor, salvo en los supuestos “(...) del empleo de voces o locuciones claramente denigrantes y fuera de lugar, cuya prohibición en nada resiente las condiciones que dan base a la amplia discusión acerca de temas sobre los que descansa un interés público, que toda sociedad democrática exige como condición de subsistencia (...)” (considerando 14º).

La aplicación de estos principios teóricos al caso llevó a los jueces Petracchi y Bossert a considerar si las expresiones contenidas en el artículo periodístico que había dado lugar a la querrela (acto “irregular”, “sospechoso”, “llamativo”, “turbio”, “dudoso”, “poco claro” y calificado como contrario a ciertas normas jurídicas provinciales), transgredían los límites que, según estos jueces, la Constitución imponía al ejercicio de la libertad de expresión.

En primer lugar, recordaron que los agravios del querellante se limitaban a los enjuiciamientos críticos enunciados en el párrafo anterior, “(...) *sin controvertir la base fáctica sobre la que aquéllos se sustentan en el texto del querrellado...* Por lo tanto, sólo cabe ponderar la conducta imputada a la luz de los criterios expuestos supra en el considerando 13. Ello impone prescindir de estándares como el del caso *New York Times vs. Sullivan* que -corresponde reiterar- *sólo resultan aplicables cuando se está en presencia de aseveraciones fácticas cuya verdad o inexactitud pueden ser acreditadas (...)*” (considerando 14º, la cursiva ha sido agregada).

Al entrar a valorar concretamente de los dichos del querrellado, los jueces consideraron que “(...) Los escritos atribuidos al querrellado contienen críticas, sin duda vehementes y quizá también agresivas, referidas a la realización de un acto de indudable interés público, pues no sólo aparece vinculado con la utilización del erario de la provincia sino, además, con la atención de los internados en hospitales provinciales. Dichas críticas están referidas a la

24. Fue citado, entre otros, además del caso *Chaplinsky*, el caso *Lingens* resuelto en 1986 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (considerando 11º del voto de los jueces mencionados). En *Lingens*, dicho tribunal resolvió que se encontraban amparadas por el derecho a la libertad de expresión reconocido en la Convención Europea de Derechos Humanos las manifestaciones de un periodista que había calificado la conducta del primer ministro austríaco como “inmoral” e “indigna”.

legalidad del acto y a su oportunidad, *sin que se haya hecho uso de ningún insulto o epíteto denigrante, por lo que carecen de idoneidad para generar responsabilidad jurídica por parte de su autor (...)*” (la cursiva ha sido agregada).

Todo ello les permitió concluir a los jueces Petracchi y Bossert que “(...) el pronunciamiento apelado padece de serias deficiencias, en tanto condenó al querellado sobre la exclusiva base del carácter lesivo del honor del querellante que presentan las manifestaciones publicadas en las dos notas de *El Comercial*, que -vale insistir- han consistido en juicios de valor crítico emitidos por el querellado (...)”. Ello los llevó a propiciar la revocación del fallo del tribunal local y a la absolución del imputado.

7. COMENTARIO

En esta parte de mi comentario, trataré de demostrar que el voto de los jueces Moliné O'Connor y López, y los de los jueces que adoptaron una fundamentación similar, han incurrido en el error de no distinguir los problemas de la libertad de expresión vinculados con la emisión de información *inexacta*, por un lado, y la difusión de juicios valorativos no susceptibles de verificación empírica, por el otro. Las razones que llevan a efectuar tal distinción ya fueron expresados en el punto 4 *supra* de este trabajo.

Para demostrar mi aserto, realizaré a continuación un análisis de cada uno de los puntos del voto mencionado, utilizando a tal fin la reseña efectuada en el punto anterior. El objetivo de ese análisis es el de señalar qué parte de la argumentación de los nombrados magistrados corresponde a un supuesto de información *inexacta* o a un juicio valorativo lesivo o, excepcionalmente, a ambos, para luego tratar de demostrar qué parte de la fundamentación es correcta o, por el contrario, muestra un error de categoría.

Respecto de los argumentos reseñados en el punto 5.1. *supra*, es claro que ellos son tanto aplicables a supuestos de informaciones *inexactas* como de juicios valorativos. En efecto, la necesidad de tutelar efectivamente el sistema democrático de gobierno hace que, en temas de interés público en que estén involucrados funcionarios o personalidades públicos, los afectados por cualquiera de las dos formas citadas de expresión deban tolerar afectaciones a su honor mayores que las que deben soportar un particular. En el supuesto de informaciones *inexactas*, la razón por la cual se exige para poder fundar una condena es la existencia de la “real malicia” que se basa en la circunstancia - ya mencionada en el punto 2.d. *supra* -en el peligro de autocensura que se produciría en el caso que se impusiera como requisito para liberar de responsabilidad al emisor de información de que ésta siempre sea cierta. Y, respecto de los juicios valorativos, resulta evidente que la libertad de expresión se encontraría fuertemente restringida sino se permitiría una amplia libertad de crítica de los funcionarios o personalidades públicos por actos propios de sus funciones o actividades específicas.

Por cierto que la forma como está redactada la fundamentación de los citados magistrados, en tanto se habla de respetar la más amplia libertad de crítica, parece referirse exclusivamente a la categoría de los juicios de valor y no, en cambio, a las informaciones pasibles de ser verificadas

empíricamente²⁵. Así, esta parte de la fundamentación de los jueces citados no merece objeciones dado que, al referirse a la libertad de expresión en materia de juicios de valor, resulta plenamente aplicable al caso en examen en el cuál, precisamente, no se discutía la veracidad de la información difundida por el periodista querellado sino el carácter ofensivo de sus comentarios. Por las mismas razones, es plenamente aceptable -en mi opinión- la argumentación de los nombrados que se reseñó en el punto 5.2. *supra*.

En cambio, resulta altamente cuestionable el razonamiento de los jueces Moliné O'Connor y López recordado en el punto 5.3. de la reseña efectuada *supra*.

Así, las afirmaciones acerca de la falta de acreditación de dolo por parte del querellado en que había incurrido la justicia provincial, *no parecen tener aplicación alguna en un supuesto en que se pretende sancionar penalmente un juicio de valor y no una afirmación fáctica*. En efecto, dado el carácter fuertemente crítico de las opiniones emitidas por Amarilla respecto del ex funcionario local que se reseñaron *supra* en el punto 3 (“dudoso contrato”, “Gorvein el generoso”, “maniobras turbias”), es obvio que cualquier persona de inteligencia normal, que emite a sabiendas dicha información, por fuerza sabe acerca del carácter ofensivo que sus manifestaciones poseen para el honor del destinatario. A tal fin, no es necesaria una fundamentación muy rigurosa para arribar a tal conclusión²⁶.

También resulta objetable la fundamentación que se reseñó en el punto 5.4. *supra* del voto, en tanto los magistrados explican sus razones por las cuáles la doctrina del precedente estadounidense *New York Times v. Sullivan* no resulta aplicable al caso.

Así, en primer lugar, no parece ser la función de la Corte Suprema resolver un caso de libertad de expresión con base en la inteligencia del tipo penal de injurias del Código Penal, pues se trata de una norma de derecho común cuya interpretación, salvo el supuesto excepcional de arbitrariedad, es ajena a la jurisdicción extraordinaria que la Constitución y la ley otorgan a la Corte Suprema²⁷.

25. Fortalece esta conclusión, el precedente citado por los mencionados magistrados para fundar su posición. Así, en el citado caso *Pérez*, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una condena aplicada por un tribunal provincial al director de un periódico que se había limitado a publicar una carta abierta firmada por otra persona que contenía afirmaciones consideradas ofensivas respecto de un tercero. Al fundar su conclusión, la Corte consideró que la mera posibilidad por parte del director de verificar el contenido ofensivo de la publicación no era suficiente, a la luz de la Constitución, para fundar su responsabilidad penal. Para el Tribunal, era necesario acreditar a tal fin que aquél había actuado con la “intención de menoscabar, desacreditar y denigrar” al afectado. Este fallo se encuentra transcrito y analizado en Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, capítulo VII.

26. Esta es la diferencia fundamental con este caso y *Pérez*, examinado en la nota anterior. Dado que en este último caso, la carta que dio origen a la querrela no había sido escrita por el director, era imprescindible desde el punto de vista constitucional exigir -a los efectos de fundar una condena penal de aquél- que los tribunales de grado acreditaran acabadamente su conocimiento efectivo del contenido de la misiva. En *Amarilla*, es obvio que el autor de la nota debía necesariamente conocer su contenido y su carácter ofensivo para el honor del querellante.

27. Para una reseña de la jurisprudencia de la Corte que tradicionalmente ha expresado la citada doctrina, ver Amadeo, José Luis y Albrecht, Paulina, *Manual del Recurso Extraordinario*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, páginas 47-49. Por cierto que la fundamentación contenida en el citado caso *Pérez* también es pasible de una crítica similar, pues parte de los argumentos utilizados por la Corte en dicha oportunidad parecen estar referidos a la interpretación del artículo 113 del Código penal.

Por otra parte, resulta ser llamativo que se pretenda fundar una pauta *constitucional* con base en una norma infraconstitucional como lo es el Código Penal. En efecto, tal solución tendría la inaceptable consecuencia de que la existencia del citado criterio constitucional quedaría supeditado a la decisión del Congreso que podría –si así lo considerase conveniente– modificar las citadas normas penales que sirvieron de fundamento a la decisión de los jueces. Ello contradiría un principio fundamental de nuestro sistema de control constitucional: con base en el artículo 31 de la Ley Fundamental, le corresponde a los jueces determinar si las leyes dictadas por el Congreso son violatorias de los derechos reconocidos en la Constitución. El fundamento utilizado por los jueces Moliné O’ Connor y López altera totalmente dicho principio: de ahora en más, los límites del derecho constitucional a la libertad de expresión dependerían de la decisión del Congreso de la Nación quien es el facultado para modificar las disposiciones del Código Penal que sirvieron de fundamento a la solución adoptada por los citados magistrados. Tal razonamiento es violatorio de la Constitución en tanto ella encomienda al Poder Judicial y no al Congreso resolver de manera definitiva acerca del alcance de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental.

Por cierto que la doctrina de la “real malicia” no es aplicable al caso; pero la razón de ello no se encuentra en los argumentos que se acaban de examinar sino, sencillamente, porque –tal como ya se ha explicado en este trabajo– la citada doctrina sólo es relevante cuando están en juego informaciones susceptibles de verificación empírica lo cual –como hemos visto– no ocurría en el caso.

Todo lo dicho en forma alguna significa cuestionar la solución absolutoria a la que arribaron los magistrados Moliné O’Connor y López sino criticar la fundamentación empleada por ellos. El fundamento correcto parece ser el utilizado por los jueces Petracchi y Bossert: los juicios de valor duros y vehementes, dirigidos a un funcionario en razón del ejercicio de sus funciones, no pueden generar responsabilidad al autor de aquéllos a menos que dichas críticas contuvieran “insultos o epítetos denigrantes”. Como no parece que la nota que dio lugar a la querrela hubiera incurrido en tales excesos, el derecho constitucional a la libertad de expresión convertía en ilegítima la condena del autor de aquélla. Así, el límite razonable a la libertad de expresión en materia de juicios de valor parece que debe buscarse en lo que la jurisprudencia estadounidense denomina *fighting words* (expresión que podría traducirse como “palabras ofensivas”) que coincide sustancialmente con los argumentos expresados por los jueces Petracchi y Bossert. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia estadounidense “(...) La razón por la cual las *fighting words* están excluidas como categoría de protección de la Primera Enmienda no es que su contenido comunique alguna idea sino que su contenido conlleva una forma particularmente intolerable (y socialmente innecesaria de expresión), cualquiera sea la idea que el orador desee expresar (...)”²⁸. O, como un autor estadounidense lo ha expresado, las “(...) *fighting words* no se encuentran protegidas (*constitucionalmente*) porque, en su condición de ‘epítetos o de abuso personal’, están destinadas a causar daño antes que a comunicar ideas y, así, no constituyen en realidad

28. Transcrito en Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, página 86, nota 47.

‘una expresión’. Son ‘ataques verbales’ más parecidos a un ‘puñetazo en la boca’ que a una expresión protegida constitucionalmente (...)”²⁹.

Si se compara las frases críticas del periodista Amarilla que dio origen al caso analizado, con las expresiones directamente soeces que, en los Estados Unidos, han merecido protección constitucional, no parece dudoso concluir que las manifestaciones de aquél no configuraban *fighting words* y, en consecuencia, se encontraban dentro del ámbito protegido por la cláusula constitucional de la libertad de expresión³⁰.

Cabe señalar, por último, que no resulta en forma alguna comprensible que los jueces Moliné O’Connor y López hayan citado esta doctrina³¹ para reforzar su solución: la jurisprudencia de *Chaplinsky* no tiene nada que ver con los restantes argumentos utilizados por los citados magistrados fundados en la ausencia de dolo por parte del querellado. Tal como ya se señaló *supra*, la discusión acerca de la existencia del elemento subjetivo sólo parece tener sentido cuando se trata de informaciones fácticas que no se ajustan a la verdad. En cambio, cuando se trata de expresiones como las empleadas por Amarilla en el caso en examen y por Gooding en el citado caso estadounidense, resulta obvio que toda persona normal conoce la naturaleza ofensiva de dichas expresiones.

8. CONCLUSIÓN

El análisis realizado hasta ahora nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

8.1 La doctrina de la “real malicia” sólo resulta aplicable cuando las manifestaciones cuestionadas, que se pretende tutelar bajo la cláusula de la libertad de expresión, son afirmaciones de hecho cuya verdad o falsedad puede ser acreditada en un juicio.

8.2 Respecto de los juicios de valor, en cambio, la pauta para determinar si merecen protección constitucional debe ser si dichos juicios no han traspasado el límite de la crítica -aún la dura y caústica- y han ingresado en el campo de lo meramente ofensivo, insultante y soez. Precisamente, esa fue la pauta utilizada en el voto de los jueces Petracchi y Bossert.

8.3 Por lo tanto, no son correctos los argumentos utilizados en el voto de los jueces Moliné O’Connor y López que utilizan pautas destinadas a examinar si existió dolo por parte del querellado cuando, como en el caso, las manifestaciones cuestionadas no eran afirmaciones fácticas sino juicios de valor.

29. Transcripción en Stone y otros, *Constitutional Law*, 3ª, Ed. Little, Brown and Company, página 1149.

30. Como un ejemplo de las expresiones que han merecido protección constitucional en los Estados Unidos podemos señalar, entre otros, el caso *Gooding v. Wilson*, en el cual la persona que invocó la garantía de la libertad de expresión había expresado en una manifestación contra la guerra: “blanco hijo de p... te mataré”, “hijo de p... te estrangularé hasta que mueras”, “hijo de p... si ponés tus manos sobre mi otra vez te cortaré en pedazos”. Los argumentos por los cuales la Corte Suprema consideró que dichas expresiones se encontraban constitucionalmente protegidas -fundados en una doctrina constitucional que no tiene equivalente en nuestro país- se encuentran examinadas en Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, páginas 264-266.

31. Conforme nota 23 *supra*.

8.4 En consecuencia, resultaría deseable que en el futuro la mayoría de los jueces de la Corte Suprema adopten el criterio utilizado por los magistrados Petracchi y Bossert en supuestos en que se cuestione la legitimidad de juicios de valor críticos. Si ello ocurre, deberá ser examinada con mayor profundidad la importante cuestión de cuál es la regla apropiada para distinguir entre hechos y opiniones, distinción ésta que en la mayoría de los casos –a diferencia de lo que ocurrió en *Amarilla* –no es demasiado sencilla³². Esta es la nueva e importante tarea que le corresponderá resolver a la Corte Suprema argentina en el futuro. Esperemos que lo haga con argumentos más sólidos que los demostrados por algunos de sus jueces en este caso.

32. Así, por ejemplo, el profesor alemán Martin Kriele ha criticado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de su país que ha considerado como juicios de valor expresiones tales como “nacionalista” y “periódico difamatorio de derecha”, ya que sostiene que se trata de afirmaciones de hecho cuya verdad o falsedad puede ser demostrada (ver, en tal sentido, la obra del nombrado *ESJ Grundrechte*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1986, páginas 428 y siguientes). Este tema ha ocupado al Tribunal alemán en otros casos. Recientemente, resolvió que la afirmación por parte de una persona de que el holocausto no había existido (afirmación que en Alemania se encuentra castigada por el Código Penal) constituía una afirmación de hecho falsa dado que se encontraba demostrado en forma concluyente que dicho episodio histórico sí había tenido lugar. En otro caso, en cambio, el mismo tribunal resolvió que debía considerarse como un juicio de valor indemostrable (y que merecía protección constitucional) la afirmación de que Alemania no había sido responsable del estallido de la Segunda Guerra Mundial (conforme Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, páginas 88-89, nota 52).

