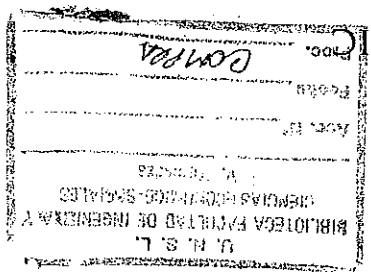


MANUAL CRÍTICO DE DERECHOS HUMANOS



2ª EDICIÓN ACTUALIZADA



JUAN CARLOS WILAS

*Profesor titular de Derechos Humanos
y Garantías Constitucionales
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Mar del Plata*

LA LEY

argentina, y que nos acompaña hasta nuestros días, y donde la defensa de la legalidad o del Estado de derecho, muchas veces, fue la justificación para la persecución de la oposición política o la opinión divergente (ej. Ley de Residencia de 1904 o Ley de Defensa Social de 1910).

A ello debe sumársele las consideraciones que ya formulamos al referirnos al contexto en que se desenvuelve actualmente, la conflictiva relación entre libertad de expresión y ataques ilegales a la honra y la reputación (Módulo Sexto). (Poder económico concentrado - Manipulación informativa - Cultura mediática - Desdibujados límites entre lo público y lo privado - Desigualdad notoria en el acceso a los medios masivos de comunicación).

En este último contexto, la largamente debatida ley nacional de servicios de comunicación audiovisual (ley 26.522) ha incorporado, incuestionablemente, la discusión pública sobre aquellos extremos. La aparición pública de los medios alternativos a las empresas de comunicación audiovisual de neto corte comercial, y a partir de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (ARMAC) la elaboración de cuarenta principios básicos para garantizar la diversidad y el pluralismo, y entre cuyos principios básicos se encuentran: La radiodifusión y los demás servicios de comunicación audiovisual deben ser entendidos como una de las formas o vías de ejercicio de derecho a la libertad de expresión. La promoción de la diversidad y el pluralismo debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión y demás servicios de comunicación audiovisual. Sin necesarias medida efectivas para promover la diversidad de contenidos y perspectivas, el acceso a los medios de radiodifusión, y el reconocimiento de la diversidad de formas jurídicas de propiedad. Los marcos regulatorios deben explicitar el reconocimiento de tres diferentes sectores o modalidades de radiodifusión y servicios de comunicación audiovisual: público, comercial y social/sin fines de lucro. (Principios para garantizar la diversidad y el pluralismo en la radiodifusión y los servicios de comunicación social, ARMAC-ALC, 2010). La ley representa un claro avance en el proceso de democratización de los servicios de ra-

diodifusión y audiovisuales de la Argentina.

Podemos afirmar que así como originalmente la libertad de prensa o de imprenta, estaba vinculada con un derecho individual a la expresión de ideas y destacar el medio escrito como la forma por antonomasia destinada a tal fin, con la libertad de expresión, se ingresa a la incorporación de otras formas, además de la escrita: la artística, la simbólica, la radial, la televisiva, etc. Luego, con el derecho a la información, no sólo se destaca el derecho del emisor o de la empresa periodística a emitir información, sino también a reconocer el derecho del receptor, de recibir el mayor número de información posible del mayor número de fuentes posibles y de acceder a ella. Finalmente, en el actual estado de desarrollo normativo y discusión pública ingresamos en el denominado *derecho a la comunicación*, el que pone acento en la diversidad y pluralidad de mensajes, destacando la pluralidad y diversidad de origen, de organización legal y de sector social con derecho a expresar democráticamente sus ideas. Esta última ha sido la discusión abierta con la ley 26.522.

Libertad de pensamiento y de expresión

La libertad de imprenta, como se la denominaba históricamente, fue reconocida desde los inicios del gobierno patrio, tal cual lo atestiguan el decreto del 26 de agosto de 1811, como derecho de todo hombre de publicar sus ideas libremente y sin previa censura (art. 1º), pero además, reconociendo que el abuso de esta libertad es un crimen (art. 2º). Esta relación entre libertad y abuso, podemos afirmar, es una relación tensa y controvertida que se llega a nuestros días. Esta tensión aparece descrita en términos precisos por Juan Bautista Alberdi: "Después de la organización del Poder Ejecutivo, nada más difícil que la organización de la Prensa en las repúblicas nacentes. Son dos poderes que se tienen perpetuamente en jaque. También tiene la Prensa sus dos necesidades contradictorias: por un lado requiere libertad, y por el otro garantías para que no degeneren en tiranía" ("Derecho Público Provincial", pág. 102). En síntesis, asegurar las libertades necesarias, sin permisividad al abuso y establecer los límites y las responsabilidades adecuadas, sin degenerar en la censura, constituyen la columna vertebral por la cual ha devenido la historia, muchas veces turbulenta, de la prensa

Dentro de este contexto pasaremos a analizar las provisiones constitucionales sobre la materia.

Recogiendo los precedentes patrios, el art. 14 de la Constitución Nacional de 1853 consagra el derecho de expresar las ideas por la prensa sin censura previa, reconocimiento que se formula desde el punto de vista individualista-liberal, imperante en la época. Ello es completado en 1860, con la incorporación del texto correspondiente al art. 32 que reza que el congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal, el que, conforme su interpretación literal reservaba exclusivamente, la reglamentación del derecho y el juzgamiento de sus eventuales responsabilidades, en general, a las provincias, y al Congreso Nacional, en lo que respecta a los territorios nacionales y a la jurisdicción local sobre la Capital Federal. Dicho criterio en relación a *las competencias legislativas*, fue inicialmente receptado así por la CSJN (Fallos 30-112; 120-239; 121-310, 129-146; entre otros), posteriormente, en 1970 (Fallos 278-73), estableció que si el delito cometido por medio de la prensa es común, legislar sobre el mismo le corresponde al Congreso Nacional, conforme la atribución general de dictar el Código Penal, en los términos del entonces art. 67 inc. 11 de la C.N. (actual 75 inc. 12). Y con relación a *la competencia jurisdiccional*, si bien la CSJN originalmente mantuvo como jurisprudencia constante la exclusión de la jurisdicción federal (Fallos 1-131; 1-345; 114-60), posteriormente, en 1932, admitió la competencia federal para el juzgamiento del delito de rebelión cometido por medio de la prensa (Fallos 167-121) y en 1970 (Fallos 278-73) finalmente sostuvo que existe un principio general en la Constitución mediante el cual los delitos comunes previstos en el Código Penal, cualquiera que fuese el medio empleado para ello, deben ser juzgados por la justicia federal o provincial, según las reglas generales de determinación de competencia, en razón de la persona, la materia o el lugar (Fallos 312-1114). Dichas modificaciones interpretativas de la jurisprudencia son justificadas por Bidart Campos (I-280), en el contexto de la *modificación de la realidad histórica "local"* de la formación de la opinión pública, a otra distinta en la actualidad, no considerada por el constituyente al momento de dictar la norma, y que por ende hay que integrar, por vía interpretativa. Y que el sentido de la norma tiene como fin *no sustraer a las provincias las competencias jurisdiccionales normales* en materia de delitos cometidos por medio de la prensa (Sagüés, II-379). Aunque también, el art. 32 puede interpretarse como *un límite expreso establecido por el Constituyente a la delegación de atribuciones de las provincias al gobierno federal, de carácter general*, a tenor de los términos del art. 121 de la C.N. que garantiza que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal (propio de nuestro sistema federal fundado en la preexistencia de las provincias), lo que no impide, de modo alguno, que tal negativa a delegar se formulara en términos expresos, máxime si tenemos en cuenta que la norma en análisis proviene de la voluntad de la Comisión Examinadora de la Provincia de Buenos Aires, al momento de su reincorporación, luego aceptada, con efecto general, por la Convención Constituyente. Lo que permite interpretar que la delegación efectuada por los actuales arts. 75 inc. 12 y 116 de la C.N., lo son,

con la restricción establecida expresamente por el art. 32, lo que avala la interpretación original dada por la CSJN a dicha norma, y tornaría inconstitucional sus modificaciones posteriores, a tenor del carácter restrictivo de nuestro sistema constitucional de delegaciones descrito.

Por su parte, la definición clásica de la libertad de expresión, contenida en el art. 14 de nuestra Constitución Nacional, se amplía y complementa, con la definición que de ella formula el art. 13 de la CADH, la que permite afirmar actualmente, conforme lo ha ratificado la jurisprudencia de la CSJN (Fallos 310-508, "Costa Hector Rubén") del *derecho a la información*, ya que la misma contiene no sólo la libertad de expresar las ideas, sino también, la de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. Es decir que con ello, no sólo se protege el derecho del emisor, sino también del receptor de las mismas, dándole un definido *contenido social y de circulación de la información* (CSJN, Fallos 306-1892, "Ponzetti de Balbín", Consid. 7°). (Conf. Corte IDH, Caso La última tentación de Cristo, sentencia del 05-02-2001, párrs. 65, 66 y 67).

La Corte IDH ha reconocido en el marco del art. 13 de la CADH el *derecho de acceso a la información pública en los términos que siguen*: "... la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el *derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado*, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o *reciba una respuesta fundamentada* cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada *sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción*. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que *ésta circule en la sociedad* de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea" (Corte IDH, Caso Claude Reyes vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 77).

Asimismo la Corte IDH ha sostenido que, por el art. 13 de la CADH, se encuentra protegido el derecho a hablar y a elegir el idioma para la expresión de su pensamiento. Por lo cual entendió que la víctima, al ser privado, en el centro de detención en que se hallaba, de comunicarse en el idioma de su elección, constituyó una restricción violatoria de su derecho a expresarse libremente, de carácter discriminatorio. (Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia del 1° de febrero de 2006, párrs. 164 y 173).

Pero sin perjuicio de ello, el derecho de publicar debe ser "con veracidad, buenos motivos y fines justificables", procurando "buscar leal y honestamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe" (CSJN, Fallos 310-508, DJ 1992-B-367).

Por otra parte, los medios de expresión incluidos en la protección, en forma indiscutible, a partir de los términos explícitos del art. 13 de la CADH, abarca tanto los medios orales como escritos, ya sea en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a elección del emisor, lo que incluye la producción cinematográfica (CSJN, Fallos 262-246) y las manifestaciones de ideas por medios televisivos o radiales (CSJN, Fallos 282-292). Con lo cual, la interpretación restrictiva, de mayor nivel de protección, por ejemplo frente a la censura, de los medios escritos con relación a los otros medios de difusión de ideas y noticias. (Voto Dr. Fayt en "Servini de Cubría", IA 1992-IV-10) la entendemos contraria a la Constitución en la actualidad.

También es dable señalar que, en general, la CADH (art. 13) consagra la **libertad de pensamiento**, que conforme lo expresa Badeni (319) "...configura la característica esencial que distingue y dignifica al hombre permitiendo que, de manera racional o irracional, pueda esbozar los procedimientos convenientes para satisfacer sus innumerales necesidades, superar los inconvenientes y destruir las trabas que se oponen a su desenvolvimiento..."¹⁰ ese pensamiento se produce en el ámbito más íntimo del hombre, sin que por ello dejemos de reconocer su contextualidad histórica y social, en su formación y desarrollo, y su impacto en el proceso de concientización individual y social del sujeto y de su rol en los procesos de construcción colectiva.

Por ello, dicha libertad se encuentra relacionada con otro número de derechos garantizados, como el derecho a la privacidad y a la intimidad; la libertad de conciencia y de religión; la Libertad de cátedra, por ejemplo.

Algunos autores refieren también, en este contexto, a la existencia de un **derecho a comunicarse** (Sagüés, II-346) consistente en el derecho a comunicarse de una persona, y el de acceder a cualquier vía destinada a tal efecto. Pone como ejemplo de ello el desarrollo de los denominados aparatos telefónicos. (CSJN, "Rimoldi", DJ 1990-I-49).

Corresponde referirnos ahora a la prohibición de la censura previa, que conforme lo adelantáramos, forma parte de nuestra tradición histórica y constitucional. Pero dicha prohibición indudablemente ha ganado en extensión y precisión, a partir de lo dispuesto por los incs. 2 y 3 del art. 13 de la CADH.

En primer lugar, por entender que, en la medida en que la Convención Americana afirma que "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores" (inc. 2) evidentemente afirma *un criterio de prohibición absoluta de la censura*, conforme lo ha afirmado en su voto el Dr. Petracchi en autos "Servini de Cubría" (CSJN, Fallos 315-1943). Ello implica no poder censurar previamente ninguna información, crónica u opi-

Se considera también que, el derecho a la libre expresión, ampara la **negativa a publicar o difundir** (Sagüés - Bidart Campos). Sin que ello pueda interpretarse en términos absolutos, en la medida en que, su publicación puede venir impuesta por el Poder Judicial (Fallos 284-345 CSJN) o por el legítimo ejercicio de un derecho (p. ej. el Derecho a Rectificación o Respuesta).

Por otra parte, y conforme también lo reconoce la doctrina (Baden, 353; Sagüés, II-349/350), y la jurisprudencia de la CSJN (TL 1992-B-367, "Vago c/ La Urraca"), el mismo es definido como un **derecho sistémico o estratégico**, al constituirse en un servicio de inestimable valor para el altísimozamamiento y salud del sistema y de las instituciones. De igual modo lo ha reconocido la Corte IDH al señalar que la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia es una piedra angular de la existencia misma de la democracia. (Opinión Consultiva No 5, 13-11-1985 párrs. 69 y 70) Ello forma parte de la esencia misma de la

nuestra práctica, frente al repliegue institucional de los órganos constitucionales de control de la gestión pública, a los que puede, peligrosamente, tender a remplatizar, produciendo el efecto contraproducente al deseado con su intervención y desarrollo) (el fortalecimiento del sistema democrático). Si la sociedad termina convenciendo de que, para que haya justicia, para que se desbarate efectivamente la red de corrupción, o para que se coloque un semáforo o luz artificial en una esquina, se debe recurrir, necesariamente e independientemente, a los medios masivos de comunicación, para que ello se concrete, comienza un proceso de erosión institucional de peligrosas consecuencias. El poder político y los integrantes de las instituciones democráticas, deben tomar clara conciencia de ello, ya que en ellos reposa la mayor responsabilidad ante tal deslizamiento, el que, de modo alguno puede imputarse a la sociedad que, en definitiva, recurre a los medios más efectivos, en un momento determinado, para el logro de sus legítimas aspiraciones.

Además, en esta relación dinámica, aparece un tercer protagonista la **empresa periodística**, que en el contexto general del derecho de empresa, incluye el de toda persona a fundar, administrar, dirigir y lucrar con un establecimiento o medio de difusión dedicado a practicar la prensa oral, escrita o audiovisual (Sagüés, II-348; CSJN, Fallos 306-1892, Consid. 7º). Cabe señalar aquí que la Corte IDH ha expresado que "Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción del Estado. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica, "medios encaminados a impedir la comunicación o circulación de ideas u opiniones", (Opinión Consultiva Nº 5, 13-11-1985, párr. 56).

Dicho derecho incluye, tanto el **derecho de crónica**, consistente en la difusión de noticias de interés general (CSJN, Fallos 308-789; Fallos 310-508) y el **derecho de crítica**, consistente en interpretar la realidad, informando a la opinión pública (CSJN, LT 1992-B-367).

nión, es decir, antes de su emisión, aun por vía judicial (Voto Dr. Belluscio en "Servini de Cubría", CSJN, Fallos 315-1943).

Por otra parte, la CADH establece que *"No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos"* (inc. 3), enumerando alguno de ellos: controles abusivos, por parte del Estado o de particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radiofónicas, o de enseres o aparatos usados en la difusión de información; o por cualquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Con lo cual, ya no sólo se protege contra la censura de carácter directo (prohibición de la exhibición de una película o de la realización de una exposición artística; el secuestro de la edición de un libro, de un diario o de una revista; la clausura de una imprenta o una editora, por ejemplo), sino también, ante formas indirectas, tanto viabilizadas a través de controles abusivos, como de medidas estatales o de particulares, que generen tratos de excepción, a favor o en contra de determinados medios de difusión, periodistas, etc., que por sus consecuencias, tiendan a impedir la circulación y el acceso a la información. (p. ej. políticas arancelarias diferenciales por parte del Estado, discriminando ciertos medios de difusión de otros, con respecto a idénticas actividades (adquisición de papel, imprentas, etc.) exenciones impositivas selectivas, o cargas impositivas extraordinarias, también selectivas; concentración de la publicidad oficial en un solo medio de difusión privado, etc.). No comparto las prevenciones sobre la cuestión, que formula Colautti (166/167), ya que entiendo, conforme lo ha expresado además la CIDH, de que tales prohibiciones de la censura indirecta, no hacen más que reforzar el concepto de amplia protección que la Convención Americana le rinde al derecho a la expresión y no generar el peligro de nuevas formas de censura.

Recientemente la CSJN ha sostenido que "Corresponde hacer lugar a la acción de amparo deducida por una editorial a los fines de que el gobierno de la Provincia de Neuquén cese en el hecho de privarla de las pautas de publicidad oficial contratada con la provincia mencionada, el cual habría tenido lugar de haber difundido una información contraria a dicho gobierno, pues el comportamiento de la provincia demandada configura un supuesto de presión que puso en riesgo la integridad del debate público, afectando injustamente y de un modo indirecto la libertad de prensa y el legítimo interés de los lectores del diario tienen en la actuación de los funcionarios públicos... La distribución de publicidad estatal puede ser utilizada como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión, obstruyendo este derecho de manera indirecta... Aun cuando no exista un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de una manera arbitraria, en base a criterios irrazonables" (Voto de la mayoría, "Editorial Río Negro SA c/ Provincia de Neuquén", 05-09-2007, DJ 2007-3-322).

Sin perjuicio de lo cual, los espectáculos públicos, y con el solo objeto de regular su acceso para la protección de la niñez y la adolescencia, pueden ser censurados previamente, ello, sin perjuicio de las posibles responsabilidades ulteriores (art. 13.4 CADH). Ejemplo de ello es la ley 23.052 que

instituye un sistema de calificaciones cinematográficas. Que si bien tal prerrogativa deberá ser mensurada también, en relación el derecho de los niños y adolescentes a la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13.1 de la CDN), también es dable señalar que la misma convención establece que el Estado Parte velará porque el niño tenga un acceso a la información... que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental" (art. 17). En dicho sentido, también resultan razonables las limitaciones a los medios de difusión, con relación a informaciones que involucren niños y adolescentes, a fin de preservar su identidad y su intimidad (CSJN, "S. L. E. c. Diario El Sol", 28-08-2007, DJ 2007-3-325).

Otra situación vinculada con la censura es la **prohibición por ley de toda propaganda a favor de la guerra o toda apología del odio nacional, racial o religioso** que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (art. 13.5 CADH). Podemos señalar que en nuestro derecho interno la ley 23.593 que prohíbe los actos discriminatorios se compadece con las previsiones de la presente norma. Sobre la controversia en torno a la conveniencia de normas de este tipo (Colautti, 173/175), y su constitucionalidad, coincido con el autor citado en el sentido de que, en la medida de que se trata de la expresión de una idea, ésta no puede ser censurada previamente, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles ulteriores, y que por regla, las ideas deben ser combatidas con ideas, si no se las comparte. Creo que el criterio jurisprudencial de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal en el "Caso Verbitsky" y confirmada por el voto disidente del Dr. Fayt (Fallos 311-916), en el sentido de que la censura previa por una orden judicial (en el caso frente a la presunta comisión del delito de apología del delito con la publicación de una solicitada) es contraria al art. 14 de la C.N. y 13.2 de la CADH, sin perjuicio ello de las responsabilidades ulteriores, es el rumbo correcto. Tal criterio puede confirmarse con lo resuelto por la Corte IDH en el sentido de que "Es importante mencionar que el art. 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa... En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión" (Caso La Última tentación de Cristo, sentencia del 05-02-2001, párr. 70).

Asimismo, la CADH (art. 13.2), **limita las responsabilidades ulteriores de los medios de difusión y de los periodistas, desde un punto formal**, al establecer que las mismas sólo pueden estar fijadas por ley, en sentido formal; y **desde un punto de vista material**, al circunscribir las mismas (que la Corte IDH correctamente denomina "restricciones"), a aquellas que sean necesarias, para el respeto del derecho a los otros o la reputación de los demás, o para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Es interesante señalar, con respecto a tales restricciones, que la Corte IDH ha especificado que las mismas tienen que vincularse con las necesidades legítimas de una sociedad democrática (párr. 42), debe tratarse de una

públicas no oficiales y c) las personas privadas. Y a dicho respecto establece un criterio de protección más débil de la privacidad e intimidad, con relación a los dos primeros sujetos implicados, y una protección más fuerte, con relación al último de los sujetos implicados (Sagüés, II-370). Sin perjuicio de lo cual, en el caso de los dos primeros, la CS ha sostenido que la actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general, y que se justifica en la necesidad de que tan sólo con la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de los actos de gobierno y su mérito o responsabilidad de los poderes públicos. Tiene en cuenta para la distinción de tratamiento entre los diversos sujetos, asimismo, el diverso nivel de acceso a los medios de difusión, que diferencia a los personajes públicos oficiales y no oficiales de las personas privadas. Además, en el caso de figuras públicas oficiales, cabe efectuar una graduación entre un ministro de gobierno y un empleado de una repartición pública. (Fallos 310-508; Fallos 306-1904; LL 1992-B-267).

El Estándar de la Real Malicia. Frente a la información errónea, que la CSJN califica como aquella que se origina en una concepción equivocada de la realidad, que induce de buena fe al error, es decir, no expuesta con mala fe o dolo, ha sostenido que, con respecto a los personajes públicos oficiales y no oficiales, queda a cargo de los mismos demostrar que el obrar periodístico fue doloso o de mala fe o que actuó con notoria despreocupación sobre si era o no falsa la noticia, a los fines de que prospere su reclamación penal o civil. Ello requiere que la noticia esté referida a temas de relevancia institucional (Morales Solá, DJ 1996-2-1230). Este principio también es de aplicación frente a una posible vulneración al *derecho al honor*, de darse las circunstancias que hacen a su procedencia (conf. CSJN, Partidó, Fallos 331-1530). El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes" (CSJN, Bruño, Jorge Angel, 16-11-2009, Revista DEC, Fallo N40892).

de las fuentes de información periodística.

Es de reconocer que, la protección de este secreto es imprescindible para la labor periodística, que muchas veces se nutre de datos e informaciones que se ofrecen "Off the record", y bajo promesa de reserva de identidad, y que si se divulgara, dañaría su labor periodística futura, basada en secreto o anonimato. Cuántas veces encontramos en las notas periodísticas frases como éstas: "una persona cercana al Presidente", "un alto funcionario del P.E." o "un integrante de la comitiva", etc.

Un tema donde se plantea el mayor nivel de divergencias es cuál es la extensión de este derecho a la reserva o secreto profesional, y principalmente, si éste abarca también la investigación criminal. Hay quienes sostienen que, en general, el secreto profesional no lo releva de ser testigo en causa penal (Vanosini), otros sostienen que no queda relevado de su obligación de

necesidad social imperiosa, y no justificada por meras razones de utilidad, expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas (párr. 50) (Opinión Consultiva No 5, 13-11-1985).

Con respecto a la responsabilidad de los medios de difusión y los periodistas, podemos sintetizar las características actuales de la jurisprudencia de la CSJN del modo que sigue:

El derecho a la libertad de expresión no es absoluto. Ello habilita la potestad legislativa del Estado, en sentido formal, ejercido con razonabilidad (lo confirma el art. 13.2 de la CADH y los arts. 14 y 28 de la C.N.). Por ende, la libertad de expresión no ampara la impunidad de los mismos, frente a conductas calificadas como delictivas o dañosas civilmente (CSJN, Fallos 310-508; Fallos 257-308).

Condiciones del ejercicio prudente de la libertad de expresión. En el caso "Campillay c/ La Razón" (Fallos 308-789) la CSJN estableció que ello imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito" (Considerando 7º). Ello implica, como principio que, a los fines de que propalación de una noticia no genere responsabilidad para el medio y el periodista que la difunden debe haber atribuido la misma a una fuente pertinente, o debe haber usado el tiempo potencial o debe haber mantenido en reserva la identidad de los implicados en ella. Dichas pautas, fueron ratificadas por la Corte Suprema, aun después de la reforma de 1994, que establece el derecho al secreto de las fuentes de información periodística (art. 43 C.N.) (Morales Solá, DJ 1996-2-1229). Por otra parte la CSJN ha sostenido que aun si las críticas formuladas lo son en términos vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes, si no ha existido una voluntad específica de denigrar o menos-cabar, ello no genera responsabilidad (Fallos 310-508, "Costa").

Diversos criterios de fuente pertinente. En primer término la CSJN ha señalado que teniendo en cuenta la calidad de la fuente, si la noticia divulgada es una reproducción imparcial y exacta de la proporcionada por la fuente, aunque resulte falsa, ello no genera responsabilidad para el medio o el periodista ("Pérez Arriaga c/ La Prensa", DJ 1994-1-130). Como asimismo, si se genera responsabilidad, en el caso en que el periodista formula una clara imputación criminal, sin que ésta conste en la fuente pertinente ("Espinoza", JA 1995-II-196). Asimismo, la CSJN ha considerado fuente pertinente: un comunicado policial, una calificada fuente gubernamental, la declaración testimonial prestada en un juzgado, o un expediente judicial, por ejemplo.

El derecho a la intimidad y a la privacidad. Relación de su nivel de protección conforme la calidad de los sujetos involucrados. La CSJN ha distinguido, a los fines de graduar el grado de protección del derecho a la privacidad y de la intimidad, en relación con el ejercicio de la libertad de expresión, tres tipos de sujetos involucrados: a) las figuras públicas oficiales; b) las figuras

testimoniar, en el caso de delitos en ejecución o a perpetrarse (Spolansky). (Sagüés, II-352/353). La práctica reciente en la Argentina ha sido la de proteger, aun en investigaciones penales, el secreto profesional del periodista (Caso Morales Solá, por la investigación penal de las coimas en el Senado de la Nación - Destrucción del entrecruzamiento de llamadas al teléfono de un periodista ordenadas por un juez penal de primera instancia). En lo personal, creo peligroso admitir el relevamiento del secreto profesional en toda causa penal, ya que, por la sola iniciación de la misma, éste podría ser citado a declarar, y encubrir ello alguna forma de hostigamiento y hasta de censura; y la hipótesis del delito en ejecución o a perpetrarse, la advierto casi impracticable, ya que, en el caso de delitos en ejecución, debería tratarse de un delito de carácter permanente o continuo, para que la excepción tenga sentido, y en lo segundo, es una mera cuestión hipotética o conjetural, cuya realización, ni el propio periodista puede asegurar, y donde la investigación criminal no existe. Entiendo, como regla general, que los términos constitucionales "No podrá afectarse" imponen un criterio amplio de protección del secreto de las fuentes de información. Y en segundo lugar que, de resultar razonable alguna limitación a dicha reserva, la misma debe ser excepcional, de carácter explícito, y descripta con precisión, a fin de ser conocida con antelación por el periodista, y no puede restringir la libertad de expresión más allá de lo expresamente habilitado por el art. 13.2 y 3 de la CADH y no puede constituir forma directa o indirecta de censura. Mientras tal ley en sentido formal no sea sancionada y promulgada, entiendo, la protección constitucional es, de carácter absoluto.

El derecho a réplica

El derecho de rectificación o respuesta o derecho a réplica se encuentra reconocido en el art. 14 de la CADH. Las características y condiciones para su ejercicio, que se desprenden de la referida norma son los siguientes:

Se estipula a favor de toda persona.

La información debe ser inexacta o agravante y debe emitirse en perjuicio de la persona que ejerce el derecho.

Debe ser emitida a través de medios de difusión legalmente reglamentados.

Dicha información debe estar dirigida al público en general.

En tales condiciones, la persona perjudicada tiene derecho a efectuar la rectificación o respuesta en el mismo órgano de difusión.

Ello se efectuará en las condiciones que establezca la ley.

Finalmente, la rectificación o respuesta no exime de otras responsabilidades legales emergentes de la información inexacta o agravante.

A pesar de la claridad de la norma, la misma ha estado **sujeta a interpretaciones**, principalmente jurisprudenciales, que vamos a desarrollar a continuación.

La primera cuestión, y más trascendente, ha estado vinculada con el alcance que debía dársele a la frase "**en las condiciones que establezca la ley**". Inicialmente la CSJN consideró que la misma significaba la necesidad de un reenvío a una ley interna previa, a los fines de que el derecho convencionalmente reconocido tuviera efectividad. Ello se reforzó con la interpretación dada al art. 2 de la CADH, que establece la obligación de adecuación de la legislación interna a los términos de la Convención, lo que se entendía como la necesidad previa de adecuación a los fines de su efectividad. Y finalmente, que el derecho a réplica no podía ser de los considerados implícitos, en los términos del art. 33 de la C.N. (CSJN, Fallos 310-508, "Costa"; Fallos 311-2553, "Sánchez Abelenda"; JA 1989-II-383, "Edmedkjian c/ Neustadt"). Posteriormente, la CSJN varió su punto de vista respecto a la operatividad, sosteniendo que el referido derecho se corresponde con el techo ideológico constitucional y que, por aplicación de la Convención de Viena sobre los Tratados que estipula la imposibilidad de un Estado Parte justifique el incumplimiento de un tratado en razón de las carencias o insuficiencias de su legislación interna, y citando la Opinión Consultiva N° 7 de la Corte IDH que reconoció el carácter operativo del Derecho a Réplica, por su sola consagración convencional, interpretando la misma, en el contexto de la obligación del Estado Parte de respetar y garantizar los derechos enumerados en la Convención (art. 1.1) y la obligación de adecuar la legislación interna (art. 2), lo que de no cumplirse, "per se" constituye una violación a los términos de la Convención. Criterio este último que, invariablemente aplica la Corte IDH, tanto en sus opiniones consultivas como en la resolución de los casos contenciosos, hasta el presente. Y que por ende, su operatividad debe garantizarse, ante la ausencia y morosidad del órgano legislativo en dictar la ley respectiva, en el caso concreto, a través de la respectiva sentencia judicial. (CSJN, Fallos 315-1492, "Edmedkjian c/ Sofovich, 1992). Criterio éste que la CSJN ratificó con posterioridad (Fallos 321-885, "Petric", 1998).

A dicho respecto cabe expresar mi desacuerdo con la interpretación de Sagüés (II-365), en el sentido de que, siendo el Derecho a Réplica una restricción a la libertad de expresión, y teniendo en cuenta la exigencia de ley formal para restringir un derecho, la réplica necesariamente exige la existencia de una ley reglamentaria. Considero que tal interpretación desnaturaliza y manipula la jurisprudencia del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. En primer lugar, porque la Corte IDH ha sostenido en la referida opinión consultiva que el Derecho a Rectificación o Respuesta, por su ubicación, reafirma la más amplia protección que la Convención otorga al referido derecho a expresarse (Opinión Consultiva N° 7, 29-08-1986, párrs. 23, 24 y 25). Y por otra parte, que el hecho de que el Estado Parte tenga la potestad de reglamentarla, ello no impide su exigibilidad en los términos del art. 1.1 de la Convención (párr. 28). Lo que deja palmariamente probado que la interpretación de la CSJN en "Sofovich" es la correcta.

La segunda cuestión interpretativa está vinculada con la interpretación de la frase "en su perjuicio", vinculado con la información inexacta o agraviante emitida.

La mayoría de la CSJN, tanto en "Sofovich" como en "Petric" sostuvo un criterio que podemos calificar de amplio o extensivo, al afirmar que, si bien la información agravante o inexacta no estuviera referida específicamente a la persona del reclamante de la réplica, si esta ofende, con términos o expresiones insultantes e irrespetuosas, las convicciones religiosas del peticionante o si están referidas a hechos o actividades de trascendencia política, la misma es procedente. Excluyendo si, enfáticamente, las opiniones políticas, es decir, que la réplica no puede transformarse en terreno apto para el debate ideológico.

La testitura opuesta, radica fundamentalmente, en considerar que el perjuicio debe medirse con criterio estricto o limitado, consistente en que la información agravante o inexacta debe estar dirigida, en forma directa e inmediata, mencionándolo o tornándolo identificable, a la persona que peticiona el ejercicio del derecho. Y que el término informaciones, debe distinguirse del de "manifestaciones" siguiendo el razonamiento del voto del Dr. Levene en "Sofovich" (Sagües, II-365-366). (También voto Dr. Petracchi en "Sofovich").

En relación a la distinción entre "manifestaciones" e "informaciones", creo que, a los fines de la réplica, no es una distinción pertinente, ya que, en general, una manifestación, conforme la persona que la emite, se integra, muchas veces, a un mapa mucho más complejo de hechos y de ideas que hacen a la información. Los propios medios de difusión, muchas veces, recurren a la asistencia de estas manifestaciones divergentes, a los fines de integrar el acontecimiento informativo.

Por otra parte, en lo que respecta a la amplitud del término "perjuicio", ello evidentemente se relaciona, con la doble dimensión, individual y social, de la libertad de expresión y del derecho a réplica. Ubicados en el contorno individual, se impone una interpretación restrictiva, en cambio, ubicado en un contorno social y sistemático democrático, una posición más amplia del concepto, parece necesario se imponga. Considero que, en ese contexto, los criterios elaborados por la CSJN tienden a una conciliación o integración de ambos enfoques, admitiendo un criterio amplio del concepto "perjuicio", sin transformar la réplica en un puro debate ideológico.

Finalmente, voy a detenerme en la observación formulada por Gelli (95) que al referirse a la dimensión social del derecho a réplica, y las dificultades que ello genera, y acordando con el voto de Gross Espelli en la Opinión Consultiva No 7, sostiene que "no debe otorgarse un derecho de rectificación o respuesta automática, sin el control del debido proceso judicial", en lo referente a acreditar fehacientemente el carácter agravante o inexacto de la información emitida (conf. Badeni, 378/379). Si se interpreta el control del debido proceso judicial, como la condición necesaria para ejercer el derecho a réplica, enfáticamente considero ello absolutamente improcedente, en el

contexto de operatividad que la norma tiene conforme la interpretación de la Corte IDH, antes citada. Condicionar su ejercicio, ya sea a una ley previa y/o a una demanda judicial previa, lo considero, por lo anterior impropio. En el caso de negativa del medio a otorgar el derecho a réplica, tal reflexión aparece, en principio superflua, porque el titular se verá compelido a iniciar la acción judicial respectiva, y en ella, seguramente, conforme los precedentes ya existentes, se discutirá su procedencia en los términos de la Convención Americana.

La tercera cuestión interpretativa está referida al concepto de "medios de difusión legalmente reglamentados". A dicho respecto Sagües (II-363/364) sostiene que no se alcanza advertir el por qué de los medios no legalmente reglamentados, y si con ello, no se ha pretendido excluir a los medios de prensa escritos, no sujetos a reglamentación. Creo que el sentido de la norma es claro, y es el de no reconocer o favorecer el funcionamiento ilegal de medios de difusión, a través de la admisión del derecho a réplica en relación con los mismos. Es decir, que se trate de medios de difusión legalmente reconocidos en su funcionamiento, mas allá del grado o nivel reglamentario a que estén sometidos para ello. Considero que esta interpretación se ajusta a las necesidades finales en relación con la libertad de expresión y

Algunas reflexiones finales en relación con la libertad de expresión y el derecho a réplica. En primer lugar, la dimensión tanto individual como social de la libertad de expresión y del derecho a réplica, es de insoslayable consideración, al momento de resolver el actual régimen constitucional sobre la materia. En segundo lugar, su ejercicio, en el contexto de las necesidades legítimas de una sociedad democrática, no se condice con el otorgamiento del poder absoluto a una sola de las partes de la relación (Badeni, 378: "La libertad de prensa otorga, a quien conduce el medio de comunicación social, una *facultad limitada* para determinar el contenido del acto de difusión..."), ya que resulta poco edificante otorgarle un rol estratégico dentro del sistema, a quien ejerce un poder absoluto. La democracia exige pluralidad, diversidad, respecto a la opinión divergente, lo que también debe reflejarse hacia el interior de cada medio de difusión. Solo siendo democrático, se puede ser guardián estratégico de ella. En tercer lugar, a trece años del dictado del fallo "Sofovich", quien puede afirmar objetivamente que, como consecuencia del derecho a réplica, los medios de difusión se han visto sometidos a una fuerte autocensura, o han invertido importancias sumas de dinero en reproducir las réplicas requeridas, desde entonces, violando se su derecho de propiedad (Badeni, 379 aps. 8 y 10), creo definitivamente que no ha sido así. En cuarto término, es evidente que estamos en definitiva ante una disputa de poder, mas que de derechos, en la medida en que, como es notorio, los medios de difusión recurren permanentemente a la réplica como estrategia periodística (contrapunto de opiniones en una mesa común, intercomunicación telefónica entre dos o más personas de divergente opinión, ofrecimiento de la réplica a personajes públicos oficiales o no oficiales, desacreditación de quien no concurre a un programa periodístico a replicar, p. ej.), lo que pone de manifiesto que, no se trata de discutir si la libertad de expresión y el derecho a réplica son derechos constitucionales,

sino de quienes tienen el poder de habilitar su uso o ejercicio. Creo que lo más doloroso para ciertos sectores, y lo más significativo desde la CADH, es que este instrumento reivindica, democráticamente, el rol de los social, política y económicamente más débiles, de la relación comunicacional e informativa, asegurándoles su derecho a ejercer la libertad de expresión y el derecho a réplica en forma efectiva.