

# La real malicia en diez años de jurisprudencia de la Corte Nacional

Dr. ROBERTO DELLAMÓNICA

Juez de 1ª Instancia en lo Civil  
y Comercial, 8ª Nominación  
Santa Fe

*La libertad de prensa, entendida como una especie dentro del género libertad de expresión, fue la bandera de lucha de la Revolución Francesa contra el autoritarismo de la monarquía. Voltaire, apasionadamente sostuvo: «Desapruebo lo que decís, pero defendería con mi vida vuestro derecho a expresarlo»<sup>1</sup>.*

Sin embargo, décadas después, a Emile Zolá le costó un año de cárcel y tres mil francos de multa la publicación de su libro «Yo Acuso» donde desnudó los entretelones del caso Dreyfus. Recordando dichas circunstancias, debemos remontarnos a Francia, año 1894, en el que el capitán Alfred Dreyfus, único judío afectado al Estado Mayor del Ejército, fue acusado de espionaje en favor de los alemanes. La única y precaria prueba era una carta sin firma hallada por los servicios de inteligencia franceses en la oficina del agregado militar alemán en París. Toda una escena teatral perversa se montó para cargarle al oficial la traición: sus superiores lo convocaron engañado, lo instaron a escribir al dictado unos textos similares a los del manuscrito y determinaron sin más que la letra del espía era la suya. Quedó detenido en la prisión de Cherche-Midi, se lo sometió a Consejo de Guerra se lo expulsó del Ejército. Luego se lo deportó de por vida a la prisión de la Isla del Diablo, en la Guayana francesa. En el año 1896 se descubre evidencia que implica al mayor del Ejército Ferdinand Walsin Esterhazy como autor del espionaje. Esterhazy es juzgado en 1898 pero el tribunal lo absuelve en minutos. Es entonces cuando el escritor naturalista

Emile Zolá, contador de historias de mineros y prostitutas que viven en condiciones infrahumanas por la opresión del sistema (Germinal, Naná), le pone letra a la indignación. El 13 de enero de 1898, en el periódico L'Aurore, Zolá publica una carta abierta al presidente de la República, Felix Faure, en donde acusa al tribunal responsable del juicio a Esterhazy de haberlo declarado inocente aun sabiendo que era culpable. El panfleto se dispara con el efecto de una certera arma política. Zolá es acusado por injurias y parte a Londres, donde queda exiliado. Poco después se determina que un coronel falsificó la evidencia en contra de Dreyfus: el autor de la falsa prueba se suicida. Esterhazy huye a Londres. Se hace imposible mantener a Dreyfus acusado. Se reabre su caso en 1899, lo vuelven a hallar culpable, aunque reducen su pena a 10 años. La presión lleva al presidente Emile Loubet a otorgarle el perdón. La Francia antisemita siguió despreciándolo y hasta intentaron asesinarlo en 1902, durante el entierro de Zolá. Recién en 1906 lo rehabilitan públicamente y lo nombran Caballero de la Legión de Honor<sup>2</sup>.

Este ejemplo demuestra la dura pugna entre el derecho de la sociedad en su con-

junto de informarse, buscar la verdad y de discutir los temas de interés público con el derecho de los individuos de preservar su honor, intimidad e imagen.

En un discurso pronunciado en el año 1993, en Buenos Aires, Anthony M. Kennedy, Magistrado de la Corte Suprema de los EEUU, sostuvo que la libertad de prensa consagrada en la Primera Enmienda, es esencial para la idea que los Estados Unidos tienen de sí. Esta se fundamenta en los principios de estructura democrática, de competencia y del respeto a la expresión como elemento esencial de la persona humana<sup>3</sup>.

Pero este principio consagrado en la Primera Enmienda de la Constitución de Filadelfia, nunca fue absoluto, puesto que las leyes sobre libelo no podían amparar expresiones falsas o difamatorias. En consecuencia la responsabilidad de la prensa en el modelo norteamericano fue, hasta la década del 60, prácticamente objetiva. Es decir que el agraviado debía probar que la noticia lo involucraba y era difamatoria, y el medio de comunicación sólo se eximía si probaba la veracidad de la información<sup>4</sup>.

## Justicia y Medios

La real malicia en diez años  
de Jurisprudencia en la Corte Nacional

Voltaire, apasionadamente sostuvo:  
«Desapruebo lo que decís, pero defendería con  
mi vida vuestro derecho a expresarlo»

Estrictamente, dicha responsabilidad era regulada por la *law of torts*, la cual comprendía tres situaciones<sup>5</sup>:

*Intencional torts*, en el que el elemento fundamental estaba constituido por el *actual malice*, que era similar al dolo o culpa grave de nuestro derecho;

*Negligence torts*, en donde el elemento *tipificante* estaba dado por la actitud culpable en cuanto a parámetros de cuidado y atención; y

*Strict liability torts*, el cual está emparentado con nuestra responsabilidad objetiva o sin culpa.

Como se ha dicho anteriormente, para estos tiempos en Estados Unidos la responsabilidad era objetiva, por lo que era regida por la *law of libel*, encontrándose los procesos por difamación en el tercer nivel, es decir entre los *stricts liability torts*.

Pero como bien se ha dicho, este modelo duró hasta la década del 60, puesto que exactamente en el año 1964 la Corte Suprema de Justicia Norteamericana se expidió en el caso «*New York Times vs. Sullivan*», el cual trajo una transformación en los pará-

metros sobre responsabilidad de la prensa en los Estados Unidos. Sintéticamente, en lo que refiere a los hechos que motivaron el caso, Ervie Sullivan, quien era comisionado de la ciudad de Montgomery, demandó al periódico *New York Times* por haber transcritto una solicitada de seguidores de Martin Luther King que lo acusaban de haber reprimido con violencia en una manifestación antirracial. Lo que ocurrió fue que no se probó la veracidad de los hechos, es decir la represión violenta, obteniendo Sullivan sentencia a su favor en primera instancia y confirmándose luego este fallo por la Suprema Corte de Alabama. Pero al pasar el fallo a la Corte Suprema, la misma revoca los decisorios anteriores, modificándose así todo el sistema de responsabilidad.

Recuerda Saux, que según historia Harold Nelos en su obra *Freedom of press*, al tiempo de expedirse la sentencia en el caso promovido por Ervie Sullivan que ascendía a un monto cercano a los u\$s 500.000, estaban en trámite no menos de 17 procesos incoados por funcionarios públicos de distintos Estados del sur contra diarios, revistas y canales de televisión por un monto global de u\$s 288.000.000<sup>6</sup>.

El fallo antes mencionado fundamentalmente sienta el *actual malice* como el único medio para obtener el acceso a la vía resarcitoria, a la vez que reclama un ámbito más amplio y libre para el desenvolvimiento de la actividad de la prensa en su rol de formador de la estructura democrática del Estado.

Este elemento fundamental llamado *actual malice*, significa que en aquellos casos en que la noticia involucre a un funcionario público, para que éste pueda lograr un resarcimiento, deberá demostrar que el medio de difusión tenía un conocimiento deliberado de la falsedad de lo informado o bien una descuidada desconsideración sobre si la noticia era falsa o no. Es decir que el sistema en esta instancia realiza una diferenciación sobre si el agraviado es un funcionario público o un ciudadano común, conformándose dos niveles de tutela normativa. Para el caso de que se trate de un ciudadano común, se le aplica el *law of torts* en su tercer nivel, es decir la atribución objetiva (*strict liability torts*), pero si se trata de un funcionario público, también de una figura pública o noticias o informaciones en que se traten temas de relevancia pública, la figura obligada será el *actual malice*.

El sistema dual de protección se traduce en la práctica en la imposición de sólo sanciones civiles en aquellos casos en que exista información falsa y producida con «real malicia»<sup>7</sup>.

En el fallo mencionado la Corte Suprema de Estados Unidos dijo: «Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente a su conducta, como tal, a menos que pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que eran falsas o con una gran despreocupación acerca de su verdad o falsedad»<sup>8</sup>.

Dicha doctrina fue receptada por la Corte argentina en el año 1987 en el caso «Costa c. Municipalidad de la Ciudad de Bs. As. y otros», y luego en 1991 en «Vago c/ Ediciones La Urraca S.A. sobre daños y perjuicios».

Respecto al primero de los casos, Costa era un inspector de la Municipalidad de Bs. As. que fue filmado por un noticiero en un diálogo circunstancial con un vendedor ambulante, luego siguen la nota con este último, donde se desliza un intento de co-

hecho por parte del funcionario, de todo lo cual se deriva la cesantía del mismo y su posterior sobreseimiento. En este pronunciamiento se incorpora a la doctrina judicial de la Corte el nivel de diferenciación entre los niveles de tutela según se trate la persona involucrada de un funcionario público o un ciudadano común<sup>9</sup>.

En el segundo, la Corte Suprema de Justicia señaló que «quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta deberán demostrar que el autor de la noticia procedió con malicia». Asimismo, que «la doctrina de la real malicia procura un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas, y aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o la crónica»; y que «el derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, sí, a la prensa, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios,

figuras públicas, o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar»<sup>10</sup>.

En la recepción y posterior evolución que ha merecido la doctrina de la real malicia en nuestro Máximo Tribunal Nacional, y limitando el análisis a los casos decididos exclusivamente en la última década, puede encontrarse en sus inicios (año 2001) el caso «Menem, Carlos c. Editorial Perfil S.A. y otros», en el que el Semanario Noticias había difundido sin autorización una serie de notas periodísticas e imágenes fotográficas sobre una presunta paternidad extramatrimonial del Presidente de la República y el estado anímico de su ex cónyuge respecto de tal situación. El afectado promovió acción de daños y perjuicios contra Editorial Perfil con sustento en el art. 1071 bis del Cód. Civil. El juez de primera instancia rechazó la demanda. La cámara revocó tal resolución. Concedido el recurso extraordinario, la Corte Suprema confirmó la atribución de responsabilidad, reduciendo a \$ 50.000 el

## Justicia y Medios

La real malicia en diez años  
de Jurisprudencia en la Corte Nacional

monto de la condena. Y en relación a si resultaba aplicable en el caso la doctrina de la real malicia, la Corte estimó que a fin de juzgar la responsabilidad civil de un medio periodístico, la doctrina de la «real malicia», irresponsabilidad por la difusión de noticias erróneas o difamatoria sobre cuestiones de interés público cuando no media dolo ni culpa grave del informante, es inaplicable si la información divulgada (presunta paternidad extramatrimonial del Presidente de la República) resulta veraz y lesiva de la intimidad de las personas (art. 19, Constitución Nacional)<sup>11</sup>.

También estimó inaplicable la real malicia, por tratarse en dicho supuesto de un ciudadano común, en el caso «Menem Amado c. La Voz del Interior», revocando la sentencia que rechazó la demanda resarcitoria interpuesta contra el propietario de un periódico que publicó una noticia que incluía una foto del accionante y en la que se lo vinculaba con una mesa de dinero clandestina, cuando luego se demostró que el involucrado en tales hechos era en realidad un homónimo. El juez de primera instancia había rechazado la demanda aplicando para ello la teoría de la real malicia, ya que el

actor era hermano de quien a ese entonces era Presidente de la Nación, decisorio que fue confirmado por la Cámara. El Máximo Tribunal Nacional, al revocar la sentencia apelada, señaló que cuando se trata de un ciudadano común, tal como en dicho caso lo habían considerado al accionante, basta con la acreditación de la simple culpa, aun cuando se considere que el tema sobre el que versaba la nota era de interés público o general, agregando que dicho criterio, que es también el de la jurisprudencia de la suprema corte norteamericana (Gertz vs. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, año 1974), había sido reafirmado por esa Corte en Fallos: 321:3170 (caso «Díaz»); Fallos: 324:4433 (caso «Guazzoni») y Fallos: 325:50 («caso Spacarstel»). Asimismo sostuvo que el tribunal inferior se apartó de dicha doctrina toda vez que aplicó al actor (que no es funcionario público ni figura pública) un estándar de «protección atenuada» del honor, concebido sólo para los casos en que aquéllos están comprometidos en temas de interés general (conf. Fallos 316:2416, considerando 12 y Fallos: 319:3428, considerando 9), sosteniendo finalmente que el fallo debía ser revocado por haber desvirtuado la doctrina de la Corte Nacional<sup>12</sup>.

En «P. C. A. y otro c. Herrera de Noble, Ernestina y otro», en el que un periódico difundió una noticia de carácter injurioso y difamante para terceros, sindicándolos infundadamente como miembros de una banda delictiva dedicada al tráfico de niños, la Corte Nacional, al confirmar la sentencia de la Cámara que había condenado a la empresa periodística a la que pertenecía el diario, y a su director, en voto del Dr. Belluscio, sostuvo que ante la lesión del honor y la reputación de ciudadanos comunes por la difusión de una noticia periodística falsa, es inaplicable la doctrina de la real malicia, que requiere dolo o culpa grave para la atribución de responsabilidad civil, al no hallarse implicados asuntos institucionales o de interés público ni hacerse referencia a funcionarios públicos, por lo que no se justifica la aplicación de un factor de atribución de responsabilidad agravado ni un estándar estricto en la apreciaciones de los presupuestos legales en virtud del riesgo que está obligado a soportar el damnificado por su manejo de la cosa pública<sup>13</sup>.

En «R., H. c. Editorial Tres Puntos», el actor, personaje vinculado a la farándula, entabló una demanda de daños y perjuicios

(...) la molestia que cause a los funcionarios públicos, es uno de los precios que hay que pagar por vivir en un Estado que respeta la libertad de expresión...

contra un medio de prensa que había publicado una nota relativa a la ruptura de su matrimonio. La Corte sostuvo, en voto en disidencia del Dr. Belluscio, y en lo que refiere a la doctrina analizada, que ante la intromisión indebida en la intimidad de una persona mediante una publicación periodística, no cabe aplicar la doctrina de la real malicia aun cuando se trate de un personaje de notoriedad pública, si no están implicados asuntos institucionales ni de interés público, ni se hace referencia a funcionarios públicos, debiendo juzgarse según las reglas comunes, por lo que basta la simple culpa del agente para responsabilizar al órgano de prensa. Por su parte, Fayt, también en disidencia, destacó que la disolución de un matrimonio mediante un proceso judicial no constituye la clase de controversia pública protegida por la extensión a particulares de la doctrina de la real malicia, no obstante el carácter de personaje con notoriedad pública de uno de los cónyuges, pues la información carece de relevancia pública al no estar frente a acontecimientos que afecten al conjunto de los ciudadanos. Y asimismo, que la doctrina de la real malicia, que exige un estándar agravado para evaluar los presupuestos legales de la responsabilidad

civil de los órganos de prensa, es inaplicable al análisis de la nota periodística sobre la ruptura del matrimonio de dicho personaje vinculado con la farándula, pues no está en juego la exactitud de la crónica, su correspondencia con la realidad ni la eventual protección de una noticia falsa pero contrastada, tendiendo la citada doctrina a proteger el debate público a costa de proteger aun discursos inexactos<sup>14</sup>.

En el caso «*Guerineau c. La Gaceta S.A.*», el actor había demandado a un periódico por el daño moral que dijo haberle causado un artículo periodístico, en el cual se le atribuyó falsamente que percibía una jubilación de privilegio y un sueldo como funcionario público. La Corte, haciendo suyo el dictamen del Procurador General, al rechazar el recurso extraordinario interpuesto por la editorial condenada civilmente por los hechos antes descriptos, haciendo aplicación de la teoría de la real malicia, sostuvo que el recurrente omitió hacerse cargo de la conclusión de los Jueces relativa a que la falsedad de la noticia demostraba en sí misma el desinterés de la demandada por verificar el grado de certeza de la noticia publicada<sup>15</sup>.

Ya con la actual composición del Alto Tribunal, en «*Patitó, José Angel y otro c. Diario La Nación y otros*», en el que integrantes del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Nación demandaron a un diario y a un periodista, por reparación del daño que consideraban haber sufrido con motivo de diversas notas periodísticas en las cuales habría sido cuestionado su desempeño profesional en el marco de dos causas penales, la Corte descalificó la sentencia que admitió la acción resarcitoria iniciada contra un periódico, pues en la medida que la Corte Suprema incorporó el estándar de real malicia y no el test de la verdad como adecuada protección de la libertad de expresión, el tribunal inferior, al constatar la existencia de una crítica al funcionamiento de una dependencia gubernamental y al desempeño de sus miembros, debió limitarse a verificar la efectiva prueba del conocimiento de la falsedad de los hechos expresados, en el caso, había sostenido la existencia de una *estructura ilegal* en el Cuerpo Médico Forense y pidió su depuración, por lo cual la omisión de ese análisis restringió inaceptablemente el espacio necesario para el desarrollo de un amplio y robusto debate público sobre temas de interés general, destacando asimis-

## Justicia y Medios

La real malicia en diez años  
de Jurisprudencia en la Corte Nacional

mo que no aportaron elementos que permitan concluir que el demandado conocía la invocada falsedad de los hechos allí afirmados o que hubiera obrado con notoria despreocupación sobre su verdad o falsedad. Asimismo afirmó que el principio de la real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas, lo cual implica que la materia de discusión o prueba es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad; y que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia, conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad de la información, no debe ser dado por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico. De igual modo, refirió que en el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da

lugar a responsabilidad civil o penal a favor de funcionarios públicos, ya que no se daña su reputación mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa.

Por su lado, en su voto, la Dra. Highton de Nolasco resaltó que la molestia que haya causado a los funcionarios es uno de los precios que hay que pagar por vivir en un Estado que respeta la libertad de expresión; que para juzgar la responsabilidad civil de un medio periodístico por el contenido de una nota cuya finalidad fue expresarse sobre un tema de interés público y respecto de funcionarios públicos es dable distinguir entre hechos y opiniones críticas, ya que respecto de los primeros se utilizan las doctrinas «*Campillay*» (15/05/1986 - La Ley 1986-C, 411) y de la real malicia, mientras que respecto de las segundas, al no ser posible predicar su verdad o falsedad, se aplica un criterio de ponderación con fundamento en el estándar del «*interés público imperativo*»; y que en supuestos de interés público, cuando el afectado por un juicio de valor es un funcionario o una personalidad pública, sólo un «*interés público imperativo*» puede jus-

tificar la imposición de sanciones para el autor de ese juicio de valor<sup>14</sup>.

En un reciente caso «*Vaudagna c. Rocha*»- en el que una organización periodística y su director fueron demandados por daños y perjuicios derivados del daño moral causado por una nota en la que se habría difundido, a sabiendas, información falaz sobre las propiedades del demandante, quien al momento era candidato a intendente, dañando su imagen pública y buen nombre -en publicación posterior, el medio reconoció cometer un error involuntario y consignó correctamente los datos-, la corte revocó el fallo de cámara que había dejado de lado la doctrina de la real malicia, y que había condenado al periódico demandado y a su director a reparar el daño sobre las bases de las normas del Cód. Civil referidos a los delitos de calumnias e injurias, ya que la aplicación de la referida doctrina deviene impuesta en razón de la personalidad pública del actor, quien a ese momento sería candidato electoral, y la naturaleza de los temas tratados en la nota periodística, referidos al tenor de sus propiedades. Asimismo sostuvo que tratándose de informaciones referentes a figuras públicas, cuando la noticia tuvie-

ra expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación de tal circunstancia. En suma, la doctrina de la real malicia había sido dejada de lado por el tribunal inferior pese a que la personalidad pública del actor y la naturaleza de los temas tratados en la nota periodística imponían su aplicación; y por lo demás, la aplicación de la real malicia, dependía de que se comprobara la existencia de un elemento subjetivo de conocimiento, o al menos, despreocupación respecto de la falsedad de los hechos, cuando de las constancias de la causa no surgía que se hubiera verificado la demostración de alguno de esos presupuestos<sup>17</sup>.

Y en otro caso de similares características fallado en la misma fecha «*Di S., M.A. c. Diario La Mañana*» un candidato electo promovió demanda de daños y perjuicios contra un periódico de la provincia de Buenos Aires, a raíz de una publicación en la que se informaba de manera inexacta sobre predios rurales que serían de su propiedad, y en una publicación posterior el diario admi-

tió, que esas informaciones fueron «*inexactas, falaces y capciosas*» y que se había producido un error involuntario al aludir a las superficies de algunos inmuebles. El Alto Tribunal dejó sin efecto la sentencia que había condenado al periódico, sosteniendo que tratándose de informaciones referentes a figuras públicas y la noticia tenga estas condiciones, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación acerca de tal circunstancia, y esta doctrina fue dejada de lado por el inferior pese a que la personalidad pública del actor y la naturaleza de los temas tratados en las notas periodísticas imponían su aplicación. En su voto, los Dres. Fayt y Petracchi, destacaron que en el caso, no correspondía abrir juicio sobre sí, a la luz de la doctrina de la real malicia la pretensión del actor tendría o no acogida favorable, lo que afirmaron quedaba reservado a los tribunales de grado, si el tribunal inferior para condenar al periódico, prescindió de la doctrina constitucional que la Corte Suprema de Justicia de la Nación explicitó en materia de afirmaciones inexactas formuladas en temas de relevan-

cia pública que pueden afectar el honor de los funcionarios o figuras públicas, pese a la personalidad del actor —reconocida en la demanda— y la naturaleza de los temas tratados que imponían su aplicación<sup>18</sup>.

Resulta claro entonces, que en el estado actual, y ya desde la recepción por la Corte Argentina de la doctrina emergente de «*New York Times vs. Sullivan*», si la difusión de noticias u opiniones compromete a funcionarios públicos, singularmente en cuanto hacen a su actividad funcional, se aplica el standard de la real malicia, que implica que el reclamante debe acreditar en el proceso el efectivo conocimiento de la falsedad de la noticia o la severa despreocupación por su veracidad (dolo o culpa grave)<sup>19</sup>.

En lo atinente a la delimitación del concepto de «*Funcionario Público*» que comprende el standard analizado, no debe soslayarse que en el origen del instituto, dicha figura se circunscribía a quien ocupaba un cargo público en un gobierno o administración pública, tal como lo era el Comisionado del Estado de Alabama, Ervie Sullivan. Pero tal como lo recuerda Saux, en decisiones posteriores de la Corte Federal se



## Justicia y Medios

La real malicia en diez años  
de Jurisprudencia en la Corte Nacional

produce un fenómeno expansivo<sup>20</sup>, que llevaron a dicho *standard* hasta el concepto de «*figura pública*», o conocida públicamente, como actores, deportistas o periodistas o personajes mediáticos en general, llegando a aplicarlo a las personas privadas que se ven involucradas en asuntos de interés o conocimiento público, aun cuando no fueran notorias con precedencia al hecho. Dicha expansión ha sido más o menos similar en la Corte Federal Argentina —refiere Saux— aun cuando a partir de algún caso reciente («*Di Salvo c. Diario La Mañana*») u alguna opinión doctrinaria (Gullco)<sup>21</sup>, se podría considerar excluido de la tutela fuerte de la prensa que implica la doctrina del actual malice a quienes son personas privadas que se ven involucradas en temas de interés público, pero no obstante, si la difusión atañe a aspectos de la vida privada del agraviado, dicho factor de atribución calificada pareciera relativizarse, en tanto dichos ámbitos no comprometan cuestiones de orden o interés público («*Menem c. Editorial Perfil*»)<sup>22</sup>.

Que por lo demás, no debe soslayarse que en dos décadas de aplicación del *standard* de la *real malicia* —desde su recep-

ción—, en «Patitó» la Corte Federal argentina, puntualiza los extremos en orden a su procedencia, primero en cuanto a que, a diferencia del test de veracidad, la real malicia entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no se pudo acreditar, o son erróneas o falsas, limitándose la materia de discusión o acreditación al conocimiento que el periodista o el medio de comunicación tuvo o debió tener de esa falsedad; que dicho conocimiento de la falsedad o indiferente negligencia no debe ser presumida sino que debe ser efectivamente probada por el demandante contra el periodista o medio; y finalmente, que toda expresión que pueda ser calificada como opinión, no da lugar a responsabilidad en favor de funcionarios públicos, ya que no se daña su reputación mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa. Y tal como lo destacara Highton de Nolasco respecto de las opiniones, «*que ese editorial haya molestado a los actores, se entiende, pero ello no constituye sino uno de los precios que hay que pagar por vivir en un Estado que respeta la libertad de expresión*»<sup>23</sup> ■

<sup>1</sup> DELLAMÓNICA ROBERTO - ROSSI GERARD LUCILA; *Perfiles jurídicos de la Libertad de Prensa*. Primer Premio en el Curso Introductorio de Periodismo Judicial - Centro de Capacitación Judicial - Corte Suprema de Justicia Prov. de Santa Fe; año 2004.

<sup>2</sup> POMENAREC, HUNDE; *Homenajes, polémicas y temores a 100 años de la rehabilitación de Dreyfus*. artículo publicado en Diario Clarín del 13/07/2006.

<sup>3</sup> Discurso pronunciado por ANTHONY M. KENNEDY, Magistrado de la Corte Suprema de los EEUU, Buenos Aires, 01/09/93.

<sup>4</sup> SAUX, EDGARDO; *Libertad de Prensa: Una perceptible reasunción de criterios aperturistas en la Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. JA, 1994 - II, p. 760.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *The New York Times v. Sullivan*, 376 US 255, 84 S.Ct. 710 (1964). Aunque la doctrina de la «real malicia» se ha implementado en distintos países del hemisferio tanto en acciones civiles como penales, cabe destacar que en el caso de que la víctima de la difamación sea una persona privada se aplica el estándar normal de negligencia para determinar la responsabilidad del autor de una información falsa.

<sup>8</sup> El argumento principal expresado por la mayoría para sostener el principio de la «real malicia», es la importancia que tiene la libertad de expresión e información para el funcionamiento de una sociedad democrática. «Hace ya muchos años que nuestros fallos han decidido que la Enmienda I protege la libertad de expresión e información

sobre cuestiones públicas. Hemos dicho que la garantía constitucional fue establecida para asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo. Mantener la libre discusión política para lograr que el Gobierno responda a la voluntad del pueblo y que se obtengan cambios por vías legales, posibilidad esencial para la seguridad de la República, es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional. Es un preciado privilegio americano poder expresar, aunque no siempre con buen gusto, las propias opiniones sobre todas las instituciones públicas, y ese privilegio debe acordarse no solo para los debates abstractos sino también frente a la defensa vigorosa de las ideas». Y asimismo agrega, que se debe partir «de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el Gobierno y los funcionarios públicos». En otra parte se sostiene que «ni el error de hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para privar de la protección constitucional a las críticas que se formulan a la conducta de los funcionarios públicos». Es interesante la decisión de la minoría que fue aún más allá, y dijo que «tratándose de expresiones verdaderas por funcionarios públicos, o sobre temas institucionales o de interés público, la excepción de responsabilidad jurídica para los medios de prensa y quienes ejercen la libertad de expresión e información debe ser absoluta, aunque se acredite que existió real malicia».

<sup>9</sup> CSJN, 12.03.1987; *Costa, Héctor c. Municipalidad de La Capital y otros*; Fallos 310:508; La Ley 1987-B, 269.

<sup>10</sup> CSJN, 19.11.91; *Vago, Jorge A. c. Ediciones La Urraca S.A. y otros*; Fallos 314:1517; La Ley 1992-B, 367.

<sup>11</sup> CSJN, 23.09.2001, *Menem, Carlos S. c. Editorial Perfil S.A. y otros*; La Ley 2001-E, 723.

<sup>12</sup> CSJN, 05.08.2003; *Menem, Amado C. c. La Voz*

*del Interior*; La Ley 2003-E, 869.

<sup>13</sup> CSJN, 21.10.2003, P., C.A. y otro c. *Herrera de Noble, Ernestina y otro*; DJ 2004-2.

<sup>14</sup> CSJN, 30.03.2004; *R.H. c. Editorial Tres Puntos S.A.*; DJ 2005-2.

<sup>15</sup> CSJN, 15.04.2004; *Guerinneau, Horacio c. La Gazeta S.A.*, La Ley 2004-D, 364.

<sup>16</sup> CSJN, 24.06.2008; *Patitó, José Angel y otro c. Diario La Nación y otros*.

<sup>17</sup> CSJN, 19.05.2010, *Vaudagna, Juan Manuel c. Rocha, Alberto Eduardo*.

<sup>18</sup> CSJN, 19.05.2010; *Di S., M.A. c. Diario La Mañana*.

<sup>19</sup> SAUX, EDGARDO; J.S., «El honor de las figuras públicas. Adecuado ensamble del test «Campillay» con la doctrina de la real malicia y otras disgresiones». Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe; N° 94; Editorial Jurídica Panamericana; 2010; p. 101.

<sup>20</sup> «*Curtis v. Butts*» 338 VS 130 (1967); «*Time vs. Hill*», 385 VS 374 (1967); «*Rosenbloom vs. Metromedia*», 403 US 29 (1971); «*Gertz vs. Welch*», 418 US 323 (1974); «*Time Inc. vs. Firestone*», 424 US 448 (1976); etc. *Ibidem*, pág. 101.

<sup>21</sup> HERNÁN GULLICO; «La ratificación de la doctrina del caso Patitó (con algunas modificaciones muy encomiables)». II, entrega del 8.6.2010, citado por SAUX, op. cit., p. 101.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 101.

<sup>23</sup> Conf. voto HIGHTON de NOLASCO; *Patitó, José Angel y otro c. Diario La Nación y otros*. CSJN; 24/06/2008.