

Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda

María Paz Ávila Ordoñez
Ramiro Ávila Santamaría
Gustavo Gómez Germano
(*Editores*)



Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Oficina en Quito



Naciones Unidas
Derechos Humanos

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Rosa M. González
Consejera de Comunicación e Información para los Países Andinos
Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito
Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
Veintimilla E9-53 entre Tamayo y Plaza
Telf: (593) 2528911 www.unesco.org/quito

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Asesor en Derechos Humanos para el Sistema de la ONU en el Ecuador

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593-2) 2460 330 Fax: 2461 960 www.ecuador.ohchr.org/

Equipo de Apoyo

Danilo Caicedo Tapia, María Belén Corredores Ledesma, Carlos Espinosa Gallegos-Anda,
Tatiana Hidalgo Rueda, Angélica Porras Velasco, Yolanda Estefanía Pozo, Carolina Silva Portero.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO
Andrea Apolo Montalvo, Laura Ciudad Rioja, Lucía García López.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Esther Almeida, Christel Drapier.

Corrector de Estilo: Miguel Romero
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2011
1ra. edición: diciembre de 2011

Contenido

Presentación	vii
<i>Rosa M. González,</i> Consejera de Comunicación e Información para los países Andinos Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela	

Presentación	ix
<i>Guillermo Fernández-Maldonado C.</i> Asesor en Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	

Prólogo	xi
<i>María Paz Ávila Ordoñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano</i>	

I

El derecho a la libertad de expresión: características, fundamentos y debates

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión	3
<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	
Constitucionalismo y libertad de expresión	31
<i>Roberto Gargarella</i>	
Libertad de expresión y estructura social	63
<i>Owen Fiss</i>	
El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional	87
<i>Miguel Carbonell</i>	
Derechos a la comunicación y teorías de la democracia.	
Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano	97
<i>Marco Navas Alvear</i>	
Libertad de Expresión y Ley Penal	117
<i>Alfredo Chirino Sánchez</i>	

II
Nueva agenda de la libertad de expresión

Nueva agenda y reconceptualización de la libertad de expresión en las Américas	143
<i>Gustavo Gómez Germano</i>	
Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad	161
<i>Roberto Saba</i>	
Diversidad, pluralismo y libertad de expresión	181
<i>Catalina Botero</i>	
Libertad de Expresión y Radiodifusión.....	193
<i>Catalina Botero</i>	
Libertad de expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables	243
<i>Frank La Rue</i>	

III
Jurisprudencia sobre libertad de expresión

“New york times vs. Sullivan” y la malicia real de la doctrina.....	255
<i>Eduardo Andrés Bertoni</i>	
Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada	275
<i>Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo, Rodrigo Uprimny Yepes</i>	
Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión: avances y desafíos	349
<i>Eduardo Andrés Bertoni</i>	
Sentencias de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión.....	373
<i>Ramiro Ávila Santamaría, María Paz Ávila Ordóñez</i>	

IV
Instrumentos y doctrina internacional

Declaración conjunta del décimo aniversario: diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década	409
Nota biográfica de autoras y autores	419

Jurisprudencia sobre
la libertad de expresión

“New york times vs. Sullivan” y la malicia real de la doctrina*

Eduardo Andrés Bertoni

*There is the greatest difference between
presuming an opinion to be true, because with
every opportunity for contesting it, it has not
been refuted, and assuming its truth for the
purpose of not permitting its refutation.*

John Stuart Mill

Sumario

I. Introducción. II. Los hechos y la decisión en Alabama. III. La decisión de la Corte. IV. La doctrina de la real malicia. V. Conclusión: el principio a ser rescatado. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El desarrollo de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica constituye, sin duda alguna, un elemento importante a tener en cuenta por los estudiosos de los límites —si es que deben existir— a la libertad de expresión. Esta afirmación se ve corroborada al momento de analizar el razonamiento no sólo de los tribunales de otros pa-

* Este artículo fue publicado en *Libertad de prensa y derecho penal*, AAVV, Editores del Puerto Buenos Aires, 1997; y en Bertoni, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión y estado de derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

íses, sino también el de los tribunales internacionales que muchas veces, aun sin decirlo expresamente, han echado mano de los argumentos contenidos en los casos estadounidenses¹.

De todos modos, la relevancia de tales razonamientos puede “encandilar” y pretender llevar su directa y estricta aplicación a contextos sociales y normativos diferentes, lo cual puede confundir antes que contribuir a aclarar el problema relativo a la solución del conflicto que se plantea cuando colisionan los derechos a la libre información y expresión, por un lado, y los derechos individuales, por el otro.

En lo que va de este siglo, el desarrollo de la jurisprudencia estadounidense responde a particulares situaciones históricas de reclamos sociales que son ajenos a otros países: durante las dos primeras décadas, el involucramiento en la primera guerra mundial por parte de los Estados Unidos, sumado a la revolución comunista en Rusia, llevaron a una aguda e impresionante persecución de grupos anarquistas y socialistas que pretendían expresar sus ideales, contrarios sobre todo a la participación de los Estados Unidos en la guerra y al envío de tropas a Rusia². Es en este contexto que surge la doctrina del juez Oliver Holmes que se conoció en su voto en disidencia en el caso *Abrams vs. United States*³, aunque ya la había expresado en un fallo anterior —*Schneck vs. United States*⁴—, y que consistía básicamente en limitar la expresión sólo en los casos en que hubiera un peligro claro, actual e inminente provocado justamente con ella. Para expresarlo de una forma gráfica, Holmes concluía que a nadie podía ocurrírsele que gritar “fuego” en la sala repleta de un teatro para causar pánico era una expresión amparada por el derecho otorgado a todo ciudadano por la primera enmienda.

Durante la década del cincuenta, el “macartismo” creó e involucró a la sociedad norteamericana en otro tipo de conflictos, relacionados con la “fobia” al comunismo; siguieron reclamos sociales vinculados estrictamente a la protección de los derechos individuales⁵, lle-

- 1 A modo de ejemplo, pueden consultarse los recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina Morales Sola —M.442. XXXI del 12/11/1996— y Gesualdi —G. 88.XXXI, del 17/12/1996—, en los que expresamente se hace referencia a la doctrina de la “real malicia”, objeto de este trabajo. A mi criterio, también en el caso *Lingens* resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin hacerse una remisión expresa, se toma los argumentos de la mencionada doctrina (cfr. Bertoni, Eduardo Andrés, “La Crítica Política y su Relevancia para los Tribunales Internacionales”, en *Libertad de prensa y derecho penal*, AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997).
- 2 Sobre el particular, véase Polenberg, Richard, *Fighting Faiths*, donde realiza una descripción de la persecución de grupos anarquistas a principios de siglo, en el contexto de un detallado análisis del caso *Abrams*.
- 3 250 US 616.
- 4 249 US 47.
- 5 Justamente a mediados de la década del sesenta la Corte norteamericana “revolucionó” con el fallo *New York Times vs. Sullivan*, que se vinculaba a la libertad de expresión, y a principios de la década del setenta, revolucionó nuevamente admitiendo el derecho constitucional al aborto en el caso *Roe vs. Wade* —410 US 113—. Robert Post —“Defaming Public Officials”, en *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1987, p. 554— refiere que la doctrina de la real malicia acuñada en *New York Times* fue, por los hechos que resolvía, parte de un esfuerzo nacional de extinguir el apartheid existente en el sur del país en los años sesenta.

gando para algunos en la actualidad a limitarse el problema de la libertad de expresión a los asuntos vinculados con la pornografía, financiamiento de campañas políticas y expresiones por odio, ya sea racial, religioso, etcétera⁶.

Todo lo anterior marca un contexto histórico diferente al del resto de los países de la región: pero no lo es menos el contexto normativo, ya que las reglas del *common law* son sustancialmente distintas a las reglas que imponen los procedimientos del derecho continental, de aplicación en la mayoría de los estados latinoamericanos. Por otro lado, se da la paradoja, por ejemplo en el caso argentino, de que el derecho constitucional ha sido tomado en gran parte del derecho estadounidense, por lo cual parecería que la interpretación de las garantías constitucionales pudiera transportarse sin más de un derecho al otro. De todos modos, las diferencias apuntadas más arriba y la señalada similitud hacen que no pueda afirmarse ni negarse contundentemente la legitimidad de aquella proposición.

En este artículo me referiré a la doctrina norteamericana de la real malicia —*actual malice*— elaborada por la Corte estadounidense en el caso *New York Times vs. Sullivan*⁷ y la influencia que ha tenido, y tiene, en la interpretación de los límites a la libertad de expresión en otros países, indicando las críticas derivadas de su aplicación concreta. Sin embargo, no puede negarse su importancia porque son los principios desde los cuales la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos llegó a elaborar el “estándar” mencionado, principios que deben ser rescatados a la hora de argumentar sobre los límites a la libertad de expresión.

II. Los hechos y la decisión en Alabama

La historia del caso, que sin duda constituye un punto de inflexión para la interpretación de la cláusula constitucional relativa a la libertad de expresión en los Estados Unidos de Norteamérica, comienza, en palabras de Anthony Lewis⁸, de la manera más común: el 23 de marzo de 1960 se presentó John Murray en las oficinas del *New York Times* para hacer los arreglos relativos a la publicación de un aviso en el periódico. Se trataba de una “solicitada” perteneciente a una organización denominada “*Comité para la Defensa de Martin Luther King y la lucha por la libertad en el sur*”⁹.

El aviso apareció finalmente en el *Times* el 29 de marzo de 1960 con el título “Escuchad sus voces que se elevan” (“*Reed Their Rising Voices*”) y estaba compuesto por 10 párrafos. Debajo del texto se encontraba el nombre de sesenta y cuatro personas, patrocinadores del

6 Owen M., Fiss, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, 1996.

7 376 US 254.

8 Lewis, Anthony, *Make no Law, The Sullivan's case and the First Amendment*, Vintage Books, New York, 1992.

9 No es este el lugar para hacer un relevamiento de los problemas raciales existentes en los Estados Unidos a mitad de este siglo; sobre el particular, cfr. Lewis, Anthony, *op. cit.*

aviso cuyo costo había rondado los 4.800 dólares. Entre ellas aparecían algunas figuras conocidas, como Eleanor Roosevelt. También se adherían a la publicación otras 20 personas (18 eran pastores de diversas ciudades sureñas). Finalizaba el texto de la publicación con una exhortación a colaborar con la lucha por la libertad en el sur, agregándose un cupón para que los lectores mandaran sus contribuciones, consignándose por último los nombres de los miembros del “Comité”. Para quienes intervinieron en la confección y posterior publicación del aviso, todo terminaba allí; en verdad, sólo era el comienzo de una reivindicación por la libertad de expresión.

Los párrafos que generaron el conflicto¹⁰ señalaban que:

En la ciudad de Alabama, luego de que los estudiantes cantaron una canción patriótica en la escalinata de la legislatura estadual, sus jefes fueron expulsados de la Universidad y los edificios de la Universidad de Alabama fueron rodeados por la policía, armada de fusiles y proyectiles de gases. Cuando la totalidad de los manifestantes expresó su protesta ante las autoridades estatales negando a reinscribirse, el comedor estudiantil fue cerrado con el propósito de someterlos por el hambre... Una y otra vez, los transgresores sureños han respondido a las pacíficas protestas del Dr. Martin Luther King con la violación y la intimidación. Ellos han arrojado bombas a su casa, llegando casi a matar a su esposa e hijo; lo han agredido físicamente; lo han arrestado 7 veces por exceso de velocidad, vagancia e infracciones similares, y ahora lo acusan por el delito de perjurio que le puede acarrear la pena de 10 años de prisión.

La tirada del New York Times en 1960 era de 650.000 ejemplares, De esa cantidad, 394 copias iban para suscriptores y para la venta en Alabama. Entre los suscriptores se encontraba el “Montgomery Advertiser”, diario matutino local de esa ciudad, y su “hermano”, el “Alabama Journal” que aparecía a la tarde. Uno de los lectores del New York Times era el joven editor Ray Jenkins, quien escribió el 5 de abril una nota referida a la solicitada. Allí, además de citarla en varios párrafos, concluía remarcando una serie de errores sobre ciertos hechos que aparecían en el aviso. Al leer la nota publicada por Jenkins, el editor del “Advertiser”, Grover Cleveland Hall Jr., hizo otra en su periódico que apareció el 7 de abril.

Al día siguiente, el Comisionado de la ciudad de Montgomery, L. B. Sullivan, remitió una carta al New York Times y a cuatro de las personas que aparecían en la solicitada como luchadores por la libertad en el sur (eran los cuatro pastores negros en Alabama; durante el juicio todos negaron haber dado su consentimiento para que aparecieran sus nombres en la solicitada), requiriendo una justa y completa retractación de las manifestaciones falsas y difamatorias publicadas por el diario.

Por cuanto no se mencionaba a Sullivan, los abogados del Times respondieron justamente

10 Citados por Badeni, Gregario, “Doctrina de la Real Malicia”, ADEPA, 1996, separata 23.

en ese sentido; además agregaron que los hechos descriptos eran substancialmente correctos, finalizando con un requerimiento a precisar las razones en que la solicitada lo involucraba. Sullivan no contestó y el 19 de abril inició una acción por libelo en los tribunales de Montgomery¹¹, reclamando una reparación por daños que ascendía a los 500.000 dólares.

Antes de continuar con la historia de este juicio, quiero hacer una breve referencia a un hecho que llama poderosamente la atención. El 9 de mayo de 1960, el gobernador de Alabama, John Patterson, escribió al New York Times una carta prácticamente en los mismos términos que la enviada por Sullivan: requerir una retractación porque sentía que se le habían realizado imputaciones deshonorosas como gobernador. Todo indicaba que también iniciaría las acciones legales, aunque, al igual que Sullivan, no estaba nombrado en la solicitada. Pero, a diferencia de lo ocurrido con este último, el New York Times publicó una nota pidiendo disculpas al Gobernador Patterson, bajo el título "Retractación del Times por las manifestaciones en el aviso". El 16 de mayo, el presidente de "The New York Times Company" le escribió personalmente al gobernador, solicitando disculpas e incluyendo una copia de la nota publicada. A pesar de todo, dos semanas más tarde, Patterson inició acciones contra el diario, los cuatro pastores más el doctor King. Al ser interrogado en el juicio de Sullivan sobre los motivos de la carta, el secretario de The New York Company adujo que no querían que se interpretara la solicitada como un reflejo del estado de Alabama, y el gobernador de alguna manera era quien la representaba.

Otro aspecto interesante para resaltar es que la elección de los pastores como demandados se relacionaba con un aspecto legal: imposibilitar que el pleito fuera resuelto por algún tribunal federal, quedando la disputa en el ámbito de la justicia local. Las razones de esto son obvias...¹²

El juicio fue decidido en el Tribunal del Juez Walter Burgwyn Jones, concluyendo en tres días (desde el 1 hasta el 3 de noviembre). Otra desgraciada curiosidad: en el "record" del juicio se nota que el nombre de los abogados del diario y de Sullivan estaban precedidos por la palabra Señor; en cambio, el nombre de los cuatro pastores, solo por la palabra "abogado": la diferencia es que estos últimos eran afroamericanos. El primer paso había sido la selección de los jurados: luego de las impugnaciones, quedaron 12 personas, cuyos nombres aparecieron en la portada del Alabama Journal. Los abogados del New York Times protestaron porque ello constituía un factor de presión, pero el pedido fue rechazado.

Para que prosperara un caso por libelo debía demostrarse que los enjuiciados habían publicado una manifestación difamatoria sobre Sullivan¹³. Sin duda que éste era el punto más complicado para acreditar, por lo cual los abogados realizaron esfuerzos para mostrar

11 Circuit Court of Montgomery County, un tribunal del estado de Alabama.

12 De todos modos los abogados del diario intentaron un planteo sobre la jurisdicción de la justicia local, pero sin éxito alguno.

13 Cabe hacer alguna breve explicación. Como se verá más adelante, una acción por difamación envuelve cuatro elementos: una afirmación falsa de hechos relacionados con quien acciona; la misma, realizada a una tercera persona sin ningún privilegio; haber lesionado el honor de quien acciona; y, finalmente,

que la solicitada obviamente implicaba a su cliente: las razones eran que todas las referencias a las actitudes adoptadas por la policía estaban ligadas a su persona porque era él quien estaba a cargo de ese cuerpo. Por otro lado, debido a que la verdad de las manifestaciones podía ser utilizada como defensa, demostraron que algunos de los hechos descritos en la solicitada eran equivocados.

Por la defensa del diario, los abogados demostraron cómo un aviso de tal naturaleza era publicado: lo más importante era que la solicitada se encontraba firmada por personas conocidas, y además de ninguna manera implicaba a Sullivan.

Luego de instruir al jurado, el juez Jones indicó las tres preguntas que debían responder: ¿habían los enjuiciados realizado la publicación?; ¿las manifestaciones se relacionaban con Sullivan?; y si ambas respuestas eran afirmativas: ¿cuál era el monto indemnizatorio por los daños causados a Sullivan?¹⁴ Después de dos horas y veinte minutos el jurado condenó al diario y a los cuatro pastores a pagar 500.000 dólares.

El 30 de agosto de 1962, la Suprema Corte de Alabama confirmó el fallo¹⁵. En primer término entendió que el caso se debía resolver bajo la doctrina del *common law* como un libelo *per se*, debido a que existía una publicación cuyas palabras tendían a dañar al ofendido en su reputación; bajo esta doctrina los daños se presumían. Con relación a la explicación sobre las razones por las que se concluía que la solicitada implicaba a Sullivan, el Tribunal apeló al conocimiento promedio de la gente que interpretaba que el personal policial estaba bajo las órdenes del comisionado, y que la crítica a esos grupos generalmente atacaba al funcionario que estaba a cargo. La respuesta a la violación a la primera enmienda se encontraba sólo en un párrafo: la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos no protege las publicaciones de libelos. Quedaba pues la vía del *certiorari* para que el caso lo resolviera en definitiva la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

III. La decisión de la Corte

Es historia conocida que el 9 de marzo de 1964, el fallo de la Corte de Alabama fue revocado por la Suprema Corte de Justicia. El juez William J. Brennan fue el encargado de desarrollar el voto de la mayoría, quien luego de una detallada fundamentación histórica y jurídica, concluyó sobre la inconstitucionalidad de las reglas del *common law* aplicadas en aquel es-

haber causado perjuicio. Respecto de esto último, a veces se presume y otras veces hay que probarlo: si la difamación es escrita o aparece publicada, se llama libelo, y el perjuicio se presume; si la manifestación es verbal y se imputa la comisión de un crimen —entre otros ejemplos—, se llama *slander per se*, y el daño también se presume. A su vez, el libelo se divide en *per se*, cuando la difamación surge claramente de las palabras, y *per quod* cuando el que recibe la expresión debe conocer algo más para entender el sentido difamatorio.

14 Cabe aclarar que según el *common law*, en este tipo de casos el daño se presumía. Véase nota anterior.

15 Hubo intentos de promover un nuevo juicio, pero fueron rechazados.

tado, para finalmente expresar el estándar que debían aplicarse a este tipo de casos, vulgarmente conocido por "real malicia" (*actual malice*)¹⁶.

Luego de hacer una exposición sobre los hechos y la decisión de los tribunales inferiores, el juez Brennan comenzó por analizar los argumentos de la Corte de Alabama. El primero se refería a que la Enmienda 14 se dirigía contra la acción estatal pero no contra la acción de los particulares. En respuesta a ello, el juez Brennan indicó que aunque se tratara de un litigio civil entre particulares, los tribunales de Alabama habían aplicado una regla del derecho estadual que imponía inadmisibles restricciones a la libertad de expresión y de prensa. Por ello, no interesaba que esa ley se hubiera aplicado en una acción civil y formara parte del *common law*, porque en definitiva lesionaba garantías constitucionales.

El segundo argumento de la Corte de Alabama expresaba que las garantías constitucionales de libertad de expresión y de prensa no se aplicaban al caso New York Times porque se trataba, para el caso del diario, de un aviso pago de carácter comercial. El juez Brennan rechazó el precedente que se traía para sostener esa postura (*Valentine vs. Chrestensen* -316 US 52), porque en ese caso la Corte había reafirmado la protección constitucional a la libertad de comunicar informaciones y difundir opiniones, basando aquel precedente en las circunstancias de hecho que permitían sostener que el volante en *Valentine* era una propaganda puramente comercial, y que la protesta contra actos oficiales fue incluida como pretexto para evadir una ordenanza municipal que prohibía distribuir en la vía pública publicidad comercial. En ese caso, la publicación no era un aviso comercial, sostuvo la Corte, porque comunicaba información, expresaba opiniones, enunciaba agravios y realizaba varias protestas.

En cuanto a si las publicaciones pagas en definitiva recibían —o no— la protección constitucional, el juez Brennan entendió que la circunstancia de que el Times hubiera cobrado dinero para la publicación era tan irrelevante como lo era el hecho de que también se vendieran los diarios y libros: cualquier otra conclusión provocaría una cierta prevención por parte de los diarios contra la publicación de solicitudes y podría cerrar una importante fuente para la difusión de informaciones e ideas por parte de aquellas personas que no cuentan con otra posibilidad de acceso a los medios de prensa y que desean ejercer su libertad de expresión sin ser miembros de la prensa. Con ello, en opinión de la Corte, se coartaría el propósito de la Primera Enmienda de asegurar la más amplia divulgación posible de diversas fuentes antagónicas. La conclusión fue terminante: si las palabras pretendidamente difamatorias están protegidas por la Constitución, no pierden tal protección por haber sido publicadas en la forma de un aviso pago.

Entrando al nudo de la cuestión, el juez Brennan agregó:

La protección de la Primera Enmienda a la libertad de expresión en asuntos sobre cuestiones públicas, hace muchos años que ha sido decidida por nuestros fallos.

16 Los fundamentos de la mayoría y la minoría pueden consultarse también en el artículo citado de Gregorio Badeni, nota 10.

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 las 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 las instituciones públicas, y ese privilegio debe acordarse no sólo para los debates abstractos sino también frente a la defensa vigorosa de las ideas... Por eso debemos analizar este caso partiendo 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. La solicitada bajo análisis, como protesta y expresión de agravios referentes a uno de los problemas principales del momento, parece quedar claramente incluida dentro de la protección constitucional. La cuestión radica en si pierde tal protección debido a la falsedad de algunas de sus afirmaciones sobre hechos y pretendida difamación del demandante.

Como se verá más adelante, la conclusión a ese interrogante fue concluyente: ni el error sobre el hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para levantar la protección constitucional que pesa sobre las críticas que se formulan a la conducta de los funcionarios públicos. El juez Brennan destacó entonces dos cuestiones importantes: que el temor por elevadas indemnizaciones podía servir de autocensura, así como exigir la prueba de la verdad a quien publica por el temor de no poder acreditar sus manifestaciones ante un tribunal. De esta manera, se estaría limitando la amplitud del debate público, lo cual, a criterio de la Corte, resultaba incompatible con la Primera Enmienda.

El voto de la minoría estuvo encabezado por el juez Black, al cual se adhirió el juez Douglas. Formularon una severa crítica al voto de la mayoría, a pesar de que también propiciaron la revocatoria del fallo. Fundamentalmente concluyen en cuanto a la absoluta imposibilidad por parte de los estados de limitar la libertad de expresión y de prensa con relación a los funcionarios públicos, apartándose del criterio de la mayoría que sólo lo permitía cuando hubiera real malicia.

Un razonamiento similar encabezó el juez Goldberg:

el impresionante despliegue de argumentos históricos y de precedentes contenidos en el voto de la mayoría confirma mi convicción de que la Constitución otorga a la prensa y a los ciudadanos una mayor protección para el ejercicio de su derecho de crítica pública que el que le proporciona el principio sentado por la mayoría. En mi opinión, las Enmiendas 1 y 14 de la Constitución acuerdan a la prensa y a los ciudadanos un privilegio absoluto e incondicional para criticar la conducta oficial,

pese a los daños que puedan causar los excesos y abusos... Imponer la responsabilidad por comentarios críticos a la conducta oficial, sean o no erróneos y aún dolosos, resucitará efectivamente la obsoleta doctrina de que los gobernados no deben criticar a sus gobernantes.

Finalmente, un argumento del juez Goldberg que me parece atractiva:

Si el funcionario debe ser inmune ante las acciones por difamación, de modo que su celo para servir al público no sufra menoscabo y no se inhiba la valiente y efectiva administración de la política de gobierno, también los particulares deben gozar de similar inmunidad ante las acciones por difamación motivadas por sus críticas a la conducta oficial.

IV. La doctrina de la real malicia

La doctrina de la real malicia, a la que el juez Brennan arriba por los fundamentos antes expuestos, consiste en que

las garantías constitucionales requieren una regla federal que impida a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial al menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

Tres son los problemas que me interesa analizar y que surgen a la luz, al interpretar el estándar propuesto por Brennan: el primero se refiere a la calidad de figura pública que debe revestir el sujeto pasivo de la imputación; el segundo, al alcance del *reckless disregard* o, tal como se ha traducido a nuestra lengua, la temeraria despreocupación sobre la falsedad de la manifestación; y, por último, la distinción entre afirmaciones de hechos, sujetos a la calificación de verdaderos o falsos, en contraposición a la manifestación de opiniones.

Respecto del primer problema enunciado, es el propio juez Brennan quien, en una nota a continuación de la enunciación de la doctrina, manifiesta que al resolver ese caso no tienen ocasión de expedirse en relación a cuál es el alcance de la regla dentro del *ranking* de los empleados gubernamentales, o, dicho de otro modo, expresar cuáles son exactamente las personas incluidas en esa categoría. En la misma nota aclara, también, que no se ocupan del alcance de la categoría conducta oficial.

Esta nota constituye un fuerte llamado de atención para la aplicación de la doctrina, debido a que debe delimitarse a quiénes se les aplica la regla. El desarrollo de la jurisprudencia comienza con los casos *Curtis Publishing Ca. vs. Butts* y *Associated Press vs. Wal-*

ker¹⁷. A pesar de que la Corte no fue unánime, en ellos se aplicó la regla del *New York Times* incluso cuando las personas no eran funcionarios públicos, sino figuras públicas envueltas en temas que el público tenía interés en conocer. En *Butts* se resolvía un asunto por la publicación de un artículo en que se le imputaba al director de deportes de la Universidad de Georgia haber arreglado un partido de *football*.

En *Walker* se imputaba a un ex general haber conducido una manifestación violenta en oposición a los esfuerzos antisegregacionistas de la Universidad de Mississippi. Para fundar su posición el juez Warren aclaró que las figuras públicas, como los funcionarios públicos, cumplían un influyente rol en la sociedad, y que los ciudadanos tenían un sustancial y legítimo interés en la conducta de dichas personas.

Pero la Corte encontró un nuevo desafío cuando, pocos años después, se trajo a consideración un caso en el que el agraviado era una figura privada. En 1971, al resolver el caso *Rosenblon vs. Metromedia INC*¹⁸, el razonamiento cambió desde la consideración del sujeto pasivo, hacia el contenido de lo publicado: si lo publicado era de interés público, se aplicaban las reglas de *New York Times*. Pero tres años después esa regla fue abandonada en *Gerts vs. Robert Welch INC*¹⁹. En este caso se consideró que Gertz, un abogado de Chicago que había atendido un caso de trascendencia pública, no era una de las figuras públicas a las que debía aplicarse la regla de *New York Times*. A partir de ese precedente, parecería que la Corte ha elaborado una limitada interpretación de lo que debe entenderse por figura pública en los términos de la doctrina de la real malicia. En 1976, en el caso *Time Inc. vs. Firestone*²⁰, el periódico había publicado erróneamente distintas cuestiones relativas al divorcio de la señora Firestone. La Corte sostuvo que no se trataba de una persona pública básicamente porque ella no se había expuesto voluntariamente al riesgo de ser dañada por publicaciones falsas y porque ella no se había autoimpulsado a una controversia pública. Dos decisiones posteriores continuaron con esta línea restrictiva de la Corte: *Hutchinson vs. Proxmire*²¹ y *Wolston vs. Reader's Digest*²².

Parecería entonces, que a pesar de que la Corte ha restringido la interpretación de la calidad de sujeto pasivo que se debe tener en cuenta para la aplicación de la doctrina de la real malicia, resulta claro que ella siempre se aplica en caso de funcionarios públicos —por

17 388 US 130.

18 403 US 29.

19 418 US 323.

20 424 US 448.

21 443 US 111. Se trataba del caso de un científico cuya labor había sido caracterizada como un ejemplo de malgasto del gobierno.

22 443 US 157. *Wolston* inició juicio porque en 1974 se había publicado en un libro una lista que lo incluía como un agente soviético. *Wolston* había sido objeto en 1954 de una escasa repercusión pública después de una condena por no haber comparecido ante un gran jurado que investigaba sobre espionaje soviético. La mayoría de la Corte consideró que *Wolston* no se había lanzado voluntariamente a la controversia, por lo que mal podía ser considerado como figura pública.

su relación con la "cosa pública"— y en los casos de figuras públicas que voluntariamente se han expuesto a algún asunto de interés público.

El segundo problema de interpretación de la regla que propuse se refiere al aspecto subjetivo acerca de quién realiza la manifestación falsa.

La Corte en *New York Times* enunció como condición de la responsabilidad de quien efectuara la manifestación que lo hiciera con conocimiento de la falsedad o temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad. La primera proposición no ofrece problemas; no puede decirse lo mismo de la segunda.

Aquí radica uno de los problemas claves cuando se trata de transvasar la doctrina de la real malicia a sistemas jurídicos que no reconocen la categoría del *recklessness* en el ámbito de la responsabilidad por hechos ilícitos. Dicho de otro modo, por más que uno traduzca literalmente —como se ha hecho aquí— "reckless disregard of whether it was false or not" por "temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad", la traducción no sirve para interpretar lo que la Corte estadounidense, en su contexto jurídico, quiso decir. Conviene, pues, delimitar esa categoría en su propio contexto para luego estudiar si resulta factible asimilarla a otro derecho positivo.

En *Harte-Hanks Communications Inc. vs. Connaughton*²³ el máximo tribunal de los Estados Unidos tuvo oportunidad de desarrollar lo que entendía por este concepto, haciendo algunas afirmaciones que mantienen la vigencia de la doctrina. Así, se sostuvo que si bien los casos de libelo (*libel*) relacionados con figuras públicas estaban bajo la regla de la doctrina de la real malicia, el estándar no se encontraba satisfecho solamente con la mala voluntad o malicia en el sentido ordinario de la palabra. En relación con esto es interesante tener en cuenta que el juez Stevens, al decidir el caso por la mayoría, en una nota expresamente aclaró que la frase "real malicia" —*actual malice*— es desafortunadamente confusa y que nada tiene que ver con malos motivos o mala voluntad²⁴. Aclaró además que es misión del juez instruir al jurado en inglés llano el sentido de la frase para contribuir a la correcta aplicación del estándar.

Esta última afirmación resulta de extrema importancia, porque si en el propio ámbito en el que se acuñó la teoría, el binomio *actual malice* es semánticamente confuso, poco podemos esperar de la simple traducción del término: real malicia no quiere decir nada, es una entelequia cuyo contenido se debe interpretar no a la luz de las palabras que la componen, sino a la luz de los principios en los que se originó.

Actual malice, o real malicia, requiere como mínimo "reckless disregard for the truth" o, como se ha traducido en nuestra lengua, "temeraria despreocupación por la verdad"; para la Corte, aunque este concepto no pueda ser definido acabadamente, lo que resulta claro es que engloba los casos en los que quien hizo la manifestación falsa lo hizo con un alto grado

23 491 US 657 (1989).

24 Parecidos fueron los argumentos del juez Black en *New York Times vs. Sullivan*.

de conocimiento sobre la probabilidad de la falsedad²⁵ o **debió** haber tenido **serias dudas** sobre la verdad de la publicación²⁶. Aclara asimismo que se **necesita más** que una comparación con una conducta razonable de un hombre prudente en ese momento, ya que debe haber **suficiente** evidencia de que en el caso concreto el enjuiciado tenía en consideración **serias** dudas sobre la verdad de la información. Y finaliza el juez Stevens diciendo que fallas en la investigación periodística antes de la publicación, aunque una persona razonable y prudente no las hubiera tenido, son insuficientes para establecer *reckless disregard*. En su lugar, en estos casos, la existencia de *recklessness* debe fundarse cuando hay *obvias razones* para dudar la veracidad o la exactitud de lo que se publicará.

En conclusión, aquellos principios que reclamaba para la interpretación del concepto parecen asimilarlo a la categoría del dolo eventual largamente elaborada por la doctrina penal²⁷, descartando toda posibilidad de interpretarlo dentro de la categoría de los delitos imprudentes²⁸.

Resta pues analizar el último de los problemas que el “estándar” de la real malicia nos ofrece: la necesaria y previa diferenciación entre expresión de hechos y expresión de opiniones.

El problema no aparece con todo su esplendor en el fallo New York Times, sino en el fallo Gertz, en el que la Corte norteamericana, en palabras del juez Powell, indicó que cuando se interpreta la Primera Enmienda, no hay posibilidad de entender que existan “ideas falsas”. Pero, por otro lado, aclaró que no hay ninguna protección constitucional para expresiones falsas sobre hechos.

La separación entre expresión de hechos y expresión de opiniones resulta muy importante en el contexto del *common law*, toda vez que las acciones por libelo (*libel*) o por defamación deben tener en cuenta cuatro elementos, entre ellos que los dichos deben ser falsos²⁹. Dentro de ese contexto, uno de los privilegios es el *opinion privilege*, que adquiere protección constitucional a partir del caso Gertz tal como quedó expresado: la expresión de opiniones siempre es libre.

Sin embargo, es importante remarcar que aun antes de esta aparentemente tajante conclusión de la Corte, ya existía en la doctrina del *common law*, lo que se denomina la defensa

25 En esta afirmación cita al precedente Garrison vs. Louisiana 379 US 64 (1964).

26 Concita al caso St. Amant vs. Thompson 390 US 731 (1968).

27 Sobre la categoría del dolo eventual, cfr. por todos, Sancinetti, Marcelo, *Teoría del Ilícito. Disvalor de acción y disvalor de resultado*, Ed. Hamurabi, 1991.

28 Si mi conclusión en este aspecto es cierta, en el ámbito de la responsabilidad penal poco aporta el estándar en el aspecto del tipo subjetivo, ya que la Corte Suprema de Justicia Argentina reiteradamente ha dicho que los tipos penales en cuestión son dolosos. Sobre este aspecto, cfr. Bertoni, Eduardo Andrés, “La Crítica Política y su Relevancia para los Tribunales Internacionales”, en *Libertad de prensa y derecho penal*, AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

29 Cfr. Note, “The Fact-Opinion determination in defamation”, 88 *Columbia Law Review*, 1988, pp. 809.

del "comentario justo" (*fair comment*), que significa que quien hace una expresión de opinión elude su responsabilidad si la crítica es concerniente a asuntos públicos, si la opinión se basa sobre una razonable inferencia de hechos verdaderos, si la crítica representa la opinión actual de quien la hace, y si no se critica sólo con el propósito de causar daño.

La doctrina de la real malicia (actual malice) elaborada al tiempo de New York Times vino justamente a cambiar las reglas del comentario justo (jair comment), en cuanto a que permitían los comentarios sólo cuando se basaban en hechos verdaderos y el comentario era una razonable inferencia de ellos. Según Frederick Schauer esto surge claramente de una cuidadosa lectura del caso *Coleman vs. MacLennan*³⁰, al que la Corte hace una importante remisión en el fallo de 1964. En *Coleman*, la Corte estatal se preguntó si la libertad de expresión estaría en peligro si la discusión estaba acotada a manifestaciones que pudieran ser demostradas como verdaderas. En ese precedente se respondió afirmativamente, con lo cual se decidía que confinar a la prensa al "comentario justo" o "razonable" era inconsistente con una estricta protección a la libertad periodística. En razón a que en el fallo New York Times se hace una expresa y exacta referencia al caso *Coleman*, resulta claro que ninguna limitación del *common law* relacionado con la "razonabilidad" de la inferencia, podía sobrevivir.

La verdadera importancia de New York Times es, por tanto, que se le da a los dichos sobre los hechos tanta relevancia como la opinión, en cuanto a la libertad de expresarlos³¹, al eliminar la estricta diferenciación entre ambos. En otras palabras, aun manifestaciones de hechos falsos pueden estar amparadas constitucionalmente si para su expresión no se comprueba "real malicia".

De todos modos, en la hipótesis más clara tal como lo expone la Corte en *Gertz*, esto es, la libertad de opinión, la situación es bastante confusa debido a la dificultad de separar "hechos" de "opiniones", siendo éste el tercer y último problema que me propuse tratar. Es posible que tal confusión surja precisamente porque la situación debe definirse en el campo de la semántica donde muchas veces el significado de las palabras no resulta igual al contenido que le quiso dar el difusor.

Un ejemplo tal vez alcance para entender a qué me refiero: Harry Canter fue el personaje principal en el juicio *Common-wealth vs. Canter*³², que fuera una derivación menor del enjuiciamiento y posterior ejecución de Nicola Sacco y Bartolomeo Vanzetti. Canter había sido un activista durante las protestas públicas relacionadas con el juicio, apareciendo tiempo después de la ejecución con una pancarta que decía "Fuller-Asesino de Sacco y Vanzetti". Fuller era el gobernador de Massachussets al momento de aquellos hechos e inició un juicio por libelo contra Canter, quien en definitiva fue condenado, a pesar de que durante el juicio manifestó que lo que había querido decir era que el gobernador era el responsable moral de tales ejecuciones. La Suprema Corte de Massachussets entendió que las palabras

30 78 Kan. 711, 98, p. 281 (1908).

31 Cfr. Schauer, Frederick F., "Language, Truth, and the First Amendment: An Essay in Memory of Harry Canter", *Virginia Law Review*, Vol. 64, p. 169. Véase nota 13.

32 269 Mass. 359, 168 N.E. 790 (1929).

debían ser interpretadas de acuerdo con su sentido ordinario, natural y razonable. En definitiva, Canter, quien sin duda estaba expresando una opinión, fue condenado por una mala elección de las palabras con las que pretendía expresarlas. Este caso demuestra que la determinación sobre si una manifestación es verdadera o no, inevitablemente nos lleva al uso del lenguaje y a la conclusión acerca de que cualquiera podría ser condenado solamente por hacer expresiones de manera que violen las convenciones lingüísticas sociales.

Sin ánimo de dar una conclusión definitiva a este problema³³, puede sugerirse el test propuesto por el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia (en pleno) en el caso *Ollman vs. Evans*³⁴. Para determinar si estamos ante una afirmación de hechos o tan sólo frente a una expresión de opiniones deben tenerse en cuenta cuatro factores: la especificidad de los términos utilizados; su verificabilidad objetiva; el contexto lingüístico donde fue utilizado; y el contexto social. La especificidad porque un lector razonable no puede inferir hechos de una manifestación indefinida o ambigua; la verificabilidad, porque un lector razonable no puede considerar que una manifestación sin un plausible método de verificación pueda contener afirmaciones de hechos; el contexto lingüístico igualmente influye a la disposición del lector a inferir hechos desde una particular expresión; finalmente, el amplio contexto social donde la manifestación aparece de igual modo indica al lector la probabilidad de que la expresión constituya la afirmación de un hecho o sólo de una opinión.

Los problemas expuestos respecto de la doctrina de la real malicia no surgen solamente cuando tratamos de “adaptarla” a un contexto normativo diferente del que proviene. Parecería que la expresión que se le atribuye a un arduo defensor de la libertad de expresión, el profesor Alexander Meiklejohn, en cuanto a que el fallo *New York Times vs. Sullivan* constituía una ocasión para bailar en las calles³⁵ se ha ido desdibujando con el tiempo: en palabras de Anthony Lewis³⁶ hoy no ocurre la profecía expuesta por Meiklejohn.

Son muchos quienes comienzan a vislumbrar la posibilidad de un nuevo cambio en la interpretación de las acciones por difamación de funcionarios o figuras, acercándose cada vez más al criterio amplio propuesto por los jueces Black, Douglas y Goldberg en el propio fallo en análisis. Como se ha visto, ellos proponían una absoluta inmunidad para la crítica de los asuntos relacionados con los funcionarios públicos.

Según Robert Post³⁷, recientes investigaciones empíricas sugieren que el estándar de la real malicia (*actual malice*) en vez de proteger la libertad de expresión, paradójicamente alienta a iniciar acciones por libelo: las razones se encuentran en que quien acusa al medio periodístico, aun cuando pierda el juicio, siempre tiene la excusa de asumir la derrota porque no

33 En verdad, no la tengo.

34 750 F.2d 970,979 (D.C. Cir. 1984) (en bane), certiorati denegado 471 US 1127 (1985).

35 Citado por Kalven, Harry, “The New York Times” Case: a note on “The central meaning of the first amendment”, *Supreme Court Review*, núm. 125,1964, pp. 191-221.

36 Cfr. “New York Times vs. Sullivan Reconsidered: Time to return to the central meaning of the first amendment”, 88 *Columbia Law Review*, 1983, p. 603.

37 “Defamation of public official”, véase nota 5.

pudo probar la real malicia, apartando el punto central de su propia discusión, esto es, la verdad o falsedad de lo publicado. El Iowa Libel Research Project encontró que los funcionarios públicos veían el acto de iniciar el juicio, independientemente de su resultado, como una efectiva respuesta a lo publicado porque legitimaba sus reclamos sobre la falsedad.

Uno de los puntos centrales de la crítica del estándar de la real malicia (*actual malice*), envuelve razones ligadas, por un lado, a la característica del proceso en el que se desenvuelven las acciones resarcitorias de los supuestos daños causados por alguna expresión; y, por el otro, a los costos que el pleito acarrea.

Para entender las razones de ello, es preciso realizar una aclaración previa: debido a la necesidad que tiene quien plantea una acción por difamación de probar la real malicia, ambas partes durante una etapa previa común a todos los juicios —el *discovery*— tienen la posibilidad de llevar a cabo una investigación preliminar que incluye el hacerse interrogatorios recíprocos y solicitar distinto tipo de documentación.

En verdad, la propia etapa del *discovery* también pone en crisis algunos aspectos de la libertad de prensa, en todo lo referido al secreto de la fuente periodística y a la investigación periodística. La Corte Suprema de Justicia estadounidense de alguna manera trató esta cuestión en el caso *Herbert vs. Lando*³⁸ en el que, si bien se descartó la posibilidad de crear un procedimiento especial para los medios, dio a entender —algo confusamente— la posibilidad de que en este tipo de casos se permitiera un “*discovery* restringido”. En verdad, el juez Marshall se opuso a esta interpretación en el entendimiento que la etapa de *discovery*, tal como se encuentra regulada para este tipo de acciones, ya de por sí afectaba la garantía de la libertad de prensa. A mi juicio, resulta evidente que la doctrina de la real malicia propone un estándar sobre el “proceso de investigación”, no un estándar sobre los “resultados” de esa investigación, con lo cual, la posibilidad que se otorga de inmiscuirse en aquel proceso es bastante ilimitada.

Tanto los costos³⁹ como el desgaste que produce el juicio en el medio de comunicación, aunque en apelación salga vencedor, han llevado a preguntarse seriamente si un estándar tan poco claro no produce los mismos efectos que el juez Brennan pretendía disipar al fallar en *New York Times*: la autocensura. Aún más, algunos legisladores y académicos han reflatado la discusión sobre reformas dirigidas a eliminar la necesidad del *actual malice* en los litigios por libelo relacionados con funcionarios públicos⁴⁰.

Pero no sólo el estándar de la real malicia se ha puesto en crisis por razones económicas; hay quienes llevan tal interpretación de la Corte al extremo de entender que la doctrina crea un mecanismo perverso⁴¹: cuanto peor es la investigación periodística, menos dudas pueden surgir sobre la verdad o la falsedad de la información, por lo que se premia en definitiva al menos laborioso.

38 441 US 153 (1979).

39 Sobre el particular véase Lewis, Anthony, *op. cit.*; también Abrams, Floyd, “Why we should change the libel law”.

40 Cfr. Post, Robert, *op. cit.*

La conclusión de todo lo expuesto parece bastante desalentadora: la tan manida doctrina de la real malicia no sólo aportaría muy poco en el campo de la responsabilidad penal⁴², sino que además ofrece puntos débiles en la interpretación del concepto y en su aplicación aun donde fuera originaria. La pregunta es ineludible: ¿es rescatable el fallo *New York Times vs. Sullivan* y de sus seguidores? Adelanto mi respuesta en el sentido positivo, tal vez no por su conocida conclusión, el estándar de la real malicia, sino por su fundamentación, que permite colocar a la libertad de expresión en asuntos de crítica a funcionarios públicos en una situación de privilegio frente a otros bienes jurídicos en juego.

V. Conclusión: el principio a ser rescatado

Para arribar al estándar de la real malicia, la Corte toma su punto de partida en el destino que había tenido la “Sedition Act” de 1798⁴³. En palabras del juez Brennan, toda la discusión que siguió a aquella permite encontrar las claves sobre el verdadero significado de la Primera Enmienda. Para entender el sentido del fallo, conviene hacer un poco de historia.

La doctrina del libelo sedicioso florece en Inglaterra a partir de la Star Chamber de 1637. A ella se llega en un clima de fuerte censura de los libros que operaba en la isla desde comienzos del siglo XV. Después de 1566, el sistema de publicación estaba bajo la autoridad de la *Stationer’s Company*, una asociación de imprenteros y editores que controlaban todo lo relacionado a sus menesteres. En los tiempos de Shakespeare los libros debían pasar por el control de ese organismo y debían ser aprobados por el Arzobispo de Canterbury o por el Obispo de Londres (en la práctica ambos tenían un equipo de personas que en verdad eran los que ejercían la censura). Todo esto fue reforzado por la Star Chamber. Pero razones políticas, llevaron al rey Charles 1o a convocar un parlamento en 1640 (The Long Parliament). Una de las primeras acciones de ese cuerpo fue abolir la Star Chamber. Comenzó entonces a surgir innumerable cantidad de panfletos de carácter político y religioso. Pero, en 1643, nuevos avatares políticos hicieron que el Parlamento reinstalara el control sobre la imprenta, aplicando un mecanismo de licencias que virtualmente reinstauraba el viejo régimen.

En este contexto histórico, John Milton escribe en 1644 *Areopagitica*, su famoso discurso en favor de la libertad de expresión. Muy brevemente los principales argumentos contra un régimen de licencia previa a la publicación eran cuatro, dos pragmáticos y dos filosóficos. El primero se refería a la comparación de la censura con los métodos de la Inquisición, institución plenamente aborrecida en Inglaterra en aquel momento; el segundo

41 Cfr. Shapiro, Martin, “Libel regulatory analysis”, 74 *California Law Review*, p. 883.

42 Véase *supra* nota 28.

43 Harry Kalven —*A Worthy Tradition* (1988)— explica que es una gran ironía que la *Sedition Act* nunca había sido tornada en consideración por la Corte en aquel tiempo, pero con *New York Times* se la declara inconstitucional.

se refería a la premisa que para conocer el "bien", necesariamente hay que confrontarlo con el "mal", por lo que la lectura de cualquier libro era beneficiosa; el tercero indicaba que la censura de libros era inútil, porque seguían existiendo otras formas de expresión no censuradas; y el último en parte volvía al segundo, indicando que la salvación de Inglaterra se daría gracias a la constante búsqueda de la verdad, y a ella se arribaría con la confrontación permanente. Este último aspecto, la búsqueda de la verdad, constituye para algunos el fundamento de la libertad de expresión.

El sistema de licencias siguió hasta 1694, cuando el Parlamento decidió no renovarlo. Además de la censura se estableció el régimen de libelo sedicioso, mediante el cual la expresión podía constituir un crimen cuando atacaba a los gobernantes. Se trataba de un crimen de elaboración del *common law* de manera tan ambigua que ejercía un fuerte temor en los súbditos. Para peor, de nada valía intentar demostrar la verdad de lo afirmado porque se interpretaba que el crimen consistía solamente en disminuir la estima del gobernante, causando con ello alguna conmoción pública. Esta fue la doctrina que tiempo después, en Inglaterra, iluminó la interpretación del libelo sedicioso.

En los Estados Unidos de Norteamérica estas ideas ingresan en 1798 con la Sedition Act, sólo siete años después de la sanción de la Primera Enmienda. En efecto, se establecía como delito la difamación al gobierno o a sus funcionarios. La sanción estuvo relacionada para algunos con la paranoia de una posible invasión o injerencia francesa; pero parecería que en realidad fueron razones de eminente política interna las que llevaron a su promulgación. Así fue como los seguidores del entonces llamado partido republicano, entre ellos Jefferson y Madison, la criticaron duramente⁴⁴. Este último explicaba que la diferencia entre la forma de gobierno en Inglaterra y en América era lo que impedía la sanción del régimen del libelo sedicioso e imponía distinto trato de la libertad de expresión en ambos países.

Algunas de estas críticas son las que toma el juez Brennan en su voto en 1964 para hacer la interpretación del verdadero valor de la Primera Enmienda. Uno de sus párrafos es lo suficientemente elocuente, en cuanto afirma, en primer lugar, que ni los errores sobre hechos ni la difamación resultan por sí solos, o combinados, suficientes para remover el escudo que tiene la crítica a la conducta de los funcionarios públicos⁴⁵; y en segundo término, que ello es la lección que brinda la "gran controversia" sobre la Sedition Act de 1798.

Como decía más arriba, uno de los principales actores de la "gran controversia", en palabras del juez Brennan, había sido James Madison. En el voto lo cita textualmente concluyendo que "el derecho a la libre discusión pública de la administración de los funcionarios públicos, era, en la opinión de Madison, un principio fundamental de la forma de gobierno de los Estados Unidos"⁴⁶.

44 Cfr., por ejemplo, Madison, James, *Virginia Report*, 1799.

45 376 US 273.

46 376 US 276.

Después de recordar otras opiniones —por ejemplo, las de Thomas Jefferson— el juez Brennan arribó a la conclusión en cuanto a que “reflejan un amplio consenso en cuanto a que la Sedition Act, por la restricción que imponía a la crítica al gobierno y a los funcionarios públicos, era inconsistente con la Primera Enmienda”⁴⁷. En definitiva, la doctrina del libelo sedicioso se encontraba fuera de la tradición norteamericana, y, por tanto, fuera de la Constitución.

La lógica del fallo es, por tanto, la siguiente: como la regla de Alabama sobre el “comentario justo” (*fair comment*) se acercaba peligrosamente a instaurar el libelo sedicioso como una ofensa perseguible judicialmente, resultaba violatoria de la Primera Enmienda. En tal sentido, toda la referencia a la Sedition Act no era simple retórica: constituía la principal explicación del fallo.

De las referencias a Madison y Jefferson se desprende que la doctrina de la real malicia sustentada por la Corte en *New York Times*, tiene sus fundamentos en una base histórica. La Constitución de los Estados Unidos encierra un acuerdo político de fundamental importancia: quien controla y regula lo hace, en verdad porque la sociedad, el pueblo, la gente, los ciudadanos, o como se nos ocurra llamarlos (“We the people [...]”, según el preámbulo) se lo permiten. En palabras de Meiklejohn⁴⁸; este acuerdo político no transforma al ciudadano en un esclavo del poder: “Los hombres libres no son hombres sin gobierno. Son gobernados parellas mismos”. La cita de Madison hecha por el juez Brennan, es concluyente al respecto: “La gente, no el gobierno, son los poseedores de la absoluta soberanía”.

Como los encargados de la cosa pública no actúan por ellos mismos sino que actúan por las personas, sus actos deben estar abiertos al más absoluto control. En consecuencia, no pueden ellos mismos generar mecanismos que veden la posibilidad de controlarlos, y para ello no hay nada mejor que la más plena y abierta crítica a sus funciones. El juez Brennan vuelve a citar a Madison: “Si tomamos en cuenta la naturaleza del Gobierno republicano, nos daremos cuenta que el poder de censura lo posee la gente sobre el gobierno y no el gobierno sobre las personas”.

Esta idea fue ampliamente desarrollada por Vincent Blasi: si quienes están en el poder están sujetos a la exposición pública por las incorrecciones que puedan efectuar —de la manera como lo exponen, por ejemplo, los medios de prensa— podrían tomarse medidas correctivas. Y, como contrapartida, si los funcionarios públicos saben que se encuentran expuestos, inevitablemente se encontrarán mucho menos tentados a rendirse ante la tentación del poder para actuar corrupta y arbitrariamente⁴⁹.

En definitiva: el estándar de la real malicia constituye tan sólo una parte de la doctrina que se desprende del fallo *New York Times vs. Sullivan*. Es posible que las críticas que pesan

47 *Ídem*.

48 Meiklejohn, Alexander, “Political Freedom. Part. 1: Free Speech and its Relation to Self Government”, 1965.

49 Blasi, Vincent, “The Checking Value in First Amendment Theory”. *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1977, No. 2.

sobre aquel estándar nos permitan dudar sobre su supervivencia y viabilidad de aplicación. De todos modos, el fallo encierra un principio político relacionado con nuestra forma de organización que la trasciende: en una sociedad democrática la persecución judicial por crítica a los gobernantes resulta inadmisibile.

VI. Bibliografía

- Abrams, Floyd, "Why we should change the libel law".
- Badeni, Gregario, "Doctrina de la Real Malicia", ADEPA, 1996.
- Bertoni, Eduardo Andrés, "La Crítica Política y su Relevancia para los Tribunales Internacionales", en *Libertad de prensa y derecho penal*, AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Blasi, Vincent, "The Checking Value in First Amendment Theory". *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1977, No. 2.
- Columbia Law Review*, 88, "New York Times v. Sullivan Reconsidered: Time to return to the central meaning of the first amendment", 1983.
- Eduardo Andrés, "La Crítica Política y su Relevancia para los Tribunales Internacionales", en *Libertad de prensa y derecho penal*, AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Kalven, Harry, "The New York Times" Case: a note on "The central meaning of the first amendment", *Supreme Court Review*, núm. 125, 1964.
- Kalven, Harry, *A Worthy Tradition*, 1988.
- Lewis, Anthony, *Make no Law, The Sullivan's case and the First Amendment*, Vintage Books, New York, 1992.
- Madison, James, *Virginia Report*, 1799.
- Meiklejohn, Alexander, "Political Freedom. Part. 1: Free Speech and its Relation to Self Government", 1965.
- Owen M., Fiss, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, 1996.
- Polenberg, Richard, *Fighting Faiths*.
- Post, Robert, "Defaming Public Officials", en *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1987.
- Sancinetti, Marcelo, *Teoría del Ilícito. Disvalor de acción y disvalor de resultado*, Ed. Hamurabi, 1991.
- Schauer, Frederick F., "Language, Truth, and the First Amendment: An Essay in Memory of Harry Canter", *Virginia Law Review*, Vol. 64.
- Shapiro, Martin, "Libel regulatory analysis", 74 *California Law Review*.