

Capítulo III. La libertad de expresión e información^Σ.

1. Introducción.

Durante el año 1998 ocurrieron hechos que, en general, han significado un retroceso en la protección del derecho a la libertad de expresión.

Por un lado, el proceso de concentración de la propiedad de los medios de comunicación se ha ido acrecentando, con la consiguiente pérdida de pluralismo en la información y las opiniones disponibles para la población. La desaparición de algunos medios gráficos junto con la reprogramación de la televisión por aire tendieron también a reducir la cantidad y variedad de voces. Este fenómeno de concentración inclusive fue mencionado por algunos jueces de la Corte Suprema al tratar reclamos referidos al acceso de los particulares a los medios de expresión por la vía del derecho de réplica.

Si bien este fenómeno garantiza, por un lado, medios con mayor fortaleza económica y empresarial, lo cual puede ponerlos a salvo de cierta clase de presiones, por otra parte restringe en forma notoria la posibilidad de subsistencia de medios independientes, y la probabilidad de que se hagan oír las voces que no resultan compatibles con la línea editorial de ninguna de las grandes empresas multimedios.

Por otro lado, ha continuado la tendencia a resolver los debates sobre cuestiones de interés público mediante acciones judiciales, civiles o penales, lo que sigue afectando la libertad de las personas que pretenden participar en el debate público, ante los temores de verse envueltos en prolongados procesos judiciales debido, sencillamente, a que opinaron críticamente sobre algún funcionario. Basta con leer la lista de casos resueltos en este año por la Corte Suprema de Justicia para advertir la abrumadora mayoría de funcionarios que figuran como parte demandante o acusadora en los casos que llegan a este Tribunal.

Las agresiones y amenazas a periodistas y medios de prensa continúan siendo moneda corriente en nuestro país. Si bien no se aprecia en los medios un actitud dominada por el temor, lo cierto es que nunca podremos saber qué cantidad de información no ha llegado a conocimiento público debido al temor de sufrir amenazas, atentados, o juicios injustificados.

La protección judicial de la libertad de expresión tuvo un año significativo, en el cual la Corte Suprema de Justicia dictó sentencias desalentadoras, en las que protegió insuficientemente la

^Σ Este capítulo ha sido elaborado por el Dr. Santiago Felgueras.

crítica política, sin presentar una teoría que proteja razonablemente el derecho a la libertad de expresión. En el presente capítulo señalaremos algunas de las principales decisiones que tomó la Corte Suprema durante este año.

2. Análisis de las resoluciones de la justicia.

En la causa "Cancela"¹ la Corte Suprema dejó de lado una larga tradición —básicamente formada en las cámaras de apelaciones de la justicia penal— que protegía la sátira como medio de crítica. En el caso se había caricaturizado a la justicia de modo tal que no quedaban dudas de que se intentaba reflejar la realidad a través de una imagen distorsionada y burlesca, por lo que difícilmente alguien hubiera pensado que la crítica se refería específicamente al Juzgado a cargo del Dr. Cancela, ni mucho menos que los hechos que se representaban fueran ciertos. Dentro de la sátira, se utilizó el nombre de un juez que una de las productoras considero paradójico (debido a que el Dr. "Cancela" había estado a cargo de su juicio de divorcio). Finalmente, y a pesar de que quien recurrió ante la Corte no sabía que el apellido que utilizaban en la ficción coincidía con el de un juez en actividad, la mayoría de la Corte obligó a una actriz y a una empresa periodística a indemnizar con una importante suma de dinero al Dr. Cancela.

En esta misma línea de razonamiento, en diciembre de 1998 la Corte Suprema falló en favor de María Julia Alsogaray en una querrela que había promovido contra periodistas de la revista Humor². Se trataba de fotomontajes de cuerpos desnudos con la cara de la funcionaria, y resultaba evidente para cualquier persona razonable que configuraban una crítica, por la vía de la sátira y el humor, de la foto de esta misma funcionaria —aparecida hace algunos años en una revista de actualidad— posando con un tapado de piel y con su cuerpo aparentemente desnudo. Nadie podía pensar que se trataba de una imagen real, o del cuerpo de la funcionaria. Sin embargo, la Corte Suprema desconoció también en esta ocasión el derecho a la crítica, que tan bien había defendido en ese mismo caso la Sala II de la Cámara Federal de la Capital al absolver a los periodistas, y ordenó dictar un nuevo fallo, seguramente condenatorio si se sigue la opinión de la mayoría de la Corte Suprema.

¹ CSJN, 29 de diciembre de 1998, "Cancela Omar J. C/ Artear S.A. y otros", LL 1998-E.576.

² CSJN, 10 de diciembre de 1998, "Alsogaray, María Julia", diario La Ley del 22 de febrero de 1999, p. 3.

Estas dos sentencias significaron un retroceso significativo en la protección del derecho a criticar a los funcionarios públicos, y a la libertad de realizar producciones artísticas o periodísticas que expresen, con libertad y del mejor modo posible, los distintos puntos de vista que la ciudadanía pueda tener sobre el funcionamiento de las instituciones y el comportamiento de sus funcionarios.

En ambas sentencias se registraron importantes y bien fundados votos disidentes. En el caso Cencela, votaron en disidencia los jueces Petracchi, Bossert y Belluscio, a quienes en el caso Alsogaray se les sumó el Juez Fayt —quien no votó en el caso Cencela—.

En la misma fecha en que se dictó la sentencia en la causa "Cencela", la Corte Suprema falló el caso "Amarilla"³, en el que el Sr. Juan H. Amarilla, periodista de Formosa, había sido condenado penalmente por publicar información de interés público sobre un ministro de gobierno provincial. El caso no ofrecía muchas dificultades, y fue resuelto en favor del periodista con base en el respeto a la libertad de expresión. Sin embargo, llama la atención la dificultad que existe en la Corte Suprema para adoptar un criterio uniforme para resolver, inclusive, casos sencillos⁴. Más preocupante aún resulta que en un caso "sencillo", como el caso "Amarilla", se hayan registrado dos votos que proponían el rechazo del recurso, lo que implicaba la confirmación de la condena (votos de los jueces Nazareno y Vázquez).

Esta falta de uniformidad de criterio produce incertidumbre respecto del criterio legal vigente en el país sobre estos temas, incertidumbre que lleva a la autocensura de quienes, ante la duda, prefieren no dar a conocer información u opiniones de interés público.

En octubre de 1998 la Corte falló el Caso "Menem, Eduardo contra Tomás Zanz"⁵. La mayoría de la Corte Suprema confirmó la condena que se le había impuesto al director de la revista Humor, a pesar de que existían varias circunstancias que indicaban que debía fallarse en sentido contrario.

En primer lugar, la Corte Suprema presumió que Tomás Sanz conocía el contenido de lo que se iba a publicar a pesar de que

³ CSJN, 29 de septiembre de 1998, "Amarilla, Juan H.", LL 1998-F,118.

⁴ De los jueces que votaron en favor de la absolución tres presentaron fundamentos individuales, y los otros cuatro votaron en grupos de dos, reuniéndose así, en total, cinco votos diferentes.

⁵ CSJN, 20 de octubre de 1998, "Menem Eduardo s/ querella por calumnias e injurias", LL 1998-F, 617.

Sanz lo negó durante el juicio. Si bien es cierto que existían algunas circunstancias especiales que podían favorecer la presunción que finalmente sostuvo la Corte Suprema, lo cierto es que no existieron pruebas directas ni elementos de juicio suficientes para tener por probada su culpabilidad: en otras palabras, el fallo, en los hechos, no se encuentra alejado de un criterio de responsabilidad objetiva, según el cual el editor o director de un medio gráfico podrá ser condenado por una información publicada en ese medio aún cuando no se pruebe en forma clara que tuvo conocimiento previo de lo que se publicaría. Este criterio es contrario a las más elementales garantías del derecho penal, y especialmente peligroso en el ámbito de la libertad de expresión.

En segundo lugar, se responsabilizó a Sanz por un párrafo que él no escribió, sin proporcionar un fundamento razonable que explique por qué debía responder por un artículo escrito por otra persona. Si bien existe en el Código Penal un artículo que específicamente sanciona a quien reproduce injurias vertidas por otro, dicho artículo había sido interpretado por la Corte Suprema desde hace años en el sentido de que no convertía al director del medio en un censor de sus redactores o de particulares que publicaran sus ideas en el medio que dirige. Así, si lo publicado era de interés público el director podía publicarlo libremente, resultando únicamente responsable de lo publicado el autor de la nota en cuestión, al menos en el ámbito del derecho penal.

Por último, y lo que resulta más grave de este fallo, es que la información publicada era reproducción de lo que había publicado el Diario "Brecha", de Uruguay, en el sentido de que Eduardo Menem tenía un depósito por casi dos millones de dólares en un banco fuera de nuestro país. Dicha información había sido desmentida por Eduardo Menem, quien sostuvo que el documento que dio origen a la información era apócrifo. La revista publicó la información reproduciendo en forma correcta lo informado por "Brecha", citando expresamente la publicación de la cual extraía la información, y publicando, además, la desmentida de Eduardo Menem, consignando expresamente que había sostenido que el documento era falso. A pesar de ello, y de que específicamente se solicitó a la Corte que aplique una doctrina que viene aplicando de forma más o menos constante desde hace más de diez años, la mayoría de la Corte se negó a eximirlo de responsabilidad sobre la base de que se habían publicado las afirmaciones de un tercero, en forma correcta y con específica mención de la fuente —"Brecha"—, y decidió inculparlo personalmente por la publicación de esta información en la revista Humor y aplicarle una sanción penal.

En este sentido, el fallo marca un notable retroceso en cuanto a la protección del periodista que actúa como vehículo de información, dando a conocer a la ciudadanía lo que otra persona, u otro medio, dijeron respecto de un asunto de interés público. El caso tenía ciertas particularidades que permitirían a la mayoría de la Corte Suprema volver sobre sus pasos y retomar la línea jurisprudencial anterior. Sin embargo, la decisión genera incertidumbre sobre el futuro de un criterio legal que constituye una protección elemental para el funcionamiento del periodismo moderno: la protección del periodista que se limita a dar a conocer lo que alguna persona o algún medio de comunicación dice sobre un asunto de interés público. La mayoría de la Corte ha saltado la valla de la responsabilidad del emisor de la noticia (en el caso concreto: "Brecha") para sancionar también a quien sólo funcionó como canal de difusión.

En este caso también se registró un bien fundado voto disidente firmado por los jueces Petracchi, Bossert y Fayt (el juez Belluscio no votó).

La sentencia de la Corte Suprema del caso Rudaz Bissón⁶ se encuentra de algún modo vinculada a uno de los aspectos que venimos comentando. En esta oportunidad se trató de una carta de lectores, considerada injuriosa, que se publicó en un diario del Norte, editado en la provincia del Chaco. La carta había sido entregada, ya firmada, al director de la publicación, en presencia de un secretario de redacción y de un periodista, por quien se identificó como el firmante de la nota, acompañado por su apoderado. La carta fue publicada en el diario, y, cuando se le inició juicio al firmante de la nota, éste negó haberla redactado, y negó también que la firma de la carta original fuera suya. El diario fue entonces demandado, y la Corte Suprema, en un fallo sin disidencias en cuanto al fondo de la cuestión, condenó al diario a indemnizar al damnificado por la carta de lectores, sobre la base de que actuó negligentemente al controlar la identidad del autor de la carta. Más allá de la decisión del caso concreto, no necesariamente desacertada, este fallo puede abrir una peligrosa puerta para responsabilizar a los medios de comunicación que permiten que el público se exprese a través de ellos, lo que terminará por convertir a los medios de comunicación en controladores y censores de lo que la ciudadanía desee expresar por su intermedio. Aquí, nuevamente, encontramos a una Corte con opiniones y

⁶ CSJN, 2 de abril de 1998, "Rudaz Bissón, Juan C. c/ editorial Chaco S.AI", LL 1998-E, 242.

fundamentos diversos, de los cuales sólo tres votos dan garantías de que no se dejará de lado la doctrina tradicional sobre la materia.

Un fallo llamativo es el que la Corte Suprema dictó en la querrela que el actual ministro del interior, Carlos Corach, sigue contra el periodista Horacio Verbitsky⁷ con motivo de la publicación del libro *Robo para la Corona*. Ante la Corte Suprema se discutía si la posibilidad de perseguir penalmente a Verbitsky había prescrito debido al paso del tiempo. De acuerdo con la tradición jurisprudencial no se había producido ningún hecho que interrumpiera la prescripción, por lo que debía confirmarse el fallo que había declarado prescripta la acción penal. Sin embargo, la Corte Suprema adoptó un criterio innovador, mediante el cual estableció que cada re-edición del libro constituía una continuación de la comisión del delito, por lo que actualizaba a cero el plazo para que operara la prescripción. De este modo, si se trata de un libro exitoso, las acciones penales contra su autor pueden convertirse en virtualmente imprescriptibles, o, al menos, contar con plazos de prescripción mucho más prolongados que los previstos para estos delitos en el Código Penal, superando a los previstos para los delitos más graves, como el homicidio o las torturas.

Más allá de los cuestionables fundamentos del fallo, es evidente que el periodista que es querrellado diez o doce años después de la fecha de publicación de un libro tendrá graves dificultades para encontrar a sus fuentes, probar la veracidad de sus afirmaciones o, inclusive, disponer de los cassettes o video cassettes que sirvieron de soporte para registrar la obtención de la información. Esta cuestión no fue mencionada ni siquiera al pasar en la sentencia.

A esto cabe agregar otro dato, que ya era grave en sí mismo antes de este fallo, pero que combinado con él resulta sumamente preocupante.

La cámara de Casación Penal, a través de todas sus salas, ha declarado la inconstitucionalidad de las normas que obligan al querellante en un caso de calumnias e injurias a impulsar el juicio dentro de un plazo determinado —60 días hábiles— o a concurrir a las audiencias para cuya realización la presencia del querellante resulta indispensable.

La cuestión ya había sido discutida en numerosas oportunidades, y había sido resuelta por un fallo plenario de la

⁷ CSJN, 27 de agosto de 1998, "Corach, Carlos W. C/ Verbitsky, Horacio s/ rec. de hecho".

Cámara de Apelaciones —en aplicación del antiguo Código de Procedimientos— en el cual se establecía que la norma que obligaba al querellante a impulsar el juicio era constitucional, y que por lo tanto si no lo hacía debía declararse que había abandonado la querrela y sobreseer automáticamente al acusado.

La casación, por todas sus salas separadamente, no sólo resolvió que era inconstitucional la norma que obligaba al querellante a impulsar el juicio, sino que decidió que la inactividad de la querrela no debía tener ninguna consecuencia, de modo tal que el juicio podía durar todo lo que durara la prescripción del delito, sin que el juez ni el imputado pudieran hacer nada para finalizar con el sometimiento a un proceso criminal.

La prolongación indefinida de la prescripción en tanto se reedite el libro viene a cerrar este círculo, permitiendo que se hagan realidad los temores que expresaba el conocido especialista en derecho penal Sebastián Soler en un dictamen sobre este mismo tema: "Si así no fuera, sería posible mantener a una persona bajo proceso durante toda su vida"⁸.

Es ésta, precisamente, la situación en la que nos sitúa este fallo de la Corte Suprema, en los casos de libros exitosos con frecuentes reediciones.

En el caso concreto, el Ministro Corach de aquí en más podría no impulsar el juicio por el plazo que le pareciera conveniente, manteniendo a Verbitsky sometido a juicio criminal, sin que nadie (ni los jueces ni los abogados de Verbitsky) pudiera hacer algo para cambiar la situación. Mientras que el libro se reedite y Verbitsky permanezca vivo, la causa podrá continuar abierta. Mientras tanto, las fuentes de Verbitsky pueden dejar de recordar lo hechos por el transcurso del tiempo, o viajar al extranjero, o morir o de algún modo dejar de estar disponibles.

Basta recordar que el libro fue publicado en el año 1991, y cuando corre el año 1999 todavía se mantiene abierta la posibilidad de que tanto Verbitsky como el ministro Corach deban producir sus pruebas, cada vez menos confiables y disponibles, debido al tiempo transcurrido.

En suma, en este panorama, y más allá del novedoso criterio mediante el cual la Corte mantuvo abierto el proceso penal contra Verbitsky, lo cierto es que se ha creado una suerte de imprescriptibilidad de esta clase de casos, en los que, precisamente, deberían existir criterios restrictivos a fin de evitar que el hostigamiento de la prensa mediante querrelas judiciales

⁸ Fallos 244:568.

tenga éxito, y termine por encorsetar el libre debate de los asuntos públicos.

En otras latitudes las cortes de justicia advierten con mayor claridad la gravedad del asunto que tienen entre manos cuando resuelven esta clase de casos, y nunca deja de pensarse en que la decisión de un caso concreto no produzca una reducción del ámbito de libertad de prensa que impida el libre flujo de la información y de las ideas. Nuestra Corte Suprema, por el contrario, parece deambular entre decisiones más o menos justas para el caso individual, dosificando sin un criterio técnicamente comprensible decisiones en uno u otro sentido, que no responden a ninguna visión lógica de conjunto ni permiten comprender de qué modo se protegerá a los ciudadanos —periodistas o simples particulares— que pretenden participar en el libre debate de los asuntos públicos.

Podría decirse que la mayoría de la Corte Suprema parece debatirse entre el apego a las modernas doctrinas en materia de libertad de expresión (que en muchos casos ya adoptó y de las cuales no reniega en forma explícita), y los resultados a los que dichas doctrinas legales llevan en los casos concretos. Es así que encontramos fallos difíciles de conciliar con la teorías adoptadas por la propia Corte Suprema respecto de la libertad de expresión, mientras que existe una casi permanente disidencia de los jueces Petracchi, Fayt, Belluscio y Bossert, quienes no sólo mantienen estos criterios legales sino que también aceptan sus resultados.

También se registraron fallos significativos en materia de derecho de réplica. La Corte Suprema ha ido asentando el criterio que adoptó algunos años atrás, en el sentido de darle operatividad y efectiva vigencia a este derecho. En este punto la situación legal vigente se encuentra bastante asentada y, salvo las constantes y fundadas oposiciones del juez Belluscio, no parece que este aspecto esté expuesto a mayores vaivenes. La falta de una ley que reglamente este derecho sigue presentando problemas de difícil solución. Aquí también la Corte Suprema encuentra serias dificultades para presentar criterios uniformes respecto de cuestiones específicas, aunque lentamente ha ido marcando pautas más o menos claras que permiten prever los alcances del derecho y las obligaciones que impone sobre los medios.

Si bien se trata de un fallo de Cámara, no puede dejar de señalarse la sentencia que se dictó respecto de la demanda que el

presidente Carlos Menem le inició a la Editorial Perfil⁹. La sentencia ordena a la editorial indemnizar al presidente debido a que se publicaron datos referidos a un hijo extra-matrimonial del Dr. Menem. La Cámara entendió que la información estaba amparada por el derecho a la intimidad del presidente, y condenó a la revista a abonar una importante indemnización.

El fallo resulta difícil de ubicar dentro de la tendencia que los anteriores fallos de la Corte habían trazado en cuanto a la libre discusión de los asuntos de interés público.

Es así que considera privado un asunto de evidente trascendencia pública, y expresa a través de la decisión que la ciudadanía no tiene derecho a enterarse de esta clase de hechos.

3. Consideraciones finales.

A pesar de los avances en cuanto a la "teoría" legal que se ha ido adoptando en este y otros temas en los últimos años, éste ha sido un año donde los tribunales no variaron su postura en cuanto a la vigencia de algunas de las doctrinas que protegen la libertad de expresión, sino que trataron los casos individuales de tal modo que doctrinas legales aceptables terminan protegiendo el derecho a la libertad de expresión en menor medida de lo que debieran, sembrando así incertidumbre respecto de lo permitido y lo prohibido en esta área, situación a la que ya hicimos referencia.

En cuanto al derecho a la información, continúan las trabas burocráticas y de otro tipo que impiden a la ciudadanía acceder a información de interés públicos en poder de organismos estatales. En este sentido el país no ha progresado a la par de los avances que se han registrado en otras áreas vinculadas a la libertad de expresión, y continuamos con legislaciones y prácticas incompatibles con un sistema democrático de gobierno. La mayor efectividad del habeas data a medida que es aceptado por los tribunales ha posibilitado acceder a información de importancia, aunque siempre en el limitado campo personal —lo que lo limita en cuanto a la cantidad y calidad de información que puede obtenerse por este medio, pero no en cuanto a su importancia—¹⁰. Por otra parte, se han registrado casos en los que la justicia ha reconocido en forma expresa el derecho a la información, y ha obligado a entes públicos a proporcionar información de interés público. Tal es el caso en el cual la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso

⁹ C.N.Civ., Sala H, 11 de marzo de 1998, "Menem, Carlos c/ Editorial Perfil S.A. y otros", LL 1998-B, 628.

¹⁰ Sobre este aspecto ver en el capítulo I de este Informe "El caso Urteaga".

administrativo aceptó el reclamo formulado por el CELS¹¹ y obligó a la Policía Federal a proporcionar la información de interés público que se le requería. La Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la Policía federal, por lo que la decisión de la sala quedó firme. Si bien la sentencia es alentadora y dio entera satisfacción a lo que se requería, el tiempo que insume obtener la información por la vía del amparo judicial es incompatible con la necesidad de contar con información actualizada, de modo de resolver los asuntos de interés públicos (entre ellos, el voto), con toda la información posible a la vista.

¹¹ Sobre este caso ver: Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, 1997, capítulo III, apartado 3 "La información como derecho", CELS, Eudeba, 1998, p. 154.