

# PLANTEO ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE LA DOCTRINA DE LA REAL MALICIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO POSITIVO ARGENTINO<sup>1</sup>

Por GASTÓN FEDERICO BLASI

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ARGUMENTOS JUDICIALES DE LA MAYORÍA. III. LOS ARGUMENTOS JUDICIALES DE LA DISIDENCIA. IV. DOCTRINA DE LA REAL MALICIA O ACTUAL MALICE. V. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente caso judicial<sup>2</sup> se origina ante la demanda interpuesta por el actor – Huberto Roviralta – a los efectos de obtener un resarcimiento pecuniario por sentirse tanto injuriado cuanto invadido en su ámbito de intimidad por una nota publicada en la revista “Tres Puntos”.

La Sala “D” de la Cámara nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia del juez de grado, dando lugar a la pretensión del demandante. Justificó su postura arguyendo que respecto a la responsabilidad civil ante los daños ocasionados por el ejercicio de la libertad de expresión por parte de la prensa, debía aplicarse el régimen general de responsabilidad – o sea que sólo se le puede atribuir a aquella el dolo, la culpa o el ejercicio abusivo del derecho a informar –, negándose a aplicar la doctrina de la Real Malicia – vigente en nuestro país – rechazando también la doctrina Campillay al considerar que no se cumplían dos de los tres requisitos que establece como necesarios para eximir de responsabilidad al medio de prensa por la publicación. Asimismo, entendió que, no obstante el actor sea una figura de trascendente notoriedad en la sociedad argentina, ello no lo privaba de su derecho a la intimidad, la que fuera perturbada por el accionar ilegítimo y abusivo de la Editorial Tres Puntos S. A. Finalmente, argumentó que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, ergo ante publicaciones que causen perjuicio a terceros, es deber y obligación del órgano jurisdiccional no dejar indemne a sus autores.

Ante este pronunciamiento, la parte demandada interpuso recurso extraordinario, el cual fue concedido en los términos del artículo 14 inciso 3º de la ley 48, pues fue cuestionada la inteligencia de las siguientes normas de raigambre constitucional: 14, 32, 33 y 75 inciso 22º – en cuanto protegen el ejercicio del derecho a la libertad de expresión –, cuya aplicación había sido solicitada por la parte demandada.

De los siete miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [de ahora en adelante CSJN], sólo dos –Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt – votaron en disidencia, conformando así la minoría; mientras que los restantes cinco – Enrique S. Petracchi, Antonio Boggiano, Adolfo R. Vázquez, Juan C. Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni –, conformaron la mayoría compartiendo y haciendo suyas las razones expuestas por el Procurador Fiscal, Felipe D. Obarrio, en su dictamen, revocando así la sentencia apelada.

Puede observarse que el presente caso tiene aristas muy interesantes para desarrollar: el tema de la responsabilidad civil de los medios de prensa; las doctrinas de la Real Malicia y

---

<sup>1</sup> Nota al fallo “Roviralta, Huberto c/ Editorial Tres Puntos S.A. s/ Daños y Perjuicios”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30/03/2004, publicada el 18/05/2005 en la Revista Jurídica “LA LEY”, en el Suplemento de ‘DOCTRINA JUDICIAL’, DJ 2005-2, XXI, n° 20, pp. 164-171.

<sup>2</sup> CSJN, *Roviralta, Huberto c/ Editorial Tres Puntos S. A. s/ Daños y Perjuicios*, 30 de Marzo del 2004.

Campillay; la vulneración de la esfera íntima de las personas ante el ejercicio de la libertad de expresión como piedra basal de todo Estado republicano y democrático; la intimidad de una figura pública y su diferencia con los funcionarios públicos y las personas que, no presentando dicho carácter, igualmente participan en actividades de índole público. En las páginas venideras me ocuparé de esbozar los argumentos judiciales de la CSJN en el caso que se comenta, para luego analizar la viabilidad de la doctrina de la Real Malicia en el ordenamiento jurídico argentino.

## II. LOS ARGUMENTOS JUDICIALES DE LA MAYORÍA

El voto de la mayoría comenzó por esbozar de manera sucinta los fundamentos que la Sala “D” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil utilizó para justificar haber confirmado la sentencia del juez de primera instancia.

A partir de allí, analizó el tema de la viabilidad procesal, es decir, si el recurso extraordinario interpuesto habilitaba o no la instancia extraordinaria, dando una decisión favorable al respecto. Observó que la sentencia de segunda instancia no analizó ninguna de las cuestiones propuestas por la editorial demandada, las cuales, a su vez, eran relevantes para la solución del caso, entre ellas: 1º) el demandado atribuyó el carácter de figura pública al actor, no obstante ello, el *a quo* no respetó el criterio establecido por la CSJN – distinguir entre figura pública, funcionarios públicos y personas que participan en actividades de índole pública<sup>3</sup> –, no consideró que el demandante ostentaba dicha calidad y, por ende, desechó la doctrina de la Real Malicia no dándole cabida en nuestro ordenamiento jurídico a un factor de imputabilidad distinto del dolo y la culpa, a pesar que la misma a sido receptada por el Alto Tribunal Nacional<sup>4</sup>; 2º) a pesar de que la parte demandada estableció haber cumplido con una de las tres reglas de la doctrina Campillay – la nota se trata de la reproducción de dichos de terceros dando a conocer la fuente –, la sentencia de segunda instancia no explicó si rechazaba o si aceptaba o si consideraba que ello era irrelevante para el caso, ergo no le dio tratamiento; 3º) no obstante la información brindada por la revista “Tres Puntos” era de interés público, así como también haberse probado la veracidad de la misma, hechos ambos que liberaban de responsabilidad a la demandada, ello no fue contemplado por el *a quo*, quien entendió que dicha publicación privó al actor de su derecho a la intimidad.

En consecuencia, el voto mayoritario de la CSJN consideró que el fallo en recurso debía ser dejado sin efecto pues el juzgador prescindió de examinar tanto las cuestiones

---

<sup>3</sup> Esta diferenciación que se realiza entre funcionarios públicos, personajes públicos y particulares que realizan actividades de interés general para la sociedad toda, ¿no atentaría contra el principio de igualdad que plasma el artículo 16 de la constitución federal argentina?

<sup>4</sup> “[...] La doctrina de la ‘actual malice’ o de la ‘real malicia’ [...] produce la inversión de la carga de la prueba poniendo en cabeza del hombre público demandante o querellante la obligación de acreditar que el informador conocía la falsedad de la noticia o que actuó con temerario desinterés acerca de su veracidad... Dicha inversión [...], se relaciona con la actitud del periodista o del medio de comunicación social respecto de su diligencia en orden a verificar [...] la verdad o la falsedad de la información. [...] en el caso ‘Costa’ (Fallos: 310:508, resuelto el 12 de marzo de 1987), la mayoría del Tribunal sostuvo, [...] que a los efectos de adjudicar responsabilidad civil a los medios informativos por la difusión de noticias inexactas era necesario distinguir según la calidad del sujetos pasivo de la difamación, [...]. Así, esta Corte consideró que [...] para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio de su ministerio, [...] deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia [...], la responsabilidad del demandado en autos sólo podrá fundarse en la acreditación, [...], de que aquél actuó con conocimiento acerca de la falsedad de la información o, al menos, con total despreocupación acerca de dicho extremo.” CSJN, *Juan José Ramos vs. LR3 Radio Belgrano y otros*, Buenos Aires, 27/12/1996, Tomo 319, p. 3428.

propuestas cuanto los elementos probatorios expuestos por la parte demandada en el sub-lite, lo cual, es factible que, hubiera dado lugar a una decisión diversa en relación con aquella a la que arribó la Sala "D" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Por consiguiente, se le imputó al *a quo* la directa violación de los derechos constitucionales invocados por el recurrente, dejando sin efecto el fallo bajo análisis, disponiendo que vuelvan los autos al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado.

### III. LOS ARGUMENTOS JUDICIALES DE LA MINORÍA

Tanto la disidencia del Ministro Belluscio como la de Fayt, inician sus argumentos realizando una exposición de cómo llegó el presente caso ante la CSJN, es decir su paso por la Cámara conjuntamente con los argumentos argüidos por esta a los efectos de fundamentar la confirmación de la sentencia emitida por el juez de grado.

El voto minoritario de Augusto C. Belluscio dio a entender que existía cuestión federal pues el punto angular del recurso planteado, era la interpretación y el alcance del derecho constitucional a la libertad de prensa. A partir de allí, expuso el criterio, previamente esbozado por la CSJN, respecto al hecho de que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no es absoluto, pues no puede extenderse en detrimento de los restantes derechos con raigambre constitucional<sup>5</sup>, por cuanto en el caso que el ejercicio de aquel sea ilegítimo y/o provoque agravios a terceros, si no se diera lugar a la debida reparación, tal violación quedaría impune, atentando contra la cláusula constitucional de igualdad ante la ley.

Como consecuencia de lo previamente aludido, el Ministro Belluscio entendió, al igual que lo hizo la Cámara de Apelaciones – razón por la cual se valió del mismo encuadramiento legal utilizado por el *a quo* -, que la publicación en cuestión, implicó una intromisión indebida en la esfera de intimidad del actor, y por ende, un agravio a su honor, lo cual justificaba sancionar a la Editorial demandada para que le reparase el daño moral que ello le había ocasionado.

Asimismo, explicó que aún si el actor fuese considerado una 'figura pública', examinándose el caso bajo la doctrina de la Real Malicia, no correspondería la aplicación de un factor subjetivo de atribución de responsabilidad agravado o un estándar estricto en la apreciación de los presupuestos legales pues no se hallaban implicados asuntos institucionales o de interés público, por consiguiente, estimó que debían aplicarse las reglas comunes de la responsabilidad civil – bastando la culpa para comprometer la responsabilidad de la Editorial. Luego de descartar la aplicación de dicha doctrina al caso de autos, prosiguió por analizar si se cumplía, como la parte demandada alegaba, la doctrina Campillay. Aseveró, que la misma no se había verificado en el caso, puesto que el modo potencial no había sido utilizado ni tampoco identificada la fuente, ergo la Editorial no se eximía de responsabilidad por la publicación en cuestión. Por dichas razones la sentencia apelada fue confirmada.

---

<sup>5</sup> "[...] Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, [...], tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa [...]. La función primordial que [...] cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas." CSJN, *Campillay, Julio C. c. La Razón y otros*, Buenos Aires, 15/05/1996, Tomo 308, p. 789.

Respecto al voto minoritario del Ministro Carlos S. Fayt, es menester resaltar que fundamentó su decisión de confirmar la sentencia recurrida ante la CSJN arguyendo que la notoriedad de un individuo no implica que no posea un reducto de intimidad al cual nadie pueda acceder sin su previo consentimiento. En esta línea de razonamiento entendió que la Editorial demandada actuó de manera ilegítima puesto que vulneró la intimidad del actor, no existiendo un interés superior colectivo de por medio.

Afirmó que, no obstante la prensa libre era la esencia de toda sociedad democrática, ello no implicaba que si su accionar era en desmedro y perjuicio de terceros, quede impune, salvo que lo informado sea de interés público, debido a que en dicha situación, quienes se vean afectados por ello, deberán soportarlo en beneficio de la comunidad. Según Fayt esto no ocurrió en el caso bajo análisis, pues los datos informados en la revista “Tres Puntos”, carecían de relevancia pública, ya que pertenecían a la vida privada de una persona. Sin importar la veracidad o falsedad de dichos datos y, resultando indiferente el carácter público de la persona, lo relevante fue que la nota publicada implicó la intromisión en el reducto de intimidad del actor sin su aquiescencia.

En consecuencia, el pretor decidió que la Editorial Tres Puntos había violado el artículo 19 de la Constitución Nacional en perjuicio de la parte actora, fundando dicha decisión en el hecho que la disolución de un matrimonio a través de un proceso judicial no constituye la clase de controversia pública protegida por la extensión a particulares de la doctrina de la Real Malicia<sup>6</sup>, así como en la circunstancia de que la falta de reserva de identidad de las personas identificadas en la noticia publicada no es compatible con lo dispuesto por la normativa constitucional vulnerada – descartando la aplicación de la doctrina Campillay.

#### IV. DOCTRINA DE LA REAL MALICIA O ACTUAL MALICE

Es bien sabido en el ámbito jurídico que la doctrina de la Real Malicia o *actual malice*, es importada de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos - disintiendo así con quienes sostienen y arguyen que ella es la aplicación de una garantía constitucional<sup>7</sup> -,

---

<sup>6</sup> “[...] The Standard enunciated in *New York Times C. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, [...], is inapplicable to the facts of this case. Respondent was not a ‘public figure’, since she did not occupy ‘[a role] of especial prominence in the affairs of society’, and had not been ‘thrust... to the forefront of a particular public controversy in order to influence the resolution of the issues involved.’ The *New York Times* rule does not automatically extend to all reports of judicial proceedings regardless of whether the party plaintiff in such proceedings is a public figure who might be assumed to ‘have voluntarily exposed [himself] to increased risk of injury from defamatory falsehood.’ There is no substantial reason why one involved in litigation should forfeit that degree of protection afforded by the law of defamation simply by virtue of being drawn into a courtroom.” 424 U.S. 448, *Time, Inc. v. Firestone*, 02/03/1976.

<sup>7</sup> La constitución federal argentina establece una posición de privilegio al ejercicio de la libertad de expresión, pues impide la posibilidad de someterla a la censura previa en su artículo 14 conjuntamente con la imposibilidad del Congreso de la Nación de restringirla a través del artículo 32, a lo cual debemos agregar los Tratados y Declaraciones Internacionales sobre derechos humanos incorporados al plexo constitucional mediante la reforma de 1994. A esto hay que agregar que este derecho es condición sine qua non para la plena vigencia de un sistema constitucional democrático, pues la crítica a los funcionarios o figuras públicas envueltas en asuntos de interés social, le otorga un cierto nivel de indemnidad a algún sector de la sociedad en desmedro de otros con la finalidad de salvaguardar derechos fundamentales que son claves para el funcionamiento y mantenimiento del ordenamiento jurídico-político en el que coexistimos. Es por ello que bajo dichas circunstancias, el funcionario o figura pública cuyo actuar sea de interés público, ante la crítica de periodística, en caso de sentirse injuriado o vulnerado en su intimidad, honor, imagen, etcétera, debe probar que el medio actuó con intención cierta y deliberada de injurarlo o vulnerar cualquiera de sus derechos personalísimos, o al menos que lo hizo con temeraria despreocupación. ALÉN, Luis H., *La doctrina de la ‘actual malice’ o real malicia*, en ‘Anuario de Derecho a la Comunicación’, Buenos Aires, Siglo XXI de Argentina Editores, 2000, n° 1, pp. 175/6.

la cual nació dentro un clima social viciado y afectado por el secular arraigo de la segregación, especialmente en los estados del sur de los Estados Unidos<sup>8</sup>, junto a la circunstancia que los medios de comunicación se encontraban demandados por funcionarios sureños por cifras monetarias descomunales, proliferando así el número de litigios civiles por libelo. Consecuentemente, el Tribunal Supremo estadounidense se vio envuelto en un dilema del cual la única salida posible era frenar “el avance de condenas excesivas dictadas por las cortes estatales”<sup>9</sup>, caso contrario, la propia piedra angular de la democracia federal estadounidense, me refiero al derecho a la libertad de expresión<sup>10</sup>, se vería seriamente afectada, comprometiéndola.

Al haber determinado el origen foráneo de esta doctrina, surge el siguiente interrogante: ¿esta doctrina es relevante en el ordenamiento jurídico positivo argentino? En otras palabras, ¿es aplicable en el sistema normativo de corte federal que rige la República Argentina? No voy a adelantarme y dar una respuesta anticipada, por el contrario voy a intentar esbozar y desarrollar los fundamentos, a través de los cuales llegaré a una conclusión, sea cual fuere la misma.

El sistema estadounidense en materia de falsedades difamatorias fue evolucionando y tomando su forma actual a través de la jurisprudencia, poniendo como hito histórico primero la sentencia *New York Times Co. v. Sullivan*<sup>11</sup> - y posteriormente *Garrison v. Louisiana*<sup>12</sup> -, en donde se estableció que nadie puede ser condenado por daños ante comentarios lesivos a funcionarios públicos<sup>13</sup>, excepto cuando quien alega haber sido injuriado efectivamente pruebe que el medio actuó con conocimiento de la falsedad de la noticia o bien que actuó

---

<sup>8</sup> BIANCHI, Enrique T., *Los criterios del The New York Times v. Sullivan y su repercusión en la doctrina de la Corte Suprema*, en JA 1992, Tomo I, p. 565.

<sup>9</sup> BRUN, Carlos A., *El derecho al honor, la libertad de prensa y la doctrina de la real malicia*, en JA 1997, Tomo III, p. 608.

<sup>10</sup> “[...] it is a prized American privilege to speak one's mind, although not always with perfect good taste, on all public institutions, [...] and this opportunity is to be afforded for "vigorous advocacy" no less than abstract discussion [371 U. S. 415, *N.A.A.C.P. v. Button*, 14/01/1963]. [...] debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials [376 U. S. 254, *New York Times Co. v. Sullivan*, 09/03/1964].” 314 U.S. 252, *Bridges v. State of California*, 08/12/1941.

“Entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aún cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica.” CSJN, *Edelmiro Abal y Otros v. Diario 'La Prensa' s/Despido*, 11/11/1960, Buenos Aires, Tomo 248, p. 291, considerando 25.

<sup>11</sup> “[...] The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made [376 U.S. 254, 280] with 'actual malice' - that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not. [...] anyone claiming to be defamed by the communication must show actual malice or go remediless. This privilege extends to a great variety of subjects, and includes matters of [376 U.S. 254, 282] public concern, public men, and candidates for office.” 376 U.S. 254, *New York Times Co. v. Sullivan*, 09/03/1964.

<sup>12</sup> “[...] Debate on public issues will not be uninhibited if the speaker must run the risk that it will be proved in Court that he spoke out of hatred; even if he did peak out of hatred, utterances honestly believed contribute to the free interchange of ideas and the ascertainment of truth. Under a rule like the Louisiana rule, permitting a finding of malice based on an intent merely to inflict harm, rather than an intent to inflict harm through falsehood, it becomes a hazardous matter to speak out against a popular politician, with the result that the dishonest and incompetent will be shielded.” 379 U.S. 64, *Garrison v. Louisiana*, 23/11/1964.

<sup>13</sup> “[...] funcionarios públicos son aquellos que responden por los actos del gobierno. La categoría abarca a todos aquellos que, revistiendo la jerarquía de empleados gubernamentales, tienen o aparentan tener ante el público una responsabilidad sustancial en la determinación o control de las conductas y actos que se adopten en los asuntos de gobierno.” 383 U.S. 75, *Rosenblatt v. Baer*, 21/02/1966.

descuidadamente en relación con la verificación sobre si era falsa o no.<sup>14</sup> Este criterio, en fallos posteriores, fue extendido a aquellos personajes que, sin ser funcionarios públicos, presentaban un papel similar por su notoriedad y actividad<sup>15</sup>, es decir figuras públicas<sup>16</sup>, para ampliar su aplicación sobre aquellos casos en los cuales el asunto concernía al interés público general de la sociedad, sin importar que los protagonistas sean famosos o no<sup>17</sup>. Finalmente la Suprema Corte estadounidense puso un límite expreso a la extensión de la doctrina de la *actual malice*, determinando que la misma resultaba inaplicable en aquellos casos en los cuales eran involucrados particulares en cuestiones de interés particular, correspondiendo acreditar la prueba de la verdad de las declaraciones al demandado – responsabilidad objetiva<sup>18</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó por analogía este *standard*, creado a través de la jurisprudencia estadounidense, dentro de un marco histórico particular, el cual no era transplantable al ordinamiento jurídico argentino – las reglas de la Real Malicia fueron acogidas en nuestro sistema para tutelar el ejercicio de la libertad de prensa únicamente en su dimensión institucional y estratégica<sup>19</sup>, mientras que en su dimensión individual se aplica la doctrina Campillay -, en donde los cimientos del derecho positivo, así como el modelo normativo vigente, son diversos en relación con aquel estadounidense. No obstante ello, el

<sup>14</sup> “[...] esquematización que toma en cuenta los agrupamientos por: 1) Persona afectada por la publicación; 2) Interés público o privado comprometido en el asunto. A su vez relacionémoslos con los temas relativos a: 3) Quien debe probar los hechos (el actor, la falsedad o el demandado, la verdad); 4) Cuál es el factor atributivo de responsabilidad (objetivo o subjetivo. Dentro de este último – subjetivo – si basta la mera negligencia o, en cambio, es necesario probar algo más.

Persona	Interés	Hechos	Factor de Atribución
pública	público	actor prueba falsedad	conciencia de falsedad o temerario desinterés
particular	público	actor prueba falsedad	negligencia
particular	particular	demandado prueba verdad	objetivo

[...] en tanto haya materia de interés general en la publicación que se impugna como difamatoria [...], es el actor el que debe probar la falsedad de los hechos de la alegada difamación, sin diferencia en cuanto a la clase de persona afectada (pública o privada). Pero el tipo de persona tiene fundamental importancia en lo atinente al factor de atribución de la responsabilidad. La simple negligencia basta cuando se presenta la combinación persona particular-interés público, pero es insuficiente cuando hay persona pública más interés también público o genera. En este último supuesto, será preciso llegar a demostrar la conciencia de la falsedad del que hizo la manifestación, o su temerario desinterés en la verdad o falsedad.” BIANCHI, E., *ob. Cit.*, pp. 912/3.

<sup>15</sup> 388 U. S. 130, *Curtis Publishing Co. v. Butts and Associated Press v. Walker*, 12/06/1967.

<sup>16</sup> “Es figura pública aquella persona ampliamente conocida en la comunidad con motivo de sus logros, actos u opiniones y que, por tal razón, gravitan e influyen sobre los grupos sociales que, además de no permanecer insensibles frente a ellos, demandan el conocimiento de sus puntos de vista sobre una amplia gama de áreas sociales o temáticas. También son figuras públicas aquellas personas que, si bien carecen de una fama generalizada como en el caso anterior, se involucran en una controversia de relevante interés público, adquiriendo el carácter de figura pública aunque limitado al tema objeto de dicha controversia y en el marco restrictivo de ella.” BADENI, Gregorio, *Doctrina de la real malicia*, en LL 1997, Tomo B, p. 1190.

<sup>17</sup> 403 U.S. 29, *Rosebloom v. Metromedia*, 07/06/1971.

<sup>18</sup> 472 U.S. 749, *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 26/06/1985.

<sup>19</sup> El derecho a la libertad de expresión puede colisionar con otros derechos de igual jerarquía en las siguientes dimensiones: “dimensión individual [...] la eventual colisión que se produzca entre las libertades, y que no sea susceptible de ser resuelta mediante una armonización razonable, deberá ser solucionada, [...], ponderando las circunstancias de hecho de cada caso concreto. [...] La preferencia deberá ser acordada teniendo en cuenta las particularidades del hecho, los valores y necesidades en juego; dimensión institucional [...] recibe un trato jurídico preferencial, no para satisfacer una necesidad individual, sino para preservar el sistema político personalista. El ejercicio [...] no es absoluto, pero está impregnado de un valor jerárquico superior al asignado a los derechos subjetivos individuales que puedan ser razonablemente perturbados con motivo de su manifestación.” BADENI, G., *Las doctrinas “Campillay” y de la “real malicia” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, en LL 2000, Tomo C, p. 1244.

máximo Tribunal argentino sostuvo en un número finito de casos que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión actuaba como un medio de contralor de las instituciones y sus hombres, rindiendo servicio de inestimable valor para el afianzamiento y salud del sistema y las instituciones republicanas.

Por estas razones, consideró apropiada la introducción de la doctrina de la Real Malicia a nuestro sistema normativo, pues sostuvo que la misma 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 aún particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o la crónica, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas<sup>20</sup>. Evidentemente, resaltó que la importancia de esta doctrina se funda en la necesidad de evitar la autocensura<sup>21</sup>. En conclusión, el más Alto Tribunal argentino considera que este *standard* brinda una mayor protección a la crítica política, como forma de asegurar el debate libre en una sociedad democrática, no teniendo operatividad alguna frente a la noticia publicada con conocimiento o mediando indicios de su falsedad, ergo las declaraciones falsas o maliciosas no tienen valor concebible como palabra libre<sup>22</sup>.

A los efectos que la real malicia sirva de cable conductor de la responsabilidad del medio periodístico, es imperioso que la misma esté presente al momento de la publicación de la noticia. En otras palabras, “si se acepta la doctrina de la real malicia, debe aceptarse que ella debe ser acreditada al momento de la publicación.”<sup>23</sup> Procesalmente, hay que considerar que la incorporación de esta doctrina conlleva una inversión de la carga de la prueba sobre la base de la presunción que en sí la publicación no lesiona otros derechos de la personalidad – como a la intimidad, honor, imagen, integridad física, etcétera – de raigambre constitucional<sup>24</sup>. En definitiva la malicia real desplaza los fundamentos clásicos de la responsabilidad civil, estableciendo la presunción de veracidad de la información, y por consiguiente las cargas se desplazan hacia la parte requirente, o sea que esta regla impone al accionante probar y demostrar que el accionado obró con conocimiento doloso de la falsedad de sus manifestaciones o con temeraria imprudencia o desatención – *reckless disregard*<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> CSJN, *Héctor Rubén Costa v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y Otros*, Buenos Aires, 12/05/1987, Tomo 310, p. 508.

<sup>21</sup> CSJN, *Reyna Serruya de Sigal v. Caja de Prev. Social para Martilleros y Corredores Públicos de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contenciosoadministrativa*, Buenos Aires, 26/10/1993, Tomo 316, p. 2416.

<sup>22</sup> CSJN, Tomo 319, p. 2741.

<sup>23</sup> EKMEKDJIAN, Miguel A., *De nuevo sobre la ‘real malicia’ en la libertad de prensa*, en LL 1999, Tomo C, p. 232.

<sup>24</sup> MORELLO, Augusto M., *Libertad de prensa y responsabilidad civil (la legitimación de quien es ‘figura pública’ y la prueba de la ‘malicia real’ –‘actual malice’*, en JA 1992, Tomo I, p. 567.

<sup>25</sup> *Reckless disregard* significa que el accionante debe probar que la expresión fue hecha teniendo conocimiento de que era falsa (dolo directo) o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad, como manifestación de una indiferencia egoísta sobre la producción del hecho lesivo. La prueba de una conducta culpable resulta insuficiente, porque excluye la negligencia por más reprochable que pueda ser la conducta. La temeraria despreocupación presupone la existencia de elementos subjetivos que permiten acreditar que el autor, si bien no tenía conocimiento directo sobre la inexactitud de los datos aportados, era consciente de esa inexactitud por las circunstancias de hecho del caso concreto y, además, disponía de los recursos que le permitían verificar y sin mayor esfuerzo esa inexactitud. Sin embargo, a pesar de ese estado de conciencia, a pesar de saber que sus expresiones son objetivamente lesivas, y a pesar de saber que estaban fácilmente a su alcance los medios para confirmarla información, prescinde de ellos y decide exteriorizar los datos. Se integra con dos elementos: uno subjetivo (tener conciencia de la inexactitud) y

En el ordenamiento jurídico positivo argentino la jurisprudencia en el tema de responsabilidad por daños y perjuicios ha seguido, en un principio, los lineamientos de la atribución subjetiva de la responsabilidad y la culpa según las reglas de nuestra ley – artículo 1109 del Código Civil -, para posteriormente, abrirse camino a la atribución objetiva, contemplada en el artículo 1113 del Código Civil, por el riesgo de la cosa<sup>26</sup> y a la teoría del abuso del derecho – artículo 1071 bis del Código Civil. “Ninguna excluye a la otra. Tanto el factor subjetivo, como el objetivo o la teoría del abuso del derecho son herramientas válidas dentro del derecho privado para pretender un reconocimiento de la Justicia. En la medida que pueda ser materia de la etapa probatoria el elemento subjetivo del agente es eficaz la primera posición. En cuanto la circulación del papel impreso o una emisora de noticias sean cosas, habrá posibilidad de responsabilidad objetiva de sus dueños o guardianes. Finalmente, a quien por el hecho de ser noticia, no mida los efectos que converjan sobre infortunados terceros, sólo por apoyarse en el escudo protector de un paraguas normativo (¿derecho?), podrá considerársele responsable si abusó del fin que inspiró aquella redacción.”<sup>27</sup>

Como vemos el sistema para acreditar la responsabilidad del medio periodístico bajo el *standard* de la Real Malicia requiere al actor probar la temeridad o real malicia o culpa grave del medio, términos equívocos que no se adaptan a nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil vigente - según el Código Civil bastaría sencillamente acreditar la culpa o el dolo lisa y llanamente por parte del requirente, es decir la atribución de responsabilidad es “menos ceñida que la del conocimiento real”<sup>28</sup>. Consecuentemente, podemos observar como, a pesar de que la jurisprudencia nacional ha seguido los parámetros de la atribución subjetiva de responsabilidad, luego extendiéndola a aquella objetiva y finalmente al abuso de derecho, las normas civiles fueron distorsionadas siguiendo las expresiones del *common law* estadounidense. Por ende, la responsabilidad civil tiene que atenerse a las normas del Código o de otras leyes especiales, no advirtiendo que a través de ellas pueda afirmarse la doctrina de la Real Malicia, pues el damnificado no debe probar el conocimiento de la falsedad o de la injuria o bien la total despreocupación para verificar la verdad de una noticia o crónica, cuando hay elementos suficientes para presumir que esta carece de veracidad. Ergo, el asunto se limita al dolo o culpa comunes.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Como podrá deducirse de todo lo esbozado en el acápite anterior, mi opinión es contraria en cuanto a la conveniencia, relevancia o aplicabilidad de la doctrina de la *actual malice* dentro del ordenamiento jurídico positivo argentino, dando así una respuesta al interrogante planteado en esta nota. Estamos en presencia del “fetichismo de la xenofilia jurídica, esto es

---

otro objetivo (disponer de los medios para una verificación inmediata). Tales características, nos inducen a sostener que la “real malicia”, al margen del dolo directo, configura una hipótesis de dolo eventual, y no de culpa grave o gravísima; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1994, p. 155.

<sup>26</sup> CIFUENTES, Santos, *El honor y la libertad de expresión. La responsabilidad civil*, en LL 1993, Tomo D, p. 1163: “no es dudoso que los medios masivos de comunicación realizan una ‘actividad riesgosa’. No sólo corresponde atender a la expansión de las publicaciones, su vertiginosidad informativa, la penetración en todos los hogares y en todos los rincones, y la universalización de sus potencialidades a través de las refinadas técnicas que facilitan los instrumentos y la electrónica aplicadas a la difusión de noticias, [...] para introducirse con comentarios en cualquier parte del mundo, sino que en ciertos países como el nuestro, el peligro se acrecienta. [...] Estas circunstancias justifican una concepción que adelanta y previene la idea del riesgo creado y aprovechado y del cual se sirven los de la masa media.”

<sup>27</sup> ROMERO, Miguel A., *La real malicia y el divorcio de la Corte con el derecho propio*, en JA 1998, Tomo I, p. 725.

<sup>28</sup> CIFUENTES, S., *ob. Cit.*, p. 1162.



la incorporación automática, sin hacerla pasar por el tamiz de la razón crítica, de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, que ha sido criterio de nuestra Corte Suprema de Justicia desde sus primeros tiempos. Si bien nuestra Constitución tiene innegables elementos tomados de la Constitución de Filadelfia, el sistema del *common law* poco o nada tiene que ver con nuestro sistema del derecho continental europeo, derivado del derecho romano.”<sup>29</sup> No debemos olvidar que nuestro sistema jurídico no es el del precedente, ni tampoco la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia es jurisdiccionalmente obligatoria, sino que está caracterizado por leyes que formulan y desarrollan los principios aplicables en la resolución de conflictos normativos.

Ajenos a nuestro sistema jurídico y social fueron los motivos históricos, sociales, políticos y jurídicos que impulsaron a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos a sentar las bases de la teoría aquí discutida, todos ellos intransferencia a nuestra realidad pues son ajenos a nuestra tradición jurídica. Cuando el ejercicio del derecho a la libertad de expresión lesiona alguno de los derechos de la personalidad de un tercero, no deviene restringido por poner a cargo del demandado la prueba de su debida diligencia o de su inimputabilidad<sup>30</sup>, ergo no es razonable la aplicación y la inclusión de la doctrina de la Real Malicia en nuestro sistema jurídico positivo vigente. Concluyendo así, que las normas sobre responsabilidad que contiene el Código Civil de la Nación, son aptas para resolver los conflictos que se pueden suscitar ante el ejercicio del derecho a expresarse libremente en detrimento de otros derechos de raigambre constitucional, volviéndose así desproporcionada e irrazonable la aplicación del *actual malice standard* en el ordenamiento positivo argentino.

---

<sup>29</sup> EKMEKDJIAN, M., *El derecho a la intimidad y la libertad de prensa nuevamente en conflicto*, en LL 1993, Tomo E, p. 80.

<sup>30</sup> BRUN, Carlos A., *El derecho al honor, la libertad de prensa y la doctrina de la real malicia*, en JA 1997, Tomo III, p. 613.