La independencia judicial

Por Stephen G. Breyer

*Magistrado asociado a la Corte Suprema
de Justicia de Estados Unidos*

La transcripción siguiente incluye los comentarios hechos por el magistrado Stephen G. Breyer durante la *Cumbre Hemisférica sobre la Justicia y la Libertad de Prensa en las Américas*, y las respuestas a las consultas derivadas de su intervención.

Magistrado Stephen G. Breyer: Voy a hablar de la independencia judicial y la prensa. Mi propósito es hablar principalmente de la independencia judicial, pero concluiré hablando de la prensa.

Cuatro son los puntos que quiero destacar. Primeramente, ¿por qué la gran importancia de que haya independencia judicial? Segundo, ¿cómo intentamos alcanzar esa independencia en los Estados Unidos? Tercero, ¿con qué grandes obstáculos nos topamos? Cuarto, ¿quiénes son nuestros aliados naturales? Mis palabras girarán en torno de estas cuatro preguntas.

Primer punto: ¿Por qué ha de haber independencia judicial? Las razones fundamentales son sencillas; tienen que ver con la vida del ciudadano común y corriente. La independencia judicial es de importancia para él. Los ciudadanos ordinarios, como todos, desean prosperidad e independencia. Alan Greenspan ha señalado que la prosperidad exige inversiones; que las inversiones demandan seguridad financiera; y que la seguridad financiera precisa seguridad jurídica, es decir, cortes honradas y eficientes que hagan valer los contratos y que resuelvan equitativamente las disputas.

En lo que respecta a la libertad, todos sabemos que los jueces no pueden garantizarla pero que sí pueden ayudar a conseguirla. Tener cortes honradas e independientes significa tener jueces que resisten firmemente todo intento de imponer cortapisas a la libertad fundamental del ser humano. No siempre triunfan en ese empeño, pero la independencia les da la oportunidad de intentarlo.

Segundo punto: ¿Cómo hemos tratado de garantizar la independencia judicial en Estados Unidos? Contamos con un número de instituciones que nos ayudan en esta tarea. Nuestra constitución garantiza que los cargos de los jueces sean vitalicios. Thomas Jefferson se quejaba de nuestra Corte Suprema: los miembros de la Corte Suprema de Estados Unidos, decía Jefferson, ¡nunca se jubilan y nunca se mueren!

La constitución también garantiza un sueldo "que no habrá de reducirse". Esa terminología viene a ser una garantía parcial, aunque la inflación haya reducido su valor. El Congreso también nos da recursos suficientes para realizar nuestra labor de manera efectiva.

La inamovilidad, el sueldo y los recursos son necesarios para la independencia judicial en todos los países y no únicamente en Estados Unidos. Al decidir los casos que llegan ante ustedes, es preciso tener la certeza de que no se les va a someter a juicio político en un futuro, cuando los que estén en el poder no estén de acuerdo con los resultados. A menos que se cuente con esa seguridad, es imposible fallar un caso con justicia.

Esto es algo que nos demoramos mucho tiempo en aprender en Estados Unidos. En los primeros años de esta república, uno de nuestros presidentes y denodado campeón de la libertad, Thomas Jefferson, estimó que sería buena idea destituir a los jueces que se oponían a su punto de vista político. No lo logró, y el hecho de que haya fracasado en ese intento sirvió para consolidar la independencia judicial.

Tenemos también otras instituciones. Contamos, por ejemplo, con una autoridad disciplinaria independiente en el poder judicial. No puede destituir a los jueces; eso es algo que úni-

camente el Congreso puede hacer. Pero sí puede imponer medidas disciplinarias sin llegar al juicio político. Tenemos nuestro propio sistema de administración judicial. Y lo que es de igual importancia: nos esforzamos por darle al público confianza en nuestra probidad, por asegurarle que realizamos nuestra labor como es debido. Al igual que mis colegas de la judicatura, tengo la obligación de dar a conocer públicamente todos los años hasta el último centavo que devengo, hasta el último centavo que mi esposa gana, hasta el último centavo que mis hijos menores puedan haber ganado durante el año, todos los regalos que he recibido, todos los activos que poseo y todas las obligaciones que he contraído. La prensa de inmediato publica artículos sobre la cantidad exacta de dinero que tengo a mi haber. Tal vez resulte molesto, sí; pero es absolutamente necesario. Es necesario para que el público tenga confianza en el poder judicial. El público sabe que la prensa tratará de obtener toda la información pertinente. Si esa información económica está a la disposición de todos, y si la prensa escribe sobre ella, el público tiene cierta garantía de que hay honradez y probidad en el poder judicial. El público también debe tener cierta garantía de que los jueces realizan su labor de manera efectiva y deciden los casos con justicia. Ello significa también que los costos de litigación no pueden ser tan altos que le veden al ciudadano común y corriente el acceso al juzgado.

Nuestro sistema dista mucho de ser perfecto. Con todo, nos hemos esforzado por crear instituciones que ayuden a garantizar que los jueces sean honrados, que realizan su labor como es debido, que juzgados y tribunales sean razonablemente públicos, y que la persona ordinaria tenga la oportunidad de que se la oiga y se le resuelva su caso. Nos falta un largo trecho que recorrer para alcanzar estas metas. Pero no debemos cejar en nuestro empeño de llegar a ellas.

Tercer punto: ¿Cuál es el obstáculo más difícil que afronta la independencia judicial? En mi opinión, el obstáculo más difícil es el que precisa varios decenios para salvarlo. Es un obstácu-

lo que tiene que ver con la confianza pública. Permítanme citar algunos ejemplos sacados de nuestra propia historia.

En 1834, la Corte Suprema falló el caso de *Worcester contra Georgia*. La tribu de indios cherokees era dueña de tierras en el norte del Estado de Georgia que estaban garantizadas por tratados con Estados Unidos. Sucedió que se descubrieron yacimientos de oro en esas tierras. Los vecinos de la tribu, los ciudadanos de Georgia, invadieron el territorio indio para apropiarse del oro. Los cherokees eran nación muy civilizada; contaban con su propio alfabeto y escuelas; eran campesinos y gozaban del amparo de una constitución. "Debemos buscarnos un abogado", dijeron. Y contrataron al abogado de más renombre de esa época, William Wirt, que había sido procurador general. Wirt radicó un pleito, *Worcester contra Georgia*, que finalmente llegó ante la Corte Suprema. En dictamen unánime, la Corte Suprema falló que las tierras no pertenecían a los ciudadanos de Georgia. Pertenecían a los indios y estaban garantizadas por tratado. El gobierno federal había prometido que los indios podrían conservar las tierras en perpetuidad, y los ciudadanos de Georgia tenían que abandonarlas. ¿Qué sucedió? Se dice que, refiriéndose a la decisión de la Corte Suprema, el Presidente de Estados Unidos, que a la sazón era Andrew Jackson, dijo: "John Marshall" (el presidente de la Corte Suprema) "ha tomado su decisión; que la haga cumplir". Y el presidente Jackson despachó tropas a Georgia, no para auxiliar a los indios sino para desalojarlos. Las tropas obligaron a los indios a abandonar Georgia. Los indios cherokees siguieron lo que se ha conocido desde entonces como el Camino de las Lágrimas hasta llegar a Oklahoma donde sus descendientes han vivido hasta el día de hoy. Mantengan presente esta historia.

El segundo caso, *Cooper contra Aaron*, se falló más de un siglo después. La Corte Suprema de Estados Unidos tuvo que considerar la ejecución del dictamen de 1954 en el caso de *Brown contra la Junta de Educación*. En ese caso, como ustedes saben, se falló que la constitución de Estados Unidos prohíbe la segregación racial. *Cooper contra Aaron* se susci-

tó porque un gobernador de Arkansas dijo: "La Corte Suprema no me va a decir lo que tengo que hacer", y se apostó frente a la puerta de una escuela, con tropas estatales, para impedir que niños negros entrasen en una escuela de blancos. En *Cooper contra Aaron*, la Corte Suprema falló unánimemente que tenía que permitirse el ingreso de los niños al colegio. El presidente Eisenhower despachó paracaidistas para hacer cumplir el mandamiento de la Corte. Tal vez había aprendido del mal ejemplo dado por Andrew Jackson un siglo antes, porque esta vez los soldados no fueron a desafiar a la Corte Suprema sino a hacer cumplir su dictamen. Con la ayuda de los paracaidistas, los escolares negros franquearon las puertas de esa escuela de blancos. Los jueces no pudieron haber desegregado al Sur por sí mismos. Fue necesario un gobierno que estuviese dispuesto a despachar soldados para hacer cumplir el mandamiento de los magistrados y hacer posible que esos niños entrasen en la escuela.

Consideren ahora lo sucedido el año pasado cuando nuestra Corte decidió el caso de *Bush contra Gore*. Piensen en ese caso, o en centenares de otros que tienen que ver con cuestiones tan polémicas como el aborto, la oración en las escuelas, cuestiones que dividen al país y que inflaman las más vivas emociones.

Lo que me parece especialmente notable de esos casos es que, a pesar de las opiniones encontradas y de las pasiones que despiertan, nadie duda de que el país acatará la decisión de la Corte. Eso es algo muy notable. Es el destilado de 200 años de experiencias que incluyen una guerra civil y 80 años de segregación racial. Paulatinamente, el público llegó a entender la importancia de acatar los fallos judiciales, incluso aquéllos con que está en profundo desacuerdo.

Las conferencias y las reuniones no pueden, por sí solas, crear el hábito de obediencia al imperio de la ley. Lo que queremos lograr es el entendimiento por parte de personas que no son jueces, periodistas ni abogados sino más bien ciudadanos comunes y corrientes de que su libertad y su prosperidad dependen en parte del acatamiento de las decisiones judiciales de

una judicatura independiente, aun cuando esas decisiones, desde el punto de vista de esos ciudadanos, estén totalmente erradas. Los jueces, créamelo, no somos oráculos. Cometemos muchos errores.

Y ¿quiénes son nuestros aliados en la tarea de fomentar el entendimiento público de la importancia de la independencia judicial, del respeto de las instituciones judiciales, y del hábito de acatar el imperio de la ley? Tenemos dos grandes aliados.

El primero de ellos es un gremio independiente de abogados. Necesitamos un gremio independiente que explique la importancia de los recursos, la inamovilidad y el sueldo. Si los propios jueces intentaran explicar esa necesidad, el público pudiera escucharles cortésmente y seguir como si nada hubiese pasado. El público pensaría para sí: "Todos tenemos problemas y, francamente, los jueces, o por lo menos muchos de ellos, tienen menos problemas que la generalidad de las personas". Los recursos, la inamovilidad y el sueldo son importantes, pero los jueces no podemos ser quienes se lo digan al público. Es el Colegio de Abogados, el gremio profesional, quien debe explicar que los jueces los necesitan, no para ellos, sino para los demás. Es el Colegio de Abogados quien debe explicar a los jóvenes de bachillerato, a los adultos de la comunidad, por qué es importante tener un poder judicial independiente y por qué, desde el punto de vista del público, un poder judicial independiente ayuda a garantizar tanto la prosperidad como la libertad. Nadie es profeta en su tierra. Necesitamos que el gremio profesional también le explique al poder legislativo lo que se precisa para mantener una institución judicial firme y robusta.

Nuestro segundo aliado es la prensa. Necesitamos a la prensa. La prensa, claro está, frecuentemente dice cosas con las que no estamos de acuerdo, cosas que, para decirlo sin ambages, no nos hacen la menor gracia. Pero, a fin de cuentas, la prensa puede ayudar a persuadir al público de la necesidad de tener un poder judicial independiente, de que la institución es proba y digna, y de que el poder judicial precisa los recursos

necesarios para poder servir al público como es debido. La prensa no es siempre exacta en sus apreciaciones. Pero es imperativo que tenga la libertad de decir lo que quiera. La prensa no merece crédito a menos que goce de la libertad de poder ser crítica, aun cuando a veces se equivoque.

Estimo que la prensa y el poder judicial son instituciones diferentes pero con propósitos comunes. Son, en cierto sentido, mellizas; a veces riñen entre sí, pero son mutuamente indispensables. La semana pasada leí un discurso pronunciado por Gerhard Casper, ex Presidente de Stanford University. Es alemán y creció durante los primeros años de la posguerra. Relataba que, en sus años mozos, tuvo una maestra que estuvo a punto de perder la vida a manos de los nazis, hasta que los aliados la pusieron en libertad. No solía hablar mucho de la época nazi. Un día sus estudiantes le preguntaron: "¿Por qué no nos habla de esos tiempos? ¿Por qué no nos dice lo que sucedió?" Respondió: "No es porque haya estado de acuerdo con el régimen. Es más, los nazis casi me mataron. Pero les voy a relatar un acontecimiento que jamás he podido olvidar. Corrían los últimos años de los treinta; ví a un camión estacionado en la calle y a varios policías que obligaban a un grupo de judíos a subir a él. Me acerqué a los policías y les pregunté: "¿Qué hacen? ¿A dónde les llevan?" Uno de los policías se volteó y me espetó estas palabras: "Si lo quieres averiguar, móntate tú también".

¿Ven por qué la prensa es necesaria? Por la prensa nos enteramos de lo que sucede. Si existe la prensa, tal vez lo que ocurrió en la Alemania nazi no suceda en otros países. Y ésa es también la razón de ser de un poder judicial independiente. Por eso es que digo que son gemelos. Los dos son valladares que se interponen en el camino de esos nefastos camiones, que impiden que tengamos que preguntarnos quiénes son sus pasajeros y a dónde les llevan.

Por eso es que su proyecto es de inmenso valor. Gracias por haberme invitado a acompañarles en el día de hoy.

Dr. Horacio Aguirre: Congratulaciones por su brillante

exposición. Quiero hacerle una pregunta relacionada con la Primera Enmienda de la Constitución, que tiene todo el respaldo y el entusiasmo ideológico de la prensa libre y de los ciudadanos libres de los Estados Unidos y de cualquier parte del mundo. Sin embargo, quiero hacerle una observación, o una pregunta, por razón de mi ignorancia con respecto a eso: hay la percepción de que es muy difícil saber cuántas cosas se van a incluir dentro del concepto de la Primera Enmienda, que no tiene más que cinco líneas, aproximadamente, sobre la libertad de expresión, sobre la libertad religiosa y el derecho de reclamar en público a las autoridades lo que el público quiere. Sin embargo, en cualquier momento, a la sombra de la Primera Enmienda sale una sentencia de la Corte Suprema de Justicia porque se interpreta que lo que es objeto de la consulta o del caso, cae dentro de la Primera Enmienda, como la libertad de expresión. Es decir, de repente puede salir una persona desnuda a las calles y dice que se está expresando y que, por consiguiente, la Primera Enmienda la protege. Digo, eso es un ejemplo, nada más. ¿Hay algún límite, hay algo? Porque he encontrado personas que me dicen no se sabe hasta dónde puede llegar —más allá de lo relativo a lo indispensable de la libertad de expresión—, hasta dónde puede llegar la interpretación de esa Primera Enmienda.

Magistrado Breyer: En este país, durante la Primera Guerra Mundial, un periódico opuesto a la conscripción, es decir, al servicio militar obligatorio, publicó una caricatura en que se veía a un grupo de grandulones toscos y feos, identificados, si mal no recuerdo, como "La Conscripción" pisoteando a una inocente mujer. Al director del periódico se le condenó penalmente por haber publicado esa caricatura. Encarcelar a ese director por ese motivo es hollar la libertad de expresión. Permitirle al director publicarla es la esencia misma de la libertad de expresión.

Pasaron decenios antes que la Corte Suprema de Estados Unidos pudiera dejar en claro que la libertad de expresión y la

libertad de prensa nos protegen de esa clase de violación clara y manifiesta. Desde ese entonces, el principio de la libertad de expresión ha trascendido su concepto esencial. Al llegar a la periferia del concepto encontramos casos que suscitan discrepancias. ¿Se infringe la libertad de expresión con una ley que regula los establecimientos en que bailan personas desnudas? Yo concurrí con el dictamen que falló que no, que esa ley no infringe la libertad de expresión.

Supongamos que un ladrón de bancos roba mil dólares a punta de pistola, diciendo al mismo tiempo: "Lo hago para expresar mi hostilidad a la sociedad". No creo que haya juez que interprete las palabras "libertad de expresión" de manera de amparar a ese asaltante. Hay muchos casos intermedios, casos que plantean cuestiones difíciles en la frontera misma de la jurisprudencia de la Primera Enmienda. Supongamos que un juez se postula para su cargo. En algunos Estados, los jueces son elegidos. ¿En qué medida significa la libertad de expresión que el Estado debe permitir que el juez hable de los casos que están pendientes ante él? Hemos considerado casos relacionados con los límites que se quiere imponer a las contribuciones a las campañas políticas. Hemos considerado casos que tienen que ver con pornografía. Hemos considerado numerosas clases muy difíciles de casos fronterizos. No puedo decirle categóricamente qué viola, o no viola, la Primera Enmienda. Y no es que yo quiera ser difícil; es que la cuestión lo es.

Sr. Miguel González: Más que una pregunta, yo quisiera compartir un comentario respecto de lo que usted ha dicho en el sentido de que, siguiendo a un profesor español de derecho de la información, yo he enseñado en Chile a jueces algo muy similar a lo que usted ha dicho cuando dice que la prensa y el poder judicial son gemelos. Yo he dicho —y como digo, no es un pensamiento original— que son colegas. ¿En qué sentido? En el sentido de que si nos vamos a la teoría clásica, el periodista, cuando entrega una información al público, está llevando algo que le pertenece al público, se lo está entregando, y por lo tan-

to está haciendo un acto de justicia en su vertiente, de justicia distributiva.

El juez también hace un acto de justicia en su vertiente de justicia conmutativa, es decir, vuelve a la partes al equilibrio que tienen que tener. Por lo tanto, cuando yo les digo a los magistrados que los periodistas son también personas que ejercitan la justicia, muchas veces recién empiezan a valorar el trabajo de la prensa porque comprenden que está basada también en el mismo criterio en que ellos se basan. Es decir: darles a los demás lo que les pertenece.

Yo no sé si de alguna manera se ha tomado desde este punto de vista esta relación aquí en Estados Unidos.

Sr. Miró Quesada: Yo quisiera hacer una pregunta relacionada a la privacidad desde dos puntos de vista. Uno: la privacidad en relaciones normales en las cuales de alguna manera se afecta la privacidad de la persona en cuanto a las publicaciones de prensa, evidentemente el que tenga una mayor o una menor exposición pública. Esos son casos normales. Un segundo aspecto de la privacidad en casos más críticos, como, por ejemplo, la falta de acceso a la información en situaciones como de guerra. ¿Cuál es su opinión en esos casos?

Magistrado Breyer: La intimidad o privacidad va a ser una de las cuestiones más difíciles que vamos a tener que considerar. La intimidad es de suma importancia para la persona como cuestión de dignidad humana. Al mismo tiempo, muchas veces está reñida con la libertad de expresión. Hoy es posible escuchar conversaciones por teléfonos celulares que se suponía fuesen privadas. Es posible tener cámaras, para fines de seguridad, que vigilan lo que sucede en todos los sitios públicos. Es posible dejar constancia de todo cuanto alguien teclea en una computadora. Y es posible grabar los resultados, catalogarlos y volverlos a ver más tarde. Ése es un gran cambio tecnológico que afecta drásticamente las posibilidades sobre la intimidad que las personas esperan en su vida cotidiana.

na. Si hay libertad absoluta para hacer todas estas cosas, la intimididad dejará de existir.

Al mismo tiempo, y ello no debe ser sorpresa, los periodistas, emprendedores que son, no ponen reparos al uso de métodos que invaden la intimididad si con ellos pueden lograr un artículo más interesante. No se puede esperar que no lo hagan.

En esas circunstancias, ¿dónde se encuentra la Corte? Pues la Corte se ha visto ante algunos casos muy interesantes en que todavía no hemos formulado reglas firmes. Por ejemplo, consideramos si era lícito que la policía utilizara una máquina que, apuntada al exterior de una casa, leía el calor que se generaba dentro de ésta. Al registrar el calor que emanaba de la casa, la policía podía determinar si había alguien adentro fumando marihuana. La interrogante jurídica que se planteaba era si ese tipo de vigilancia sin mandamiento judicial constituía allanamiento irrazonable. Nuestra Corte falló que sí lo constituía. Acudir ante un magistrado para solicitar una orden de allanamiento no es un requisito demasiado oneroso para la policía si tiene razones para pensar que se está fumando marihuana en el interior de esa casa. Pero si no tiene razones para sospechar de actividades delictivas, nuestra opinión es que no debe permitírsele a la policía llevar a cabo ese allanamiento.

Otro ejemplo tiene que ver con una ley que decía que nadie puede escuchar subrepticamente una conversación privada si no tiene mandamiento judicial que se lo permita, y que nadie, a sabiendas de que se ha interceptado una comunicación, puede divulgar lo que en ella se dijo. Dos personas conversaban sobre algo de gran interés noticioso. Otro particular —un vecino, digamos— escuchó su conversación y la grabó. Acudió entonces a una estación de radio y a un periódico. La estación de radio transmitió la grabación de la conversación y el periódico local publicó el contenido de la grabación. ¿Ha violado la ley la estación de radio? ¿Está amparada la acción del periódico por la libertad de expresión?

Este caso fue difícil. La prensa recibió la información de forma inocente. Por otra parte, la divulgación de esa informa-

ción violó la intimidad personal amparada por la ley. Fallamos que la emisora estaba amparada por la constitución, pero algunos magistrados recalamos que la estación había actuado inocentemente. Si la emisora o el periódico hubiesen sido menos inocentes, tal vez el resultado habría sido distinto. Algunos magistrados vacilamos en decidir con demasiada rapidez. ¿Por qué? Porque la tecnología cambia a pasos agigantados. Vamos a ver qué pasa.

Sr. Eugenio Herrera: Quisiera preguntarle cuál es su recomendación u opinión con relación a lo siguiente: tenemos una inercia positiva en muchos países en Latinoamérica hacia la apertura en la información pública. ¿Qué piensa usted y qué recomienda a los países que tienen un sistema escrito y por lo tanto, cerrado, con poco escrutinio por parte de la ciudadanía?

Magistrado Breyer: El hecho de que la mayor parte de sus actuaciones son por escrito no significa que lo que hacen es secreto. Francia tiene un sistema judicial cuyas actuaciones son por escrito en su mayoría. Los sistemas latinoamericanos siguen el modelo napoleónico. Dependen mucho más que nosotros de las actuaciones escritas. Pero el poder judicial que trabaja por escrito puede ser bien transparente porque los escritos que se elevan al juez pueden hacerse de conocimiento público. El fallo o la sentencia escrita también puede hacerse pública. Cuando el público puede someter a escrutinio lo que entra y lo que sale, ya tiene conocimiento de la mayor parte de lo que ocurre en un sistema judicial – aunque nadie puede escudriñar mis pensamientos. Estimo que es posible conciliar un sistema de actuaciones escritas con un sistema abierto y razonablemente transparente.

* * *

Sr. Miró Quesada: A continuación en el siguiente panel, el moderador será el Sr. Oliver Clarke, de *The Gleaner*, de Kings-

ton, Jamaica. El Sr. Clarke ha sido presidente de la SIP.

Sr. Oliver Clarke: Queda abierta la sesión a las preguntas que el público desee hacerles a los miembros de este distinguido panel. Cuando hagan sus preguntas, sería muy útil si pudieran distinguir mentalmente entre las preguntas y las declaraciones enjundiosas. Veamos a quiénes quieren dirigir sus preguntas.

Sr. Aldo Zucolillo: Una pregunta que quiero dirigir, si me permiten, al Dr. Breyer y al Dr. Góngora.

Sucede, Dr. Góngora, que hay una diferencia muy importante entre un juez y un periodista. Al juez le paga el salario el Estado. Al periodista le paga el medio en que trabaja. Si se desacredita el juez, no pasa nada y sigue cobrando su sueldo. Si se desacredita el periodista, desacredita a su medio, que es mantenido por los lectores; el diario quiebra y el periodista se va a la calle. Entonces hay una gran diferencia.

En la parte de la crítica de los periodistas a los magistrados judiciales: en la época de las dictaduras, la justicia estaba militarizada; en la época de las democracias, la justicia está politizada. Entonces, ésta es mi pregunta para el Dr. Breyer: ¿hasta dónde pueden los magistrados judiciales tolerar las críticas de los periodistas sin ejercer represalias contra ellos?

Magistrado Breyer: En lo que a mí respecta, la crítica de los jueces no tiene límites. Que critiquen. No tomamos ni debemos tomar medida alguna contra los periodistas. Ello no significa que el periodista tenga la razón; sucede con mucha frecuencia que la prensa se equivoca. Tal vez sea irritante, pero ése es el precio que debemos pagar por una prensa libre.

La regla básica en Estados Unidos es que la prensa puede decir lo que le venga en ganas de un juez. A fin de cuentas, en todo caso el abogado que gana cree que es magnífico abogado; el que pierde cree que el juez es un tonto. Y si a los jueces no les agrada esa situación, mejor que se dediquen a otra profesión.

Ése es el mundo en que vivimos.

Srta. Elizabeth Vargas: En Colombia, tanto aplicar la justicia como ejercer la profesión periodística resulta riesgoso. Pregunto al magistrado Breyer ¿Cómo han afrontado ustedes esta crisis para que tanto los unos como los otros puedan cumplir cabalmente con su objetivo? Esa es una; la segunda es: ¿hasta qué punto los periodistas, con las investigaciones que realizamos, estamos aportando a la justicia? ¿Cómo reciben esto los jueces, estas investigaciones que muchas veces les dan luces a ustedes para que cumplan su trabajo?

Magistrado Breyer: Sé que tienen ustedes terribles problemas de seguridad en Colombia; todos admiramos a los jueces, que han venido prestando sus servicios en circunstancias difícilísimas. Hay muchos colombianos, funcionarios y periodistas también, muy valientes. Podemos considerarnos dichosos en Estados Unidos de no haber tenido que afrontar esa situación. Después del 11 de septiembre se han tomado más medidas de seguridad, pero ni aun así afrontamos la clase de problema que les aqueja a ustedes.

Cuando se realiza una labor periodística responsable, que descubre una injusticia y la lleva ante los tribunales, estimo que ese periodismo es muy útil; creo que la mayoría de los jueces comparten mi criterio. Me vienen a la mente casos en que esa actividad periodística sirvió para corregir graves injusticias. Y cuando el periodismo no es todo lo exacto que debiera serlo, los motivos suelen ser la ignorancia y la mala fe.

Hemos llegado a la conclusión de que es bueno alentar a los periodistas judiciales a que lleguen a ser especialistas bien informados. Lamento que su grupo no sea más numeroso. Cuando hay más periodistas, la tendencia es a la especialización, y los tribunales se benefician enormemente cuando los periodistas que atienden sus actividades son especialistas en asuntos jurídicos. Deben ver ustedes la diferencia que existe entre los artículos sobre la Corte Suprema de Estados Unidos que escribe

ese puñado de reporteros profesionales que pasan buena parte de su tiempo en nuestra sala de prensa, y los que escriben los reporteros que de vez en cuando se interesan por un caso que viene ante la Corte. Es algo así como el día y la noche, la historia y la novela.

No tratamos de granjearnos la simpatía de los periodistas que trabajan con nosotros. No les concedemos entrevistas especiales. Vemos a los periodistas de vez en cuando y les hablamos de nuestro trabajo en términos generales. Pero no les damos información reservada sobre los casos que estamos considerando. Ellos se encargan de hacer su propio trabajo: en el sótano, leyendo expedientes y archivos; en las salas, escuchando los argumentos de los abogados; y escribiendo profesionalmente sobre los dictámenes de la Corte. Digo esto porque creo que muchos malentendidos surgen en los casos en que los jueces leen los reportajes de periodistas menos conocedores de la ley y no los de los que se han especializado en la materia. Estimo que es muy bueno para nosotros contar con un grupo de especialistas altamente profesionales aquí mismo en nuestro edificio.

Sr. Jairo Lanao: Mi pregunta va dirigida al magistrado Breyer. En este día y medio de conversaciones, una de nuestras principales inquietudes ha sido la eliminación del delito de libelo penal que existe en los códigos de la mayoría de los países latinoamericanos y hasta en algunos del Caribe. Hay una tribuna mundial para el debate de este asunto. Me gustaría saber su opinión acerca de la posibilidad de que se encarcele a un periodista por sus críticas, aplicándole las leyes de libelo penal e injurias que existen en alrededor de 17 países de este hemisferio. Creo que es un tema de interés para todos y nos gustaría conocer su parecer.

Magistrado Breyer: Tal vez quiera usted que le diga que todas son malas. Pero la realidad es que no conozco las leyes de otros países. Sé que aquí no metemos a nadie preso por cri-

ticar a un juez, ya sea que se trate de un periodista o de otra persona. Nuestra Primera Enmienda es categórica en ese respecto. A veces existe tensión entre la Primera Enmienda y los derechos del acusado. Pero esa tensión no se resuelve metiendo a un periodista ni metiendo a nadie en la cárcel por haber criticado a un juez. Eso es algo que, sencillamente, no se hace. Tal vez haya habido algún caso aislado en que eso sucedió. Pero si es así, el caso es tan raro que no conozco ningún ejemplo.

Sr. Clarke: Magistrado Breyer, ¿cómo se siente cuando otro juez le critica?

Magistrado Breyer: La crítica es normal. Ejercemos una profesión. No hay ninguna regla que prohíba criticar a los jueces de los tribunales superiores. No se castiga a la persona que critica. La crítica severa es rara sencillamente porque los jueces entienden la dificultad de la labor judicial y tienden a respetar los puntos de vista de sus colegas. La crítica severa no es normal. No obstante, recuerdo casos en que un juez ha escrito artículos para la prensa en que expresa la opinión de que la Corte Suprema ha errado gravemente. El artículo se ha publicado y su autor no ha sufrido consecuencias adversas. Me inclino a no estar de acuerdo con la crítica, pero la crítica es parte de la vida.

Libertad de prensa e independencia del poder judicial

Gregorio Badeni

Abogado argentino constitucionalista y autor de numerosos libros sobre libertad de prensa.

La seguridad jurídica, a la luz de una visión estática de los sistemas políticos, tal como fue presentada por la clásica Escuela Alemana de Ciencia Política a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, es, fundamentalmente, un objeto del sistema a cuyo logro debe apuntar la actividad de los gobernantes. Consiste en la consolidación del Estado de Derecho y de la convivencia social armónica en el marco de la ley.

Se trata de un enfoque que, en su momento, configuró un aporte importante para la tipificación del ordenamiento jurídico. Sin embargo, debido a su contenido esquemático y teórico, fue, en muchas oportunidades, desarticulado en la práctica atendiendo a la finalidad que tuvieron sus autores. A lo largo del siglo XX, diversos regímenes políticos implementaron las reglas del Estado de Derecho y una convivencia social armónica en el marco de una ley, pero sobre la base de una concepción autocrática. La autocracia genera seguridad; ella es impuesta coactivamente por la ley positiva; pero responde a una concepción ideológica donde las personas solamente disfrutaban de las libertades que les conceden los gobernantes. En esa ideología, la libertad natural y el pluralismo no son aceptables porque resquebrajan el principio de la uniformidad y el orden impuesto por los detentadores del poder.

Los riesgos que acarrea una aplicación esquemática del Estado de Derecho y del positivismo que lo nutre, determinó que, paulatinamente fuera sustituida semejante doctrina, de manera al menos parcial, por otra concepción naturalista y democrática. Por una con-

cepción dinámica del sistema político donde, la seguridad jurídica, ya no es un objeto del sistema sino un medio para la concreción de una vida en libertad. No en libertinaje, sino en una libertad responsable acorde con los valores que conforman la naturaleza humana. En este enfoque, la seguridad jurídica consiste en la efectiva concreción de un conjunto de garantías jurídicas forjadas para la plena vigencia de la libertad y dignidad con las cuales la Providencia honró al ser humano.

Concebida la seguridad jurídica desde este ángulo dinámico, su relación con la prensa resulta manifiesta.

Queda claro que nuestra unidad de análisis no es la de un sistema político autoritario, sino un sistema democrático constitucional. Hablar de seguridad jurídica con una visión dinámica de la vida social, y de medios de prensa pluralistas en un sistema autoritario, es una utopía. En cambio, en una democracia constitucional, es un presupuesto indispensable del sistema político.

En este sistema, las funciones de la prensa se pueden sintetizar en las siguientes:

1) Difundir hechos y opiniones generados por terceros para satisfacer el derecho a la información de la comunidad.

2) Formular opiniones propias que pueden, o no, gravitar o ser aceptadas por sus destinatarios.

3) Educar mediante la información y difundir los más variados aspectos culturales de la humanidad.

4) Colaborar, mediante la modalidad del periodismo de investigación, y sin entorpecer la actuación de los organismos gubernamentales, en el esclarecimiento de hechos delictivos, actos de corrupción u otros de significativo interés social por los perjuicios que pueden acarrear para la comunidad.

5) Defender las instituciones democráticas y el fiel cumplimiento de los preceptos constitucionales.

6) Asumir, cuando es necesario, el rol de los grupos políticos de oposición formulando críticas a la gestión gubernamental.

7) Reflejar las manifestaciones de los grupos sociales de opinión pública, aunque no coincidan con la doctrina que subyace en la línea editorial del medio de prensa.

8) Ejercer un control extra poder sobre el gobierno y los grupos sociales.

Los medios que requiere una prensa libre e independiente, para cumplir cabalmente tales funciones, son, básicamente, los siguientes:

1) Incrementar constantemente la capacitación técnica, cultural y ética de los periodistas.

2) La propiedad privada sobre los medios de prensa. La experiencia revela que, la estatización de los medios de prensa desemboca, tarde o temprano, en su sometimiento a las exigencias del gobierno de turno.

3) La abolición de toda forma de censura, ya sea directa o indirecta.

4) Dotar a la empresa periodística de una sólida estructura económica. Sin esa base, no puede subsistir una auténtica prensa independiente en el siglo XXI.

5) Permitir la integración de los diversos medios técnicos de comunicación social, como requisito indispensable para posibilitar su desenvolvimiento eficiente en el marco de los asombrosos progresos tecnológicos registrados en el curso de los últimos años, y los que se avecinan.

Contando con tales medios, la sociedad aspira a que la prensa moderna cumpla con aquellas funciones obrando con:

1) Seriedad en la información de los hechos e ideas.

2) Veracidad, en el sentido de no tergiversar la realidad -aunque sea aparente-, actuando con mala fe o negligencia manifiesta.

3) La suficiente sensibilidad profesional para no ocasionar daños innecesarios a los particulares y a la sociedad.

Tales comportamientos son los que determinan la credibilidad de la prensa ante su juez supremo: el público.

En efecto, cuanto mayor sea la responsabilidad en el ejercicio de la actividad periodística, mayor será su credibilidad. Una situación similar se presenta con el Poder Judicial. Con un corolario común: la pérdida de credibilidad corroe los cimientos del Poder Judicial y, por añadidura, del sistema democrático y, en el caso de los medios de prensa, acarrea una sanción social que se traduce en una partida de defunción por la pérdida de lectores, oyentes o televidentes. ¿Cuán-

tos medios de prensa, cuántos periodistas que en su momento gozaron de gran popularidad, pasaron al olvido porque, al no ser responsables, perdieron credibilidad?

En un sistema pluralista, donde se desenvuelve una amplia cantidad de medios de prensa independientes en su línea editorial, ellos cumplen el rol de un espejo. De un espejo que procura reflejar la realidad, aunque ella nos disguste. De una realidad que, al ser conocida por el público, le permite verificar el contenido de las relaciones imperantes en la sociedad para complementarlas con sus impresiones personales. Y, de esa verificación, dependerá el grado de credibilidad que tenga la prensa en la sociedad. Es por eso que constituye un grave error definir a la prensa como un poder o un cuarto poder. La prensa no es el poder; el poder reside en el público que refleja el espejo de la prensa.

El ejercicio responsable de la actividad periodística se debe expresar en las tres dimensiones donde se manifiesta la libertad de prensa:

1) En la dimensión individual, como ejercicio del derecho de cada persona para exteriorizar su pensamiento.

2) En la dimensión institucional, donde su expresión hace a la esencia de la publicidad que caracteriza al sistema republicano.

3) En la dimensión estratégica, donde el ejercicio de la libertad de prensa se transforma en la más eficaz de las garantías para preservar la subsistencia de las restantes libertades de las personas.

Es significativo, como ya lo hemos expuesto, que cada vez que surge un sistema autoritario, o brota el germen autocrático en ciertos sectores de la sociedad, la primera libertad conculcada es siempre la libertad de expresión. Es que, coartando la libre manifestación del pensamiento humano, se puede acometer impunemente contra las restantes libertades humanas, sin que sepamos que ello está ocurriendo hasta que ingresemos en la categoría de víctimas de los atropellos. Bajo tales condiciones, no puede existir una prensa libre, así como tampoco un Poder Judicial independiente que la tutele. Porque, al menos en una república, el único órgano gubernamental que puede corregir los excesos de la libertad de expresión, y el único órgano gubernamental que le puede ofrecer una protección adecuada, es el Poder Judicial.

En un sistema democrático constitucional, advertimos que la prensa está sujeta a una permanente relación de tensión. Por un lado, frente a los grupos extragubernamentales, como los grupos de interés, los grupos de presión y los partidos políticos. Por otro lado, frente al gobierno y cada uno de sus órganos, tanto el legislativo como el ejecutivo y el judicial.

Hay una permanente relación de tensión que, a su vez, se traduce o es consecuencia de una presión recíproca.

La prensa presiona sobre las entidades extragubernamentales y el gobierno para:

- 1) Obtener y difundir la mayor cantidad posible de información de interés social.
- 2) Preservar su libertad editorial y su independencia económica.
- 3) Para controlar la actuación de aquéllos evitando sus eventuales abusos.

A su vez, las entidades extragubernamentales y el gobierno presionan sobre la prensa para:

- 1) Reflejar una imagen favorable para ellos en la opinión pública.
- 2) La publicación de opiniones y críticas acordes con sus valores e intereses.
- 3) Evitar los abusos en que puede incurrir la prensa.

Esa relación de tensión y esa presión recíproca son inevitables en todos los sistemas democráticos, y hasta es necesario que subsistan. Porque si los medios de prensa llegan a claudicar ante las presiones que reciben, desaparece la prensa libre y, cuando la prensa libre desaparece, languidece la democracia constitucional y nos hallamos en la antesala del autoritarismo.

Por eso, la profesión de periodista, la del director de un medio de prensa, no es compatible con individuos pusilánimes, timoratos o especuladores. Se requiere una auténtica vocación por ese tipo de actividad, para poder desarrollarla con firmeza y de manera eficiente en función de los valores éticos individuales y del bien común de la sociedad.

Pero también es cierto que si los medios de prensa se exceden en

el ejercicio de su presión, pueden conducir a resultados no deseados. Pueden contribuir o provocar el debilitamiento de un gobierno, su desprestigio injustificado, su caída, la anarquía y, por supuesto, favorecer la instauración de un régimen autocrático para restablecer un particular sistema de orden social a costa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Si bien se impone la necesidad de aceptar y tolerar esa relación de tensión, porque es propia de un régimen político basado sobre la libertad, también es indispensable sujetarla a ciertas reglas de juego legales y éticas para que no se destruya la armonía y el equilibrio. Para que la prensa no se imponga al gobierno, ni el gobierno a la prensa.

Cuando surge un sistema democrático constitucional, advertimos que casi siempre se reducen las presiones ejercidas sobre la prensa por los entes extragubernamentales y los órganos políticos del gobierno. Parece que los medios de prensa disponen de elementos suficientes para contrarrestar esas presiones y que, tales elementos, están configurados por la presencia de un Poder Judicial independiente. Pero no acontece lo propio con las presiones provenientes del Poder Judicial que, sugestivamente, se incrementan mediante la rigurosa aplicación de leyes restrictivas de la actividad periodística o imponiendo pautas subjetivas con las cuales se pretende enseñar al periodista cómo debe ejercer su profesión¹.

En el caso concreto de los medios de prensa, tomando como punto de referencia las recomendaciones y observaciones formuladas por la Sociedad Interamericana de Prensa, las restricciones más significativas son las siguientes:

1) Si bien, en las democracias constitucionales, las formas clásicas de censura virtualmente han desaparecido, subsisten resabios de ellas consistentes en órdenes de publicar o de no publicar ciertas

¹ El presidente de la Sociedad Interamericana de Prensa, Robert Cox, en el curso de su Asamblea realizada en Washington en 2001, sostuvo que "En la actualidad considero que el principal problema que deben enfrentar los periodistas en América Latina es que los jueces muchas veces actúan con la mentalidad de las dictaduras y en muchos casos están persiguiendo a los periodistas". Pero, también es cierto que muchas veces, y por razones ideológicas, algunos periodistas difaman a los jueces porque, sus fallos, aunque se ajusten a derecho, no satisfacen sus intereses políticos.-

ideas y hechos. Formas de censura que se manifiestan más intensamente respecto de los medios electrónicos de prensa.

2) Las clausuras y allanamientos de medios de prensa respondiendo, no ya a las razones clásicas invocadas durante los siglos XIX y XX, sino a consideraciones de índole fiscal, salubridad, higiene que, con frecuencia, encubren fines políticos.

3) Los criterios judiciales que consideran a la prensa como una cosa peligrosa. Hay distinguidos juristas para quienes la prensa es una cosa peligrosa y, por ende, su responsabilidad debe ser medida en forma objetiva o cuasi objetiva. Respetuosamente no compartimos esa opinión porque la prensa lo único que hace es permitir la exteriorización del pensamiento humano. La prensa es un medio. En todo caso, lo peligroso sería pensar y, francamente, no me atrevo a sostener que el pensamiento sea peligroso. Podrá ser peligroso para los intolerantes, podrá ser peligroso para quienes no aceptan el pluralismo y la diversidad de opiniones. Pero, pensar y exteriorizar ese pensamiento sin temor ni inhibiciones, es el vehículo que permitió y permite el progreso material y espiritual de la humanidad. En la propia sociedad encontramos los anticuerpos suficientes que, espontáneamente, determinan el rechazo de aquellas ideas nocivas para el desenvolvimiento de la humanidad en función del bien común.

4) El rechazo, por parte de algunos tribunales, de la doctrina de la real malicia para juzgar la responsabilidad de la prensa cuando ella se ejerce en una dimensión institucional o estratégica. Doctrina que no se aplica solamente a los periodistas, sino a cualquier persona que ejerza su libertad de expresión a través de un medio de prensa. No es éste el momento apropiado para describir esa doctrina, pero sí para rebatir las críticas que se le formulan. El hecho de que se trate de una doctrina foránea no es suficiente para que sea descalificada porque el pensamiento humano si es razonable no tiene nacionalidad. Las obras de Mozart, Beethoven, Thomas Mann, Cervantes, Savigny, Ihering, Rembrandt o Berni no tienen nacionalidad. Por su calidad y aceptación son obras que pertenecen a toda la humanidad, y lo mismo acontece con las doctrinas jurídicas. Tampoco es acertado criticar esa doctrina porque provendría del common law y no del derecho continental. Ello es absolutamente inexacto. Precisamente, cuando en 1964 la Suprema Cor-

te de Estados Unidos desarrolló esa doctrina en el caso "New York Times vs. Sullivan", fue para calificar de inconstitucionales a las normas del common law que se oponían a la Primera y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución americana. De modo que la fuente directa de la doctrina de la real malicia no es el common law, sino el derecho legislado en la Constitución americana.

5) Para algún sector de la doctrina judicial, siguiendo los lineamientos de algunos juristas españoles, existe una escala jerárquica para las libertades. Hay libertades, como las que se reflejan en el derecho a la intimidad, al honor, a la vida privada, que tendrían mayor importancia que el derecho a expresar ideas y hechos mediante la prensa. Estimo que esta concepción, formulada en forma abstracta, es errónea por cuanto la libertad es un género que abarca una infinidad de especies que están todas en un plano de igualdad. En cada caso concreto, cuando se produce un conflicto irremediable entre las libertades particulares, corresponderá determinar a cuál le daremos preeminencia en función de los valores en juego. No sostengo que la libertad de prensa siempre debe estar por encima de las demás libertades, sino que hay que analizar cada caso concreto para verificar a cuál libertad le daremos preferencia considerando los valores sociales involucrados.

6) Existen sectores, inclusive en el periodismo, para los cuales la radio y la televisión no son medios de prensa. Que ese calificativo sólo debe ser reservado a los medios gráficos. Tengamos en cuenta que cuando una constitución protege la libertad de prensa, el bien jurídico tutelado no es la empresa que edita diarios o revistas sino la libre expresión del pensamiento humano. No interesa el medio a través del cual se exterioriza. De modo que si ese pensamiento se expresa a través del cinematógrafo, de la radio, de la televisión, de la internet, debe disfrutar de la misma protección y del mismo respeto que si se hace a través de un medio gráfico. Esto ha sido expresamente reconocido por la Convención de Roma sobre Derechos Humanos de 1950 y por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7) Otra restricción, y siempre me remito a lo expuesto en las Conferencias internacionales de la SIP, es el reconocimiento legal y judicial dispensado en algunos estados al derecho de rectificación o respuesta. Se considera que, impuestos coactivamente, configuran

actos de censura en la medida que se impone a los medios de prensa la obligación de publicar algo que no quieren publicar. Es lo mismo que prohibirles publicar algo que quieren publicar.

8) Es una restricción aplicar normas específicamente destinadas a sancionar la actividad periodística. La actividad periodística tiene que estar sujeta a normas que la reglamenten, pero lo que se entiende es que esas normas deben ser comunes a cualquier actividad. No específicas para la prensa. No hay un delito o contravención de prensa, como no existe un delito de cuchillo o de revólver. Existen hechos ilícitos que se pueden cometer por diversos medios, incluyendo a la prensa, pero no pueden existir hechos ilícitos cuya comisión solamente se puede concretar mediante la prensa.

9) El desconocimiento, en el marco de algunas legislaciones, del secreto profesional del periodista. Siempre se lo consideró como un elemento esencial de la libertad de prensa. Sin embargo, en varias oportunidades, fue limitado judicialmente y se lo pretende desnaturalizar mediante algunos proyectos de leyes reglamentarias.

10) Las prohibiciones judiciales para la transmisión televisiva o radial de ciertos procesos judiciales que despiertan gran interés en la ciudadanía y siempre que no perturben su sustanciación, particularmente en materia penal. Consideramos que este tipo de restricciones afecta dos principios básicos. Por un lado, la esencia de la República. El órgano judicial es un órgano gubernamental y hace a la esencia del sistema republicano la publicidad de los actos del gobierno. Así como no son válidas las leyes secretas, tampoco puede haber sentencias judiciales secretas. Asimismo, si los procesos penales se deben desarrollar en audiencia pública para que el pueblo, que es el soberano, tenga derecho a saber cómo actúan sus mandatarios judiciales, se debería entonces permitir la transmisión televisiva de tales procesos sin perjuicio de respetar el secreto de su fase instructoria. El segundo principio que se está vulnerando es el de la educación popular. Si queremos atenuar la imagen negativa, muchas veces injusta, que tiene el Poder Judicial en la opinión pública, qué mejor que hacer conocer la forma en que los jueces ejercen su función jurisdiccional, las trabas y dificultades que se les presentan y la manera en que las superan. Mediante la difusión periodística, el ciudadano podrá conocer esos datos y, con mo-

tivos fundados, emitir su propia opinión. Existe un tercer argumento. Las leyes son siempre públicas, muchas declaraciones y actuaciones del órgano ejecutivo también son públicas. En cambio se niega la difusión de un proceso judicial donde se está ventilando la libertad, el patrimonio o el honor de una persona. Cuando, precisamente, son los valores concretos que más le interesan a la sociedad, no necesariamente para emitir juicios sociales condenatorios o absolutorios, sino para saber cómo son ponderados tales valores por sus jueces.

En ese marco de su actividad, los medios de prensa formulan dos afirmaciones categóricas. La primera es que no son un poder sino un espejo que procura reflejar los sentimientos, necesidades y anhelos de los ciudadanos. No son ni quieren ser gobierno. La segunda, que el único órgano de gobierno que les puede ofrecer protección y seguridad es el Poder Judicial.

Tales afirmaciones acarrearán ciertas consecuencias que deberían ser verificadas en los hechos. Una de ellas reside en el debido respeto que deben guardar los periodistas a los magistrados judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional. Respeto que importa una firme presunción de probidad sobre la actuación de los jueces, que no puede ser afectada mediante la emisión de rumores o cuestionamientos subjetivos, tanto en la actuación pública como privada del periodista. No puede un periodista, en privado, decir algo que no expresará en público. La otra consecuencia, y a la inversa, impone a los jueces el deber de respetar a los periodistas. Es que, con lamentable frecuencia, algunos jueces no tienen reparos en descalificar la idoneidad de los periodistas y en insultarlos durante el curso de conversaciones privadas. Pero, en público, no se atreven a expresar tales opiniones. Adoptan comportamientos similares a los que son objeto de su reproche en las sentencias que dictan. Esa dualidad es inconcebible en un magistrado judicial, pues pone de manifiesto una hipocresía que no se compadece con la conducta ejemplar que deben guardar, tanto en su vida pública como privada. Tales conductas de los periodistas y los jueces en modo alguno se compadecen con el papel que deben desempeñar en salvaguarda de una convivencia democrática.

Ese reconocimiento explícito impone una aproximación mayor entre el Poder Judicial y la prensa. Sus papeles son diferentes, pero ne-

cesariamente complementarios para la consolidación del sistema democrático en transición en el cual nos encontramos. Una aproximación que permita conocer las necesidades, problemas y aspiraciones de los jueces y de los periodistas. Un mayor conocimiento recíproco que permita conocer la diferencia que media entre los plazos judiciales y los periodísticos; el error en que incurren algunos jueces al prestarse a la exagerada figuración en la prensa y la falta de respeto a la investidura judicial en que caen ciertos periodistas en su afán por obtener información; comprender las diferencias que existen entre el lenguaje técnico judicial y el lenguaje del periodista destinado al hombre común; la necesidad de que ambos sectores, jueces y periodistas, fomenten la excelencia con motivo de la prestación de sus servicios; que los periodistas no pretendan enseñarle a los jueces cómo se debe juzgar ni los jueces a los hombres de prensa cómo deben desarrollar su profesión²; que ambos deben superar los preconcepciones o prejuicios y que no se debe incurrir en generalizaciones. Y, esa aproximación,

² El juez argentino Ricardo Li Rosi escribió que: "Solamente se puede entender el nudo de esta delicada cuestión si se es tolerante. Ni muy severo ni muy indulgente. No da todo igual, pero es posible comprender el defecto del prójimo, y esto es lo que dignifica al juez, que puede tolerar la diferencia del otro, el defecto del otro, el vicio del otro, el comportamiento del otro, porque no se juzgan personas sino tan sólo conductas. Esto es trasladable a todos los ciudadanos, todos juzgan en sentido amplio de la palabra. Claro, no tienen la fuerza de la sentencia, tampoco lo tienen la mayoría de los juicios de un magistrado, solamente la tienen aquellos juicios, y lo digo en sentido lógico, que se emiten cuando aquél trabaja de juez. Pero cuando no se trabaja de juez sus juicios valen igual que los de cualquier ciudadano, y en esto también es preciso ser tolerantes, lo que no quiere decir admitir cualquier cosa, sino comprenderla, entenderla, perdonarla, si es que el conjunto social aspira a vivir en una República. Existe un elemento más de trascendental importancia: la educación. El hombre educado es tolerante, del mismo modo que el hombre educado es ético, y la ética republicana de la cual aquí se pretende hablar, y a la que conduce la intimidad, es ser tolerantes; y volver al mandato de Vélez: ni demasiado severo ni demasiado indulgente. Este es un mandato que yo lo extiendo a todos, no solamente a los jueces, a los periodistas y a todo ciudadano cuando juzga la conducta de los demás. Y ésta es la esencia del sistema republicano de gobierno. Si no se acepta esto, que es una gran sutileza, lo único que la sociedad tendrá es un montón de leyes juntadas en algún rincón de trastos perdidos, mas no un sistema jurídico evolucionado, apto, tolerante y, por ende, ético" (*"Prensa y justicia"*, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, N° 51, Buenos Aires, 2001).-

sin perjuicio de que subsista la relación de tensión a la que hicimos referencia, se impone por una razón muy sencilla: la prensa, para preservar su libertad, necesita de un Poder Judicial independiente, y los jueces, para poder seguir siendo independientes, necesitan que exista una prensa libre. Los jueces, al igual que los periodistas, podrán ser buenos, mediocres o malos, pero sin libertad e independencia siempre serán irremediabilmente malos.

La calumnia e injuria y la real malicia

La libertad de prensa y la
despenalización de la calumnia e injuria

Por Gregorio Badeni

*Abogado argentino constitucionalista y autor
de numerosos libros sobre libertad de prensa.*

La libertad de prensa, como sinónimo del ejercicio de la libertad de expresión a través de cualquier medio técnico de comunicación social pública, está reconocida expresamente en la casi totalidad de las constituciones de los estados americanos y en las convenciones internacionales sobre derechos humanos que ellos celebraron en el curso del siglo XX. Esas normas jurídicas conciben a la libertad de prensa como un derecho individual, como una institución democrática que tipifica el contenido de la organización política y como una libertad estratégica de la cual depende la vigencia efectiva de las restantes libertades civiles y políticas.

En su dimensión individual, la libertad de prensa se ejerce con el propósito de satisfacer, en forma pública, la necesidad que tiene el individuo de expresar su pensamiento. Esa expresión carece de una connotación institucional de significativa relevancia para el interés público. En este ámbito, el ejercicio de la libertad de prensa, por tratarse de una de las especies del género libertad, está situada en un plano de igualdad con las restantes libertades individuales de las personas. Quien la ejerce, no puede disfrutar de un tratamiento jurídico preferencial, porque todas las libertades individuales, como elementos que configuran a la dignidad humana, están en un plano de igualdad sin que sea viable establecer una escala jerárquica para ellas.

Pero la situación varía cuando la libertad de prensa, al igual que cualquier otra libertad, se desenvuelve en una dimensión institucional o estratégica. En el marco de ella, la libertad de prensa recibe un tratamiento jurídico preferencial, no para satisfacer una necesidad individual de quien la ejerce, sino para preservar el sistema político democrático que permite la manifestación armónica de las libertades individuales.

El ejercicio de la libertad de prensa, en su dimensión institucional o estratégica no es absoluto. Pero está impregnado de un valor jerárquico superior al asignado a los restantes derechos individuales o sociales que puedan ser perturbados con motivo de su ejercicio, pues se relaciona con la tipificación que merece un sistema político democrático.

Los constituyentes americanos, advirtiendo la relevancia institucional y estratégica que tiene la libertad de prensa en un régimen democrático, no se limitaron a presentarla como una libertad individual que disfruta de la amplia protección que las leyes dispensan a las restantes libertades de las personas, sino que consideraron necesario rodearla de una protección considerablemente superior.

Así, la generalidad de los constituyentes americanos y los jueces encargados de aplicar los preceptos forjados por aquellos, resolvieron prohibir la censura previa; negar al órgano legislativo la potestad de restringir la libertad de prensa; la publicidad de los actos gubernamentales por medio de la prensa; que no se puede lesionar el secreto de las fuentes de información periodística; que los legisladores no pueden ser molestados judicialmente con motivo de las expresiones que formulen en el ejercicio de sus cargos relacionadas con la función legisferante; descalificaron el desacato por ser un resabio cultural de los regímenes autocráticos; prohibieron la colegiación obligatoria de los periodistas; vedaron la aplicación de impuestos que gravan, de manera exclusiva, la actividad de la prensa. Son solamente algunos de los recaudos adoptados para preservar la prensa libre en la dimensión institucional y estratégica.

Como se advierte, para esos legisladores americanos, no fue suficiente una cláusula genérica que impida la desnaturalización de las libertades a través de la emisión de normas reglamentarias para su ejercicio. Es que la libertad de prensa no tiene como único destina-

rio al individuo, sino al sistema político; y su consagración, con la amplitud del vocablo, respondió al propósito de reconocer una nueva institución política extrapoder, al margen de los poderes del Estado, como control político adicional para el funcionamiento de los órganos gubernamentales: los grupos sociales de opinión pública que se exteriorizan a través de la prensa.

Los medios técnicos de comunicación social tienen un papel decisivo en el proceso informativo y constitutivo de los grupos sociales de opinión pública. Su actuación no apunta exclusivamente a satisfacer el derecho a la información de los individuos sino también de los grupos sociales, orgánicos o inorgánicos, ofreciendo la más amplia información sobre los más diversos problemas políticos y sociales que desencadenan una reacción de parte de ellos. Reacción, que también es reflejada por los medios de prensa en el marco pluralista que caracteriza a una democracia constitucional.

Es así que, las constituciones americanas no han concebido a la libertad de prensa en beneficio exclusivo de los individuos que difunden sus ideas. La libertad de prensa no se agota con su ejercicio individual. Ella también fue establecida como el instrumento indispensable para consolidar a las restantes libertades permitiendo el desarrollo de una vida democrática integral, con todas sus virtudes y defectos, que no son propias del sistema sino consecuencia de la conducta de las personas.

La particular importancia asignada a la libertad de prensa en el curso de los procesos constituyentes americanos, respondió a una concepción política determinada, que tuvo su sistematización doctrinaria y científica en los siglos XIX y XX. La libertad de prensa se presenta como el requisito indispensable para la manifestación de los grupos de opinión pública política, cuya función reside en ejercer un control activo sobre los gobernantes y dirigentes, tanto políticos como sociales, forjando una cuarta institución que se añade a los tres departamentos gubernamentales clásicos. Claro está que, ese cuarto poder no institucional, que se manifiesta mediante la técnica del control social, son los grupos de opinión pública y no los medios de prensa.

El sistema de control político en una democracia, no solamente se

expresa en la estructura gubernamental con la separación de las funciones del poder tal como es fijada por la ley, sino también en su ámbito externo como consecuencia de la cada vez mayor fuerza política que adquiere el pluralismo debido a la amplitud del derecho a la información y al desarrollo cultural de los pueblos.

Está fuera de debate la relevante importancia que presenta la libertad de prensa en el mundo contemporáneo. Pero, si bien en teoría y por imposición de la idea política dominante, todos se manifiestan partidarios de la libertad de expresión, en la práctica muchos son los que le establecen límites irrazonables.

Se admite que sin libertad de prensa no puede funcionar cabalmente una democracia, y que toda restricción al derecho de expresar o de no expresar las ideas altera, no solamente el normal ejercicio de una libertad individual, sino también toda la configuración de un sistema político. Pero, claro está que a través del ejercicio de esa libertad, es posible que se concrete una lesión a bienes jurídicamente tutelados que también disfrutaban del reconocimiento legal. El honor, el buen nombre, la vida privada, el derecho a la propia imagen, la seguridad, las instituciones, la moral pública, pueden ser vulnerados mediante la libertad de prensa que, en tales casos, podrá ser calificada de ilícita o abusiva.

La determinación de los límites para la libertad de prensa se enfrenta con problemas de difícil solución en los sistemas democráticos. Es que la experiencia nos enseña que la sanción de la prensa ha sido uno de los recursos preferidos por los gobernantes para suprimir toda crítica, o impedir el debate de temas públicos, o trabar el desenvolvimiento de nuevas concepciones políticas y culturales. Además, la movilidad de esos límites revela que, muchas veces, la libertad de prensa fue desnaturalizada con el propósito de salvaguardar ciertos valores o ideas de carácter esencialmente transitorio frente al dinamismo de la vida social.

Las previsiones contenidas en la generalidad de las leyes ponen de manifiesto que: 1) el derecho de publicar ideas por la prensa sin censura es una libertad que se exterioriza conforme a las leyes reglamentarias. El ejercicio de ese derecho personal realizado de manera abusiva, en la medida que tenga una tipificación razonable en la legislación, es pasible de sanciones jurídicas si vulnera derechos

individuales; 2) las sanciones no son aplicables si la lesión se produce a raíz de una crítica referente a hechos, principios, personalidades o ideas de interés público cuando no media falsedad; 3) los gobernantes, y con mayor razón los particulares, no pueden restringir la libertad de prensa reglamentando lo que se debe o no difundir, o trabando el normal desenvolvimiento de los medios de prensa. En los dos últimos casos, la libertad de prensa reviste un carácter de derecho preferente en un sistema democrático.

Esta conclusión se impone porque, la libertad de expresión, integra la categoría de las libertades estratégicas que permiten preservar a las restantes libertades. Si a las personas se les niega el acceso a la información y se las priva de la posibilidad de influir y recibir la influencia de las opiniones de otros, la expresión de sus ideas no será libre, y sin libertad de expresión no puede haber decisión democrática. Aunque se celebren elecciones y plebiscitos, ellas no serán reflejo de una auténtica voluntad colectiva si no hay libertad de expresión que les permita, a los ciudadanos, conocer el problema para cuya solución son convocados. De ahí la importancia estratégica de la libertad de prensa ya que, sin ella, no hay libertad política y tampoco igualdad política, en la medida que esa potestad le será reconocida a quienes tienen cierto tipo de pensamiento y negada u obstruida a quienes no comparten esa forma de pensar, con el pretexto de que vulneran derechos o normas de interés general.

El carácter estratégico de la libertad de prensa sólo requiere de leyes que impidan las trabas para su manifestación; pero no de cauces prefijados para su desenvolvimiento, el cual debe ser esencialmente espontáneo siendo sus bondades y defectos determinados por el grado de cultura democrática alcanzado por el pueblo que, así como tiene madurez suficiente para elegir a sus gobernantes, también la tiene para condenar socialmente a los llamados abusos por medio de la prensa.

Las razones sociales o morales que generalmente se invocan para avalar las restricciones a la libertad de prensa, son consecuencia de una patológica inserción del sistema moral en el sistema político. Muchas veces encubren concepciones autocráticas que pretenden masificar a los individuos mediante la imposición coactiva de una forma única de acción, y siguiendo un procedimiento político eficaz:

suprimir la libertad de prensa como paso previo para acometer impunemente contra las restantes libertades del hombre.

Para evitar este riesgo, no debemos caer en el error de valorar las regulaciones legales de la libertad de prensa con un criterio similar al que se utiliza para considerar las reglamentaciones que se aplican a las restantes libertades. Esta sugerencia no responde al propósito de otorgar, en abstracto, un trato preferencial para la libertad individual de prensa, sino que es consecuencia del papel institucional y estratégico que ella reviste en determinados casos.

Como libertad individual, está en un plano de igualdad con otras libertades. Pero cuando trasciende el marco individual y se proyecta sobre ámbitos institucionales o estratégicos, la situación varía. Esto no significa que, en tales espacios; la libertad de prensa tenga carácter absoluto, sino que la interpretación de las normas reglamentarias tendrá que ser realizada con un criterio más estricto.

A tal fin, se pueden sistematizar ciertas reglas objetivas básicas para ser empleadas por los jueces en cada caso concreto en que, los individuos, hacen público uno de los atributos esenciales de sus personalidades: el pensamiento. Tales reglas, que condicionan la aplicabilidad de sanciones a quienes ejercen la libertad de expresión, son:

1) La producción de un daño manifiesto, grave y serio que sea consecuencia directa de un ejercicio arbitrario de la libertad. No es suficiente la presencia de un daño potencial o la presunción del daño porque, en caso de duda, la solución debe ser favorable a la libertad de prensa. Así lo impone una de las reglas elementales en materia de interpretación constitucional: *in dubio pro libertate*.

2) Las eventuales sanciones no se deben generar por la forma vehemente, provocativa o desafiante en que se expresan las ideas, teniendo en cuenta que la pasión, el enojo o disgusto que motivan las emisiones, son vehículos sumamente útiles para un debate desinhibido y la confrontación de ideas.

3) Cuando la libertad de prensa se ejerce en una dimensión institucional o estratégica, la responsabilidad del emisor debe quedar sujeta a los principios de la real malicia expuestos por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos y que, paulatinamente, se expanden en la doctrina jurisprudencial de otros países, como es el caso de Ar-

gentina. Conforme a ellos, el ejercicio de la libertad de expresión sólo es pasible de sanciones si la información aportada es inexacta, y si el emisor obra con conocimiento de la inexactitud, o cuando se despreocupa temerariamente por indagar la veracidad, pese a que es fácilmente verificable y media una razonable presunción de falsedad. Tal regla, que impone la prueba de ambos extremos al accionante, sólo es aplicable cuando la información versa sobre funcionarios públicos, figuras públicas o particulares siempre que estén involucrados en hechos de interés institucional o de relevante interés público.

4) Cuando la libertad de prensa se ejerce en una dimensión individual, cabe aplicar los principios forjados por la Corte Suprema de Argentina en la llamada doctrina Campillay. Quien ejerce la libertad de expresión está exento de responsabilidad por los daños que ocasione si aporta la información de manera objetiva citando la fuente de información y acreditando su existencia, o utilizando una forma de verbo potencial y no asertiva, o absteniéndose de individualizar a la persona que protagoniza la información.

II

Mediante el ejercicio abusivo de la libertad de prensa, pueden ser vulnerados casi todos los derechos reconocidos a las personas, así como también los valores básicos sobre los cuales se asienta una convivencia social armónica, tales como la seguridad, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Por cierto, que se trata de una simple posibilidad. Quienes ejercen la actividad periodística, como aquellos que se dedican a otras tareas, son respetuosos de las reglas éticas y jurídicas que imperan en una sociedad. El acto ilícito, ya sea civil o penal, no configura la regla general en una convivencia social, sino la excepción que debe ser castigada para que prosiga su curso armónico.

Sin embargo, con lamentable frecuencia, y en el marco de los valores democráticos que brotan en casi todos los países del continente americano, advertimos resabios autocráticos y cierto grado de intolerancia que apuntan a cercenar la libertad de expresión. Tal circunstancia, y considerando el carácter estratégico que presenta la libertad de prensa, nos impone el deber de actuar con suma prudencia cuan-

do creamos o interpretamos leyes cuyas sanciones son extensibles a quienes ejercen la libertad de expresión. Es que, la aplicación mecanicista e indiscriminada de las leyes que traen aparejadas sanciones, civiles o penales, para quienes expresan su pensamiento, destruye la libertad, fomenta la autocensura y proyecta un cono de sombra sobre la sociedad sumiéndola en la ignorancia al cercenar su legítimo derecho a la información.

La inexistencia de libertades absolutas nos conduce a aceptar que, el ejercicio de la libertad de prensa, puede ser el medio para la comisión de un acto ilícito que, como tal, debe ser castigado. Pero, la necesidad de tutelar institucionalmente a la prensa, también nos conduce a propiciar la cautela, la prudencia y el equilibrio.

Sobre este aspecto, quizás resulte interesante la experiencia registrada en Argentina respecto a la evolución de la prensa libre desde 1983. En ese país, es viable perpetrar un acto ilícito por medio de la prensa. Pero, como felizmente no tiene una ley de prensa, la tipificación del acto ilícito se concreta a la luz de normas jurídicas generales aplicables a todo tipo de actividad humana. No hay actos ilícitos civiles o penales de prensa, sino actos ilícitos cuya comisión se puede efectuar por diversos medios y, entre ellos, por medio de la prensa.

La legislación argentina prevé la calumnia y la injuria. La calumnia, consiste en la falsa imputación de un delito de acción pública a una persona. La injuria, consiste en deshonrar o desacreditar a una persona emitiendo expresiones agraviantes y aunque sean veraces.

Una y otra, pueden acarrear, tanto una sanción civil indemnizatoria del daño causado, como una sanción penal privativa de la libertad ambulatoria. Para la sanción penal, se requiere la prueba del dolo en el autor del hecho mientras que, la sanción civil, solamente exige la prueba de la simple culpa.

Los riesgos que provocaba para la prensa libre en Argentina una interpretación mecanicista de su legislación, prescindiendo de analizar las hipótesis en que ella se desenvuelve en una dimensión institucional o estratégica, se incrementaron con el desarrollo de dos factores. Por una parte, la sobreprotección acordada por los jueces a ciertos derechos personalísimos, tales como el honor, la vida privada, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen. En general, cuando el ejercicio de

la libertad de prensa colisionaba con tales derechos, se les otorgaba preferencia a la tutela de estos últimos. Al margen de este inusual “garantismo”, algunos doctrinarios entendían que la “prensa” era una cosa peligrosa, que acarrearba una suerte de responsabilidad objetiva. Producido el daño, correspondía su reparación aunque no estuviera acreditado el dolo o culpa del emisor.

Tales excesos provocaron una reacción en la doctrina jurisprudencial que fue avalada por la Corte Suprema de Justicia.

En 1986, la Corte Suprema de Justicia formuló la llamada doctrina Campillay, que es aplicable tanto en materia civil como penal. Conforme a ella, quien ejerce la libertad de expresión produciendo un agravio para una persona, está exento de responsabilidad jurídica si emite una información de manera objetiva citando y probando la fuente informativa o, en su defecto, utilizando una forma de verbo potencial o no identificando a la persona agraviada. El fiel cumplimiento de una de estas tres variantes, impide la aplicación de sanciones civiles y penales. Esta doctrina tiene amplia aceptación por parte de los tribunales argentinos.

Asimismo, a partir de 1996, la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Justicia aplicaron, en varias oportunidades, la doctrina de la “real malicia”, forjada por la Suprema Corte de Estados Unidos. Conforme a ella, cuando la libertad de prensa se ejerce en su dimensión institucional, el emisor está exento de responsabilidad si no se prueba la inexactitud de sus expresiones y el dolo, directo o eventual, en su conducta. Así lo hicieron, a título de ejemplo, en los casos “Morales Solá” y “Pandolfi c/ Rajneri”, destacando que sus principios tenían vigencia en materia penal y civil.

Esta doctrina, paulatinamente, tiende a ser aceptada por los tribunales de todo el país, aunque su aceptación no es todavía uniforme. Sin embargo, la evolución jurisprudencial nos revela que los jueces son proclives a respetar la doctrina Campillay cuando la libertad de expresión se ejerce en su dimensión individual, y las reglas de la “real malicia” cuando se proyecta a su dimensión institucional recayendo sobre funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en temas de interés institucional o en cuestiones de relevante interés público.

En el curso de esta evolución, se destaca un proyecto de ley, formulado por el Poder Ejecutivo a fines del año 2001, que despenaliza las injurias producidas por el ejercicio de la libertad de expresión en la dimensión institucional.

El proyecto fue consecuencia del compromiso que contrajo el Estado Argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 1 de octubre de 1999. Su contenido se ajusta al principio 10° de la “Declaración de Principios de la Libertad de Expresión” formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, y aprobada durante su 108° período ordinario de sesiones. Establece que, “la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público”.

El proyecto de ley presenta la virtud de no ser una ley de prensa, pues se limita a modificar normas generales de la legislación civil y penal, adoptando una postura intermedia entre el régimen vigente y la absoluta despenalización de las injurias.

Establece que están exentas de responsabilidad penal por injurias, las expresiones de informaciones u opiniones que versen sobre hechos de interés público referidas a funcionarios, personalidades públicas o particulares, cuando estos últimos se hayan involucrado voluntariamente en cuestiones de relevante interés público. La norma es también aplicable a las expresiones humorísticas y a la reproducción de injurias o calumnias inferidas por otro, con conocimiento de su carácter injurioso o calumnioso; siempre que la libertad de prensa se ejerza en su dimensión institucional.

El proyecto de ley también se introduce en el ámbito de la responsabilidad civil disponiendo:

1) No hay responsabilidad civil cuando se emiten informaciones veraces sobre hechos de interés público referentes a funcionarios, figuras públicas o particulares cuando, estos últimos, se involucran voluntariamente en tales episodios.

2) Si la información sobre hechos de interés público es inexacta, la responsabilidad civil del emisor está condicionada a que el afectado pruebe la falsedad de ella y el dolo o culpa grave del autor.