



Revista científica de la Red Internacional de Ética del Discurso

www.revistaeyd.org – contacto@revistaeyd.org – Licencia: CC BY-NC-SA 4.0

NUEVOS DESAFÍOS PARA UNA DEMOCRACIA DELIBERATIVA:

FAKE NEWS Y LAWFARE

New challenges for a deliberative democracy: *fake news* and *lawfare*

Javier Flax

Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS);
Universidad de Buenos Aires, Argentina

jflax@campus.ungs.edu.ar

Recibido: 20-04-2020

Aceptado: 01-06-2020

Javier Flax es Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Profesor regular e investigador en la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS) en las asignaturas “Filosofía del Derecho”, “Derecho y economía de los medios” y en la UBA profesor regular de “Introducción al Pensamiento Científico”. Fue director de la Carrera de Especialización en Filosofía Política y es coordinador de la carrera de Filosofía, ambas de la UNGS. Dictó cursos de posgrado en Argentina y en el exterior. Es autor de *La democracia atrapada. Una crítica del decisionismo; Ética, política y mercado. En torno a las ficciones neoliberales; Política científica, interdisciplina y derechos humanos*, entre otras publicaciones especializadas entre las que se encuentran “Insuficiencia de la representación política” y “El decisionismo revisitado”.

Resumen

Las fake news constituyen actualmente uno de los mayores obstáculos para la deliberación en el marco de la democracia, en tanto distorsionan las discusiones, deterioran la confianza, erosionan la credibilidad, socavan la legitimidad democrática e impiden consensos entre sectores que podrían llegar a acuerdos sobre las prioridades de la agenda pública. Si a nivel global su propagación se ve facilitada por las nuevas tecnologías digitales, en nuestro país existen además condiciones jurídicas e institucionales que las facilitan: las concentraciones mediáticas y la despenalización de las calumnias e injurias. Además de necesitarse nuevas regulaciones para garantizar el equilibrio informacional, se requiere reintroducir sanciones penales en la medida en que se demuestre “real malicia”, lo cual se constata en operaciones de lawfare que se diluyen, pero previamente generan el daño buscado. En términos del Teorema de Thomas, si se cree que algo es real, aunque no lo fuera, sus consecuencias serán reales.

Palabras clave: *Democracia deliberativa; Condiciones institucionales; Calumnias e injurias; Fake news; Lawfare.*

Abstract

Fake news is currently one of the greatest obstacles to deliberation within the framework of democracy, as it distorts discussions, erodes trust, undermines democratic legitimacy and prevents consensus between sectors that could reach agreement on the priorities of the public agenda. If at the global level their spread is facilitated by new digital technologies, in our country there are also legal and institutional conditions that facilitate them: media concentrations and the decriminalization of slander and insult. In addition to the need for new regulations to guarantee the informational balance, it is necessary to reintroduce criminal sanctions in the measure in which "real malice" is demonstrated, which is verified in lawfare operations that are diluted, but previously generate the sought-after damage. In terms of Thomas' Theorem, if something is believed to be real, even if it were not, its consequences will be real.

Keywords: *Deliberative democracy; Institutional conditions; Slander and insults; Fake news; Lawfare.*

1. Introducción: condiciones tecnológicas e institucionales que facilitan las fake news

En artículos previos estuvimos trabajando sobre las condiciones institucionales del discurso práctico, más específicamente, sobre la incompatibilidad entre las concentraciones mediáticas y la democracia deliberativa, en tanto son restrictivas de la deliberación política a partir de generar lo que C. S. Nino y Johannes Weberling

(Weberling, 2010, p. 41) denominan “poder de opinión predominante” (Flax, 2018). Si no nos ocupamos de esas condiciones institucionales, estaremos hablando “en el aire” de un discurso práctico que será inviable por las restricciones, distorsiones y coacciones realmente existentes. (Apel, 2002)

Para la concepción de la democracia como democracia deliberativa la deliberación política consiste en un proceso de clarificación y transformación de las ideas (Alexy, 2006, p. 29), lo cual permite considerar posible establecer en cada caso cuál sea el interés general, en términos de razón pública. Esto no es una trivialidad dado que las concepciones de la democracia que derivan del Teorema de Arrow y de la Teoría de la Elección Pública, consideran que el concepto de “interés general” es inadecuado e imposible, en tanto existen tantas funciones de bienestar como individuos, a partir del modo en que los individuos ordenan sus preferencias. Frente a esas concepciones se puede oponer la democracia deliberativa en tanto democracia epistémica, la cual, mediante procesos comunicativos posibilita “transformar los intereses de las personas y sus preferencias” (Nino, 1997, p. 209), es decir, posibilita el aprendizaje en un contexto de interacción comunicativa en el que todos deben poder expresarse y todos deben poder escuchar. Esto supone poder construir colectivamente una agenda pública con los asuntos prioritarios en términos de interés público. Pero los grupos económicos concentrados prefieren imponer sus propias prioridades mediante la construcción de una “agenda publicada” a través de sus apéndices mediáticos. Como expresa Alexy, para contrarrestar la imposición de intereses particulares como si fueran generales se requiere el “aseguramiento de una información libre y completa” (Alexy, 2006, p. 33) para lo cual se necesitan fuentes de información diversas y antagónicas y un ejercicio real de la libertad de expresión e información.

Como sabemos, esto no es lo que ocurre: ni la información circula libremente, ni es completa porque se producen ocultamientos sistemáticos. Pero a ello se suma actualmente la difamación a través de noticias falsas o *fake news* sobre quienes sostienen intereses contrarios a los de los grupos concentrados, como veremos en algunos ejemplos.

El problema es sumamente grave porque las *fake news* deterioran la legitimidad política, es decir, la confianza en los gobernantes, pero también destruyen la misma posibilidad del discurso práctico al destruir la confianza en la palabra. Asimismo, dificultan la construcción de aquellos consensos posibles. No pensamos en consensos unánimes, puesto que suele haber sectores privilegiados que no están dispuestos a conceder nada en pos de mantener sus privilegios. Pensamos en consensos entre aquellos sectores que podrían alcanzarlos pero no llegan a hacerlo por las distorsiones que generan las informaciones falsas y el repliegue prudencial de los participantes.

Lo más grave, quizás, es que el ciudadano se va constituyendo como tal, es decir, como alguien interesado en las cuestiones comunes y en miembro de una comunidad política a través de ese proceso deliberativo y participativo. La discusión, la construcción de las prioridades de la agenda pública, la definición y la realización de las políticas permiten realimentar y expandir la confianza, la credibilidad y la legitimidad política. Pero ese proceso se interrumpe y el ciudadano se retrae y repliega sobre sí cuando se genera desconfianza y se erosiona esa legitimidad a través de la instalación de noticias falsas. Se instala un discurso y unas creencias que hacen de los dirigentes o bien unos corruptos o bien unos egoístas que priorizan su propio interés por sobre el interés público. ¿Qué queda entonces para los ciudadanos de a pie? Todo el proceso de construcción de ciudadanía se debilita en tanto ven decepcionadas sus expectativas y la deliberación pública es vivida como un proceso de engaño. Además, quienes son pasibles de dejarse manipular mediáticamente pueden virar hacia un individualismo auto centrado. Quizás ese sea el mayor objetivo, no tanto la difamación de tal o cual persona, sino destruir el suelo de confianza y credibilidad constitutivo de la comunidad política.

Ricardo Maliandi recurriría a alguno de los refranes que condensan estas situaciones, por ejemplo, el que expresa Antonio Machado: “¿Dijiste media verdad? / Dirán que mientes dos veces / si dices la otra mitad”.

Las noticias falsas no son un fenómeno nuevo, sino que son tan antiguas como la maledicencia y como la historia política. Lo que cambia son las condiciones materiales para la verosimilitud. Las actuales condiciones tecnológicas tienen una enorme

capacidad de influencia en la multiplicidad de medios de comunicación en la actual etapa de la era digital. Cuando apareció la red de redes, Nicholas Negroponte vaticinaba un acceso irrestricto a la información bajo el supuesto de la neutralidad de la red. Pero internet está lejos de ser neutral. Como expresó Chris Huges, uno de los co-fundadores de Facebook, en una entrevista que publicó el *New York Times*, Mark Zuckerberg “puede decidir solo cómo configurar los algoritmos de Facebook para determinar qué ven las personas en sus noticias”, es decir, para seleccionar cuáles informaciones deben ser accesibles y cuáles deben ocultarse, en tanto su publicidad resulta inconveniente.¹

Ahora bien, las falsas noticias no son meramente emitidas por *trolls* en *Twitter* o en *Facebook*, dado que de ese modo no tendrían credibilidad. Suelen tener su origen en la prensa gráfica o audiovisual, ocupan varias tapas en días sucesivos y rebotan en canales de radio y televisión para generar un efecto de verosimilitud y luego se viralizan a través de las redes sociales. Efectivamente, los medios tradicionales cuentan aún con una mayor credibilidad, lo cual hace verosímil una operación, aunque en el largo plazo termine minando su propia credibilidad y a la verdad como institución necesaria para una interacción social aceptable. (Luhmann, 1996, p. 43) Como expresamos en otro lugar, a la base de estas cuestiones está el Teorema de Thomas, enunciado por Robert Merton, de acuerdo con el cual “si los individuos definen las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias” (Merton, 1995, p. 505). En nuestros términos, si algo no es real, pero se lo cree real, será real en sus consecuencias. (Flax, 2013, p. 198)

¹ Internet se halla actualmente dominada por unas pocas corporaciones transnacionales denominadas genéricamente las GAFA (Google, Apple, Facebook y Amazon) en torno a las cuales surgen de manera cada vez más frecuentes diferentes denuncias por manipulación de información, espionaje sobre ciudadanos, sobre políticos e, incluso, sobre gobernantes en connivencia con servicios secretos. Facebook actualmente está siendo investigada en diferentes lugares del mundo por prácticas anticompetitivas. Con 2.000 millones de usuarios compró a WhatsApp y a Instagram, cada una de las cuales tiene 1.000 millones de usuarios. Pero también adquirió otras empresas más pequeñas con el único propósito de cerrarlas. De este modo, tiene más influencia que cualquier empresa privada o gobierno. Por eso, en línea con la senadora Elizabeth Warren, quien presentó una iniciativa al respecto, Huges considera que Facebook se debe dividir en tres empresas independientes para detener sus malas prácticas, dado que Zuckerberg maneja el 60% de las acciones y puede decidir solo. Entre esas malas prácticas posibilitadas por la posición monopólica Huges señala “dejar a decenas de millones de datos de usuarios en el regazo de una consultora política” y “las noticias falsas”.

Finalmente, queremos llamar la atención sobre el objetivo principal de nuestro trabajo, atendiendo a nuestra realidad. Además de las innovaciones tecnológicas, a nuestro juicio, existen en nuestro país condiciones institucionales peculiares que facilitan la enunciación y propagación de las *fake news*. A las normas *de facto* (DNU 267/16 y ss.) que posibilitan la concentración mediática, se agrega la despenalización de las calumnias e injurias. Efectivamente, la Ley 26551/09 no tipificó los delitos de calumnias e injurias, como sugirió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que eliminó las sanciones penales para cuestiones de interés público. De manera tal que se habilitó la difamación de funcionarios y gobernantes o ex gobernantes sin más consecuencia que un eventual juicio civil a cuyo término se paga una indemnización si se prueba que las expresiones fueron realizadas con “real malicia”, es decir, a sabiendas de la falsedad de las mismas. Pero una sanción meramente pecuniaria puede constituir una inversión menor si un grupo económico o un grupo multimediático concentrado quieren difamar libremente a sus enemigos políticos en su ejercicio del “periodismo de guerra”. Cabe preguntarse entonces, a la vista de las operaciones de prensa que ponen en jaque a las democracias latinoamericanas, si no habría que habilitar un debate sobre la conveniencia o no de modificar esas normas, en el sentido de tipificar los delitos contra el honor, como veremos que aconsejó la Corte Interamericana de DDHH al tratar el caso argentino. En consecuencia, además de necesitarse otras regulaciones para garantizar el equilibrio informacional y potenciar la capacidad crítica de la ciudadanía, se requiere modificar la legislación en torno a calumnias e injurias de manera tal que sean posibles sanciones penales en la medida en que se demuestre “real malicia”.

2. De los golpes de Estado al *lawfare*. La destrucción del oponente político

Las *fake news* o noticias falsas tienen una intención deliberada de engañar, para lo cual tienen apariencia de noticia real –en línea con el Teorema de Thomas- para lograr un objetivo determinado. Es una información deliberadamente falsa que tiene el objeto de manipular a aquellos sectores de la población que tienen “voluntad de creer” en todo aquello que, precisamente, confirma sus creencias previas o sus posicionamientos. El efecto de verosimilitud es en general mayor cuando proviene de medios tradicionales,

los cuales pueden generar un potente dispositivo de engaño al aparecer un periodista conocido con información que dice obtener de una fuente anónima o se ampara en el secreto de las fuentes. Este periodista actúa como un “*influencer*” y la información se replica al infinito. Incluso si el periodista desmiente al día siguiente la “noticia”, la misma sigue propagándose en un público ávido y crédulo. Para darle mayor verosimilitud a sus operaciones, el propio pseudo periodista hace gala de realizar un ejercicio ético de la profesión, es decir, autorregulado. Pero ello supondría chequear las fuentes y la información proveniente de las mismas.

No puede pasar desapercibido que para algunos medios puede ser un buen negocio inventar una noticia falsa que desacredite a personas con cargos públicos, particularmente cuando se ejerce lo que el periodista de *Clarín* Julio Blanck admitió que era “periodismo de guerra”.

Lo más grave es que esta manipulación de la opinión pública mediante *fake news* forma parte de operaciones mayores, como las de *lawfare*. Como sabemos, la *lawfare* es una suerte de continuación de la guerra (*warfare*) -o de los golpes de Estado- por otros medios, a saber, los medios judiciales. Pero en estos casos, las causas judiciales se inician a partir de las noticias falsas publicadas con el propósito de dejar fuera de juego a oponentes políticos a través de una campaña de difamación multiplicada por las redes sociales para generar un sentido común.

Largar mentiras a sabiendas, resguardándose en el secreto de la fuente, puede generar un daño enorme en diferentes sentidos, incluso modificar resultados electorales, como ocurrió en Argentina y Brasil. Y cuando luego de algunos años -tres, cuatro, cinco- se prueba que la noticia era falsa y que el periodista o el medio actuaron a sabiendas o con “real malicia”, a lo sumo les costará pagar una indemnización, la cual, para los conglomerados mediáticos resulta irrisoria.

La actual *lawfare* -muy probablemente impulsada desde centros de poder que antes recurrían a golpes de Estado para reemplazar gobiernos populares- constituye un instrumento para socavar la credibilidad y la confianza en los gobiernos, es decir, su legitimidad. A un punto tal este es un problema para la vigencia de las democracias constitucionales que el propio Papa Francisco se refirió largamente a las

“comunicaciones calumniosas” que tienen como fin “debilitar la democracia” y destruir a las personas y a la libre comunicación.²

Efectivamente, en América del Sur aquellos gobiernos que constituyeron una alternativa exitosa al neoliberalismo -y mejoraron sensiblemente los indicadores de desarrollo humano- fueron atacados recurriendo a esas técnicas, con la participación necesaria de medios de comunicación y jueces que se destacan por ser y haber sido asiduos visitantes de la embajada de USA e, incluso, recibieron capacitación en el exterior. A ello se suma la utilización de las redes sociales internacionales, no sólo para propagar las falsas noticias, sino también para inmiscuirse en los asuntos internos de países como el nuestro o como Brasil, donde se operó siguiendo la misma matriz. De ese modo se pudo sacar del medio a los líderes del Partido de los Trabajadores, a quienes no podía desplazarse mediante elecciones limpias. Sin ir más lejos, el destino de Brasil cambió a partir de una nota periodística en la que se afirmaba que el ex Presidente Ignacio “Lula” Da Silva y su esposa habían adquirido un departamento triplex en un edificio en Guarujá, del cual jamás fue titular. A esto siguió la técnica de la “delación premiada” que se usa del mismo modo en Argentina y Brasil, mediante la cual se extorsiona a alguien acusado de corrupción a cambio de la excarcelación o la prisión domiciliaria. Esa declaración fue tomada como prueba y el juez –que no consiguió otras

² Diario Perfil del 19 de junio de 2018: “El papa argentino Francisco, en la misa matutina del lunes en la residencia vaticana de Santa Marta, denunció la utilización de “comunicaciones calumniosas” para destruir las instituciones o a las personas y advirtió que así se llega a la dictadura. Se empieza con una mentira y, “después de haber destruido a una persona o a una situación con esa calumnia”, se juzga y se condena. “Aún hoy, en tantos países, se usa este método: destruir la libre comunicación”, dijo Francisco en su homilía, citada por Vatican News (...). “Por ejemplo pensemos”, dijo Francisco; “Hay una ley de medios, de comunicación, se cancela esa ley; se da todo el aparato de la comunicación a una empresa, a una sociedad que calumnia, dice falsedades, debilita la vida democrática”. Según El Vaticano, las palabras de Francisco no aludieron a ningún gobierno específico. En su homilía, Francisco dijo que “después llegan los jueces a juzgar estas instituciones debilitadas, a estas personas destruidas, condenan, y así va adelante una dictadura”, indicó. Agregó, además, que “las dictaduras, todas, comenzaron así, adulterando la comunicación, para poner la comunicación en las manos de una persona sin escrúpulos, de un gobierno sin escrúpulos”. “Aun en la vida cotidiana es así. Si se quiere destruir a una persona, se comienza con la comunicación, a hablar, calumniar, decir escándalos”, reflexionó Francisco. “Y comunicar escándalos - prosiguió- es un hecho que tiene una seducción enorme, una gran seducción. Se seduce con los escándalos (...). (Dispon. En <https://www.perfil.com/noticias/politica/francisco-se-mete-en-la-guerra-contra-las-fake-news-debilitan-la-vida-democratica.phtml>).

pruebas- condenó al ex Presidente y principal candidato en base a “sus convicciones”. Hoy ya se sabe que fue todo un montaje.³

3. Calumnias e injurias en el gobierno de CFK. De las *fake news* al *lawfare*

Más acá de las posturas políticas que cada uno tenga, creemos relevante considerar el testimonio que brinda sobre estas cuestiones la ex presidente Cristina Fernández de Kirchner, cuyo libro *Sinceramente* constituye un buen ejemplo para lo que venimos planteando, en tanto exhibe las características de las campañas difamatorias que fueron llevadas a cabo deliberadamente con el objetivo de socavar a su gobierno, en primer lugar y, en segundo lugar, en dejarla posteriormente fuera del juego político.⁴ Para ello se recurrió a *fake news* de todo calibre, de algunas de las cuales ya está comprobada su falsedad y la “real malicia” de su enunciación. Es decir, se publicaron falsedades a sabiendas de que lo eran.⁵ Por ejemplo, acusarla de ir de *shopping* y gastar cientos de miles de euros mientras asistía a la conferencia sobre el hambre en el mundo en el seno de la FAO, como publicó en Italia el *Corriere de la Sera* y replicaron medios argentinos, siguiendo el modus operandi de la complicidad entre medios afines. Otra noticia

³ Hoy queda claro que se trató de una operación de *lawfare* a través de los cables publicados por el periodista norteamericano Glenn Greenwald, el mismo que publicó las filtraciones de Edward Snowden sobre el omniespionaje de la NSA. La operación que montaron el juez Moro y el procurador Dallagnol con la complicidad de algunos medios se pone en evidencia en una comunicación con el juez Moro en la que Dallagnol reconocía que “la denuncia está basada en mucha prueba indirecta de autoría pero no cabría decir eso en la denuncia y en la comunicación evitamos ese punto”. Moro escribió entonces al fiscal que “Una fuente me informó que una persona estaría comprometida por haber estado a cargo de labrar las minutas de escritura para transferencia de propiedad de uno de los hijos del ex presidente. Aparentemente una persona estaría dispuesta a prestar información. Estoy repasando. La fuente es seria” “¡Gracias! Haremos contacto”, responde Dallagnol, confirmando la coordinación entre ambos. Más tarde, el fiscal le diría que la fuente no quiso hablar y evaluaría la posibilidad de crear una denuncia anónima para obligar a la fuente a declarar ante la Fiscalía. Es enorme el parecido con las operaciones y carpetazos de personajes vinculados a servicios de inteligencia argentinos y extranjeros como el falso abogado Marcelo Sebastián D’Alessio. Probablemente porque provienen de una misma matriz.

⁴ Cabe mencionar –para los lectores extranjeros- que la ex Presidente fue reelecta con un 54% de los votos y se fue del gobierno con un índice de popularidad aún mayor, no pudiendo presentarse a una nueva reelección por el límite que establece la Constitución Nacional de una sola reelección consecutiva.

⁵ Para el periodista y abogado Pablo Duggan, autor de la investigación que dio lugar al libro *¿Quién mató a Nisman?*, publicado por editorial Planeta en 2019, la afirmación de que el fiscal Nisman fue asesinado y la sospecha generada en torno a la autoría intelectual constituyó la noticia falsa más fantástica generada en un año electoral.

comprobadamente falsa expresaba que su hijo y actual diputado Máximo Kirchner y la ex Ministra Nilda Garré tenían cuentas millonarias en el exterior.⁶

Ahora bien, la ex Presidente pone a éstas y otras mentiras en el contexto de operaciones más grandes, a saber, “...lo que se conoce como *lawfare*: el ataque sistematizado, coordinado y direccionado contra dirigentes políticos opositores desde los medios de comunicación, los servicios de inteligencia y diversos sectores del Poder Judicial” (Fernández, 2019, p. 572).

Efectivamente, todas las afirmaciones anteriores cobran otro sentido a partir de la denuncia con respecto a la campaña desestabilizadora de su gobierno denominado “Plan Gutiérrez”, el cual fue financiado por los llamados “fondos buitres”. El mencionado plan, denunciado durante 2014, fue llevado a cabo por el ex secretario de comercio del gobierno de George Bush, Carlos Gutiérrez, con el objeto de conseguir condiciones ventajosas para los fondos especulativos acreedores de la Argentina, mediante el desgaste del gobierno argentino, particularmente de la figura presidencial. Para ello se recurrió a periodistas y medios de comunicación para instalar una campaña mediática en su contra, además de otra serie de iniciativas espurias.⁷

⁶ El 31 de marzo de 2015 el diario Clarín publicó en su tapa lo que resultó ser una “fake news” en base a una supuesta investigación del otrora periodista Daniel Santoro. Allí acusaban al hijo de la Presidente, Máximo Kirchner y a la ministra de Defensa, Nilda Garré de tener cuentas en dos paraísos fiscales. El 21 de noviembre de 2018 el Juzgado Criminal y Correccional Federal N°8 a cargo del Juez Marcelo Martínez De Giorgi (CFP 3012/2015) publicó el fallo absolutorio para ambos, pasados más de tres años. Así se comenzó una serie de desmentidas y condenas a medios y periodistas. Pero las consecuencias y efectos que tuvieron son de carácter irreversible. La denominada “campaña sucia” del Grupo Clarín, replicada en las redes sociales, influyó decisivamente en los resultados electorales a favor del aliado del grupo Clarín y actual Presidente Mauricio Macri, quien le devolvió los favores con creces a través de los decretos de necesidad y urgencia 267/15 y 1340/16 que ya analizamos y la autorización para la fusión de Cablevisión y Telecom, cuestión a la que nos referimos en Flax (2018). Como admitió públicamente el periodista de Clarín Julio Blanck en una entrevista: “hicimos periodismo de guerra”. Como expresa Miguel Rodríguez Villafañe, “es un uso inadecuado del secreto de fuente y por el contrario es una conducta reprochable periodísticamente cuando el periodista encubre su propia opinión aduciendo fuentes anónimas”. Luego agrega, “resulta totalmente indebido que el periodista se preste a cumplir funciones policíacas, de espía, de agentes judiciales o gubernamentales y para ello utilizar la figura del secreto de fuentes” (Rodríguez Villafañe, 2015, p. 527). A pesar de haber traspasado evidentemente los límites éticos, FOPEA salió a defender corporativamente a Daniel Santoro. Veremos si lo sigue haciendo si se prueba también –como los indicios parecen indicar- que incurrió en graves transgresiones al código penal.

⁷ La ex Presidente presenta estas denuncias en el capítulo 6 de su libro: “Los heraldos negros: el dolor y la fuerza (2011-2015)”. Las mismas reiteran las expresadas por la entonces Presidente y dos de sus entonces ministros en el año 2014: “En el exterior se había elaborado un plan de cinco puntos para desestabilizar

Debe tenerse en cuenta que no se trata de errores involuntarios de un periodista, sino que se trata de campañas orquestadas desde un dispositivo de poder. Esas *fake news* luego son tomadas por los jueces y fiscales para iniciar causas que luego de años terminan en la nada, pero se replican en las radios y canales de los medios concentrados y corren luego como reguero de pólvora por las redes sociales. Mediante ese

nuestro gobierno, al que menciono como “el plan de Gutiérrez”, en realidad un eufemismo porque la estrategia para atacar y desgastar al gobierno de la República Argentina era de los fondos buitres. Por esos días, el ex secretario de Comercio del segundo gobierno de Bush, el cubano Carlos Gutiérrez, quien formaba parte del estudio de la ex secretaria de Estado durante el gobierno de Bill Clinton, Madeleine Albright, había asegurado que la estrategia de los fondos buitres con Argentina iba a consistir en cinco puntos: en primer lugar, esmerilar y desgastar la figura de la presidenta de la Nación, con ataques permanentes desde el punto de vista mediático y denuncias sistemáticas en diversos lugares de Estados Unidos y a nivel internacional; segundo, propiciar una ola de rumores para generar inestabilidad económica impulsando ataques especulativos para minar la credibilidad y confianza en el gobierno, sobre todo con la variación del tipo de cambio marginal o blue, que constituye un mercado ilegal promovido por cuevas financieras auspiciadas en forma indirecta por los bancos; tercero, establecer una política agresiva en el mercado financiero internacional, para impedir el acceso de la República Argentina a financiamiento en el mercado de capitales, tanto del sector público como del sector privado, con el objeto de asfixiar al gobierno e impedir a las empresas argentinas acceder a líneas de crédito; cuarto, propiciar una estrategia para ganar tiempo y lograr un acuerdo favorable a los intereses de los fondos buitres en el año 2016 con un nuevo gobierno, admitiendo que los deseos de que efectivamente un gobierno afín a sus intereses pueda gobernar el país a partir del 10 de diciembre de 2015; y por último, contratar periodistas, medios de comunicación en Argentina y otros países, para atacar al gobierno y financiar directa o indirectamente a políticos y sindicalistas de la oposición, para esmerilar al gobierno y provocar acciones de desgaste permanente. Como podrá observarse, un auténtico y perfecto plan de desestabilización, que se llevó adelante en forma real contra nuestro gobierno y en el que tuvieron un rol descollante los medios de comunicación hegemónicos de Argentina y los principales miembros de la oposición política” (Fernández, 2019, p. 358-359). Cabe mencionar que el diario La Nación publica una nota esclarecedora al respecto el 20 de septiembre de 2014: “La consultora de la ex secretaria de Estado hizo gestiones para una “solución satisfactoria” por Silvia Pisani, <https://www.lanacion.com.ar/politica/contratan-los-buitres-a-madeleine-albright-nid1728878>. Por su parte, días después, el 31/10/2014, aparece una nota en InfoBaires firmada por Alejandro C. Tarruella con precisiones mayores: “Para mostrar los cinco puntos en el camino hubo otro ex funcionario norteamericano que salió al ruedo. Carlos Gutiérrez, ex secretario de Comercio de Estados Unidos bajo la segunda presidencia de George Bush, vino Buenos Aires para buscar “una solución satisfactoria” para las partes. Gutiérrez contó en reunión con Alex Kicillof y Jorge Capitanich los cinco puntos del plan de Singer: 1) ataque especulativo a la moneda argentina para forzar una devaluación; 2) ataque directo contra la presidenta Cristina Fernández de Kirchner, incluidas las versiones que afectaron a la hija de la presidenta; 3) impedir el pago local de los próximos vencimientos, tal y como se decidió a partir de la aprobación de la Ley de Pago Soberano; 4) bloquear cualquier posibilidad de que la Argentina encuentre financiamiento en los mercados externos, y 5) esperar a 2016 para arreglar la cuestión. Así, el gobierno argentino, merced a la habilidad de Capitanich y Kicillof, contó con información precisa sobre el plan local de los fondos buitres, y sabía que entre los contratados por Singer, estaba el propio don Carlos Gutiérrez. Y el plan comenzó a funcionar, algunos opositores decían que el gobierno no llegaba a las elecciones de 2015...” (Disp. en <https://www.infobaires24.com.ar/albright-jugo-de-pesada-para-los-buitres-y-frente-a-la-argentina-perdio-mal/>).

bombardeo informacional generan una corriente de opinión adversa a un gobierno o a favor de intereses determinados.

Al respecto expresa la ex Presidente: “A esto se le sumó, en la última recta hacia las elecciones de 2015, la novedad de las *fake news*, que ya son moneda corriente en las campañas electorales de los partidos políticos de derecha en todo el mundo, como quedó demostrado luego de la victoria de Donald Trump en Estados Unidos o de Jair Messias Bolsonaro en Brasil. En Argentina tuvimos nuestra propia versión con las *fake news*, durante la campaña de Macri. Porque los fondos buitres no atacaban sólo desde el exterior, sino también desde el seno de la Argentina...” (Fernández, 2019, p. 357).

Resultaron aún más inquietantes las informaciones que se conocieron más tarde sobre las operaciones de *Cambridge Analytica* en la campaña electoral de 2015, en la cual *Facebook* tuvo una enorme responsabilidad al facilitar una base de datos con los perfiles de los usuarios argentino, para operar sobre los diferentes segmentos, particularmente los indecisos. Esta información también está comprobada e, incluso, Zuckerberg pidió disculpas por esas maniobras.⁸

⁸ Cristina Fernández lo expresa de la siguiente manera: “Más tarde se supo que la empresa Cambridge Analytica -cuyo nombre legal era SCL Group- había participado en la campaña presidencial nuestra de 2015. Un informe público del Parlamento británico realizado en base a la declaración de Alexander Nix, ex CEO de SCL Group, y documentos de la propia firma a la que accedieron los legisladores ingleses revelan que hubo una reunión del área de management el 27 de mayo de 2015, en la cual se habló de realizar una “campaña antikirchnerista” -es textual- que incluía la recopilación de información “de proximidad”, guerra informativa y hasta el uso de “agentes de inteligencia retirados de Estados Unidos, España, Reino Unido, Israel y Rusia”. Una versión corregida y aumentada del “Plan Gutiérrez” de los fondos buitre (...) La campaña, agregaba el informe, incluyó el uso de cuentas falsas de Facebook y Twitter (los famosos trolls) para respaldar esa campaña. El Grupo Clarín y La Nación ocultaron esta información. Por supuesto, Cambiemos negó que hubiera contratado a esa empresa. Sin embargo, Mark Tumbull, ejecutivo de Cambridge Analytica, admitió en una cámara oculta que hizo campaña sucia en Argentina (...)” (Fernández, 2019, p. 565). Al respecto puede verse <https://www.pagina12.com.ar/132179-una-guerra-informativa-como-campana> del 1º de agosto de 2018.

Cabe señalar que el creador de Facebook, Mark Zuckerberg, empresa que le facilitó los datos de sus usuarios a la consultora Cambridge Analytica, pidió disculpas en el Congreso de los Estados Unidos, también en el Parlamento Europeo, pero hasta ahora se resistió a declarar ante el Parlamento británico. Este tipo de campañas luego fueron replicadas y ampliadas en USA en la campaña de Trump y en Brasil en la campaña de Bolsonaro. Pero previamente habían causado efectos aun inestimables para el triunfo del Brexit por un mínimo 2% a favor de la separación del Reino Unido de la Comunidad Económica Europea. Actualmente hay varias investigaciones en curso en USA en torno a Facebook por prácticas monopólicas que exhiben la falta de escrúpulos de Zuckerberg, como adquirir empresas de la competencia para cerrarlas. Por su parte, se hallan en estudios varios proyectos de ley para poner en caja a este tipo de empresas por su abuso de posición dominante en el mercado, que no tienen inconvenientes en incurrir en abusos de poder, para pedir disculpas cuando sus malas prácticas toman estado público.

Al final de su libro, la ex Presidente plantea una serie de interrogantes que convergen en torno a estas cuestiones: “¿Cómo se hace cuando a través de la mentira se genera un sistema de creencias en amplios sectores de la población que va en contra de sus propios intereses?” (Fernández, 2019, p. 553). Y añade: “No puedo dejar de preguntarme, entonces, qué ocurrirá si no nos preparamos para protegernos de las noticias falsas o de los ejércitos de la noche, como llamo a los *trolls* de Cambiemos. O de la desinformación premeditada de los medios hegemónicos. ¿Podremos vencer la mentira, la difamación?” (Fernández, 2019, p. 568). “Omitir o tergiversar o dar noticias falsas es la condición esencial de la nueva forma de dominación y persecución de la oposición conocida como *lawfare*, o guerra judicial basada en pruebas falsas y noticias falsas. La manipulación de la información, así como la privación de la información veraz, deberá ser considerado alguna vez una violación flagrante a los derechos humanos...” (Fernández, 2019, p. 575).

Lo cierto es que no es necesario esperar a que se consideren violatorios de los DDHH, porque el ocultamiento de información viola el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el *Principio de Publicidad* enunciado por Emanuel Kant (Flax, 2011) de acuerdo con el cual “Aquellas acciones referidas a otros hombres, cuyos principios no soportan ser publicados, deben considerarse injustas”. Por su parte, las noticias falsas son consideradas efectivamente como una violación de los derechos humanos cuando tienen por objeto atacar el honor de una persona, como es el caso de algunas de las falsas imputaciones ya citadas. La cuestión a plantearse, entonces, es en qué medida nuestra legislación protege a las personas en general y a quienes ocupan cargos públicos de falsas imputaciones y de la difamación consecuente.

Por ello analizaremos la cuestión atendiendo a la reforma al código penal realizada a partir del “Fallo Kimel” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A nuestro juicio, la mencionada reforma abrió la puerta para que se facilite este tipo de ataques por parte de los medios de comunicación concentrados, al eliminarse una condena penal y limitarse al pago de una indemnización.

4. El caso Kimel y la violación del principio de legalidad

Luego de que se derogara el delito de desacato, se recurrió a los delitos de calumnias e injurias para perseguir al periodismo. (Blanco y Germano, 2005) En general, aquellos casos que llegaron a la Corte Suprema en la historia anterior a esa etapa fallaban a favor de la libertad de expresión en el conflicto entre derechos, con respecto al derecho al honor o a la reputación. Pero esto cambió a partir del caso promovido por el juez Guillermo F. Rivarola contra el periodista Eduardo G. Kimel, por dichos incluidos en su libro *La masacre de San Patricio*, de acuerdo con los cuales el juez no había cumplido con su deber de investigar.⁹

Kimel fue condenado en primera instancia por injurias, luego fue absuelto por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Posteriormente se presentó un recurso ante la Corte Suprema y ésta, con su particular integración durante el menemismo, falló a favor del denunciante, condenando a Kimel por calumnias -aunque con fallo dividido- contrariando la doctrina anterior de la Corte Suprema argentina. Por ello, el caso fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Kimel Vs. Argentina” representado por diferentes organismos de derechos humanos, incluido el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

⁹ Las expresiones de Kimel del Capítulo V de su libro, por las cuales se lo imputa, hoy resultan por demás medidas: “Capítulo V – El jardín de los senderos que convergen - La investigación judicial”. “La causa judicial por el asesinato de los palotinos fue tomada desde el inicio por el juez federal Guillermo Rivarola y la secretaria de Gustavo Guerrico; el fiscal actuante fue Julio Strassera. La investigación, significativamente, no estuvo patrocinado por la congregación a la que pertenecían las víctimas, tampoco por ninguno de los parientes. Durante ese primer período, que va desde el asesinato hasta agosto de 1977, en que se dicta la sentencia de sobreseimiento provisorio, la causa fue auspiciada por el Estado. El juez Rivarola realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el juez Rivarola cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a punto muerto” (Kimel, 2010, p. 139).

Lo que debe tenerse en cuenta, es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este conflicto entre derechos fundamentales no falló directamente a favor de la libertad de expresión, sino que su fallo expresó que el Estado había violado el “principio de legalidad”, incluido en el art. 9 de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*, dado que tal como estaban redactados en el Código Penal vigente los delitos de calumnias y de injurias, no existía una tipificación de las conductas que podían encuadrarse como tales.¹⁰ Si no hay tipificación, no hay delito. Con lo cual el uso indiscriminado conducía a una afectación de la libertad de expresión. Por ello, la Corte Interamericana tomó los argumentos de la Comisión y recomendó que “si el Estado decide conservar la normativa que sanciona las calumnias e injurias, deberá precizarla de forma tal que no se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”.¹¹

¹⁰ En la sentencia se expresa: “63. La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que: “La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”.

¹¹ “59. La Comisión alegó que “se utilizaron los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público”. En este sentido, sostuvo que “la descripción de las conductas de [calumnia e injurias] tiene [...] tal ambigüedad, amplitud y apertura que permite [...] que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean sancionadas indebidamente a través de estos tipos penales”. Además, la Comisión opinó que la “mera existencia [de los tipos penales aplicados al señor Kimel] disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias”. Al respecto, indicó que “[s]i el Estado decide conservar la normativa que sanciona las calumnias e injurias, deberá precizarla de forma tal que no se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”. Fallo CIDH, p. 16.

5. Un caso difícil. El conflicto entre dos derechos fundamentales: la libertad de expresión y el honor

El profesor, fiscal y especialista en derecho penal Javier Augusto De Luca, expresa que efectivamente la Corte Interamericana no recomendó eliminar las normas referidas a las calumnias y a las injurias del código penal con respecto a los funcionarios públicos, sino que la recomendación expresaba dos alternativas: a) eliminarlas; b) si no se quisieran eliminar, entonces tipificarlas, lo cual recomienda De Luca, dado que mantener las penas era una posibilidad que se encuadraba mejor en la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto la mencionada convención reconoce el derecho fundamental a la honra. Es decir, armonizar ambos derechos.¹²

Para sintetizar la larga argumentación presentada en su artículo “Delitos contra el Honor y Libertad de Expresión en la Argentina. Casos “Kimel” de la Corte Interamericana y “Patitó” de la Corte Suprema”, podemos ordenarla del siguiente modo:

¹² Se deriva de la simple lectura de los artículos 11 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos -que forma parte de nuestra Constitución Nacional en virtud del art. 75:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad:

- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito o en forma impresa o artística o cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vía o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyen incitaciones a la violencia o cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

a. La Corte Interamericana expresa: “64. Como quedó establecido anteriormente, el señor Kimel fue condenado en primera instancia por el delito de injurias. El tipo penal aplicado fue el artículo 110 del Código Penal que establece:

El que deshonrarse o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año.

“65. Posteriormente, fue absuelto por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Por último, la Corte Suprema de Justicia se apartó de la calificación originaria del delito y decidió que los hechos imputados al señor Kimel configuraban el ilícito tipificado en el artículo 109 del Código Penal, que establece:

“La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.”

b. Expresa la Corte Interamericana que: “Cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa”.

c. La Corte Interamericana “estima pertinente ordenar al Estado que adecue en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (supra párrs. 18 y 66) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.”

d. Por ello concluye Javier Augusto de Luca: “Surge con bastante claridad que no es idéntico el pedido de la Comisión y el de los representantes de las organizaciones que acompañaron la posición de Kimel. La decisión final de la Corte Interamericana se acerca más a la de la Comisión: no se trata de derogar los delitos de calumnias e injurias, sino de precisar la legislación para que en determinados casos no se afecte la libertad de expresión” (De Luca, 2008).

Como expresa de Luca, “la Corte DH reconoce que las sanciones penales contra las lesiones al honor son compatibles con la Convención Americana”. Efectivamente, el Código Penal no sólo consideraba multas, sino también penas de prisión. Queda claro que la Convención reconoce en su artículo 11 que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, por lo cual, se reconocen dos derechos igualmente fundamentales y, aunque hay que priorizar en general la libertad de expresión, esto no debe considerarse absoluto. En consecuencia, existe un conflicto entre derechos fundamentales o “caso difícil”. En términos de la Corte IDH “Subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. Ponderación a través de un juicio de proporcionalidad.”

Sin embargo, la solución legislativa consistió en la eliminación de la figura penal de calumnias “en las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean

asertivas” y en la eliminación de la figura penal de injurias “en las expresiones referidas a asuntos de interés público”.¹³

Es decir, no se buscó tipificar de manera tal de hallar un equilibrio entre ambos derechos: la libertad de expresión y el derecho a la reputación. Con respecto a las calumnias (falsedad sobre cuestiones de hecho) no se incluyó la “real malicia”, de modo tal que si se probara que se estaba expresando una falsedad a sabiendas de que es una falsedad, existiera alguna sanción.¹⁴ Con respecto a las injurias, se dejó la puerta abierta

¹³ Ley 26.551 “El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley: Artículo 1º - Sustitúyese el artículo 109 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

Artículo 109: La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

ARTICULO 2º - Sustitúyese el artículo 110 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

Artículo 110: El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

ARTICULO 3º - Sustitúyese el artículo 111 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

Artículo 111: El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes: 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal. 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

ARTICULO 4º - Derógase el artículo 112 del Código Penal de la Nación.

ARTICULO 5º - Sustitúyese el artículo 113 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

Artículo 113: El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

ARTICULO 6º - Sustitúyese el artículo 117 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

Artículo 117: El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

ARTICULO 7º - Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.”

¹⁴ Con respecto a la doctrina de la “real malicia”, se presupone la buena fe en la actividad periodística profesional. Como expresa Rodríguez Villafañe: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en el conocido caso “Campillay”, que “La función primordial que en toda sociedad moderna 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”. El objetivo fue procurar un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos, especialmente, a funcionarios públicos, figuras públicas y aun

para que se insulte de manera ilimitada a cualquier en aquellas cuestiones referidas al interés público. Queda claro, que operaciones de prensa y de servicios como los que se mencionan en apartados anteriores constituyen falsedades a sabiendas de que lo son, es decir, incurren en la real malicia y deberían poder ser sancionadas penalmente.

A pesar de ello, las organizaciones de la sociedad civil, incluido el CELS, criticaron que la despenalización estuviera limitada a las expresiones de interés público, destacando que una reforma integral requeriría el relegamiento de los casos de injurias y calumnias a la justicia civil solamente e, incluso, estableciendo un límite a las indemnizaciones aplicables.¹⁵ En su presentación ante la Corte Interamericana lo expresaron del siguiente modo: “73. Los representantes (...) respecto de las sanciones penales alegaron que “[a]l menos en el área de la crítica a los funcionarios públicos por sus actos funcionales, o a quienes se vinculan voluntariamente a asuntos de interés público, el recurso al derecho penal es contrario a la posibilidad de dar un debate amplio, ya que desalienta la participación de la ciudadanía, incluso, de los periodistas profesionales en la discusión de los asuntos públicos”. En este sentido, el “recurso penal genera un fuerte efecto inhibitorio”. Por otra parte, se manifestaron en contra de la existencia de sanciones

particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o de la crónica (...) El derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información” (Rodríguez Villafañe, 2015, p. 335-336). Recordemos que el fallo del Tribunal Supremo de USA en el caso *New York Times Vs. Sullivan*, 1964, representa la principal fuente de la doctrina de la “real malicia”, de acuerdo con la cual un periodista o un medio no pueden ser condenados por calumnias, salvo que se pruebe que expresaron una falsedad a sabiendas. El informante del tribunal, el juez William J. Brennan mostró que el diario no tenía conocimiento de las inexactitudes. El fallo expresa: “las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir...Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente a su conducta, como tal, a menos que pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que eran falsas o con gran despreocupación acerca de su verdad o falsedad” (Fallo citado en Rodríguez Villafañe, 2015, p. 335). Lo que consideró el tribunal fue que hubiera correspondido penalizar al diario y a los firmantes si hubiera habido “real malicia”, es decir, si hubieran publicado algo falso a sabiendas de que era falso. Asimismo, el fallo consideró que correspondería al demandante probar la falsedad de las afirmaciones y que fueron hechas a sabiendas de que eran falsas. Este fallo pasó a formar parte de la doctrina interamericana en lo que tiene que ver con los delitos contra el honor en el ejercicio de la libertad de expresión

¹⁵ En el documento elaborado por Bertoni, Eduardo y Del Campo, Agustina (2012), “Calumnias e injurias: a dos años de la reforma del Código Penal argentino”, Centro de Estudios en libertad de expresión (CELE), Facultad de derecho Universidad de Palermo, el CELE adhiere a la postura del CELS.

civiles, toda vez que éstas también “tienen un fuerte efecto inhibitor, en particular para las personas que desempeñan la función de periodista”, por “los relativamente exiguos salarios que se abonan en los medios de prensa”; porque “resulta virtualmente imposible afrontar las condenas que se establecen en los juicios de daños y perjuicios, sin que se genere un colapso en la economía personal del periodista o del ciudadano común”, y porque, “salvo acaso los grandes multimedios, ningún medio de comunicación ofrece garantías a sus trabajadores respecto de su capacidad de pago” (CIDH – Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia, p. 18).

Considero yo que en la salvedad que plantean se encuentra una de las claves de la cuestión. Para los grandes multimedios no es un problema pagar. En consecuencia, si se trata de medios concentrados o no que representan los intereses particulares de los conglomerados económicos de los que forman parte o defienden los intereses de grupos económicos como los “fondos buitres”, limitar la sanción a una eventual cuestión patrimonial deja el campo abierto para que proliferen sus operaciones de difamación. En consecuencia, se justifica mantener la doctrina de la “real malicia” y considerar eventuales sanciones penales si se prueba la misma y no, meramente, una indemnización, irrisoria para esos medios. Por el contrario, para periodistas que no pertenecen a esos medios, hasta el pago de una indemnización puede ser imposible y el consecuente embargo de sus bienes o de sus salarios o ingresos, puede ser un castigo devastador.

A la inversa, Javier Augusto De Luca considera que una solución jurídica más equilibrada -en tanto protege ambos derechos- se halla en la redacción propuesta en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, del año 2006, de cuya comisión redactora formó parte. No vamos a transcribir todo el articulado, sino la tipificación propuesta, de modo tal de cuidar tanto el derecho al honor como la libertad de expresión:

TITULO III. DELITOS CONTRA EL HONOR

ARTICULO 115.- La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años.

ARTICULO 116.- El que deshonrar o desacreditare a otro, será reprimido con multa de TREINTA (30) a TRESCIENTOS (300) días-multa o prisión de UN (1) mes a UN (1) año.

ARTICULO 117.- Si las expresiones lesivas del honor se refiriesen a hechos de interés público y actual, el acusado quedará exento de pena:

- a) si al momento de la expresión los hechos fueren verdaderos;*
- b) en caso de hechos falsos, si las expresiones no hubieren sido proferidas con conocimiento de la falsedad o con temerario desinterés acerca de la verdad o falsedad;*
- c) en el caso de calificativos, si éstos guardasen directa relación con la idea de interés público y actual que se está comunicando.*

Es decir, corresponderá la pena si se publica algo falso a sabiendas de que lo es o si hay temerario desinterés acerca de la verdad o falsedad.

Agrega de De Luca: “Como puede verse, el texto proyectado satisfaría plenamente los postulados de la Corte Interamericana en el caso ‘Kimel’.” “La prueba de la verdad en asuntos públicos y de actualidad no estará a cargo del imputado, sino del acusador que debe destruir el estado de inocencia y probar los elementos objetivos y subjetivos del delito, es decir, del querellante ofendido.”

En conclusión, en los casos mencionados en el tercer apartado de este trabajo debería aplicarse la penalización en tanto se puede probar la real malicia, base de las campañas de difamación. Lo cual, de ninguna manera pone en riesgo la libertad de expresión, atendiendo a las dificultades de su comprobación por parte del acusador, las cuales se vuelven posibles, precisamente cuando forman parte de campañas previamente diseñadas.

6. Una brevísima consideración final

Sin dudas, un mayor equilibrio informacional dificultaría la instalación de falsas noticias. Asimismo, una eventual regulación de las redes sociales en el sentido de diversificarlas –como proponen Elizabeth Warren y Bernard Sanders, precandidatos a la presidencia de USA- dificultaría su expansión. Sin embargo, debería actuarse también sobre la fuente de las mismas, la cual no debe reducirse a *trolls* que desde cuentas ficticias ponen *fake news* en circulación. Las campañas de difamación que estuvimos analizando tuvieron su origen en multimedios periodísticos tradicionales con mayor credibilidad que las hicieron rebotar una y otra vez en la prensa gráfica, emisoras de radios y canales de televisión con el objeto de generar no sólo una corriente de opinión, sino una causa judicial que permitiera realimentar la campaña de difamación. De allí pasaron a las redes sociales y adquirieron la dinámica de las mismas. En ese sentido,

poder sancionar penalmente la “real malicia” no pone en riesgo la libertad de expresión. Por lo cual, debería formar parte de la defensa de la democracia constitucional, particularmente desde una comprensión de la misma como democracia deliberativa.

Referencias

- Alexy, R. (2006). Ley Fundamental y teoría del discurso. En N. Cardinaux, L. Clérico y A. D’Auria (Coords.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces* (págs. 19-38). Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA.
- Apel, K. O. (2002). La ética discursiva y las coerciones funcionales sistémicas de la política, el derecho y la economía de mercado. Reflexión filosófica acerca del proceso de globalización (Trad. A. Crelier y L. Paolicchi) (págs. 32-43). En A. Damiani y R. Maliandi, *¿Es peligroso argumentar? Estudios sobre Política y Argumentación*. Mar del Plata: Suárez.
- Bertoni, E. y A. Del Campo (2012). *Calumnias e injurias: a dos años de la reforma del Código Penal argentino*. Buenos Aires: Centro de Estudios en libertad de expresión (CELE), Facultad de Derecho, Universidad de Palermo.
- Blanco, D. y C. Germano (2005). *20 años de medios & democracia en la Argentina*. Buenos Aires: La Crujía/Konrad Adenauer Stiftung.
- Convención Americana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Disp. en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008, 2 de mayo). *Sentencia Caso Kimel vs. Argentina*. Disp. en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf (21 de agosto de 2019)
- De Luca, J. A. (2008). Delitos contra el Honor y Libertad de Expresión en la Argentina. Casos “Kimel” de la Corte Interamericana y “Patitó” de la Corte Suprema. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 11, 1913-1933.
- Fernández de Kirchner, C. (2019). *Sinceramente*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Flax, J. (2011). Del decisionismo y la concentración mediática al pluralismo democrático. En B. Alem (Comp.), *La comunicación como ámbito de construcción de la realidad social* (págs. 113-123). Los Polvorines: Imago Mundi/UNGS.
- Flax, J. (2013). *Ética, política y mercado. En torno a las ficciones neoliberales*. Los Polvorines: UNGS (disponible en: <https://redbioetica.com.ar/etica-politica-mercado>). (18 de mayo de 2017)
- Flax, J. (2018). Ética discursiva, democracia deliberativa y concentración mediática. *Revista Ética y Discurso*, 3 (2), 83 – 106.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1994). *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona: Gili.

- Kimel, E. (2010). *La masacre de San Patricio*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen-Página 12.
- Luhmann, N. (1996). *Confianza*. Madrid: Anthropos.
- Merton, R. (1995). *Teoría y estructura social*. México: FCE.
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Rodríguez Villafañe, M. J. (2015). *Libertad de expresión y periodismo en el siglo XXI*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Weberling J. (2010). Concentración de medios en Alemania. *Diálogo Político* (Konrad Adenauer Stiftung), 27 (1), 27-45.