

La protección de la libertad de expresión de los legisladores, del periodismo y de los ciudadanos. Un análisis comparativo

POR **ALFONSO SANTIAGO**(*)

Sumario: I. Presentación.- II. La inmunidad de opinión de los legisladores.- III. La protección constitucional y convencional de la libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos.- IV. Comparación entre ambos regímenes de protección.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

Resumen: en el artículo se describen y se hace un análisis comparativo entre el régimen de la inmunidad de opinión reconocida a los legisladores en el artículo 68 de la Constitución Nacional y los criterios que se han ido desarrollando jurisprudencial y legislativamente para proteger la libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en cuestiones de interés público.

Palabras claves: inmunidad de opinión - libertad de expresión - responsabilidad

The protection of the freedom of speech of legislators, journalists and citizens. A comparative analysis

Abstract: the article describes and makes a comparative analysis between the regime of immunity of opinion recognized to legislators in the article 68 of the Argentinian Constitution and the criteria that have been developed jurisprudential

(*) Abogado y Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Prof. titular de Derecho Constitucional y Director de la Escuela de Gobierno de la Universidad Austral. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y Director de su Instituto de Derecho Constitucional.

and legislative to protect the freedom of expression of the media, journalists and citizens in matters of public interest.

Keywords: *immunity of opinion - freedom of speech - responsibility*

I. Presentación

Es sabido y reconocido el enorme valor que la libertad de expresión de los gobernantes y gobernados tiene en una sociedad democrática.

Ya desde sus orígenes, el constitucionalismo veló para proteger especialmente esa libertad en cabeza de los legisladores o parlamentarios, reconociéndoles la denominada inmunidad de opinión. Más recientemente, particularmente a partir del caso “New York Times vs. Sullivan” (1) de la Corte Suprema Norteamericana de 1964, el derecho constitucional se ha preocupado por garantizar ampliamente la libertad de expresión del periodismo y de los ciudadanos en general, como modo de posibilitar un debate público abierto y robusto, incluso cuando ello pudiera ocasionar consecuencias negativas para el honor de las personas. La doctrina de la real malicia, elaborada por la Corte norteamericana y acogida parcialmente por nuestro máximo tribunal, es una prueba de ello.

El objetivo de este trabajo es analizar y comparar el régimen jurídico de la inmunidad de expresión que el artículo 68 de la Constitución Nacional —CN— reconoce a los legisladores, con la creciente protección de la libertad de expresión de los medios de comunicación, de los periodistas y de los ciudadanos en general que se ha ido desarrollando en el derecho argentino en los últimos cuatro décadas.

II. La inmunidad de opinión de los legisladores

La Constitución Argentina establece en su artículo 68 que “ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molesto por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato como legislador”.

Se trata de una inmunidad absoluta, de carácter funcional, que impide que un legislador sea demandado civilmente o denunciado penalmente por cualquiera de las expresiones relacionadas con el ejercicio de su cargo. Su fundamento y finalidad es posibilitar un debate legislativo amplio y sin restricciones ni amenazas de posibles sanciones que puedan debilitarlo.

(1) 376 US 254 (1964).

Ya desde sus comienzos, al resolver el caso Benjamín Calvete (2), la Corte Suprema señaló que esta inmunidad debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto, porque si hubiera un medio de violarla impunemente, él se emplearía con frecuencia por los que intentaren coartar la libertad de los legisladores, dejando burlado su privilegio y frustrada la constitución en una de sus más sustanciales disposiciones.

Más recientemente, nuestro máximo tribunal ha sostenido que cualquier tipo de incriminación de un legislador que se base en las expresiones de sus opiniones es institucional y políticamente dañosa, ya que es preferible tolerar el posible y ocasional exceso de un diputado o de un senador a introducir el peligro de que sea presionada o entorpecida la actividad del Poder Legislativo (3).

Los titulares de esta inmunidad de opinión son los legisladores, diputados y senadores (4), si bien la Corte Suprema en el caso Cavallo (5) la ha extendido a los ministros que participen en las sesiones del Congreso, allí prefirió hablar de “indemnidad” y no de “inmunidad” (6).

Se trata de un privilegio de carácter funcional, no personal, que busca proteger un interés de carácter general o colectivo. En ese sentido, ha sostenido la Corte Suprema que “las previsiones del artículo 60 de la Constitución Nacional (...) tienen una elevada significación, pues su finalidad no es la de proteger a un miembro del Parlamento para su propio beneficio, sino que están destinadas a garantizar la independencia funcional de las Cámaras legislativas, habilitando a los representantes del pueblo a cumplir sus funciones sin temor a acciones civiles y criminales” (7).

Temporalmente, la existencia de esta inmunidad se inicia con la asunción de su cargo y se extiende hasta el día de su cese como legislador.

En cuanto a su extensión espacial, comprende tanto las expresiones realizadas en el recinto como fuera del mismo, siempre y cuando estén relacionadas con su función legislativa, entendida esta en sentido amplio: participación en debates parlamentarios, declaraciones públicas, artículos periodísticos, denuncias, discursos, conferencias, etc. Remarca en este sentido Colautti (1996) que “la inmunidad

(2) *Cfr.* caso “Fiscal c/ Benjamín Calvete”, Fallos 1:297 (1864).

(3) *Cfr.* caso “Cossio, R.J. c/ Viqueira, H.”, Fallos 327:138 (2004), L.L. 2004 C, 314.

(4) El artículo 86 también reconoce esta inmunidad en cabeza del Defensor del Pueblo.

(5) *Cfr.* caso “Cavallo, D.F. s/ recurso de casación”, Fallos 327:4376 (2004).

(6) Esta extensión jurisprudencial de un privilegio legislativo mereció alguna crítica por parte de la doctrina: *Cfr.* Midón, 2007, p. 332.

(7) *Cfr.* caso “Varela Cid, Eduardo”, Fallos 315:1470 (1992), JA 1992-IV-591.

protege las expresiones de los legisladores en cuanto, para su mejor desempeño, deben gozar de absoluta libertad. (...) Una vez que se verifica esta conexidad, el privilegio es pleno, en el sentido de que importa la total irresponsabilidad penal del legislador” (p. 116).

En el caso Varela Cid (8), la Corte Suprema entendió que la inmunidad de opinión existía únicamente respecto de las opiniones vertidas en el recinto de la Cámara, pero luego, en los casos “Cossio” (9) y “Rivas” (10), sostuvo que tal prerrogativa alcanza las expresiones esgrimidas por el legislador incluso fuera del recinto o ante los medios de comunicación, siempre y cuando guarden un nexo directo con la función legislativa que desempeña. Por ello, Sagüés (2018) afirma que la inmunidad de opinión no es geográfica sino institucional, es decir, que no solo ampara al legislador por lo que diga en el recinto, sino en cualquier otro lugar (p. 261). En el mismo sentido, se pronuncia Bidart Campos.

En sentido contrario, cabe señalar que la inmunidad de opinión no abarca las expresiones totalmente desconectadas del rol legislativo, como, por ejemplo, insultos que el legislador realice en la vía pública por un incidente de tránsito, un conflicto con un vecino u otros hechos similares.

Esta prerrogativa comprende toda clase de modos de expresión, tanto las manifestaciones verbales como las escritas y hasta las gestuales.

El único órgano que puede sancionar a los legisladores por sus excesos expresivos es la propia Cámara que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 de la CN(11), puede incluso llegar a excluir a sus integrantes. Sin embargo, aún destituido el legislador por la cámara en razón de la impropiedad de sus manifestaciones, no es factible el enjuiciamiento judicial por sus expresiones (12).

La ley 25.320 establece en su artículo 5 que cualquier solicitud de desafuero fundada en los hechos descriptos por el artículo 68 de la Constitución Nacional será rechazada *in limine* por la cámara respectiva.

La inmunidad en lo relativo a las autoridades judiciales es absoluta. El legislador no puede ser demandado civilmente, ni denunciado penalmente por expresiones

(8) Cfr. caso “Varela Cid, Eduardo”, Fallos 315:1470 (1992), JA 1992-IV-591.

(9) Cfr. caso “Cossio, R. J. c/ Viqueira, H.”, Fallos 327:138 (2004), L.L. 2004 C, 314.

(10) Cfr. caso “Rivas, Jorge s/ calumnias”, Fallos 328:1893 (2005), R.920.XXXIX.RHE.

(11) “Artículo 66. Cada Cámara hará su reglamento y podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, y hasta excluirle de su seno”.

(12) Cfr. caso “Martínez Casas, Mario c/ Storani, C. y Marini, A.”, Fallos 248:462 (1960).

vertidas en el ejercicio de su función legislativa, tanto durante su mandato como luego de su finalización.

Como puede verse se trata de una inmunidad *quasi* absoluta que también comprende expresiones falsas, ofensivas del honor y la intimidad de las personas e incluso a las manifestaciones de odio racial, religioso o de otro tipo, que únicamente pueden ser sancionadas por la propia Cámara, pero nunca por los tribunales judiciales.

III. La protección constitucional y convencional de la libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos

La libertad de expresión como derecho humano está reconocida y protegida de modo general en los artículos 14 (13) y 32 (14) de la CN y, de modo aún más amplio y completo, en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos —CADH— (15).

(13) “Artículo 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”.

(14) “Artículo 32. El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”. Este artículo, incorporado a la reforma constitucional de 1860 a propuesta de la Provincia de Buenos Aires, pretendía proteger la libertad de imprenta de los medios periodísticos porteños.

(15) 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 por 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 vías 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 constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Inicialmente estuvo referido a la libertad de prensa, luego se amplió a la libertad de expresión y, más recientemente, se engloba en la libertad de dar y recibir información, que tiene un carácter más amplio y comprensivo de las libertades ya mencionadas.

Este derecho humano ha sido protegido con especial énfasis por la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —IDH—, por considerar que no solo es una exigencia de la dignidad de la persona humana, sino que cumple un rol fundamental para la vida democrática de un país.

La libertad de expresión, además de ser un derecho esencial de la persona, representa un valor estratégico para el adecuado funcionamiento de un sistema democrático, al permitir la libre expresión de las personas, el fomento de las relaciones interpersonales, el libre debate de ideas, la conformación de la opinión pública y de las corrientes sociales y, desde allí, posibilitar los pronunciamientos fundados del cuerpo electoral.

Ya en 1822, señalaba James Madison que “un gobierno popular sin información pública, o sin los medios para obtenerla, no es otra cosa que el prólogo de una farsa o una tragedia; o, tal vez, de ambas”. Por su parte, el juez Hugo Black de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su voto en el célebre caso “*The New York Times v. United States*” (16), sostenía que “la prensa está para servir a los gobernados, no a los gobiernos, se la protege para que pueda desnudar los secretos del gobierno e informar al pueblo. Solo una prensa libre y sin restricciones puede exponer las imposturas del gobierno” (17). También la Corte Suprema Argentina ha dicho a este respecto: “la Constitución Nacional consagra el derecho de prensa como un derecho de carácter estratégico, en conexión con la radicación de la soberanía en el pueblo. Este Alto Tribunal (...) debe tutelar ese derecho esencial para la vida democrática” (18).

En el mismo sentido, la Corte IDH, entre otros desarrollos, ha sostenido:

Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte ha señalado que quienes están bajo la protección de la Conven-

(16) 376 US 254 (1964).

(17) Agradezco a Manuel García Mansilla estas dos citas.

(18) Caso “Abad”, Fallos 315:632 (1992), consid. 4 del voto de los Dres. Cavagna Martínez, Fayt y Barra. De manera similar en: “Tavares”, Fallos 315:1699 (1992), consid. 12 del voto del Dr. Barra; “Rodríguez”, Fallos 318:1114 (1995), consid. 5 y 12 del voto de los Dres. Boggiano y Fayt; “Morales Solá”, Fallos 319:2741 (1996), consid. 7 voto del Dr. Vázquez; “Rajneri”, Fallos 320:1272 (1997), consid. 6 del voto de la mayoría; “Gorvein”, Fallos 321:2558 (1998), consid. 5 voto del Dr. Belluscio y 7 del voto del Dr. Boggiano; “Cavallo”, Fallos 321:2617 (1998), voto de la mayoría; “Menem, Eduardo”, Fallos 321:2848 (1998), consid. 8 del voto de la mayoría; entre otros.

ción tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social; ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (...). Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas (19).

Podemos apreciar en estas afirmaciones de estos autores y tribunales que la libertad de expresión es una libertad “preferida” que exige una protección muy particular, por la importancia “estratégica” que tiene en una sociedad democrática.

La dimensión social de la libertad de expresión es particularmente relevante para la temática que abordamos en este artículo, especialmente en la tutela de las opiniones que sobre asuntos de interés público pronuncian los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos.

El régimen específico de la libertad de expresión no ha sido desarrollado tanto por el nivel legislativo (20), sino fundamentalmente jurisprudencial. Ha sido la jurisprudencia de los tribunales nacionales y regionales quienes a través de sus sentencias han realizado una delicada ponderación de los bienes en juego y una necesaria armonización de los derechos comprometidos en cada caso concreto.

(19) Caso “Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

(20) El nuevo Código Civil y Comercial, a la hora de regular las responsabilidades especiales, no trató la responsabilidad civil de los medios periodísticos. Tan solo incorporó el artículo 1771 sobre la acusación calumniosa.

Por ello, el estudio de la jurisprudencia de ambos tribunales resulta particularmente relevante en materia de libertad de expresión (21).

Desde el retorno a la democracia en 1983, la Corte Suprema Argentina, en sus distintas integraciones, ha tendido a la protección de la libertad de expresión en materia de cuestiones de interés público, principalmente a través de la elaboración de la llamada “doctrina Campillay” y de la recepción de la doctrina de algunos elementos de la doctrina de la real malicia del derecho norteamericano (22).

Analicemos los principales contenidos jurídicos de estas dos doctrinas jurisprudenciales.

A partir del caso Campillay c/ La Razón (23), del año 1986, la Corte Suprema Argentina ha eximido de responsabilidad civil o penal al medio de comunicación y/o al periodista que reproduce una noticia, aún falsa o difamatoria, en tres supuestos:

- a) Cuando da cuenta de la fuente de la información.
- b) Cuando utiliza un tiempo de verbo potencial.
- c) Cuando deja en reserva la identidad de los imputados en el presunto hecho ilícito.

Al resolver el caso Jorge E. Martínez Vergara (24), la Corte extendió la aplicación de esta doctrina aún al supuesto de remisión a una fuente anónima.

Progresivamente la Corte Suprema argentina fue introduciendo en nuestro medio el estándar de la real malicia, elaborado por la Corte Suprema Norteamericana (25), para limitar la responsabilidad civil o penal de los medios de comunicación

(21) Hemos ya analizado en tratamiento jurisprudencial de la libertad de expresión por parte de la Corte Suprema Argentina y de la Corte IDH en nuestros trabajos “La libertad de expresión como libertad preferida. Jurisprudencia de la Corte Suprema (1983-2019)”, JA-2019 y “La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte IDH (1978-2018)” JA-2020 (en prensa).

(22) Entre la amplia bibliografía escrita sobre este tema puede verse una síntesis de las distintas doctrinas elaboradas por el Tribunal en AAVV, *La Corte y los derechos humanos* (p. 85 y ss.); Fayt, C., *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia*, ob. cit. (p. 209 y ss.); Badeni, G., “Las doctrinas ‘Campillay’ y de la ‘Real Malicia’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”. *La Ley*, 2000-C-1244, 1262.

(23) Fallos 308:789 (1986).

(24) Fallos 331:162 (2008).

(25) Luego de la emisión del paradigmático fallo “New York Times v. Sullivan” (376 US 254) de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el año 1964, donde se dio génesis al sistema de responsabilidad específico de la real malicia —solo se lo hacía aplicable a los funcionarios públicos—, en “Roseblatt v. Baer” (379 US 75), de 1966, se aplicó la doctrina también a las figuras

y/o periodistas cuando ellos informan sobre figuras públicas o temas de marcado interés público. De acuerdo con esta doctrina, los medios únicamente responden civil o penalmente cuando informan sobre funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de interés público, si publican noticias falsas con conocimiento de la falsedad o imprudente y notoria despreocupación acerca de su veracidad (26).

Corresponde también analizar la doctrina de la Corte Suprema acerca de las demás expresiones protegidas constitucionalmente que no son informaciones, de las que se pueda alegar su falsedad o veracidad, sino opiniones. Estas son juicios de valor o críticas sobre agentes y actos públicos a los cuales no se les aplica la doctrina de la real malicia (27). Con referencia al encuadre jurídico de estas críticas, ha sostenido nuestro máximo tribunal:

Aun cuando se encuentren formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, con dureza o causticidad, apelando a expresiones irritantes, ásperas u hostiles, y siempre que se mantengan dentro de los límites de la buena fe aunque puedan originar desprestigio y menoscabo para el funcionario de cuyo desempeño se trate, no deben ser sancionadas penalmente (...), excepto que resulte de los propios términos de la publicación, o se pruebe de otro modo, la existencia del propósito primario de lesionar el honor o causar daño, como ocurre cuando se utilizan contra la persona epítetos groseros o denigrantes, o se invade el ámbito de la vida privada del ofendido (28).

Posteriormente, al resolver el caso Patitó (29), la Corte Suprema sistematizó los distintos supuestos fácticos que era necesario distinguir, pues cada uno de ellos

públicas. Este avance también fue registrado a lo largo de los fallos de nuestra Corte Suprema, siendo ejemplo de ello el citado en la nota anterior.

(26) Ya en el caso “Vago”, Fallos 314:1517 (1991), el voto de los Dres. Fayt y Barra hace referencia a la doctrina de la real malicia. El caso se enmarcó en una demanda de daños y perjuicios en la cual el actor, director del semanario *Prensa Confidencial*, puso en tela de juicio que él pudiera ser considerado una figura pública. De hecho, el demandante no discutió la relevancia de que se utilizara el estándar de responsabilidad atenuada —que implica la real malicia— para las figuras públicas, mas se limitó a discutir que él fuera tal.

(27) *Cfr.* “Gorvein”, consid. 9 del voto de los Dres. Petracchi y Bossert.

(28) *Cfr.* “Rajneri”, Fallos 320:1272, consid. 7 del voto del Dr. Belluscio (1997). Ver también “Gorvein”, consid. 9, 10 y 13 del voto de los Dres. Petracchi y Bossert; “Itzigsohn de Márquez”, Fallos 313:740, consid. 7 y ss. del voto del Dr. Fayt (1990); entre otros.

(29) Fallos 331-1530 (2008). El caso Patitó se inicia por una demanda de daños y perjuicios promovida por los integrantes del Cuerpo Médico Forense dependiente de la Corte Suprema contra el diario La Nación y uno de sus periodistas, con motivo de una serie de artículos y de una editorial allí publicados, en los cuales se ponía en tela de juicio el comportamiento de dicho cuerpo y se descri-

tenía consecuencias jurídicas diversas. Se puede leer en el considerando 8 de ese fallo lo siguiente:

Tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (...). Estos principios son consistentes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura, lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes. Estas afirmaciones forman parte del acervo común de los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos (...) el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. Esta es la primera e importante diferencia. La segunda y no menos importante particularidad radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia, conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad, no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico (...) en el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de éstas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa.

bían irregularidades que habrían cometido sus integrantes. La Corte en decisión unánime rechaza la demanda por aplicación de la doctrina de la real malicia pues “los actores no han aportado elementos que permitan concluir que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados en el editorial o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad” (consid. 10).

De este meduloso considerando, parecería que a la hora de juzgar la responsabilidad civil de los medios de comunicación cuando tratan sobre personas públicas o cuestiones de interés público, hay que distinguir tres supuestos distintos:

a) Difusión maliciosa o temeraria de información falsa sobre personas o asuntos de interés público: para obtener la responsabilidad civil el demandante tiene que acreditar la “real malicia” del informante, es decir, el conocimiento de la falsedad de lo que se afirma o el total desinterés en su averiguación.

b) Expresión de opiniones y críticas sobre figuras o asuntos de interés público, aunque sean fuertes y agraviantes, no dan lugar a responsabilidad civil.

c) Expresiones ofensivas que llegan a ser insultos y trascienden la crítica dura y áspera: dan lugar a responsabilidad.

Cabe también recordar que el artículo 13.5 de la CADH señala que: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Por ello, esta clase de expresiones tampoco pueden estar protegidas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Por su parte, el Código Penal modificó en el año 2009 la tipificación de los delitos de calumnias e injurias para adoptarlos a los estándares que surgen de la jurisprudencia nacional e interamericana, particularmente luego de la condena del Estado argentino en el caso Kimel (30). Esa es la redacción actual de los artículos 109 y ss.:

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.*

Artículo 110: El que intencionalmente deshonnare o desacreditare 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

(30) Caso “Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, N° 177.

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.*

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.

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.*

También la jurisprudencia de la Corte Suprema en algunos de los fallos hizo efectiva la garantía de la libertad de expresión sin censura previa (31) y también dejó

(31) Cfr. caso “Servini de Cubría, María R.,” Fallos 315:1943 (1992); *Jurisprudencia Argentina*, 1992-IV-10; *El Derecho*, 149-24. En este caso, “Servini de Cubría,” la Corte Suprema revoca un fallo de la Cámara Civil que prohibía la emisión de determinados contenidos en un programa televisivo, por entender que dicha prohibición afectaba la prohibición de censura previa consagrada en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales. Ante el conocimiento de que en un próximo programa humorístico se continuaría haciendo referencias agraviantes a su persona, una jueza federal interpuso acción de amparo y solicitó el secuestro del *tape* del programa, para que se excluyeran las partes ofensivas a su persona. La Cámara acogió su pedido y resolvió, sin antes ver la proyección del *tape* impugnado y yendo más allá de lo solicitado en la demanda, prohibir toda referencia a la actora durante el programa televisivo. Ante esta decisión el demandado interpuso recurso extraordinario. La Corte, aun cuando no se trataba de una sentencia definitiva, abrió el recurso extraordinario por las características de la medida dictada y la importancia del derecho afectado. El fallo, que tiene un voto mayoritario conjunto de los Dres. Nazareno, Cavagna Martínez y Moliné O’Connor, varios votos concurrentes particulares (Dres. Levene, Boggiano, Fayt y Belluscio) y dos disidencias parciales (Dres. Barra y Petracchi), revocó la medida de no innovar dispuesta por la Cámara. La decisión mayoritaria de la Corte entiende que la sentencia de la Cámara es arbitraria. El modo en que ella resolvió la medida de no innovar no es compatible con la garantía constitucional del debido proceso. Al no ver el *tape*, desconocía los hechos sobre los que debía resolver. Esto es particularmente grave en materia de libertad de expresión, ya que toda forma de censura previa padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad, debido a la intensa protección de la libertad de expresión consagrada en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales.

sin efecto medidas que podrían considerarse medios indirectos de censura (32), dando así una amplia protección a este derecho humano fundamental.

Como se puede advertir, los desarrollos jurisprudenciales y los cambios legislativos apuntaron a dar una amplia protección jurídica a la libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en materias donde esté involucrado el interés público, exceptuando de tener que responder civil o

(32) *Cfr.* caso La Prensa, Fallos: 310-1715 (1987). El diario La Prensa fue multado por no observar las disposiciones de precios máximos dictadas por el gobierno en base a lo establecido en la Ley de abastecimiento. El diario entendió que la imposibilidad de aumentar el precio de venta le imponía una fuerte restricción económica que amenazaba su subsistencia y lesionaba de ese modo la libertad de expresión reconocida constitucionalmente. Señala Bianchi (2014) que: “este caso fue ocasión de un interesante debate interno en el Tribunal suscitado entre los defensores de la libertad de expresión y quienes —en minoría— veían al diario como una empresa comercial común y corriente, destinataria de la Ley de abastecimiento en igualdad de condiciones con las restantes de su especie. La mayoría, integrada por los jueces Caballero, Belluscio y Fayt, produjo tres votos separados —lo que pone en evidencia la intensidad del debate aún entre quienes estaban de acuerdo con una misma solución— que en esencia pueden resumirse con las palabras del voto del Presidente del Tribunal, ‘(...) es parte de esa libertad de imprenta que se ejerce a través de la publicación del producto, el fijar el precio, y resulta obvio que si se faculta al poder administrador a regular éste, o se somete a las empresas a la previa autorización, para aumentar los precios de sus ediciones, pueden alterarse garantías constitucionales, pues el artículo 32 de la Ley Fundamental refuerza, en este sentido, la protección del derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional. Me parece importante remarcar —como dato adicional— que la mayoría podrían haber hecho hincapié en la situación concursal de La Prensa y con ese solo fundamento revocar la multa impuesta. Sin embargo, prefirió ir directamente al punto constitucional del caso y resolverlo sin argumentar sobre la singularidad de la situación de la recurrente. La minoría en cambio, cuyo voto suscriben los jueces Petracchi y Bacqué, no hace distinción alguna entre la prensa y cualquier otra empresa comercial: ‘(...) las disposiciones legales dictadas en ejercicio del poder de policía económico social, vinculadas con el aspecto empresarial de la prensa, no se encuentran vedadas por el artículo 32 primera parte de la Constitución Nacional, por el hecho de que hayan sido expedidas por el Congreso Federal (...). En la medida en que el periodismo adopta características análogas a las de las empresas comerciales para alcanzar la capacidad económica requerida por su modalidad actual, lo específicamente periodístico queda indisolublemente vinculado con una categoría de intereses de distinta especie, que no pueden dejar de ser regulados. Sin pretender, para dichos intereses, condiciones de excepción fundadas en el mero hecho que no altera la naturaleza del vínculo aludido de aquéllos, la cual, en definitiva, es la que justifica la regulación. El hecho de que la empresa tenga por fin la publicación de ideas por medio de la prensa no sustrae su política económica particular del deber de ajustarse a la política económica nacional que fije el órgano encargado por la Constitución de ese cometido (doctrina de Fallos 217:145)’. Parecería que en opinión de los autores de esta disidencia, cuando la libertad de expresión está canalizada por un medio empresario, se iguala con la venta de carne, botones o sombreros” (p. 1251). Otro típico medio indirecto de censura es el de la distribución de la publicidad oficial, que puede ser utilizado como instrumento para limitar la libertad de expresión. La Corte Suprema abordará esta delicada temática al resolver el caso Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia del Neuquén (E. I. XXXIX, 05-09-2007), estableciendo pautas que impidan una distribución arbitraria de la publicidad oficial.

penalmente aun cuando se tratara de informaciones falsas o que puedan afectar el honor de las personas, quedando solo excluidos de esa tutela jurídica los insultos o aquellos supuestos de “real malicia”. En el fundamento de estos desarrollos jurisprudenciales y legales aparece siempre señalada la dimensión social de la libertad de expresión que recuerda la necesidad y conveniencia de un debate amplio y libre en los asuntos de interés público.

En cambio, no existirá esa amplia tutela cuando se dañe el derecho a la intimidad, aún de las figuras públicas o cuando se trate de información sobre menores. Estos son límites al ejercicio regular de la libertad de expresión, de acuerdo a los parámetros que surjan de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal.

En relación al derecho a la intimidad, conviene tener en cuenta el precedente del caso Balbín. La revista *Gente y la actualidad* publicó una fotografía de Ricardo Balbín agonizante en la habitación de una clínica, lo que afectó la intimidad del destacado líder radical y de su familia. Tras su fallecimiento, sus familiares promovieron una acción de daño moral contra la editorial y sus propietarios. En fallo unánime, aunque expresado en tres votos diferentes, el tribunal hace lugar a la demanda tutelando el derecho de intimidad, aunque se tratara en este caso de una figura pública. Afirma en este sentido el voto de los jueces Belluscio y Caballero:

La protección del ámbito de intimidad de las personas tutelados por la legislación común no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución ni cede ante la preeminencia de ésta, máxime cuando el art. 1071 bis del Código Civil es consecuencia de otro derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho de la privacidad, consagrado en el art. 19 de la Carta Magna, así como también en el art. 11, incisos 2 del ya mencionado Pacto de San José de Costa Rica, según los cuales 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, y toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques” (33).

El tribunal realiza una ponderación de los bienes y derechos en juego y considera que el ejercicio de la libertad de expresión debe ser respetuoso de los ámbitos de intimidad y privacidad, aún de las figuras públicas.

En relación a los menores, cabe mencionar el caso “S., V.” (34). Allí, la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Cámara que, en protección de la intimidad de

(33) Fallos 306:1912.

(34) Caso “S., V. c/M., D. A.”, Fallos 324:975 (2001).

un menor, prohibía a los medios dar a conocer su identidad al dar noticias de un juicio de filiación en trámite. El Tribunal relativizó la prohibición constitucional de la censura previa para dar la debida tutela al derecho de intimidad del menor afectado. El interés superior del niño y el hecho de que la prohibición de publicación surgiera de una sentencia judicial que intenta armonizar los derechos constitucionales en juego son dos argumentos que contribuyen a fundar la decisión adoptada. Este criterio fue confirmado años después en el caso Sciammaro c. Diario “El Sol” (35). Allí se cuestionaba la constitucionalidad del decreto-ley 10.067/83 de la provincia de Buenos Aires, que expresamente prohíbe la difusión del nombre de los menores en las crónicas periodísticas. La Corte considera que dicha norma es constitucional y se remite en sus fundamentos a lo expresado por la Procuración General (36). Establecida esta cuestión y con ella la obligatoriedad de la norma, señala que su obligatoriedad no puede soslayarse acudiendo a la doctrina del caso Campillay (37), según la cual los diarios no incurrir en responsabilidad por dar a conocer los nombres de la personas vinculadas a causas penales, si utilizan el potencial (38).

(35) S. 1858. XL, 28-08-2007.

(36) Sobre este punto la Procuración había dicho que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos “confieren especial tutela a los derechos de la infancia. La necesidad de una ‘protección especial’ enunciada en el preámbulo de la primera, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su artículo 3º, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio. Ello indica que existe una acentuada presunción a favor del niño, que ‘por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal’ (...). En tales condiciones, el artículo 18 del decreto ley 10.067, cuando dispone evitar la publicidad del hecho en cuanto concierna a la persona del menor que resulte vinculado a una situación susceptible de determinar la intervención de los Juzgados, y prohíbe la difusión de detalles relativos a la identidad y participación de aquél, no hace sino proteger preventivamente al menor del padecimiento de eventuales daños, por tratarse de personas que están en plena formación, que carecen de discernimiento para disponer de los aspectos íntimos de su personalidad y que merecen la tutela preventiva mayor que los adultos por parte de la ley”. Ver punto IV del dictamen.

(37) Caso Campillay c. La Razón. Fallos 308-789 (1986).

(38) “Cabe destacar que los lineamientos de la doctrina derivada del caso ‘Campillay’ no son de aplicación cuando media como el sub examen una prohibición legal de difusión respecto de la noticia propalada por el medio. En efecto, si la finalidad tuitiva del legislador fue evitar la publicidad de ciertos hechos, en cuanto concierna a la persona del menor, mal podría soslayarse esta prohibición apelando al uso de un tiempo potencial de verbo o citando expresamente la fuente de que emana la información, aun cuando ésta provenga de los magistrados que entendieron en la causa judicial que involucra al menor de edad. En tales supuestos, sólo omitiendo la identificación del menor es decir, cumpliendo con la prescripción legal se cumpliría con la protección de su esfera de intimidad frente a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada” (considerando 5).

En definitiva, luego del análisis jurisprudencial y legislativo que hemos efectuado, podemos apreciar que el sistema jurídico argentino ofrece una amplia protección a la libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en relación a las informaciones, opiniones y debates sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, dicha protección no es absoluta, sino que reconoce claros límites en el derecho a la privacidad, aún de los funcionarios públicos; en la imposibilidad de dar los nombres de los menores involucrados en dichas cuestiones; y en la prohibición de insultar a otras personas y de formular expresiones de odio.

IV. Comparación entre ambos regímenes de protección

La inmunidad de expresión reconocida constitucionalmente a los legisladores y el régimen jurídico de especial protección de la libertad de expresión en asuntos públicos establecido en favor de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en general tienen, en buena medida, el mismo fundamento: permitir una amplia circulación de la información y un debate robusto, sin trabas ni inhibiciones como base necesaria de una convivencia democrática.

Sin embargo, es posible establecer entre ellos algunas claras diferencias:

- a) La inmunidad de expresión de los legisladores surge directamente del artículo 68 de la CN y reconoce su origen histórico en la tradición parlamentaria inglesa, mientras que la especial protección de la libertad de expresión en asuntos públicos establecido en favor de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en general, aunque fundada en última instancia en textos constitucionales y convencionales, tiene un régimen de carácter jurisprudencial y legal que se ha desarrollado fundamentalmente en los últimos cincuenta años, a partir del caso “New York Times *vs.* Sullivan” de la Corte Suprema norteamericana y de los casos Campillay, Morales Solá y Patitó de la Corte Suprema argentina.
- b) La inmunidad de expresión de los legisladores en el ejercicio de sus funciones tiene un carácter *quasi* absoluto, ya que únicamente las autoridades de cada Cámara podrían sancionar al legislador por sus dichos, mientras que la protección libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en general tiene como límites que las declaraciones estén referidas a cuestiones o figuras públicas, que no se refieran a temas íntimos, ni mencionen a menores ni puedan ser considerados insultos o expresiones de odio.
- c) La inmunidad de expresión de los legisladores es temporal y dura desde el día en que asume hasta que finaliza su mandato, mientras que la protección

especial de la libertad de expresión establecida en favor de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en general tiene un carácter permanente.

V. Conclusiones

Nos parecen adecuados y acertados los dos regímenes de especial protección que hemos examinado. Parecería que la creciente expansión de la protección de la libertad de expresión en asuntos públicos establecido en favor de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en general y su acercamiento en parte a la inmunidad ya reconocida a los legisladores guarda relación con la creciente participación y protagonismo de los ciudadanos en la vida política de los sistemas democráticos y con el valor estratégico que se le asigna a la dimensión social de la libertad de expresión e información.

VI. Bibliografía

- AAVV. *La Corte y los derechos humanos* (p. 85 y ss.). Buenos Aires: ADC.
- Badeni, G. (2000). Las doctrinas “Campillay” y de la “Real Malicia” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. *La Ley*, 2000-C (pp. 1244-1262).
- Bianchi, A. (2014). La Corte de Alfonsín. En S., Alfonso (dir.), *Historia de la Corte Suprema argentina*. Tomo III, (p. 1251). Buenos Aires: Ed. Marcial Pons.
- Colauti, C. E. (1996). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Midón, M. A. R. (2007). *Prerrogativas del Congreso*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis.
- Sagiús, N. P. (2018). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Santiago, A. (2019). *La libertad de expresión como libertad preferida. Jurisprudencia de la Corte Suprema (1983-2019)*. JA-2019.
- Santiago, A. (2020). *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte IDH (1978-2018)*. JA-2020 (en prensa).

Fecha de recepción: 07-02-2020

Fecha de aceptación: 12-06-2020

