

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LAS GARANTÍAS

En este capítulo se busca una distinción entre derechos y garantías; luego se pasa a una clasificación de las garantías, para sostener que la prohibición de obligar a revelar la fuente de información —en la misma línea que la prohibición de censura previa y la prohibición de legislar en perjuicio de la prensa— constituyen, en conjunto, tres garantías constitucionales de carácter institucional —como también lo es la garantía de inmunidad de expresión de los legisladores—, del derecho a expresarse e informarse, que no sólo tutelan el derecho individual a expresarse, sino también su dimensión política, en aras a preservar el sistema republicano y democrático.

Como se ve, el capítulo sigue un camino inductivo, ascendente, de lo particular a lo más general.

Las Constituciones —y, entre ellas, la Constitución nacional— cumplen una función de garantía de valores fundamentales, y las normas no son ecuaciones o factores neutros, sino cadenas de argumentación que traducen valores ideológicos e intereses sociales, políticos y económicos.<sup>481</sup>

Por eso, es natural que las Constituciones incluyan cadenas de garantías de esos valores sociales, históricos y constitucionalmente más relevantes. Eso es lo que hicieron, en sus respectivos ámbitos, la Constitución de los Estados Unidos, que recogió en su articulado sobre libertad de prensa el resultado de una muy rica evolución histórica, social y política —como veremos luego con mucho detenimiento— y, también, la Constitución argentina cuando incorporó, primero, los artículos 14 y 32 y, finalmente, en 1994, el artículo 43: esos textos constitucionales intro-

<sup>481</sup> Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, pp. 21 y 22.

dujeron una cadena de garantías a favor de la libertad de expresión, creando un sistema de protección más amplio.<sup>482</sup>

Esta visión es compatible con una visión progresiva, no estática, de las garantías constitucionales,<sup>483</sup> cadena de garantías a las que la evolución histórica, técnica, social y fundamentalmente política le incorpora paulatinamente más eslabones.

## I. DERECHOS Y GARANTÍAS

Adopta este estudio la tesis de Ferrajoli que rechaza la tesis de la confusión entre derechos y garantías,<sup>484</sup> que niega la existencia de los primeros en ausencia de las segundas y, por el contrario, postula la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positiva-

<sup>482</sup> Esta tesis se concentra en el análisis del sistema constitucional argentino y en la función de las garantías de la libertad de expresión dentro del mismo. La garantía, como categoría jurídica, no tiene otra realidad que la que le otorga la complejidad del sistema diferenciado del que forma parte. Este abordaje supone que la única naturaleza posible para la garantía es, por lo tanto, la contextual, la que presupone un contexto y lo integra en el propio concepto. Pero ese contexto no sólo es el que brindan las particularidades constitucionales de cada país, sino en general el sistema del Estado constitucional de derecho, que se caracteriza por la supremacía constitucional, la consagración del principio de legalidad y la función que la constitución cumple para garantizar, frente a todos los poderes estatales, el disfrute de los derechos liberales y sociales.

<sup>483</sup> En esa misma dirección, cabe sostener que la interpretación de los textos constitucionales que hagan los órganos encargados del control de constitucionalidad debe ir dirigida a proporcionar la máxima eficacia a los derechos. El principio de la interpretación más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales es ampliamente estudiado y aceptado en el constitucionalismo comparado. Desde un punto de vista pragmático, como regla de argumentación, se puede sostener que entre dos posibles interpretaciones de un enunciado valorativo la más racional, desde la óptica de la argumentación jurídica, es aquella que hace más eficaz el precepto. En el derecho internacional de los derechos humanos éste se traduce en el establecimiento de la regla pro hómine.

<sup>484</sup> La tesis de asimilación de derechos y garantías fue sostenida por Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 10a. ed., México, Porrúa, 1998, traducción del original en alemán de Roberto de J. Vernengo, donde el profesor austriaco considera los derechos subjetivos como meros reflejos de obligaciones jurídicas, identificando así derechos subjetivos con las garantías secundarias, principalmente, es decir, con su posibilidad de ser accionados en juicio.

mente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación.<sup>485</sup>

Esto equivale a sostener varias afirmaciones: 1) que un derecho determinado puede tener garantías que lo protejan o puede carecer de ellas; 2) que las garantías de cada derecho pueden variar de país en país, en número, calidad e intensidad, y 3) que es correcto que los operadores del sistema judicial interpreten los textos constitucionales en el sentido de dotar al derecho de las máximas garantías posibles.

Los derechos pueden clasificarse, según su estructura deóntica, en: a) derechos-poderes o derechos de autonomía, que se subdividen en derechos civiles, de la esfera privada, y derechos políticos, de la esfera pública, que tienen en común que se trata de derechos que se ejercen mediante decisiones, esto es, actos jurídicos que producen efectos por la acción de sus titulares, y que presuponen la capacidad de obrar —sea en el ámbito civil o en el político—; y los derechos-expectativa, que incluye a los derechos de libertad y los derechos sociales, que consisten respectivamente en expectativas negativas y en expectativas positivas, e implican, por parte de los poderes públicos, prohibiciones de interferencia en un caso, y obligaciones de prestación, en el otro. Las dos clases de derechos corresponden a dos diversas fuentes de legitimación del sistema político y a dos diversas dimensiones de la democracia: los derechos-poder o de autonomía, tanto civiles como políticos, son derechos formales o instrumentales, en cuanto permiten fundar y legitimar las formas (el quién y el cómo) de las decisiones, respectivamente, en la esfera privada del mercado y en la pública de la democracia política (o formal); los derechos-expectativa, tanto de libertad como sociales, son, en cambio, derechos sustanciales o finales, ya que permiten vincular y legitimar el contenido o la sustancia (el qué) de las decisiones y, por lo tanto, fundan una dimensión de la democracia que puede clasificarse de sustancial.<sup>486</sup>

<sup>485</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 42 y 43.

<sup>486</sup> *Idem.*

Dice Ferrajoli: la forma universal,<sup>487</sup> inalienable, indisponible<sup>488</sup> y constitucional de estos derechos fundamentales<sup>489</sup> se revela, en otras palabras, como la técnica —o garantía— prevista para la tutela de todo

<sup>487</sup> *Ibidem*, p. 159, explica que el término “universal” que caracteriza a los derechos fundamentales es un término amplio y no específicamente vinculado al *status* de persona, ciudadano o capaz de obrar. Son universales los derechos atribuidos a clases más restringidas, como por ejemplo, sólo a miembros de una comunidad de vecinos, o de una asociación o, sólo a los pescadores de profesión o a todos los periodistas.

<sup>488</sup> Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 114, vislumbró que los derechos de libertad son indisponibles cuando dijo que no se puede ser libre *para decidir* dejar de serlo. “El motivo para no intervenir en las acciones voluntarias de un individuo estriba en el respeto a su libertad... Pero, al venderse como esclavo, un hombre abdica de su libertad. Destruye, pues, en su propio caso, la razón por la cual le era permitido disponer libremente de su persona. Y no sólo dejará de ser libre, sino que, desde entonces, permanecerá en una posición que presumiblemente ya no será de su agrado y que, por tanto, habrá dejado de ser voluntaria. El principio de libertad no puede exigir en ningún caso que se sea libre para no serlo. No es libertad el poder enajenar la propia libertad”, dijo ese pensador.

<sup>489</sup> Por el contrario, esas notas no se predicán respecto de los derechos subjetivos, que Ferrajoli propone calificar de situaciones jurídicas: éstos surgen de una norma que la asigna consecuencias a determinados actos jurídicos, y son disponibles por su titular. En cambio, los derechos fundamentales no responden a asignaciones normativas individuales, sino a facultades personalísimas que afectan valores centrales de la persona: dignidad = libertad = igualdad. Los derechos fundamentales no son valores pertenecientes o propiedad del sujeto titular, y por ello no son negociables ni disponibles. Un modelo de garantía reaccional y a posteriori mediante el resarcimiento sustitutivo al titular, como la que ofrece el derecho subjetivo, no tiene aquí mucha utilidad. El resarcimiento económico, por ejemplo, no guarda ningún parecido con el objeto del derecho que está muy alejado de la idea de un bien o beneficio de carácter patrimonial. Cualquier violación a los derechos fundamentales supone no sólo afectación al titular personal del derecho, sino que implica un receso en el grado de efectividad general del derecho que va más allá de las facultades de reacción de su titular. Hay una cierta solidaridad en materia de derechos fundamentales: cuando un poder público viola el secreto de las comunicaciones de un individuo o le prohíbe expresarse o manifestarse, lo afectado es, además de la esfera jurídica propia del titular afectado, el grado de adhesión del ordenamiento al valor en que se inspira el derecho fundamental. Estamos ante un supuesto de lesión difusa o difuminada socialmente. Es decir, en la medida en que los derechos fundamentales tienen una estructura y funciones que sobrepasan la simple experiencia personal, su garantía habrá de ser definida valorando algo más que las motivaciones o aspiraciones de los sujetos de una relación jurídica restringida en la que un derecho resulte violado. Por eso, carece de sentido la pregunta sobre el valor del derecho fundamental para su titular afectado, en la medida en que la realidad del derecho va más allá de las relaciones dispositivas entre particulares. *Cfr.* Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

aquello que en el pacto constitucional se ha considerado fundamental. Es decir, de esas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado. A la pregunta ¿qué son los derechos fundamentales?, si en el plano de la forma se puede responder a priori enumerando los caracteres estructurales que antes he señalado, en el plano de los contenidos —o sea, qué bienes son o deben ser protegidos como fundamentales— sólo se puede responder a posteriori: cuando se quiere garantizar una necesidad o un interés se les sustrae tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría. Ningún contrato, se ha dicho, puede disponer de la vida. Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejarla morir sin atención y en la indigencia.<sup>490</sup>

Es decir, los derechos fundamentales son intereses reconocidos en forma universal, inalienable e indisponible, que están sustraídos a las decisiones de la mayoría. Esta afirmación, y sobre todo la última parte, es muy importante para conceptualizar el derecho a la libertad de expresión y sus garantías, como veremos luego, pues el pleno reconocimiento de ese derecho y la amplitud de sus garantías no son sólo esenciales para satisfacer el interés de autosatisfacción de cada individuo, sino también los intereses políticos que en la realización de la democracia tienen mayorías y minorías.

Los derechos fundamentales (de la libertad y sociales) operan como fuentes de invalidación y de deslegitimación, más que de legitimación. Por eso, no se trata de derechos del Estado, para el Estado o en interés del Estado, sino de derechos hacia el Estado y, si es necesario, contra el Estado, o sea, contra los poderes políticos, aunque sean democráticos o de mayoría. A ellos se debe la imposibilidad de que esos derechos sean modificados por decisión de la mayoría. En principio, tales normas están dotadas de rigidez absoluta, porque no son más que los mismos derechos fundamentales establecidos como inviolables, de manera que todos y cada uno son sus titulares. Así, los derechos fundamentales se

<sup>490</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 51.

afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia.<sup>491</sup>

La situación de atracción-oposición entre los derechos y la democracia (o, más bien, los intereses de la mayoría) es un tema recurrente en el estudio constitucional contemporáneo. Dice Gargarella que, a pesar de las apariencias en contrario, el ideal de la democracia y el ideal de los derechos se encuentran en una fuerte tensión. Así ocurre que, como demócratas, nos sentimos movidos a afirmar que todas las cuestiones públicas de importancia deben quedar bajo nuestro control; sin embargo, al mismo tiempo y como defensores de los derechos humanos, tendemos a negar dicha premisa para afirmar que existen ciertos bienes que deben mantenerse intactos, sean cuales fueren las apetencias de la mayoría circunstancial en este respecto.<sup>492</sup>

Está claro que los derechos sustanciales, por lo menos en su núcleo esencial, son excluidos del poder de disponibilidad de las mayorías políticas. Estamos intentando probar que uno de esos derechos, el de libertad de expresión de una persona, está excluido completamente de todo poder de esas mayorías.

## II. DOBLE FUNCIÓN DE LAS GARANTÍAS

Volviendo a Ferrajoli y focalizándonos en los derechos-expectativa, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión).

En forma correspondiente con esa clasificación, Ferrajoli llama garantías primarias a estas obligaciones y prohibiciones, y garantías secundarias, a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias.<sup>493</sup>

Mientras los derechos subjetivos son las expectativas negativas (de no lesiones) o positivas (de prestaciones) atribuidas al sujeto por la norma jurídica, las garantías son deberes jurídicos, dictados por normas jurídi-

<sup>491</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>492</sup> Gargarella, Roberto, "El constitucionalismo según John Rawls", en la obra colectiva coordinada por Amor, Claudio, *Rawls post Rawls*, Universidad Nacional de Quilmas, Prometeo, 2006, p. 11.

<sup>493</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 104.

cas, ya sean obligaciones o prohibiciones correlativas a aquellos derechos subjetivos (garantías primaras) o bien las obligaciones de segundo grado de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras (garantías secundarias).

Existiendo distinción entre derechos y garantías, es muy posible que dado un derecho determinado no exista la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la inexistencia de la norma que prevé la garantía o que aquel derecho no pueda ser ejercido por la prohibición que al respecto establecen otras normas. Es decir, son inevitables tanto lagunas como antinomias.

Las garantías son técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por lo tanto para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. En otras palabras, técnicas idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a las normas que los reconocen.

Por eso, las garantías reflejan la estructura de los derechos fundamentales (liberales y sociales) para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción o sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen.

La idea de garantía contiene un elemento finalista que le da sentido en la medida en que un sistema de garantías adecuado será aquel que maximice el grado de tutela de los valores más importantes del sistema jurídico-político en que se inserta y estén representados en el Estado constitucional, que es el contexto de la garantía.<sup>494</sup>

En suma, es posible sostener una interpretación maximizadora de las garantías en aras a darle dosis creciente de protección a los valores fundamentales del sistema.

Siendo los derechos fundamentales no derogables, indisponibles, inviolables, intransigibles y personalísimos<sup>495</sup> —lo cual los diferencia de

<sup>494</sup> Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 25.

<sup>495</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 47.

los derechos de propiedad—,<sup>496</sup> las garantías de esos derechos fundamentales tampoco lo son.<sup>497</sup>

Según estos criterios, la libertad de prensa es un derecho de libertad, de carácter sustancial, que se ejerce mediante expectativas de inmunidad y facultades —pero no mediante actos jurídicos— y las garantías de la libertad de prensa vienen a amparar este derecho. Su inclusión expresa en los textos constitucionales es la demostración de que el convencional constituyente no quiso dejar ninguna laguna al respecto, lo que también es prueba de la importancia que le asignó a esos derechos.

### III. CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS

La expresión *garantismo* encontró en la doctrina, a lo largo de los años, muchos significados diversos, y todos igualmente fructíferos.<sup>498</sup>

Linares<sup>499</sup> entiende que “garantía” puede clasificarse según su amplitud:

<sup>496</sup> Los derechos patrimoniales son disponibles, negociables y alienables. Éstos se acumulan, a diferencia de los derechos fundamentales, que permanecen invariables. No cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es jurídicamente posible hacerse más ricos. Los derechos patrimoniales son pasibles de cantidad; los fundamentales, no. Por eso, sostengo, una persona no puede hablar un poco y callar otro poco, en la medida en que me lo permitan o prohíban, pues tengo libertad de expresarme sin censura o no la tengo. Por otra parte, sostener que los derechos fundamentales son indisponibles, significa que no son inalienables por su titular, es decir, no puede vender su libertad, el derecho al sufragio o la autonomía contractual, y tampoco son expropiables por otros sujetos o por el Estado, de modo que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía. *Cfr.* Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 47.

<sup>497</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 25-27.

<sup>498</sup> Albanese, Susana *et al.*, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, p. 99. En similar sentido, Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 21, sostiene que la garantía, como categoría analizable desde los presupuestos de la teoría general, no puede definirse como una esencia, sino que es un concepto multidimensional, que no existe como entidad; es instrumental, pues sólo es posible localizarla en el análisis de otros elementos del sistema —aunque no coincide con el autor en la sinonimia que establece entre instrumental y procesal, del mismo modo que no coincide en que lo instrumental nunca define lo estructural—; es maximizadora, porque un sistema de garantías adecuado será aquel que maximice el grado de tutela de los valores más importantes del sistema jurídico político en que se inserta, y es gradual, porque nunca no se garantiza todo o nada, sino que hay grados de garantía.

<sup>499</sup> Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 219.

- 1) *Acepción amplísima*: garantía es equivalente a todas las instituciones liberales, incluso la Constitución escrita y la inclusión, en la misma, de la codificación de derechos individuales y sociales en la parte dogmática de la Constitución Nacional, donde se encuentran las declaraciones, derechos y garantías (*rule of law*), frente al estatuto del poder (*frame of government*).
- 2) *Acepción amplia*: el concepto de garantía abarca también las llamadas garantías políticas, como la división de poderes, la renovación y elegibilidad de los magistrados —en algunos países—, etcétera.
- 3) *Acepción estricta*: incluye todos los procedimientos judiciales destinados a proteger la libertad jurídica, como la demanda, la excepción de inconstitucionalidad, la exigencia de la defensa en juicio, el juez natural, la audiencia, la prueba y la sentencia, la garantía del debido proceso sustantivo, la igualdad.
- 4) *Acepción estrictísima*: garantías son los mecanismos procesales sumarios de protección de derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data, el debido proceso), que se conceden a todos los habitantes para que puedan hacer valer los derechos subjetivos o difusos a sus titulares —coincide con la visión de Hans Kelsen, para quien los derechos sólo existen en la medida en que el individuo cuenta con acciones procesales y acceso a la jurisdicción para hacerlos valer<sup>500</sup>— y, también, las reglas procesales, como el derecho a no declarar contra sí mismo.

Linares, desde otro punto de vista, tangencial con el anterior, por cierto, también hace otra clasificación de las garantías en: a) políticas generales, y b) políticas especiales.<sup>501</sup>

De acuerdo con esa clasificación, son:

- 1) *Garantías políticas generales*: las que emergen de la adopción de instituciones republicanas de gobierno, tales como la adopción de una Constitución rígida, la división de poderes, la formulación estricta de declaraciones de derechos, la periodicidad de ciertos magistrados, la responsabilidad de los funcionarios, etcétera.

<sup>500</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 248.

<sup>501</sup> Linares, Juan F., *op. cit.*, p. 222.

- 2) *Garantías políticas especiales, que agrupan una serie de naturaleza dispar, que Linares subdivide en:* a) procesales: el conjunto de instituciones dogmático-procesales o de contenidos de futuras leyes que la Constitución establece por adelantado, como obligaciones de hacer y de no hacer, a fin de que existan procedimientos razonables, es decir, claros, seguros, rápidos y justos para que la libertad jurídica del individuo encuentre protección; b) garantías no procesales: agrupan ciertos preceptos jurídicos de carácter hermenéutico, tendientes a que la interpretación jurídica que hacen el legislador, el juez y el administrador se consagre la justicia a través de un máximo de libertad del individuo. Por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución nacional, el debido proceso, la igualdad.

Es decir, las garantías amplísimas o garantías políticas o garantías institucionales apuntan: a) mantener la independencia de los poderes (se incluye aquí la inmunidad de expresión de los legisladores); b) la elegibilidad de las autoridades; c) la responsabilidad de los gobernantes, y d) la libertad de las personas frente al propio sistema, que incluyen las que atañen a la transparencia del mismo y a la publicidad de los actos de gobierno (se incluyen aquí las garantías de la libertad de expresión de las personas).

Considero, desde este punto de vista, que conforme con la clasificación de Linares, la prohibición de afectar el secreto de la fuente de información periodística es una garantía política especial de carácter no procesal, conceptualización que es coherente con la necesidad de que esa garantía sea reconocida por los operadores del sistema jurídico para defender un derecho fundamental, como lo es la libertad de expresión y de prensa.

En esa misma línea, Ferrajoli<sup>502</sup> define a las garantías como el conjunto de vínculos y de reglas racionales impuestos a todos los poderes en tutela de los derechos de todos, garantías que son la sustancia del constitucionalismo rígido que imponen límites también a los poderes de la mayoría.<sup>503</sup>

Dice el autor que si en la teoría del derecho el cambio de paradigma —con la adopción de la democracia constitucional— se manifiesta en la

<sup>502</sup> Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 132.

<sup>503</sup> *Ibidem*, p. 136.

disociación entre vigencia y validez de las normas, en el plano de la teoría política se manifiesta entre un cambio correlativo de la naturaleza misma de la democracia. Ésta no se reduce ya simplemente a su dimensión política, que procede de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, y que condiciona la vigencia de las leyes, sino que comprende también una dimensión sustancial impuesta por los principios constitucionales y por los derechos fundamentales, que vinculan de igual modo al contenido de las leyes, condicionando la validez sustancial de éstas a su garantía. Lo que la democracia política no puede restringir, aún sostenida por la unanimidad de los consensos, son precisamente los derechos fundamentales, que se estipulan así contra la mayoría al ser establecidos, como inalienables e inviolables, contra cualquier poder y en tutela de todos.<sup>504</sup>

En ese orden de ideas, el autor distingue entre garantías:

- 1) primarias: límites y vínculos normativos —o sea, prohibiciones y obligaciones, formales y sustanciales— impuestos en tutela de los derechos, al ejercicio de cualquier poder.
- 2) Secundarias: diversas formas de reparación —la anulación de los actos inválidos y la responsabilidad por los actos ilícitos— subsiguientes a las violaciones de las garantías primarias. La magistratura es la encargada de hacer efectivas las garantías secundarias.

Desde este punto de vista, la prohibición que estudiamos es una garantía primaria, un vínculo normativo, impuesto para la tutela del derecho a la libertad de prensa, garantía que es un límite a los poderes de la mayoría.

Cayuso, por su parte, en la *Constitución de la Nación Argentina*,<sup>505</sup> dice que la primera parte del texto fundamental constituye una trama de derechos y garantías, una red de seguridad para ingresar a la parte orgánica. La tensión entre el ejercicio relativo de los derechos y la facturad reglamentaria del Estado pone a prueba, entre los habitantes y entre éstos y los órganos de poder, la vigencia en sí misma del Estado constitucional de derecho. Ya hemos indicado que el texto constitucional tiene reglas, principios y valores: todos ellos dan sustento a los derechos de diversa

<sup>504</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>505</sup> Cayuso, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 208.

naturaleza reconocidos y a los instrumentos o medios para garantizarlos. Como lo sostiene Peña Freire, la clave de la cuestión no es preguntarse qué es una garantía, sino cómo funciona en el sistema que la incorpora. La vigencia del Estado constitucional de derecho es proporcional a la mayor o menor adecuación al plexo jurídico de base que alcance el funcionamiento del sistema de garantías. A raíz de ello ya no es suficiente describir el Estado de derecho democrático desde la estructura del poder. En tal sentido, Cayuso cree oportuno distinguir claramente las garantías y su funcionamiento en el sistema, aspectos que hacen a la democracia sustantiva, de los instrumentos o vías procesales reglados para su implementación. El recurso extraordinario federal, la acción de amparo, el hábeas corpus y el hábeas data son ejemplos de procedimientos y proceso especiales, cuyo fin último es, precisamente, constituir un instrumento idóneo para tratar la cuestión de fondo y poner fin a actos o normas que lesionen derechos y garantías constitucionales. Evidentemente, la distinción buscada, de muy difícil precisión, está consagrada en la propia Constitución nacional. Sin duda, podríamos encontrar otros ejemplos que nos plantean idéntica cuestión, dice la citada constitucionalista. Lo que sí parece claro es que el acatamiento de los fines constitucionales significa algo mucho más profundo. De nada sirven las vías instrumentales si lo concreto se aleja de lo pretendido en la ley fundamental. A partir de esas ideas, Cayuso distingue tres grandes grupos de garantías:

- 1) Garantías ligadas de modo especial y directo a los derechos fundamentales de acuerdo con su diversa naturaleza y destinadas a la protección de individuos o grupos.
- 2) Garantías que, teniendo como asiento aquellos principios básicos del sistema político o jurídico adoptado, están ligadas a la estructura del poder y a las diversas situaciones que lo componen. Es difícil suponer que los derechos fundamentales, los principios, los valores y las garantías reconocidos a los individuos y grupo puedan hacerse efectivas si se violan las garantías establecidas para contener los naturales abusos del poder político, tales como la división de poderes, la responsabilidad de los funcionarios, la alternancia en el poder, la publicidad de los actos de gobierno, la libertad de expresión, etcétera.
- 3) Garantías de naturaleza procesal, propias de los procesos o procedimientos, sean constitucionales o de rango inferior, tanto respecto de las vías o instrumentos para acceder a la justicia y a la tutela ju-

dicial efectiva como aquellas ligadas a actos y etapas procesales. En este campo, parece haber existido una fuerte tendencia a identificar la vigencia del Estado constitucional con la creación o aplicación de algunas vías procesales que, por sus características y naturaleza están pensadas para brindar una adecuada tutela. En tal sentido, la acción de amparo, la acción de certeza, la acción de hábeas corpus, la acción de hábeas data, son consideradas garantías instrumentales. Lo cierto es que lo que debemos verificar es cómo han funcionado en la práctica.

Desde este punto de vista esbozado por Cayuso, la prohibición de levantar el secreto periodístico sería no sólo una garantía ligada de modo directo a la vigencia de un derecho fundamental, sino también una garantía de naturaleza política, ligada a la estructura del poder, para ponerle límites al poder constituido.

#### IV. GARANTÍAS INSTITUCIONALES

Me concentraré ahora en lo que Linares llamó garantías amplísimas y garantías políticas generales, dos categorías que se superponen y que coinciden en su objeto: mantener los rasgos que definen el sistema de gobierno.<sup>506</sup>

<sup>506</sup> Desde una perspectiva historicista, el garantismo aparece identificado con el desarrollo histórico de sucesivas conquistas estatutarias o legislativas a favor de la libertad individual (como ocurre en el derecho inglés o norteamericano) o son consecuencia de una revolución (como ocurre en el sistema francés). Las garantías institucionales se enrolan en el modelo que define a los derechos fundamentales como instituciones jurídicas. En el mundo jurídico, el concepto de institución fue empleado en varios sentidos, pero la definición más concebida pertenece a Maurice Hauriou, quien consideraba a una institución como una organización social creada por un poder duradero cuya idea fundamental es aceptada por la mayoría de los miembros de la sociedad. Mediante la regulación constitucional puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones a fin de imposibilitar su supresión por vía legislativa ordinaria. Para que la creación constitucional de la garantía institucional tenga sentido, debe reconocerse un contenido específico con la función de preservar su protección con un importante grado de intensidad. En primer paso, consisten en dilucidar si se produce o no la asignación de ciertas funciones a determinados sujetos o instituciones, por lo cual estas últimas tendrán un papel estructurante en el sistema diseñado por la Constitución. En este sentido, la doctrina alemana definió las garantías institucionales como factores determinados material y jurídicamente por la Constitución y dotados de la función ordenatoria del Estado. Las garantías institucionales

Me inclino por llamar a ese núcleo como garantías institucionales, parámetros de neto corte republicano y democrático, que establecen los rasgos esenciales del sistema.<sup>507</sup>

Las garantías institucionales pueden ser clasificadas por su finalidad en garantías que apuntan a mantener: a) la independencia de los poderes; b) la elegibilidad de los gobiernos; c) la responsabilidad de los gobernantes; d) la libertad de las personas frente al propio sistema, que incluyen las vinculadas con transparencia del sistema y la publicidad de los actos de gobierno. En suma, son garantías que apuntan a mantener lo que son los rasgos típicos del sistema republicano.

Dentro de ese conjunto de garantías institucionales hay garantías que se vinculan con la libertad de expresión, que incluyen: a) el conjunto de garantías que rodean la libertad de expresión de los habitantes; b) la garantía de la libre expresión de los legisladores, que por estar en cabeza de funcionarios llamamos inmunidad, prerrogativa o privilegio.

Desde este punto de vista, se puede asegurar que la libertad de expresión de las personas es un derecho que está protegido por un haz de ga-

son posiciones de derecho fundamental que tienen como objeto una acción específica (por ejemplo, promover el desarrollo humano con justicia social, artículo 75, inciso 19, CN) o una abstención (no abolir la gratuidad de la enseñanza, artículo 75, inciso 19). *Cfr.* también Gil Domínguez, Andrés, *op. cit.*, p. 140.

<sup>507</sup> En términos latos, la garantía institucional tiende a ser vista como una técnica de control del accionar de las mayorías parlamentarias, buscando evitar que dichas mayorías parlamentarias tomen medidas destinadas a hacer desaparecer o degradar instituciones constitucionalmente reconocidas, instituciones cuya finalidad suele ser la de asegurar o consolidar el pleno ejercicio de algunos derechos fundamentales. Dentro de la doctrina alemana, que es donde se ha hablado del término “garantías institucionales”, hay quienes hablan de una comprensión amplia, y otra más bien bastante restringida del mismo. El Tribunal Constitucional español, por su lado, adoptó una comprensión bastante más flexible de este concepto, que la empleada en Alemania al respecto, llegando en algunos casos a asimilarla prácticamente a la existencia de instituciones que por el hecho de estar reconocidas en el texto constitucional, no pueden ser reguladas de manera completamente discrecional por el legislador ordinario. *Cfr.* Espinosa-Saldaña Herrera, Eloy, “Derechos fundamentales, instituciones constitucionalmente garantizadas, participación en la vida política nacional y referéndum”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, año XV, núm. 163, noviembre de 1999, p. 6. En este punto utilizo una interpretación amplia del concepto garantía institucional, como control para evitar el desborde de la mayoría parlamentaria o, en general, el desborde del poder. A este respecto, no cabe duda de que la libertad de expresión y, en particular, la libertad informativa de guardar el secreto de la fuente periodística, pueden ser vistas como garantías institucionales, pues son mecanismos de control del poder político.

rantías (la prohibición de censura, la prohibición de dictar leyes de prensa y la protección de las fuentes periodísticas) de naturaleza institucional. Pero mientras en el género garantías institucionales existen algunas garantías previstas para respaldar el adecuado funcionamiento de las instituciones, hay otra especie de garantías destinado a proteger el espacio de libertad de los individuos frente a esos organismos.

Es decir, todas las garantías institucionales definen el sistema político, pero mientras las tres primeras categorías establecen las condiciones de desenvolvimiento del sistema de gobierno y la organización del poder —los engranajes para que funcionen los poderes en sus respectivas órbitas—, las garantías vinculadas con las libertades, incluidas la libertad de expresión de las personas, fijan el espacio de libertad individual frente a ese sistema de gobierno.

Se puede decir, por lo tanto, que las garantías institucionales de la libertad protegen los confines del sistema.

Esto no quiere decir que los derechos que protegen esas garantías no sean reglamentables. Por ejemplo, la Constitución establece que la propiedad es inviolable, y si bien la propiedad no es un derecho absoluto, la Constitución establece que la sentencia judicial, la expropiación por ley del Congreso o la prohibición de confiscación son garantías infranqueables del sistema político, más allá de la cual el sistema jurídico no puede avanzar. Del mismo modo, la libertad de prensa es reglamentable.

Pero la reglamentación de la libertad de prensa está sujeta a los límites (garantías) que establece la Constitución de cada país, y la Constitución argentina, en materia de este derecho, establece límites de dos clases distintas: a) los límites generales que establece la Constitución de cada país (razonabilidad, el contenido esencial del derecho, etcétera), y b) los límites (garantías) específicos, de carácter institucional, que buscan preservar el mayor espacio posible a esa libertad para preservar el sistema republicano y democrático (las garantías de la prohibición de censura, de prohibición de legislar —que es admitida en algunos países y no en otros— y la prohibición de levantar el secreto de las fuentes periodísticas).

En este orden de cosas, las garantías de la libertad de expresión de las personas son límites al alcance máximo de la ley, que delimitan los contornos mismos de lo permisible: la prohibición de censura o la prohibición de reglamentar por ley la expresión son vallas que el sistema no puede franquear. La particularidad que tienen estas garantías es que son vallas muy altas al avance del legislador y que, además, están impuestas por el consti-

tuyente. La libertad de expresión es un derecho fundamental subjetivo y colectivo cuya garantía prohíbe toda clase de censura, y sus límites expresos provienen de la regla de reconocimiento constitucional.<sup>508</sup>

Esas garantías de expresión son las primeras murallas del sistema de la libertad, pues mientras la propiedad y otros derechos admiten una reglamentación más o menos intensa, vemos que la prohibición de censura previa se antepone como una barrera inquebrantable al poder político. Son garantías del derecho a la libre expresión, que se han forjado como tales a través de la historia, y que en nuestro país adquirieron una formulación concreta y categórica a través de los artículos 14, 32 y 43 de la Constitución nacional.

Tan intensa es la protección que deriva de los dos primeros de esos artículos, que la Constitución vino a colocar la libertad de expresarse más allá de los límites del artículo 19 de la Constitución nacional: aquellas normas permiten que la persona se exprese y difunda su expresión sin límites, aun a sabiendas de que dañará a un tercero, el orden o la moral públicos o las buenas costumbres. Después, sí, habrá debate sobre la responsabilidad ulterior entre el autor de la expresión y la persona afectada, debate que tendrá distinto alcance y contenido según esta última sea un funcionario público o un particular, pero no podrá prohibirse la difusión del pensamiento.

La primera de esas garantías de la expresión individual, la prohibición de censura, nació para proteger la expresión individual, y es anterior a la democracia en su conformación actual, pero a posteriori se involucró decisivamente en el desarrollo de la democracia y de la república; la segunda barrera, la prohibición de ley reglamentaria de la expresión, nació con la democracia norteamericana; la tercera garantía, la protección del secreto de las fuentes periodísticas, se comienza a forjar a medida que en los Estados Unidos y en Europa aparecen los medios periodísticos de comunicación.

## V. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Como señala Ferrajoli, las garantías constitucionales se caracterizan por estar ubicadas en el vértice del sistema de fuentes y por la consiguiente ri-

<sup>508</sup> Gil Domínguez, Andrés, *op. cit.*, p. 34.

gidez, asegurada mediante su sustracción a las formas de producción establecidas para la legislación ordinaria y la creación —procedimientos de revisión agravados; artículo 30, CN; artículo 138, Constitución italiana, por ejemplo—, y mediante el sometimiento de las leyes ordinarias al control jurisdiccional de legitimidad constitucional.<sup>509</sup>

La garantía constitucional es una garantía redescubierta por el constitucionalismo del siglo XX, por medio de la cual fue abatido el viejo dogma de la omnipotencia del legislador —absolutista en principio, aunque luego transformado en sentido democrático—, y ha completado el diseño del Estado de derecho, que exige el sometimiento de todos los poderes públicos. Digo redescubierta, porque el constitucionalista de raíz americana ya conocía estas garantías desde el siglo XVIII, y algunas de ellas, a su vez, hallan sus raíces en el derecho inglés.

Gracias a esta garantía, el conjunto de los derechos, en cuanto sistema de límites y de vínculos impuesto para la protección de cada uno y de todos los poderes mayoritarios, se configura como la esfera de lo indecible, es decir, de lo que está prohibido decidir a cualquier mayoría, en garantía de los derechos de libertad, o al contrario, de lo que está prohibido no decidir (es decir, lo que sí debe ser decidido para la protección de los derechos sociales).

El ministro de la Corte norteamericana, Frankfurter, consideró a las enmiendas como “garantías”, cuando dijo: “Está perfectamente aceptado que las primeras diez enmiendas a la Constitución, comúnmente conocidas como Declaración de Derechos, no intentan establecer ningún principio nuevo de gobierno, sino simplemente ciertas garantías e inmunidades que heredamos de nuestros ancestros ingleses”.<sup>510</sup>

## VI. LA PROHIBICIÓN DE VIOLAR EL SECRETO PERIODÍSTICO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

En resumen, tal como lo anticipamos al comienzo de este capítulo, este trabajo considera que la prohibición de violar la fuente periodística no es un derecho del periodista, sino una garantía constitucional de carácter

<sup>509</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 113.

<sup>510</sup> Voto del juez Frankfurter en el caso *Robertson vs. Baldwin*, 1897, citado por Meiklejohn, Alexander, *Political Freedom*, Nueva York, Harper & Row Publishers, 1960, p. 101.

primario, institucional, político y sustancial, establecida para la protección —junto con otras garantías— del derecho fundamental a la libertad de prensa y para asegurar el pleno funcionamiento de las instituciones republicanas y democráticas, frente a las cuales aquella garantía establece el límite de lo indecible (lo no decidible).

Un análisis de esta definición nos muestra que:

- 1) Es una *garantía*: afirmamos, entonces, que es posible diferenciar derechos y garantías, y que la prohibición de violar el secreto periodístico es una garantía. Esto tiene, a su vez, dos implicancias. Por un lado, significa afirmar que en algunas épocas existía el derecho a la libertad de expresión y de prensa, pero el mismo no gozaba de las garantías que actualmente lo protegen. Esto es particularmente visible en el caso de la libertad de prensa, donde primero surgieron los medios de comunicación, y, tan sólo muchos años después, la garantía en estudio. Por el otro, significa que una visión progresiva y evolutiva de las garantías, que maximice la potencialidad de esas garantías para darles una protección adecuada y creciente a los derechos, es una visión aceptable y aconsejable, que está relacionada directamente con el mejoramiento de los estándares del sistema republicano y democrático.
- 2) Es *constitucional*: en la Constitución argentina tiene reconocimiento expreso y, por lo tanto, participa de las ventajas de la rigidez constitucional y se beneficia con la obligación que pesa sobre el juez de declarar inconstitucional una norma que pretenda desconocerla.
- 3) Es una garantía *institucional*: las garantías institucionales, como vimos, son las que definen el sistema político. Pero dentro de ese grupo, algunas garantías institucionales están vinculadas con el derecho a la expresión que tienen los titulares del poder constituido y las personas, titulares del poder soberano constituyente: ambos derechos están protegidos, respectivamente, por la inmunidad de expresión de los legisladores y por las garantías de la libertad de expresión y de prensa.

Sostener el carácter institucional de ambas garantías de expresión trae consigo varias consecuencias:

- la posibilidad de restringir las garantías institucionales, si es que esto fuera posible respecto de algunas de esas garantías, debe ser considerada mínima y excepcional;
- las garantías institucionales son un límite a los abusos de la mayoría política circunstancial, por lo cual cabe sostener la misma nota respecto de las garantías de la libertad de expresión. Vimos que la libertad de expresión es un derecho fundamental, y que su vigencia es condición esencial para que los procedimientos de la decisión mayoritaria sean verdaderamente democráticos, pero también esas mismas garantías son un límite a los abusos de la mayoría, porque son las que aseguran los derechos a la expresión de las minorías y de los individuos, a ejercer la crítica entre sí mismos y respecto de los poderes constituidos. Si partiendo de que las garantías de la libertad de expresión, en algunos ordenamientos, están previstas con carácter absoluto, se podría formular una nueva objeción en ese mismo sentido. Greppi dice que los partidarios del neoconstitucionalismo afirman que el establecimiento de mecanismos contramayoritarios, orientados a la garantía de los derechos —indisponibles para la mayoría— no lesiona ni debilita la democracia, sino que por el contrario la refuerza, pues cuanto más fuerte sea la garantía de los derechos, mayor será también la calidad o la legitimidad del proceso democrático. De allí deriva la tesis de que el perfeccionamiento de los mecanismos de garantía y, por lo tanto, la aparición de un paradigma nuevo, el de la democracia constitucional, no pueden traer merma alguna para la democracia.<sup>511</sup> Desde un punto de vista contramayoritario, se podría afirmar que la sustracción de ciertos contenidos a la posibilidad de la decisión mayoritaria es un recorte al alcance de la democracia. Pero lo cierto es que entregar las garantías institucionales y, en particular, la libertad de expresión, a la posibilidad de que la mayoría política pueda recortarlas, significa lisa y llanamente autorizar a esas mayorías a enmendar la Constitución por su simple peso numérico.<sup>512</sup> Por eso, sostengo

<sup>511</sup> Greppi, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006, p. 27, considera discutible esa tesis.

<sup>512</sup> Según mi criterio, se podría discutir la afirmación de Ferrajoli de que todos los derechos fundamentales y sus garantías son límites sustanciales a la democracia. Por

que reconocer el carácter absoluto de las garantías de expresión y de prensa —esta tesis postula el carácter absoluto de dos de esas garantías, e intenta aportar argumentos en esa dirección—, precisamente redundaría en un aumento de la legitimidad del debate democrático. Así, esas garantías, aun cuando sean vistas como mecanismos contramayoritarios —algo que no comparto, porque fueron adoptadas por mayorías en momentos constituyentes—, son una vía para reforzar, no debilitar, la democracia.

— Siendo las inmunidades de expresión y las garantías de la libertad de expresión especies de la misma clase de garantías, se puede sostener que hay, entre ellas, alguna nota común: siendo que no se puede limitar la inmunidad de expresión de los legisladores, veremos que hay muchas menos razones para limitar la libertad de expresión de las personas.

- 4) Es *política*: porque su vigencia no sólo tiene directa relación con la vigencia del sistema político, sino que lo configura.
- 5) Es *primaria*: porque es un límite normativo, una prohibición que nadie, y en particular, el Estado, pueden violar. Es interesante señalar que los derechos a la libertad de expresión y de prensa son derechos de raigambre liberal, que imponen al Estado un no hacer, y que las tres garantías de la libertad de expresión y de prensa que desarrolló la historia tienen igual naturaleza, pues imponen al Estado una abstención, esto es, no censurar, no legislar en materia de prensa y no violar el secreto periodístico.
- 6) Es de carácter sustancial: es decir, no procesal.

ejemplo, se podría afirmar que no hay motivo para sustraer los derechos sociales al alcance de las decisiones mayoritarias, aunque no se me escapa, por supuesto, que la pretensión de ese autor es, precisamente, la de garantizar la plena vigencia de esos derechos, y de allí su necesidad de conceptualizarlos de ese modo. Por mi parte, sostengo que aun cuando pudiera decirse que hay derechos fundamentales y garantías que no deberían quedar sustraídos al alcance de la mayoría democrática, no puede sostenerse esta afirmación respecto de los derechos y garantías de naturaleza institucional.