

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA EXPRESIÓN ABSOLUTA DEL LEGISLADOR

En este capítulo se analiza la inmunidad de expresión de los legisladores, que es concebida uniformemente por la doctrina y por la jurisprudencia como una garantía, privilegio o fuero de carácter absoluto. La finalidad de este capítulo es mostrar que tanto el carácter absoluto y garantista como las finalidades que fundamentan esa naturaleza absoluta de la inmunidad de expresión de los legisladores son perfecta y completamente aplicables a la prohibición de censura y, en particular, al objeto de este trabajo, que es el secreto periodístico como garantía absoluta.

Bien sostuvo Meiklejohn, como se vio en otro capítulo, que la prohibición de censura previa, a la que este trabajo asimila el secreto, también debe ser considerada absoluta, pues si los representantes gozan de una garantía absoluta a la expresión, los representados han de gozar de una garantía no menor. Pero, como se verá luego, la similitud entre la garantía de la inmunidad de expresión de los legisladores y las garantías absolutas de la libertad de expresión van mucho más allá de esa certera apreciación del autor norteamericano: todos los motivos, razonamientos y fundamentos de uno y otro instituto son perfectamente asimilables. Existe un paralelismo perfecto.

I. ORIGEN Y CONCEPTO

Las inmunidades o prerrogativas parlamentarias nacieron como un *bill* de indemnidad del Parlamento y de sus integrantes frente a las persecuciones del rey y de las ramas ejecutiva y judicial. Tanta fuerza tuvo ese privilegio, que los legisladores, en virtud del mismo, reclamaron el derecho a castigar por desacato a quienes no eran miembros del Parlamento.⁸⁵¹

⁸⁵¹ Anderson, David, "The origins of the pres clause", 30 *UCLA L. Rev.*, p. 455, también en Garvey, John and Shauer, Frederick, *The First Amendment: a Reader*, 2nd. ed., West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1996, p. 7.

El privilegio deriva del derecho inglés. El primer caso registrado es el de sir Thomas Thorpe, en 1459, durante el reinado de Enrique VI. Más tarde fue reconocido expresamente en el *Bill of Rights* de 1689.⁸⁵² Francia lo recogió por un decreto de la Asamblea de 1789 y en medio del terror fue incorporado en las Constituciones de 1791 y 1793.⁸⁵³ En los Estados Unidos, la cláusula equivalente al artículo 68 de la Constitución argentina, algo más restrictiva en su alcance que esta última, se llama “speech and debate clause”, lo que da una clara señal de la finalidad de la garantía.

Subyacen en esa inmunidad varias ideas.

La primera es que el soberano (el pueblo) nunca se equivoca. Por cierto, este es un mito y, como tal, tiene un origen: si la decisión del rey, el antiguo soberano, era siempre correcta, pues el rey no podía equivocarse ni hacer nada injusto ni ilegal, al cambiar de régimen, los racionalistas del siglo XVIII atribuyeron a las asambleas legislativas, depositarias de la soberanía, carácter próximo a la perfección. Por otra parte, ese mito era necesario para asegurar la independencia de opinión del Parlamento frente al resabio del poder real. Por un motivo o por otro, la razón encuentra su sede en el Poder Legislativo, y la palabra expresada en el Parlamento tiene carácter casi sacral.⁸⁵⁴ De allí provenía la idea de que lo que el Parlamento hace, ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo.

Otra idea que dio origen a la inmunidad de expresión de los legisladores fue la de favorecer el debate más amplio, sin cortapisas, precisamente en aras a que los legisladores encuentren la razón y la verdad y, al mismo tiempo, puedan controlar las otras ramas del poder. Se verá luego que nuestra jurisprudencia justifica la amplitud de la garantía, entre otros motivos, porque el Poder Legislativo debe hacer de contrapeso, y porque las minorías también tienen derecho de control respecto de las mayorías.

Por eso, las leyes intentaron asegurar a favor de los legisladores la más amplia garantía de la inmunidad de expresión,⁸⁵⁵ que significa su más amplia y absoluta irresponsabilidad penal y civil por las expresiones que vierden. Puede decirse cualquier cosa, hacer apología del delito incluso, por-

⁸⁵² Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 378.

⁸⁵³ Colautti, Carlos E., “Los límites a los denominados fueros de los legisladores”, *La Ley*, 31 de junio de 1996.

⁸⁵⁴ Plácido Fernández-Viagas, Bartolomé, *op. cit.*, p. 170.

⁸⁵⁵ *Irresponsabilité*, en Francia; *insindacabilità*, en Italia.

que lo que se pretende es que todo lo que existe en la sociedad llegue a la Cámara, que así podrá decidir con fundamento.⁸⁵⁶ Incluso en los Estados Unidos, donde el Poder Legislativo nunca fue depositario de la idea de soberana perfección ni fue divinizado, también se reconoce a los legisladores la inmunidad de expresión.

En Argentina en el artículo 41 del proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi se aseguraba la inmunidad de expresión de los legisladores diciendo que el orador es inviolable, y la tribuna es libre. Esa inmunidad, a la que Gelli califica de suma de garantías, fue adoptada por la Constitución histórica de 1853-1860 y se mantuvo en la reforma de 1994, en el artículo 68.⁸⁵⁷

II. UNA INMUNIDAD ABSOLUTA

Gelli, al comentar el artículo 68 de la Constitución nacional, que establece la inmunidad de opinión de los legisladores, recuerda que aunque esa inmunidad y la de arresto también son denominadas privilegios —expresión que también utiliza el artículo 86, CN, sobre defensor del pueblo—, este término es incompatible con el sistema de la república democrática, que por definición es igualitaria. Por eso, la autora correctamente prefiere la expresión “fueros parlamentarios”, que no merecen objeción en tanto se la conciba como derechos especiales en razón de la materia o función.⁸⁵⁸

Según la citada constitucionalista, en el Estado moderno las inmunidades constituyen una serie de prerrogativas también funcionales que se ejercitan no sólo frente a otros poderes gubernamentales, de jurisdicción nacional o local, sino también frente a la acción de intereses sociales y económicos y frente a los particulares, que pueden instar procesos judiciales contra los congresistas a fin de bloquear sus acciones o investigaciones. De este modo —agrega— la justificación y la legitimidad política

⁸⁵⁶ Esto no impide que, actualmente, a pesar de la subsistencia de esa inmunidad, muchos autores la critiquen como un privilegio del poder. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 572.

⁸⁵⁷ Dice el artículo 68 CN: “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”.

⁸⁵⁸ Gelli, María A., *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 3a. ed., La Ley, 2005, p. 626.

de las prerrogativas de los legisladores se encuentra ligada a la preservación del principio de representatividad e independencia del Poder Legislativo, y en razón de ello no violan la igualdad consagrada en el artículo 16 de la Constitución, ni pueden entenderse como fueros o privilegios personales o corporativos. La razonabilidad de las prerrogativas, en especial, se explica por la experiencia histórica que demuestra de qué modo han sido perseguidos, encarcelados y hasta muertos muchos legisladores de la posición en todo el mundo. Bajo este sistema, la Constitución nacional y, en sentido estricto, sólo los legisladores gozan de prerrogativas o inmunidades individuales, pues las inmunidades nunca pueden ser implícitas. Y el alcance, extensión y límites de esas prerrogativas derivan directamente de lo dispuesto en aquellas normas constitucionales, por lo que cualquier ley que las reglamente debería pasar un estricto examen de razonabilidad.⁸⁵⁹

Explica Gelli que, como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia de la Corte, el hoy artículo 68 protege de modo absoluto todas las opiniones de diputados y senadores y consagra lo que aquel Tribunal denominó una irresponsabilidad penal, que no cabe atenuar mediante el reconocimiento de excepciones no previstas en el mismo artículo.⁸⁶⁰ Dado el carecer absoluto de la garantía, aquella inmunidad penal se extiende a la inmunidad civil por eventuales responsabilidades pecuniarias que podrán generar sus expresiones y la protege más allá de la cesación del mandato, desde luego, por expresiones vertidas mientras fue legislador. En consecuencia, no cabe el desafuero —suspensión de los fueros— para indagar o procesar a un legislador por causa de sus expresiones como legislador.⁸⁶¹

La garantía de la inmunidad de expresión, si se cumple la condición de que lo expresado por el legislador tenga conexión con su tarea legislativa, se extiende sobre cualquier manifestación de ese legislador, sea verbal, escrita, gestual, opinable o no, vertidas por cualquier medio de comunicación —o reproducidas por la prensa—, en la plaza pública o en un lugar privado. Se trata de amparar los criterios legislativos y políticos

⁸⁵⁹ *Idem.*

⁸⁶⁰ *Cfr.* CSJN, caso Martínez Casas, *Fallos* 248:462. Gelli cita también la opinión concordante de Gentile, Jorge H., *Derecho parlamentario argentino*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 96.

⁸⁶¹ Gelli, *op. cit.*, p. 627.

institucionales: el derecho del legislador de apreciar los actos de otros gobernantes, la necesidad de clarificar sus propias opciones o rechazar las que considera agraviantes para el electorado que él representa.

Ekmekdjian sostuvo que no debe buscarse ningún límite a la inmunidad de expresión, pues es preferible que una injuria quede impune a que se ponga una espada de Damocles sobre la cabeza del legislador.⁸⁶²

Badén, por su parte, afirma que la garantía tiene un carácter absoluto que se impone en resguardo de la estructura del sistema político democrático, y que aceptar esa prerrogativa no significa la desprotección de quienes son agraviados por los legisladores, pues al menos cabe reconocerles similar potestad para criticar a los gobernantes de manera desinhibida, y en caso de ser demandados civilmente o querrellados penalmente, poder requerir la aplicación del estándar de la real malicia.

Para Sabsay y Onaindia, la inmunidad se extiende a la publicación que hace la prensa de los dichos del legislador.⁸⁶³ Pesa sobre los legisladores el deber de informar de sus actos acerca de las políticas públicas que comparte o a las que se opone.

La inmunidad de expresión de los legisladores es *tan amplia y absoluta*⁸⁶⁴ que llega a abarcar un espectro muy amplio de situaciones:

- La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, a lo largo de toda su historia jurisprudencial (casos Calvette —de 1864, el primero en el que la Corte trató este asunto—, Martínez Casas, Solari, Cossio, Cavallo, Rivas), con abundantes argumentos que se reiteran textualmente en todos esos fallos, afirma que la inmunidad de expresión de los legisladores tiene carácter absoluto.⁸⁶⁵
- La Corte, en toda la jurisprudencia citada, afirma que la inmunidad implica la irresponsabilidad penal y civil, con la sola excepción del supuesto previsto en el artículo 29, CN.
- La Corte Suprema de Justicia, en el caso Cossio, sostuvo que la inmunidad de expresión del legislador adquiere un sentido más

⁸⁶² Ekmekdjian, *op. cit.*, p. 378.

⁸⁶³ Sabsay, Daniel y Onaindia, José M., *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Errepar, 1994, p. 206.

⁸⁶⁴ Expresión usada por Gelli, *op. cit.*, p. 629.

⁸⁶⁵ Caso Cossio, Ricardo Juan c/ Viqueira, Horacio, CS, 17 de febrero de 2004.

hondo cuando aquél pertenece a la minoría parlamentaria y sus expresiones se refieren a los manejos de fondos públicos.

- Comprende cualquier tipo de expresión, manifestada por cualquier medio y en cualquier lugar. La historia desarrolló tres modelos de protección de la palabra del legislador: la Constitución de Cádiz proponía una solución amplísima, con arreglo a la cual no podría ser perseguida ninguna manifestación legislativa; la Constitución norteamericana sólo protege la expresión de los legisladores cuando es vertida en ámbitos legislativos y, finalmente, el sistema constitucional francés decidió dar una protección de tipo funcional.⁸⁶⁶ La Constitución argentina sigue el criterio de las Constituciones francesas, según el cual la inmunidad de expresión protege el ejercicio de la función legislativa, cualquiera que sea el ámbito en el que aquél se exprese.
- La inmunidad extiende su protección absoluta sobre toda expresión, con tal de que lo expresado tenga conexión con la tarea específica del legislador, sea ésta legislativa o de control. Incluso, según surge del caso Rivas, están alcanzadas por la protección de la garantía las expresiones agraviantes vertidas por un legislador durante un reportaje radial⁸⁶⁷ y, según el caso Cavallo, también lo están las expresiones de los ministros del Poder Ejecutivo, cuando éstos declaran ante el Congreso en virtud de los artículos 72 y 106, CN.⁸⁶⁸
- La inmunidad comprende las publicaciones que hace la prensa de esas expresiones. Cuando las expresiones del legislador son realizadas o reproducidas a través de un medio de prensa, la inmunidad que le reconoce la Constitución se extiende a los periodistas, editores y empresas periodísticas que se limitan a darles publicidad.⁸⁶⁹
- La Corte Suprema, en el caso Cossio, para mantener a salvo esa absolutez, interpretó restrictivamente los alcances del artículo

⁸⁶⁶ Midon, Mario, *Manual de derecho constitucional argentino*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 681.

⁸⁶⁷ CSJN, caso Rivas, CS, sentencia del 7 de junio de 2005, La Ley, 2005-F- 724.

⁸⁶⁸ CSJN, caso Cavallo, Domingo Felipe, s/ injurias, C. 878. XXXVII, del 19 de octubre de 2004.

⁸⁶⁹ Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed. actualizada, 2006, t. II, p. 1452.

- 32 CN, cuando entró en conflicto con el artículo 60 (actual artículo 68), pues un libelo injurioso contra un legislador abrió la puerta a un juicio contra el autor ante la justicia federal.⁸⁷⁰
- La Corte, en el caso Álvarez,⁸⁷¹ sostuvo que la sentencia que rechaza la posibilidad de discutir si el llamado a audiencia de conciliación en delitos de acción privada viola o no el sometimiento a proceso al que se refieren los artículos 68 a 70, CN, es una decisión que produce gravamen actual de imposible reparación ulterior, por lo cual el pronunciamiento es equiparable a la sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario.
 - La Corte norteamericana, que también le da protección absoluta a la palabra del legislador, aunque dentro de límites espaciales más estrechos, extendió la protección a los asesores, asistentes y funcionarios de las comisiones legislativas, llegando a decir, en referencia al asesor de un congresista, que debe ser considerado una sola persona con el miembro de la Cámara.⁸⁷²
 - La Corte argentina, en varios de los casos citados, dijo que los tratados internacionales con jerarquía constitucional deben interpretarse armónicamente con los derechos constitucionales, salvo si el propio constituyente atribuye a ciertos derechos específicos una importancia superior, como los expresados en el artículo 68, CN.⁸⁷³ Dice Gelli que de esta regla surge una protección máxima a la expresión de los legisladores referida a las funciones que desempeñan, que se aplica aún por sobre los derechos emanados de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

⁸⁷⁰ CSJN, caso Procurador Fiscal vs. Calvette, *Fallos*, 1:297 (1864).

⁸⁷¹ CSJN, caso Álvarez, Carlos A. y otro, *Fallos*, 319:585 (1996). El juez correccional había citado a audiencia de conciliación, y los diputados manifestaron agravio por entender que se violaban las inmunidades procesales. El juez entendió que no era aplicable esa situación, porque los dichos supuestamente injuriantes habían sido vertidos fuera del desempeño de la función parlamentaria; la Cámara Nacional de Casación Penal entendió que no había sentencia definitiva, pero la Corte decidió lo contrario.

⁸⁷² Gelli, *op. cit.*, p. 630, con cita del fallo Gravel vs. US., 408 US. 606 (1972), citado a su vez por Corwin, Edgard S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, editorial Fraterna, 1987, p. 52.

⁸⁷³ CSJN caso Cossio, *cofr.* considerando 13 del voto de la mayoría, formada por los ministros Enrique Petracchi, Antonio Boggiano y Adolfo Vázquez; voto concurrente de Augusto Belluscio.

- Las expresiones vertidas durante el mandato del legislador siguen estando protegidas más allá del cese de ese mandato, pues sólo así se puede garantizar el libre debate y aventar temores por las consecuencias futuras de las expresiones.
- La ley 25.320 ha venido a ratificar el carácter absoluto de esta inmunidad, pues su propio texto dice que es inaplicable a la inmunidad de opinión (el artículo 5o. dice que el juez debe rechazar *in limine* cualquier denuncia en ese sentido). Gelli sostiene que una interpretación contraria de la ley sería inconstitucional.⁸⁷⁴
- El lector podrá encontrar esa jurisprudencia en el apéndice documental.

III. SITUACIONES PARALELAS

De los fallos arriba transcritos (Calvette, Martínez Casas, Cossio, Cavallo, Álvarez, Rivas) surgen varias líneas argumentativas claras, mantenidas por la Corte Suprema argentina desde 1864 y a lo largo de toda su historia. Parte de mi tesis se funda en que esas mismas argumentaciones son las que sirven para darle fundamento absoluto a las garantías de la libertad de expresión —la prohibición de censura y el secreto de la fuente—.

En los párrafos siguientes se explica este punto en detenimiento. Pero antes deseo señalar que me llama la atención que muchos constitucionalistas no hayan advertido ese paralelismo entre inmunidad de expresión de los legisladores y la libertad de expresión de los ciudadanos. Incluso aquellos especialistas que sostienen que la inmunidad de expresión es absoluta, no admiten la misma extensión a la hora de referirse a las garantías de la libertad de expresión. Así, mientras se inclinan por rechazar las garantías absolutas de la libertad de expresión, por los riesgos que podría deparar, consideran que sí debe aceptarse el carácter absoluto de la garantía de los legisladores, porque

...la Constitución lo ha preferido así, para asegurar la independencia del Congreso y de sus integrantes, para evitar las mordazas funestas, de triste memoria en la República Argentina, dejando al juicio de la opinión pública y del electorado la sanción de aquellas eventuales extralimitacio-

⁸⁷⁴ Gelli, *op. cit.*, p. 632.

nes, o de las inconsistencias con las que se denuncian a oficialistas u opositores.⁸⁷⁵

Por cierto, no formulo recriminación alguna a esos autores. Pero el planteo sirve para hacernos varias preguntas: ¿hay algo en el artículo 68 que lo haga distinto del artículo 43? ¿No recogen ambos artículos garantías de la expresión? ¿Por qué los representantes merecen más garantías que los representados? ¿No reside acaso la soberanía en el pueblo, que delega el poder a los representantes? ¿No son las mismas razones republicanas de autogobierno y de control del poder que aconsejan reconocer a los legisladores una inmunidad absoluta las que también dan fundamento a la libertad de expresión? ¿No tuvo acaso la libertad de expresión origen en aquella inmunidad del Parlamento?

Advirtió acertadamente Meiklejohn, sin entrar en mayores detalles —en los que aquí sí ingreso— que si se defiende la absolutez de la inmunidad de los legisladores, como ocurre en los Estados Unidos, se debe aceptar que la prohibición de legislar en materia de prensa es absoluta. Por mi parte, además de entrar en cuestiones particulares en las que ese autor no ahondó, también extiende ese razonamiento para el secreto periodístico, por lo menos en la Argentina.

Veamos un resumen de los muchos argumentos expuestos hasta aquí por la Corte —que son los mismos que habitualmente utiliza la doctrina sobre el tema— respecto de la inmunidad de expresión de los legisladores, y comparemos, como si fueran paralelas, con un razonamiento similar (que expresaré en bastardillas) que se puede formular respecto de las garantías de la libertad de expresión:

- Dijo la Corte —como vimos más arriba— que la garantía de la inmunidad de expresión de los legisladores debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto, porque si hubiera un medio de violarla impunemente, se emplearía con frecuencia.

Entiendo que el mismo razonamiento debe formularse respecto de las garantías de la libertad de expresión: si se admite que, por razones de emergencia o por cualquier otro motivo, se pueda censurar previamente la expresión o se pueda obligar al periodista a levantar el secreto periodístico, quienes tienen esa

⁸⁷⁵ *Ibidem*, p. 629.

intención recurrirían con frecuencia a esas excusas o cartabones para cercenar la libertad de prensa.

- En materia de inmunidad de expresión de legisladores, no cabe distinguir entre opiniones protegidas y no protegidas, porque se abriría una brecha peligrosa, con desmedro del fin constitucional perseguido.

Del mismo modo, abrir una brecha entre opiniones pasibles de censura o de habilitar el posterior levantamiento del secreto y aquellas que no lo son introduce una distinción peligrosa que, por o demás, no surge de la Constitución nacional. Así como el artículo, 68, CN, no formula distinción alguna, tampoco lo hacen los artículos 14 y 43 de la CN. Y, por lo demás, si el artículo 14, en cuanto a la prohibición de censura previa, fue entendido con carácter absoluto, no hay motivo para introducir tal distinción en el artículo 43.

- La garantía de la inmunidad de expresión de los legisladores integra la protección del sistema republicano.

Se vio en otro capítulo que las garantías de la libertad de prensa también integran la protección del sistema democrático y, lo que es más, la libertad de expresión es presupuesto de la democracia.

- La garantía de la inmunidad de expresión de los legisladores adquiere un sentido más hondo cuando tutela opiniones expresadas por legisladores de la minoría, cuya existencia y libre desenvolvimiento son presupuestos ineludibles de un Estado democrático.

Las garantías de la libertad de prensa son precisamente las que permiten cumplir a la prensa la función de autogobierno y de control republicano. Si hubiera censura o se pudiera levantar el secreto periodístico, no se podrían investigar casos de corrupción ni recoger opiniones de ciudadanos, empresarios o políticos que desean criticar políticas de gobierno ni recabar datos que el gobierno quiere mantener ocultos, pero cuyo conocimiento sirve para hacerse una cabal composición de lugar acerca de cómo las autoridades desempeñan su tarea.

- Cualquier duda sobre el alcance del artículo 68 —dijo la Corte— desaparece cuando se presta atención al sentido originario de la norma constitucional y a los antecedentes constitucionales.

Las garantías de la libertad de expresión entroncan históricamente con las garantías del libre debate legislativo, y cualquier duda que pueda surgir sobre el alcance del artículo 14 —y, le agrego, 43— se disipan si se tiene en cuenta que esas normas constitucionales no vinieron a establecer nada nuevo, sino que son el fruto de una larga evolución en la tradición republicana y que se forjaron para superar épocas de intolerancia y de restricción a la libertad de expresión.

- La garantía de inmunidad de expresión de los legisladores se relaciona con la integridad de uno de los poderes del Estado, su existencia misma y su libre desenvolvimiento.

Las garantías de la libertad de expresión de los habitantes se relacionan con la integridad del debate en el seno de la sociedad, que en definitiva es el sustrato del cuerpo político. No me imagino cómo una sociedad censurada o desinformada puede tanto realizar un debate que sólo es libre si es completo, así como también cómo pueda encomendarle tareas a los poderes políticos.

- La inmunidad de los legisladores tiene un alcance mayor que en otros países, debido a razones peculiares de nuestra propia sociabilidad y a motivos de alta política.

La garantía de la prohibición de censura, en la Argentina, tiene un alcance particularmente amplio, para proteger a la ciudadanía y a la prensa de los embates de un poder que la historia demostró que es particularmente invasivo respecto de las garantías individuales. Por eso mismo, conviene reconocerle la misma extensión al secreto periodístico, como propongo en este trabajo.

- Toda incriminación de un legislador es política e institucionalmente dañosa o riesgosa y debe ser excluida, 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.

Del mismo modo, puede decirse que toda incriminación o persecución a un medio de comunicación o a sus periodistas, para establecer mecanismos de censura o para secuestrar materiales que permitan al juez develar el secreto de la fuente, es

particularmente riesgosa, en especial porque paraliza o inhibe la función de control republicano que ejerce la prensa. Como lo advirtieron Tocqueville y otros muchos pensadores —y lo vimos en otros capítulos de este trabajo— es preferible tolerar los excesos de la libertad de expresión que establecer mecanismos que cercenen, desde sus cimientos, la libertad misma.

- La coordinación es el verdadero criterio hermenéutico que debe imperar en la materia —se refiere a la colisión de derechos—, en tanto no haya sido el constituyente quien atribuye específicamente a ciertos derechos una importancia superior. Tal es lo que sucede con el citado artículo 68 de la carta magna.

Del mismo modo, según mi lectura, está claro que la Constitución atribuye a las garantías de la expresión y carácter absoluto. Es claro al respecto el artículo 14, que si bien habilita a reglamentar los derechos, aclara que la expresión será expresión sin censura previa, es decir, excluye ese ámbito del alcance de la reglamentación. Lo mismo puede decirse respecto del artículo 32, CN, pues se entiende que el Congreso no puede dictar leyes que, en particular, restrinjan la libertad de prensa y, en esta tesis, propongo la misma solución respecto del artículo 43, CN. En nuestra Constitución, la libertad de expresión no tiene un rango similar a otros derechos, sino que es un derecho especialmente tutelado a través de distintas normas, una de las cuales se incorporó hace tan sólo en 1994 —lo que comprueba el carácter progresivo de las garantías de la expresión—. Y, como vimos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana le dan a la libertad de expresión, en particular cuando se utiliza para ejercer la función de control del poder y de autogobierno le asignan a la libertad de prensa un significado particularmente importante y superior a los demás derechos. Es decir, por razones tanto de derecho nacional como supranacional, la libertad de prensa debe ser preferida a otros derechos y libertades.

- Las demasías en que pudieran incurrirse al amparo de la disposición examinada no son irreprimibles, porque el privilegio constitucional, fruto de una larga lucha iniciada en Inglaterra, es el que asiste a los miembros del Parlamento para ser juzgados por sus pares. Los posibles abusos que establece el privilegio

gio deben ser reprimidos por los mismos legisladores, sin afectar la esencia de aquél...

Del mismo modo, en materia de libertad de prensa, la publicación sin censura o la tutela absoluta de la fuente no impide que el particular afectado por la información publicada sin censura u obtenida bajo promesa de reservar la identidad de la fuente pueda demanda, en defensa de su derecho, al medio o al periodista.

- El privilegio de la inmunidad de expresión de los legisladores no se deriva de la voluntad de cada legislatura, sino de la voluntad del pueblo expresada en la Constitución, y ha sido asegurado, no con la intención a los miembros del Poder Legislativo contra persecuciones para su propio beneficio, sino también para respaldar los derechos del pueblo, permitiendo a los representantes, ejecutar las funciones de su oficio sin temor a proceso civiles o criminales.

En forma paralela, las garantías de expresión de los periodistas están establecidas por la Constitución misma, y no son reconocidas en beneficio de los medios de comunicación o de los periodistas —aunque ambos, al igual que los legisladores, son beneficiarios directos de esas garantías— sino de la sociedad, que de ese modo se nutre de grandes volúmenes de información, que de otra manera nunca llegaría a conocer.

- Por consiguiente, la inmunidad de expresión de los legisladores no es un privilegio que contemple las personas, sino las instituciones y el libre ejercicio de los poderes.

Del mismo modo, se puede decir que las garantías de la libertad de expresión son inmunidades, garantías o fueros establecidos, no en beneficio de los medios o de los periodistas, sino de la actividad periodística misma y de la sociedad que se nutre de esa actividad.

- Lo que está en juego en la inmunidad de los legisladores es el derecho de un representante electo de informarse y de informar y el derecho del pueblo a ser informado sobre materias directamente relativas a las labores del gobierno.

¿Acaso es necesario reiterar que ésa es, básicamente, la función que la Constitución reserva también para los medios de comunicación?

- Que la misma noción de libertad de expresión de los ciudadanos se ha originado en una tradición más antigua, enraizada en la Declaración de Derechos inglesa, que establecía inmunidad para la persecución del discurso legislativo.

Compartimos esta visión de dos garantías que se entroncan tanto en su origen histórico como en su finalidad republicana.

- El ministro Maqueda, en voto concurrente (caso Cavallo) afirmó que la inmunidad constitucional respecto de la libre expresión del legislador busca tanto la protección del rol que desempeña en el debate como la custodia de un bien más amplio: la posibilidad de que el resto de la ciudadanía conozca acerca de materias que de otro modo podrían quedar limitadas a ese debate o al aún más restrictivo marco de las comisiones parlamentarias.

Nadie puede dudar de que los medios de comunicación y los periodistas son quienes están en mejores condiciones de aportar a la sociedad ese conocimiento y no sólo de lo que los legisladores quieran decir, sino de incluso aquellos asuntos que los legisladores quieren ocultar.

- En el voto concurrente de Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti se dice que la protección que confiere el artículo 68 de la Constitución Nacional en el ámbito burocrático o de grandes poderes económicos es para que el legislador cumpla su mandato de un modo independiente. No se trata entonces de un derecho que vaya en contra del sistema democrático como privilegio personal, sino que es una prerrogativa de los legisladores, que es una forma de custodia de la democracia misma para representar la voluntad popular con independencia de otros factores que puedan intervenir en la libre expresión del representante de la soberanía popular.

El mismo argumento puede sostenerse respecto de la necesidad de reforzar las garantías de la libertad para que no quede expuesta a los embates del sistema político.

En resumen

Dijo Meiklejohn que si el Parlamento y los representantes del pueblo gozan de inmunidad absoluta de expresión, esencial para la deliberación de-

mocrática y para el sistema republicano, por imperio de la primera enmienda, los ciudadanos no podrán tener una garantía menor. No sólo considero que la afirmación es exacta, sino que, además, creo haber demostrado que existe entre ambas garantías un total paralelismo, y que las mismas razones que fundamentan el carácter absoluto de la inmunidad de expresión son las que aconsejan mantener un criterio absoluto de las garantías de la libertad de expresión.