

CAPÍTULO ÚNICO

ESTUDIO FINAL Y CONCLUSIONES⁹²⁰

I. TESIS PROPUESTA

A partir del artículo 43, CN, tercer párrafo, última oración, que establece que “No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”, y con base en todo lo estudiado hasta aquí, creo haber demostrado, a lo largo del desarrollo de este trabajo, y de los argumentos que más adelante expondré, mi tesis:

El secreto de las fuentes de información es una garantía de la libertad de información de la sociedad, establecida en interés social y de la actividad periodística —no en interés de los medios o de los periodistas—, y tal garantía es de carácter absoluto. Postulo el carácter absoluto de la garantía para tutelar los momentos de búsqueda y de difusión de la información, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores que pudieran corresponder.

Encuentro que hay sólidas razones para sostener ese criterio absoluto tanto en tiempos de normalidad institucional como en tiempos de emergencia. Y *si bien los instrumentos internacionales y la jurisprudencia nacional admiten ciertas restricciones a la libertad de expresión en estos*

⁹²⁰ Aclaraciones preliminares. Encaro aquí las conclusiones finales. Reitero que esto es una síntesis, lo más fiel posible, de la tesis, pero no reproduce todos los argumentos, que ocupan casi doscientas páginas del original, ni tampoco los desarrollo en forma completa, sino resumida. Me concentraré tan sólo en algunos asuntos centrales para la comprobación de la hipótesis de trabajo, y aconsejo buscar los matices de las explicaciones en el cuerpo central del trabajo. Por otra parte, la tesis completa está depositada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tampoco reiteraré las notas bibliográficas que ya fueron debidamente citadas. Las únicas citas a pie de página en este capítulo final corresponden a trabajos no citados anteriormente. También advierto que el estudio persiguió extraer conclusiones válidas en el sistema constitucional argentino, pero sus argumentos centrales fueron pensados con suficiente amplitud para que sean aplicables en otras latitudes y, también, a partir de una interpretación compatible con el sistema interamericano de derechos humanos.

periodos de anormalidad constitucional, entiendo que, en rigor, para ser coherente con la importancia que esos mismos sistemas convencionales le asignan a la libertad de información, debe interpretarse que la emergencia que autoriza a levantar el secreto periodístico debe ser de tal magnitud que haya producido la interrupción del diálogo republicano. En este caso, de ruptura del diálogo, sea para el individuo o para la sociedad, el levantamiento del secreto periodístico es sólo una excepción aparente al carácter absoluto, pues el secreto periodístico habrá perdido sentido.

Asimismo, formularé una interpretación amplia de la garantía: por un lado, en cuanto a su objeto: porque demostraré que hay buenas razones para sostener que protege a la identidad de la fuente y a los materiales suministrados por la fuente; los materiales y los lugares de trabajo del periodista, a la información publicada y a la no publicada; y, por el otro, en cuanto al sujeto beneficiario de la protección: porque se verá que la tutela constitucional no ampara tan sólo a los periodistas que trabajan o se desempeñan para los medios de comunicación, sino a todos quienes realizan actividad con información periodística. Definiremos, entonces, también, actividad con información periodística.

II. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO FINAL

1. La importancia

El sistema democrático y republicano se funda en principios de publicidad, transparencia y participación, que reclaman la existencia de una libertad de prensa y de información plena, vigorosa y exenta de cortapisas. Una comunidad que pretenda vivir como una sociedad abierta no sólo debe garantizar a sus individuos un amplio espacio para la libertad de expresión, sino que debe someter su proceso de gobierno al escrutinio público, y debe hacer real el postulado de que la soberanía reside en el pueblo. Por eso, tal sociedad debe desarrollar reglas que promuevan esa apertura, en orden a equilibrar la tendencia inherente del gobierno hacia el control, la censura y el secreto.

En la sociedad democrática, el poder debe fluir de la base al vértice; en la sociedad burocrática, por el contrario, se mueve del vértice a la base (Bobbio). Fundamentar el Estado en un contrato social, es decir, en un

acuerdo de todos aquellos que están destinados a estar sometidos a él, significa defender la causa del poder ascendente contrapuesto al poder descendente. La libertad de información debe ser la fuerza vehículo de la fuerza de la sociedad para desenmascarar al poder político. En el Estado democrático, el secreto de Estado está justificado como excepción, no como regla. Sin embargo, la violación de ese secreto, su publicación, debe ser protegida sin excepciones. Es mejor tolerar el riesgo del exceso, que permitir que los excesos del Estado pongan en riesgo a la democracia.

2. Una protección adicional, nueva y distinta

El artículo 43, CN, tercer párrafo, última oración, es quizá la mayor contribución de la reforma constitucional de 1994 en esa dirección, que se inscribe como una garantía más, que se coloca a la par del sistema que históricamente se estructuró con los artículos 1o., 14 y 32 de la Constitución nacional. En nuestro derecho no puede ahora sostenerse lo que dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos *Branzburg* y *Procurier*, en los cuales ese tribunal afirmó que la primera enmienda no garantiza el derecho a obtener información gubernamental, y que los periodistas no tienen un derecho más amplio de acceso que el resto de los ciudadanos. Por cierto, la garantía del secreto periodístico y la acción de acceso a la información son institutos distintos. Pero sin argumentar sobre la necesidad de reglamentar la segunda, en cuanto a la garantía del secreto periodístico, sí diré que si bien no asegura un derecho al acceso, sí garantiza a quienes desempeñan una actividad periodística a preservar la identidad de la fuente y los materiales obtenidos. Por eso, nuestra Constitución coloca a la actividad periodística en una situación de especial protección.

3. Un asunto ético, pero fundamentalmente legal

El secreto periodístico, si bien viene siendo invocado por los periodistas desde hace tres siglos, y plantea para los periodistas una reivindicación ética universalmente aceptada —analicé que el 90.1% de los 101 códigos éticos revisados protege expresamente el secreto periodístico—, es un tema al que el sistema republicano debe darle una protección legal fuerte, porque el desarrollo del periodismo y de la libertad de información coadyuvan al desarrollo de la democracia.

4. *La tensión entre el poder y la libertad*

En esta cuestión subyace, como se vio, un problema para los periodistas, pero, también el problema más amplio de la tensión entre el poder y la libertad. En un mundo donde la censura previa parece más difícil de ejercer —aunque, vimos, eso es sólo aparente, porque la subsistencia de brotes autoritarios no permite su completa supresión—, la pretensión del poder político de avasallar el secreto periodístico es una vía indirecta de censura. Si la Constitución, como reconocimiento de derechos y organización del poder, es la expresión de un contrato social, la única manera de mejorar la simetría entre los ciudadanos, depositarios del poder soberano, pero elemento débil de la relación, y el poder, ejercido por los representados, es la de ampliar el espacio de libertad. Utilizo el concepto de simetría al que recurre Bobbio, como punto de partida para reforzar la libertad, porque ésta es la interpretación teleológica de las Constituciones de cuño liberal, como la argentina. Dice Tribe que el rol de la expresión en la eficacia del gobierno democrático es uno de los propósitos que tuvieron los padres fundadores al forjar la primera enmienda. Y, en lo particularmente referente al secreto periodístico, Tribe dice que la Corte de su país, en los casos *Branzburg*, *Zurcher* y *Herbert*, exhibió muy poca sensibilidad por los problemas que se presentan frente a la primera enmienda, pues los procedimientos legales que amenazan la confidencialidad de las fuentes o irrumpen en el proceso editorial involucran problemas constitucionales que no se presentan cuando se inspecciona o cuestiona a otros negocios o profesionales. Por eso, sostiene, la teoría sobre la primera enmienda debería prohibir la exigencia gubernamental de revelar la confidencialidad periodística, aunque él lo postura con carácter relativo.

III. OBJETO DE ESTUDIO: EL SECRETO PERIODÍSTICO

1. *Es establecido en interés social*

El Estado y los grupos que tienen peso en la toma de decisiones con trascendencia institucional tienen fuerza suficiente para ocultar información. El secreto periodístico, lejos de estar establecido para resguardar el interés privado (secreto profesional) o el interés estatal (secreto fiscal, secreto de inteligencia, etcétera), está establecido en aras a tutelar el interés

social, es decir, el interés de la sociedad en acceder a la información, frente a la pretensión de aquellos actores que ocultan información que debe ser reservada por disposición legal o información que debe ser pública, pero que es ocultada ilegalmente.

2. *Es un secreto compartido*

A veces, se trata de un secreto entre dos (fuente y periodista) y, otras, de un secreto compartido por más personas (fuente, periodista, directores o editores de la empresa periodística). Si bien el 78% de los códigos de ética considera que el secreto es un asunto exclusivamente del periodista, y tan sólo el 22 lo prevé como un asunto compartido entre periodista y editor, las leyes extranjeras suelen adoptar esta última visión.

3. *Es un secreto específico*

Vimos en el capítulo único de la primera parte, p. 5, que el derecho admite la existencia de distintos secretos: el político, el de inteligencia y de seguridad; el fiscal, de sumario penal, el bancario, el comercial e industrial, el secreto de la esfera privada (donde se encuadra el secreto profesional), el secreto de confesión y, también la existencia de normas secretas y deliberaciones secretas. Y, también, la legislación establece sanciones por violación de esos secretos. De todos los secretos admitidos por el derecho, el secreto de las fuentes de información periodística se asemeja, en mayor medida, al llamado secreto profesional. Pero, como vimos en el citado capítulo, existen muchas diferencias entre ambos. Por esto, también las normas que castigan la revelación del secreto profesional (artículo 156, CP), y que excepcionalmente la admiten cuando hay justa causa (artículo 156 *in fine*) o consentimiento del interesado para que se difunda el secreto (artículo 244, C.Pr.P.), no se aplican al secreto periodístico. El periodista no queda obligado por esas circunstancias a transparentar sus canales de acceso a la información. Tampoco le es aplicable el artículo 157, CP.

4. *Acceso a la información y secreto periodístico: vías distintas de acceso*

La acción de acceso a la información y secreto de las fuentes de información no son mecanismos que se superpongan, sino instrumentos dis-

tintos, si se quiere con campos secantes, pero de ninguna manera concéntricos o superpuestos.

En efecto, ambos mecanismos difieren en varios aspectos: 1) son vías distintas de acceso (reglada o informal, respectivamente); 2) el juez cumple distinto rol (juez que autoriza al Estado a preservar el secreto o juez que no tiene poder para hacerlo); 3) la velocidad y oportunidad de acceso a los datos es distinta; 4) también difiere el interés (interés estatal en preservar cierta información frente a una acción para acceder a la misma e interés social del periodista que pacta el secreto de la fuente para difundir información), y 5) la extensión de la protección (si el periodista sólo pudiera difundir información que es de acceso público, estaríamos dejando en manos del Estado una vía indirecta de censura, que se ejercería permitiendo que los poderes políticos califiquen algunos datos como datos de acceso público y trasmisibles y, otros datos, como datos reservados y, por lo tanto, no trasmisibles).

En consecuencia, si bien una acción de acceso a la información puede ser rechazada cuando intenta obtener información que está legalmente clasificada, el secreto periodístico en sí es una vía válida para obtener esa información clasificada, y la autoridad no puede invocar esa característica reservada de la información para pretender la revelación de la fuente o adoptar medidas de investigación que permitan descubrir la filtración a través del periodista, de sus materiales o lugares de trabajo. En primer lugar, si la información cuya obtención se protege fuera sólo la que debe ser de acceso público, bastaría con contar con una buena ley de acceso a la información que establezca qué información debe ser de acceso público y qué información puede ser clasificada por ley como reservada, y bastaría que el gobierno cumpliera escrupulosamente con esa ley. Por supuesto que eso es mucho pedir, pero en un mundo ideal alguien podría pensar que el objeto del secreto periodístico protegido y el objeto de la ley de acceso a la información coinciden. Pero ello no es así. Por otra parte, lo que es mucho más delicado, el legislador puede clasificar como reservada, por ley, información que según el sistema republicano debería ser de acceso público, por lo cual la herramienta del secreto periodístico puede ser muy útil para revelar esa situación.

Mi interpretación también está avalada por el derecho comparado, pues está consagrada en: 1) los Principios de Lima 2000, 8 y 9; 2) la Declaración Conjunta de las Tres Relatorías de Libertad de Expresión de 2004 sobre Acceso a la Información; 3) en los Estados Unidos, la

Intelligence Identities Protection Act, permite al gobierno perseguir a cualquier funcionario que filtre información sobre un operativo o agente encubierto, pero que el periodista no encuadra ni siquiera en la sección de la ley que permite perseguir a cualquier persona por revelación de aquel secreto, porque la ley exige, para que sea procedente la persecución penal, que la revelación de la identidad sea hecha en el curso de una actividad programada (por medio de un conjunto de actos encaminados al mismo fin) que tenga la intención de identificar y exponer a agentes encubiertos y que haya razón para pensar que esa actividad pudiera impedir las actividades de inteligencia extranjera de los Estados Unidos;⁹²¹ 4) la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Bartnicki vs. Vopper* (532 US. 514, 518 2001) no aplicó pena a un periodista que difundió una grabación clandestina obtenida por un tercero; 5) las leyes de Suecia sobre libertad de expresión, que tienen jerarquía constitucional, fueron las primeras en aceptar este criterio.

IV. EXTENSIÓN DE LA VOZ “FUENTES”

Tal como surge del derecho comparado, el secreto periodístico exime a quien realice actividad periodística de la obligación de difundir no sólo la identidad del informante, sino también un universo más amplio, que queda alcanzado por la significación de esa voz.

Por eso, la norma protege:

- a) Identidad del informante.
- b) Los materiales suministrados por el informante.
- c) Los materiales e instrumentos del periodista (agendas, teléfonos, llamadas, correspondencia, *mails*, etcétera).
- d) Los lugares de trabajo del periodista o de los directores del medio.
- e) La información obtenida en *background* y *deep background* y en *off the record*, que en la práctica periodística (por lo menos, en la Argentina) son situaciones que no se distinguen. Lo protegido es la búsqueda de información, que se concreta en la transmisión desde la fuente al periodista, sin importar que el periodista haya llegado a

⁹²¹ Así lo interpreta Eunice Eun, miembro de la Georgetown University Law Center, según lo estudiamos en el capítulo segundo de la segunda parte.

su vez a comunicar esa información o que tuviera finalmente la intención de hacerlo.

- e) Hechos y opiniones recolectados. No hay motivo alguno para decir que se protege la transmisión de datos, pero no de opiniones. Ni, tampoco, para sostener lo inverso. En la práctica periodística, las fuentes, con frecuencia, transmiten datos y opiniones en forma entremezclada. Hechos y opiniones constituyen, en forma simbiótica, la “información” a las que se refiere el artículo 43, CN, o las “ideas” que el artículo 14, CN, autoriza a transmitir por la prensa sin censura previa. Hay entre las “ideas” del artículo 14, CN, y la información” del artículo 43, CN, una sinonimia.
- f) Queda amparada toda la información recolectada, sea que se trate de información legalmente clasificada e información ilegalmente reservada. Motivaciones y proyectos.
- g) Información suministrada por fuente desleal o por fuente leal.

Para sostener esa interpretación amplia de la voz “fuentes” encuentro las siguientes razones:

Primera. Ésta es la solución más común en el derecho comparado (Alemania, Suecia, Italia, Gran Bretaña, Estados Unidos), y, también, la que aconseja buena parte de la doctrina de España, país en el cual el secreto periodístico tiene rango constitucional (el lector encontrará estudios completos de esos países en el apéndice documental). Asimismo, el TEDH también resolvió varias causas en ese mismo sentido, y es la que adoptó el sistema interamericano de derechos humanos (*cf.* Declaración de Principios de 2000 de la Comisión Interamericana, principio 8o. y su interpretación, y Principios de Lima, principio 6o.).

Segunda. En el debate constituyente no sólo se habló de la identidad de la fuente, sino de los archivos o registros, es decir, de objetos materiales o inmateriales. Todos los convencionales, tanto quienes apoyaban la incorporación de la cláusula como quienes la resistían, dejaron en claro que, por un lado, sabían que estaban debatiendo sobre la conveniencia de establecer el secreto como una barrera al hábeas data, para que esta acción no pudiera ser usada para agredir los archivos periodísticos y, por el otro, que ese secreto periodístico trascendía en mucho los problemas del hábeas data y se refería al asunto más amplio de la libertad de expresión.

Tercera. También es interesante tener en cuenta que la interpretación que hicieron los convencionales argentinos para dejar a salvo los archivos periodísticos no era la de salvaguardar tan sólo la identidad de la fuente, sino la libertad de trabajo de los periodistas y las empresas periodísticas, con lo cual esa interpretación parece más amplia que la que se realiza en la Unión Europea (según el Consejo de Europa, en la recomendación R [2000] del Comité de Ministros de Europa, el derecho se limita a proteger la información que pudiera conducir a identificar la fuente. Es decir, se protege la identidad de la fuente y los materiales que pudieran conducir, en forma indirecta, a conocer la identidad de la fuente).

Cuarta. Otra razón para rechazar el acceso, por vía de hábeas data, al banco de datos, es la potencial censura. Imaginemos que se permite acceder al banco de datos: el juez podría ordenarle al medio que no propale determinada información, porque afecta a quien promovió el hábeas data. ¿No sería eso un claro caso de censura, a cargo de un órgano estatal? El hábeas data sería una puerta para introducir el control de la información antes de que se publique. Por eso, en 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Declaración de Principios, que es una herramienta interpretativa a la que recurre la propia Comisión, y si bien el principio 1o. declara que “toda persona tiene derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes contenidas en bases de datos públicas o privadas”, en el principio 8o. también dice que “Todo comunicador social tiene el derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales”. Es decir, los archivos del principio 8o. están excluidos de los archivos revisables en virtud del principio 1o.

Quinta. Asimismo, si se habilita el hábeas data para agredir a los archivos periodísticos, habría que entender plenamente que dichos archivos caen bajo el pleno imperio de la ley 25.325: Téngase en cuenta, entonces, que el artículo 35, que se refiere a la legitimación pasiva, establece que “la acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos”. Fíjese que si por esta vía se puede demandar a los responsables de los bancos y a los usuarios, se podría llegar no sólo a agredir al medio, sino también a quienes, como usuarios, utilizan esa información transformándola: es decir, el periodista. Con lo cual, el periodista pasaría su vida en tribunales o bien callaría. Incluso, quien intente un hábeas data rectificatorio podría pretender dirigir la demanda contra toda la cadena de medios que reprodujo la nota publicada por el primer medio: así, el hábeas data sería un instrumento encubierto para ejercer el derecho de réplica) sin de-

cir que se lo pretende ejercer) y terminaría por suprimir la doctrina del reporte fiel, que le asigna la responsabilidad de la información a quien es el origen de la fuente mientras que exime a quien simplemente la reproduce.

Esta interpretación amplia tiene dos ventajas para la libertad de información. Por un lado, es la más aconsejable frente a los aspectos modernos de la comunicación, y, por el otro, se evita que el poder público realice allanamientos y secuestros de medios de comunicación cuando el periodista se niega a identificar a la fuente. Una interpretación restringida de la voz “fuente” habilitaría a la autoridad a realizar medidas coercitivas, interfiriendo en la vida de las redacciones.

En suma, si bien la fuente y archivo parecen conceptos distintos, debe interpretarse que la Constitución utiliza la voz “fuente” en un sentido amplio, como conceptos concéntricos, uno dentro del otro. Frente a todo lo que vimos, creo que permitir el ingreso, no a la fuente, pero sí a las bases de datos, puede ser la vía para destruir la garantía que establece el artículo 43.

V. SUJETO

La protección constitucional no beneficia al periodista matriculado o al periodista que se desempeña con habitualidad o profesionalidad, sino que, con una visión amplia y moderna, propongo que beneficie a toda persona que realice actividad periodística, brindando información —datos, hechos u opiniones— que pueda ser considerada como tal. Una lectura atenta de la norma, que no habla de las “fuentes de los periodistas”, sino de las “fuentes de información periodística”,⁹²² avala esta visión amplia de este aspecto.

⁹²² La norma utiliza adecuadamente la voz “información”, que es más apropiada que “comunicación”. Para un estudio detallado de la diferencia entre información y comunicación, consúltese el apéndice digital. Por lo pronto, aquí basta decir que el término *informar* es apropiado para el sentido general de la cláusula final del artículo 43, CN: precisamente, la norma no intenta preservar el acceso del periodista a las fuentes de comunicación —información organizada conforme con una estrategia oficial— sino que la norma protege el acceso a las fuentes de información periodística, donde el periodista busca tanto datos, hechos, opiniones, motivaciones y climas, sea que el Estado o el interesado quiera transmitirlos o que —por su propia estrategia comunicacional o por algún motivo subalterno— prefiera ocultar, pues ese es el camino para decodificar la realidad e interpretarla. Por otra parte, aquí también me interesa señalar otro aspecto, vinculado es-

El tema de determinar quién es el sujeto de la garantía es complejo, y está inmerso en estos momentos en un profundo cambio y adaptación, por la introducción de modernos actores, pero, precisamente con una visión dinámica, encuentro razones para considerar que el sujeto de la protección es sujeto amplio. La actividad periodística tradicionalmente se caracterizó por su periodicidad, pero hoy esa caracterización se perdió. Por un lado, la información circula por algunos medios en forma continua (CNN; las agencias de noticias como EFE o Bloomberg, transmiten las 24 horas) por su carácter ininterrumpido. Por el otro, hay personas que sin ser profesionales o estar vinculadas a los medios también realizan actividad periodística y difunden información periodística, registrando por distintos medios —grabadores, celulares, cámaras, etcétera—, información que hacen llegar a los medios de comunicación o que, directamente, emiten desde sus *blogs*. A la época del *newsgathering* se le sumó la época del *newssharing*.

Por otro lado, la información periodística es la información que reúne características muy precisas: 1) pretende ser veraz, aunque, a la postre, un nuevo hecho permita descubrir que no era totalmente cierta; 2) es información de interés del público al que va dirigida; 3) es inédita, es decir, aporta una novedad al conocimiento general, y 4) es información sobre la actualidad.⁹²³

Como vimos, la legislación en el derecho comparado trae distintas soluciones para este problema. En los Estados Unidos, quizá la legislación que, por su diversidad, presenta las aristas más modernas, aquellas leyes estatales que admiten el secreto, sea con carácter absoluto o relativo, han elaborado distintas fórmulas: a) algunos estados hacen una enumeración de sujetos que tienen derecho a invocar el privilegio: el *publisher*, editor, reportero o personas vinculadas, conectadas o empleadas en un

pecíficamente con la información. Informar no es simplemente transmitir datos, pues también incluye la transmisión de ideas. Ésta es la inteligencia que surge del artículo 14, CN, del artículo 13 de la Convención Americana y es, también, coincidente con la interpretación que se hace del asunto en la Unión Europea, donde la recomendación R (2000) 7 del Comité de Ministros de Europa, dice en los fundamentos que información es cualquier *afirmación o hecho, opinión o idea en forma de texto, sonido, imagen*.

⁹²³ Fernando Laborda es jefe de editoriales del diario *La Nación*, Buenos Aires; licenciado en ciencia política; director de la Licenciatura en Periodismo en la Universidad de Belgrano y ex director de la Licenciatura en Comunicación Social en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.

medio de comunicación (la mayoría de las legislaciones que reconocen privilegio hacen esa enumeración); b) otros estados establecen o prevén para quien hace actividad periodística (*news gathering*) o actividades vinculadas con ella, estableciendo algunas leyes que deben hacerse a través de los medios de comunicación, mientras que otras, en cambio, no establecen distinción del medio (lo que permite tutelar información periodística que se difunde incluso por libros, revistas, diarios, radio o televisión o *blogs*, por ejemplo); c) otras legislaciones recurren a una fórmula vinculada con la actividad, pero más genérica que la anterior: toda persona que difunde información al público, sea por medios mecánicos o electrónicos (por ejemplo, la ley del distrito de Columbia; una enunciaci3n tan amplia permite incluir en la protecci3n a quienes no son profesionales y se expresan por medio de Internet); d) algunas legislaciones protegen expresamente a los medios no tradicionales. Esa disparidad tambi3n se observa si se comparan las leyes de otros pa3ses estudiadas en esta tesis.

Seg3n mi visi3n amplia, pueden invocar el secreto todas las personas que trabajan con informaci3n periodística en los medios de comunicaci3n o que est3n directamente vinculadas con esa actividad; el periodista profesional y quien no tiene ese t3tulo de grado, pero trabaja en los medios de comunicaci3n; los reporteros aut3nomos (*free lance*); los colaboradores, y cualquier persona, sea periodista o no, trabaje en las empresas de comunicaci3n o fuera de ellas, que realice actividad con informaci3n periodística reconocible como tal. Naturalmente, quienes no trabajan en los medios s3lo podr3n invocar el secreto respecto de aquella actividad periodística que hayan realizado y que haya generado el conflicto, por lo cual para ampararse en tal secreto deber3n demostrar que la actividad que realizaron es periodística, mientras que el periodista que se desempeña en los medios no debe aportar prueba alguna.

Esta interpretaci3n del art3culo 43, CN, es din3mica y moderna, y se adecua a los avances de la tecnolog3a y de la sociedad. Interpretar el precepto con una visi3n estricta lo volver3a est3ril en poco tiempo.

Por otra parte, esta visi3n se compadece con la letra del art3culo 14, CN, que reconoce la libertad de expresi3n para que “todos”. En un comienzo, el pretendido “todos” nunca fue la universalidad; luego, el jurisprudencia y el art3culo 13 de la Convenci3n Americana hicieron una interpretaci3n din3mica, e incluy3 a “todos” los que se expresan por

“cualquier procedimiento de su elección” —incluido el cine, los medios audiovisuales y los electrónicos; artículo 13, Convención Americana—; hoy, las páginas *on-line*, los *blogs* y, en general, los sitios permiten a las personas, comunicarse de modo distinto, y vamos en camino de hacer realidad ese sujeto comunicativo universal (“todos”).

Finalmente, cabe imaginar que esa interpretación amplia genere temores, en cuyo caso, por cierto, obligará a hacer una profundización de la doctrina Campillay, haciendo aconsejable que los jueces hagan una evaluación de la calidad de la fuente, para evitar que una publicación pueda soslayar su propia responsabilidad por el rápido y sencillo trámite de citar expresamente como su fuente a cualquier página o *blog* de escaso valor o seriedad como fuente de información.

VI. EL ARTÍCULO 43, CN, ESTABLECE UNA GARANTÍA

1. *Es una garantía*

El secreto periodístico es una garantía, no un derecho, sino un aseguramiento del derecho (Ciuro Cladani).⁹²⁴ Y se trata de la tercera garantía de la libertad de expresión: la primera es la prohibición de censura (artículo 14, CN); la segunda, es la prohibición de dictar leyes que restrinjan esa libertad (artículo 32), y la tercera es la garantía del secreto periodístico (artículo 43, CN).

La norma no aclara si establece un derecho, un deber o una garantía, pero esta tesis encuentra sólidos argumentos para considerar que estamos frente a una garantía constitucional de carácter 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).

⁹²⁴ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Las garantías constitucionales y su problemática cultura en la Argentina”, en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución, garantismo y controles. Libro de homenaje a Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 231.

2. Razones por las que afirmo que debe ser considerada una garantía

A. Por su naturaleza

Los derechos son intereses jurídicamente reconocidos o, en el caso de los derechos, expectativa de la libertad, expectativas de no interferencia; las garantías son mecanismos de protección, 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. Remito a la lectura del capítulo segundo de la tercera parte.

B. Unidad del derecho; variabilidad de sus garantías

El derecho a expresarse por la prensa es fácilmente reconocible en cualquier país y es el mismo en todas partes. Naturalmente, se trata de un derecho relativo, que tiene límites, y cuyos abusos deben ser, en la medida de lo estrictamente necesario, sancionados en aras a la tutela de otros derechos. En cambio, son las garantías de ese derecho las que varían en número e intensidad. Mientras en algunos países existe sólo una de esas garantías, en otros, como la Argentina, se puede sostener la existencia de tres garantías.

C. Carácter progresivo de las garantías

Distinguir entre derechos y garantías permite, también, sostener una visión progresiva y evolutiva de las garantías que protegen al derecho en cuestión, para ir dotándolo, con el desarrollo de las ideas políticas y sociales, con las máximas garantías posibles. Así, las normas constitucionales, especialmente las nuevas, se van sumando como cadenas de argumentación (Peña Freire) a favor de la protección del derecho que vienen a tutelar. Un sistema de garantías adecuado será aquel que maximice el grado de tutela de los valores más importantes del sistema jurídico político en el que se inserta (Peña Freire). A mayor cantidad e intensidad de las garantías, mayor será la protección que la sociedad le asigna a un derecho fundamental. Siendo que nadie puede actuar en contra de los dere-

chos fundamentales, pero sí a favor de ellos (Ferrajoli), es legítimo sostener un principio de expansión progresiva de esos derechos y garantías. Una interpretación restrictiva de los derechos y garantías es regresiva y, en principio, inadmisibile.

*D. Por su pertenencia a un mismo tronco
de garantías institucionales*

En el capítulo segundo de la tercera parte también vimos que el género de las garantías institucionales (Linares), vinculadas con el sistema representativo y democrático, comprende aquellas que se vinculan con la expresión, que son de dos especies: a) el conjunto de garantías que rodean la libertad de expresión de los habitantes (a las que venimos aludiendo en esta tesis); b) la garantía de la libre expresión de los legisladores (la inmunidad de expresión de los legisladores). Sostener el carácter institucional de ambas garantías de expresión trae consigo varias consecuencias: 1) 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; 2) las garantías institucionales son un límite a los abusos de la mayoría política circunstancial, tanto cuando ella pretende imponerse en una cámara legislativa (la inmunidad de expresión del legislador cobra hondo sentido cuando tutela la expresión de los bloques minoritarios) como igualmente cuando tutela la expresión de quienes, en la sociedad, quedan colocados en situación de minoría (oposición, periodistas que revelan secretos oficiales, minorías oprimidas por la opinión pública dominante, etcétera).

*E. Por su evolución histórica, el secreto periodístico
surge como la tercera garantía*

Tal como se vio en el capítulo 10, si bien a lo largo de todas las épocas los hombres invocaron la posibilidad de expresarse, vemos que esa expresión, en varios momentos históricos determinados, fue rodeándose de ciertas garantías, las cuales fueron evolucionando y sumando distintos niveles de protección: primero apareció la garantía contra la no censura previa; luego, la prohibición de legislar en materia de prensa, y, finalmente, en un momento histórico bien preciso y determinado, el reclamo

de protección de las fuentes de información periodística, del que se tiene cuenta incluso antes de la primera enmienda, pero que comenzó a plasmarse en leyes escudo estatales de los Estados Unidos con posterioridad a 1791.

F. La libertad de expresión es, en sí misma, un derecho, y, también, una garantía de la democracia, y el secreto periodístico es parte de aquélla

Este argumento también fue analizado en el capítulo segundo de la tercera parte. Generalmente, los mecanismos que tutelan el sistema representativo y republicano son vistos como garantías o inmunidades. En ese sentido, encontramos numerosos pronunciamientos concordantes: la Declaración de Virginia consideró la libertad de prensa como uno de los grandes “baluartes” de la libertad; la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que las diez primeras enmiendas no intentan establecer ningún principio nuevo de gobierno, sino ciertas garantías e inmunidades (Frankfurter, *in re* Robertson vs. Baldwin); la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecieron la relevancia de la libertad de expresión en el marco de la sociedad democrática (Corte IDH, OC-5/85); la Convención Europea (artículo 10); la Convención Americana (artículo 13); el Consejo de Europa, resolución 1003, de 1993: dice que “hay que reforzar las garantías (en las legislaciones de los países) de la libertad de expresión. Por lo tanto, hay que definir la naturaleza de la cláusula de conciencia y del secreto profesional”; la Declaración de Chapultepec; los Principios de Lima, la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana en 2000, que considera a la libertad de expresión piedra angular de la democracia y, en el principio 8, reconoce el derecho a la reserva de la fuente, igual que las dos declaraciones anteriormente citadas; la interpretación, la Comisión IDH, que considera al secreto periodístico como “garantía jurídica”; el Informe de la Comisión Interamericana sobre Terrorismo 2002, en el párrafo 279, dice que la “confidencialidad profesional tiene que ver con el otorgamiento de garantías legales para asegurar el anonimato y evitar posibles represalias que pudieran resultar de la difusión de la información”; las declaraciones de las tres relatorías sobre Libertad de Expresión; el Informe del Relator Especial sobre Acceso a la Información 2001, referido al acceso a la información.

Asimismo, se revisaron las concepciones que tienen sobre la democracia algunos autores fundamentales como Bobbio (amplia participación), Dahl (libertad de expresión y pluralidad de fuentes de información son dos instituciones políticas básicas de toda democracia, necesarias para tener una comprensión ilustrada), Ferrajoli (la censura está en los límites de lo no decible por la mayoría); Rawls (el pueblo, en momentos constituyentes, sustrajo la libertad de expresión del alcance de las mayorías, para que éstas no contradigan lo expresado por el pueblo en aquellos momentos); en todos los casos se observa que no importa cuál sea esa concepción y cuál sea la extensión que unos u otros le reconocen a los derechos, ninguna de esas concepciones de democracia puede excluir la transparencia del poder y la esencialidad de la libertad de expresión como rasgo característico y definitorio de ese concepto. Y en este mismo estudio final se analizan algunas ideas de Dworkin.

Siendo un rasgo tan esencial, la libertad de expresión es la identidad de la democracia; su ADN, y sus garantías son sus cromosomas. En la medida en que haya más garantías, tendremos un ADN de transparencia y publicidad democrática mucho más claro. La libertad de expresión es esencial para el pluralismo, una de las notas distintivas de las democracias modernas. Por eso, sostengo que existe entre libertad de expresión (Estado liberal) y democracia (Estado de derecho democrático) una relación directamente proporcional, de modo que el crecimiento de la primera impacta en la vitalidad de la segunda. La libertad de expresión es un derecho indisponible, no sólo porque es un derecho fundamental, sino porque, principalmente, es un elemento de la identidad de la democracia. En la medida en que goce de más garantías, tendremos un Estado democrático de derecho más fuerte y transparente. Nadie está autorizado a tomar decisiones que supongan la merma de la democracia misma. Recortar la libertad de expresión es recortar la democracia misma.

G. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina le asignan al secreto un carácter instrumental, relativo a la construcción de la democracia

Así, por ejemplo, se afirma que el secreto periodístico está establecido para ser utilizado en el ejercicio de la libertad de información (textual del artículo 20.1.d Constitución española); la protección del secreto informa-

tivo es una de las piezas angulares de la libertad de prensa (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Goodwin vs. United Kingdom*), y la ausencia de tal protección podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Roemen y Schmit vs. Luxemburgo*).

Asimismo, desde la doctrina se dijo que los medios de masas, como garantía de la libertad de prensa, constituyen un bien jurídico tradicionalmente protegido (Benda); el secreto periodístico tiene un carácter medial, instrumental, respecto al derecho a la información, y su incorporación se inscribe en la evolución desde una concepción clásica de la libertad de expresión (Pérez Royo);⁹²⁵ el secreto es una garantía de la libertad del informador que responde al interés en garantizar el mantenimiento de una comunicación pública libre (Fernández Segado); es un derecho instrumental al servicio de la libertad de expresión y una garantía institucional del derecho a la información en la medida en que introduce mecanismos que facilitan su acceso a ámbitos de la esfera pública o privada de difícil permeabilidad (Vallina y Moratalla; también Tribunal Constitucional de España); el fundamento del secreto reside, en primera instancia, en el interés colectivo y la dimensión objetiva de su contenido; el secreto profesional no es sólo una garantía del redactor o del director en tanto que sujetos centrales de la empresa informativa, sino que es, también, una garantía institucional del derecho a la información (Carrillo); el periodista no defiende un interés privado, sino público (Margaret Sherwood); el secreto fortalece el libre flujo de información y evita que se sequen las fuentes (Barton Carter); la función de los medios no es conseguir sólo la información que suministra el gobierno, sino también la que el gobierno intenta ocultar (Faber); revelar la fuente puede volverse en venganza contra los informantes, reducir el flujo de información o acorralar a los periodistas críticos al gobierno (Blasi); el derecho al secreto no es para un periodista un privilegio o un descargo de responsabilidad, sino la “condición” para ejercer más plenamente su función de informar (González Bedoya).

⁹²⁵ Un estudio completo del secreto periodístico en España está contenido en el apéndice digital, con cita de doctrina y jurisprudencia.

H. *El secreto periodístico fue incorporado en la Convención reformadora de 1994 como una garantía de la libertad de expresión*⁹²⁶

Como vimos en el capítulo quinto de la segunda parte, durante la reforma constitucional de 1994, sólo sobre el final del proceso, cuando se introdujo el hábeas data, se incorporó también, a instancias del convencional Antonio María Hernández, la cláusula que estudiamos. Todos los convencionales, sea quienes apoyaban la incorporación de la cláusula propuesta por Hernández (Quiroga Lavié, Cullen), como quienes la objetaban por el lugar en que aparecería (Corach, D'Alessio de Viola, etcétera), admitían que el tema se vinculaba directamente con las garantías de la libertad de expresión, y no, tan sólo, como una barrera al hábeas data.

3. *Consecuencia de considerar al secreto como garantía*

A. *La garantía de cierto aspecto del derecho puede ser considerada menos elástica que el derecho en su conjunto*

Los derechos son reglamentables, y la libertad de expresión también lo es. Pero no lo es en todos sus tramos o perfiles, porque algunas garantías imponen que ciertos momentos o perfiles de la expresión merecen una especial y completa protección.

⁹²⁶ Dalla Vía, Alberto, *Derecho constitucional económico*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2003, p. 147, desconfía del método de recurrir al criterio originalista de buscar la intención del legislador, por las dificultades para seleccionar los hechos que la ponen de manifiesto y para reconstruir la intención de un órgano colegiado, así como por el gran nivel de abstracción que supone aquella intención. Por mi parte, no formulé una interpretación originalista (Bork, Robert, “Neutral Principles and some First Amendment Problems”, *Indiana Law Journal*, 47, p. 1, 1971), que sólo admite ese recurso como método interpretativo y que, por lo tanto, es estéril. En esto concuerdo con las observaciones de Dalla Vía y de Dworkin (Dworkin, Ronald, “Tje Bork Nomination”, *New York Review*, 13 agosto de 1987, p. 6), que critica el nivel de abstracción. Por mi parte, propongo tan sólo recurrir a una interpretación auténtica o sincera, que no descuida la intención del convencional o del legislador, sino desdeñar la existencia de otros métodos interpretativos. En este sentido, *cfr.* Sagüés, Néstor, *La interpretación judicial de la Constitución*, Lexis-Nexis, 2006. También la Corte Suprema de Justicia de la Nación utilizó en reiteradas oportunidades este método interpretativo (por ejemplo, en la causa Chocobar, *Fallos*, 319: 3264, entre otros muchos).

B. Afirmer que es una garantía significa decir que no es un derecho ni un deber

Ya analizamos la diferencia entre la garantía y el derecho.

Pero, a su vez, el secreto periodístico tampoco puede ser considerado un deber, lo cual es correcto, por varios motivos: a) en primer lugar, los periodistas no admiten que se trate de un deber, pues el periodista necesita sentirse libre de revelar el secreto si la fuente lo engañó; b) si fuera un deber, debería estar normativamente impuesto como tal, para no contrariar el principio de legalidad (así ocurre, por ejemplo, en Suecia, donde el secreto está establecido como deber en dos leyes constitucionales); c) la norma argentina, por otra parte, no pretende establecer un deber en cabeza del periodista para proteger a la fuente, sino dotar de especial protección a la actividad periodística, favoreciendo el flujo de información; d) considerar al secreto como un deber podría acarrear la responsabilidad del periodista si revela esa información;⁹²⁷ e) si el secreto fuera un deber, se abriría la puerta a que un gran número de fuentes reales o imaginarias presenten reclamos a los medios cuando, en de una manera o de otra, sientan que fueron victimizadas por la prensa (Floyd Abrams), lo que le daría mucho poder a oficiales públicos, que frecuentemente actúan como fuentes reservadas, para castigar a la prensa durante periodos de tensión entre la prensa y el gobierno; f) finalmente, es desaconsejable entender el secreto como un deber, porque los eventos pueden haber cambiado dramáticamente desde que el medio prometió anonimato, y sería aconsejable revelar la información.

C. La revelación de la fuente no tiene consecuencias para el periodista

Finalmente, siendo el secreto una garantía de la libertad de información, la revelación de la fuente, por parte del periodista, no le acarrea responsabilidad civil o penal (sin necesidad de que tenga que justificar que

⁹²⁷ Sobre esto último, también cabe señalar la contradicción que se abrió paso en alguna importante jurisprudencia de los Estados Unidos, donde, por un lado, el secreto periodístico es reconocido como derecho, no como deber —o, a nivel legislativo federal, directamente es desconocido— y, por el otro, su violación genera el derecho de indemnizar (caso *Cohen vs. Cowles Media*, 1991).

obró por justa causa, como sí lo deben hacer otros profesiones para exonerarse de responsabilidad), así como tampoco le trae el periodista su persistencia en mantener el secreto.

4. *Caracterización de la garantía*

Tal como lo anticipamos al comienzo de este capítulo, esta tesis considera que la prohibición de violar la fuente periodística es una garantía constitucional de carácter 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 decible).

Es una *garantía*, por todo lo que venimos diciendo; *constitucional*, por lo cual 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; *institucional* y, por lo tanto, a priori mínimamente restringible —si es que hubiera margen para hacerlo— porque tales garantías son las que definen el sistema político; *política*, porque su vigencia no sólo tiene directa relación con la vigencia del sistema político, sino que lo configura; *primaria*, porque es un límite normativo, una prohibición que nadie, y en particular, el Estado, pueden violar; *sustancial*, es decir, no es una garantía en sentido procesal, sino en el sentido institucional; *heteróloga*, porque es una garantía que no proviene de los repartidores de los derechos —no proviene del poder político—, sino de una Convención constituyente o reformadora, que representa al pueblo mismo y, como todas las garantías de la libertad de expresión, son garantías frente al poder.⁹²⁸

VII. GARANTÍA ABSOLUTA

Acabamos de estudiar que el secreto periodístico es una garantía. Ahora intentaremos probar que puede ser considerado una garantía de naturaleza absoluta. Y también se verá cuáles son los límites fuera de los cuales cabe aceptar que esa garantía no puede funcionar.

⁹²⁸ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 233.

Formulo cuatro categorías de argumentos, muchos de los cuales están estrechamente relacionados con los demás, y se implican mutuamente.

- A) Argumentos que permiten construir una presunción en contra del Estado.
- B) Argumentos a favor de la información absoluta.
- C) Argumentos de los peligros y riesgos y la interpretación constitucional previsor.
- D) Argumentos vinculados con situaciones de peligro o periodos de emergencia.

1. Argumentos que permiten construir una presunción a favor una garantía amplísima del secreto

A. El argumento de la presunción de la ausencia de motivos de interés general del gobierno para requerir el levantamiento del secreto

Hay muy pocas razones para que el Estado, a través de sus ramas de gobierno, sienta realmente la necesidad, por verdaderos motivos de interés general, de requerir la información que el periodista tiene en su poder. La mayoría de las razones parecen responder más a intereses particulares del gobierno o intereses políticos que a intereses generales de la sociedad o a la necesidad de protegerla.

La experiencia histórica (veáse capítulo tercero de la tercera parte) y la práctica periodística indican que las situaciones que se pueden presentar alrededor del secreto son: a) el gobierno quiere saber quién filtró información clasificada por ley como secreta; b) el gobierno quiere saber quién filtró información política o de cualquier índole que no está clasificada por ley como secreta, pero que el gobierno tenía interés en mantener oculta al público; c) el gobierno desea conocer información que los periodistas recolectaron sobre hechos criminales, para obtener información que las fuerzas de seguridad o inteligencia no pueden obtener; d) el gobierno o el juez quieren conocer la información que recolectó el periodista sobre hechos criminales e invoca un fuerte interés social o una necesidad social apremiante, por ejemplo, para evitar un ataque terrorista; e) el gobierno, en cualquiera de los tres casos anteriores, quiere conocer

quién filtró la información para perseguir al periodista por su tarea investigativa o para desalentarla; f) el gobierno, en cualquiera de los tres casos anteriores, quiere conocer qué datos posee el periodista, para evitar su publicación, para proceder al secuestro de los materiales o para anticiparse y preparar una desmentida; g) el gobierno quiere conocer la fuente de información para perseguir a la fuente (quizá, un enemigo político de quien busca el levantamiento del secreto), no al periodista; h) el juez quiere levantar el secreto para esclarecer un delito o un asunto civil que involucra a un particular, y la información es requerida por el abogado defensor de esa persona, que dice necesitar ese elemento para ejercer su derecho de defensa en juicio, o por el fiscal.

En la mayoría de los casos existen serios motivos para sospechar que el gobierno actúa movido por intereses subalternos, que no son el interés general, sea porque el gobierno quiere tutelar tardíamente un secreto oficial que por su propia torpeza o impericia permitió que se filtrara al periodismo (casos a y b); suplir con la labor periodística la obtención de datos que las fuerzas de seguridad, encargadas del esclarecimiento de hechos criminales, no saben o pueden obtener (caso c); perseguir al periodista, desalentar la publicación o disimular o borrar las pruebas de un hecho que no tiene interés en esclarecer o perseguir a la fuente (casos a, b, e, f, g). Es decir, en los casos a, b, c, e, f, y en el caso g el levantamiento del secreto no estaría en modo alguno debidamente justificado. Pareciera que, en principio, el gobierno, el fiscal o el juez pueden invocar un verdadero interés general cuando invoca una situación apremiante para evitar un delito (caso d) y que el particular puede invocar un verdadero interés propio cuando necesita conocer el dato del periodista para defenderse en juicio (caso h). Después veremos si realmente estas justificaciones de los casos d y h son suficientes para levantar el secreto, pero por lo pronto advertimos que hay más motivos para sospechar que el gobierno, cuando insta el levantamiento del secreto, actúa movido por intereses subalternos que para pensar que está actuando en defensa del interés general.

Se podría reforzar esta idea con un razonamiento irónico, que si bien no llega a ser un argumento, es enteramente aplicable y exacto. Lo llamo el argumento del *desigual celo informativo*. Dijo alguna vez Locke —en una obra ya citada en esta tesis— que creería que la finalidad de la Inquisición es aceptable cuando sus ejecutores obrasen con el mismo

celo a la hora de perseguir a sus amigos como el que ponen en perseguir a sus enemigos. Pues bien, por mi parte, afirmo: sólo podrá creerse que el gobierno, cuando investiga la fuente de una información periodística, obra motivado por la voluntad de mantener en reserva información que realmente debe permanecer en secreto por ley cuando ese mismo gobierno muestre igual celo en dar puntillosamente a publicidad todos los asuntos de gobierno y entretelones que se tejen en la sombra del poder político. No es igualitario, desde el punto de vista republicano, que el gobierno siempre considere apropiado mantener en secreto información que debería ser pública y, en forma simultánea, exija a los periodistas que revelen cómo consiguieron esa misma información que nutre a la sociedad.

B. El Estado tiene la obligación de suministrar información, antes que el derecho de requerirla

El Estado, al contrario de los particulares, se halla sujeto a un deber general de publicidad, que las normas establecen expresamente (España, artículos 80, 105 y 120.1, CE; Argentina: artículos 1o. y 33, CN, et- cetera), propio del sistema republicano de gobierno, mientras que los particulares tienen una esfera amplia de privacidad e intimidad (artículo 19, CN argentina). El Estado está sujeto a un deber general de publicidad. El artículo 1o. CN, establece el sistema republicano de gobierno, que obliga al Estado a considerar que la información de gobierno es pública. En principio, la información pertenece a la sociedad y, por lo tanto, pocos pueden ser los motivos que justifiquen que el Estado requiera a la sociedad o al periodismo como recuperó información que le pertenece y cuyo conocimiento le era sustraído. Por otro lado, me parece que es incoherente sostener —como lo hace la jurisprudencia norteamericana— que los periodistas pueden publicar información reservada a la que acceden a través de fuentes secretas de información (caso de los Papeles del Pentágono u otros muchos casos) y, en forma paralela, afirmar que los periodistas no tienen un especial derecho constitucional de acceder superior al del resto de las personas (caso Branzburg), salvo que se entienda que esta última aseveración tiene que ver con el hecho de que en la Constitución norteamericana no existe una norma expresa que garantice la materia.

C. Falta de necesidad por parte del gobierno de recurrir al levantamiento del secreto periodístico, pues posee el auxilio de numerosos organismos de seguridad, y su pretensión no apunta tanto a obtener información nueva, sino a mostrar que pretende jugar un partido y ser un árbitro en el control de la información que circula en la sociedad

Si el gobierno busca proteger la información que desea mantener oculta y conocer quién la filtró o quiere investigar información vinculada con la comisión o prevención de delitos, tiene a su disposición una enorme batería de recursos, incomparablemente superiores a los de un periodista: posee recursos presupuestarios cuantiosos; varias fuerzas de seguridad e, incluso, informantes ocasionales que trabajan en el sector privado; gabinetes científicos, convenios de cooperación con organismos militares, de inteligencia y policiales extranjeros, etcétera. Frente a esa batería de recursos, pareciera que la pretensión del gobierno de perseguir la identidad de la fuente u obtener materiales o elementos de trabajo del periodista o acceder a los domicilios de la redacción o del periodista no apunta tanto a averiguar la identidad de un informante —información que, en definitiva, para el Estado no es tan difícil conocer— sino a mostrar que tiene interés en el control de la información que circula en la sociedad y que pretende ser un árbitro en el manejo de la información.

2. Argumentos en favor de la información absoluta

A. El argumento de la presunción política-jurídica: por ser un presupuesto de la democracia, por ser la identidad misma de la democracia y por su relación con la libertad de pensamiento, hay muchas más razones para darle a la libertad expresión una protección completa que una protección relativa

En los capítulos primero y tercero de la tercera parte vimos cómo libertad de conciencia, de religión, de expresión y de formación de las opiniones propias y ajenas se imbrican en un todo inescindible. Tanto por su tradición histórica de esos derechos como por las dificultades para escindir su ejercicio, puedo presumir que hay más razones para darles a la búsqueda y difusión de información una protección muy amplia que para admitir lími-

tes. Vimos que la libertad de expresión y, con posteridad, la libertad de prensa, son el resultado de una larga evolución del pensamiento de Occidente. Así se llegó a la primera enmienda, síntesis de un credo liberal forjado sobre la base de la necesidad de hacer posible el debate entre una gran diversidad social que existía en el país (federalistas); la plena expresión y deliberación de los representantes (republicanos), la protección del disenso (desde Milton hasta las ideas disidentes de los protestantes) y, también, de desconfianza al poder (antifederalistas) y punto de apoyo para mayores libertades. La tendencia histórica mostró un continuo e imparable desplazamiento desde la intolerancia y la censura hacia posiciones tolerantes y pluralistas, y en ese camino aparecen razones fundadas en el constitucionalismo y en filosofía política. Repasamos autores clásicos, como Milton, Locke, Blackstone, Stuart Mill, John Trenchard y Thomas Gordon, y también a Bobbio, Dahl, Huntington, Ferrajoli y Rawls, entre otros muchos. Y concluimos que la libertad de expresión es parte de la definición de democracia, y es su identidad, su ADN. También estudiamos cómo esos autores concluyeron que: a) es imposible separar pensamiento, información y expresión; b) verdad y error son dos caras de la misma realidad; c) no hay personas ni autoridades infalibles y, por lo tanto, no hay motivos para suponer que las autoridades harán mejor uso de la información que los particulares; d) el control produce un mal mayor que el que puede evitar y genera más peligros que beneficios.

Ackerman señala que los derechos importan tanto porque ellos no son otra cosa que la síntesis última de aquellos acuerdos democráticos profundos, expresión de un consenso extraordinario. La paradoja crucial del constitucionalismo, así, aparece disuelta: no hay tensión ni contradicción alguna entre derechos y democracia. Los derechos son, finalmente, el resultado de —y no algo ajeno a— la democracia (Gargarella). En definitiva, son esos derechos y sus garantías los que le dan espacio al individuo y a la sociedad para que desarrollen su vida.

B. El doble fundamento democrático y republicano de la libertad de expresión (información) es suficiente para sostener que las garantías de búsqueda y difusión de información deben ser absolutas

Este argumento incluye, a su vez, varios fundamentos:

1. *La libertad de expresión tiene múltiples justificaciones, y encuentro que en todas ellas hay razones para sostener no sólo el carácter preferente de la libertad de expresión, sino el carácter absoluto, a la hora de buscar y difundir información (no ya al momento de la responsabilidad ulterior): la idea del autogobierno (Madison, Tocqueville, Louis Brandeis, Meiklejohn, Bork, Smolla, Sunstein) me sugiere que cada una de las personas de la comunidad política debe tener la posibilidad de acceder a toda la información para poder tomar decisiones políticas, y cualquier interrupción del flujo de información menoscaba el autogobierno; la idea del libre mercado de ideas (Milton, Stuart Mill, Oliver Wendell Holmes, Brennan) me sugiere que no apunta tanto al perfeccionamiento de las ideas e informaciones en el mercado, sino a que todas ellas estén disponibles para ser debatidas por todos, y que, siendo todas las ideas perfectibles, no hay motivo para sostener que el Estado pueda tener la verdad y decir qué idea puede llegar a conocimiento del pueblo y qué idea debe ser censurada; la idea de la libertad de prensa como control político (Locke, Madison, Jefferson, Blasi, Van Gerven) me sugiere la tarea de prensa como institución de contrapeso y la necesidad de conservar espacios de libertad para que el periodismo revele información que puede desagradar al gobierno o a la mayoría política, frente a la cual el periodista es visto como minoría, que por definición debe ser protegida; la teoría de la igualdad política (Dahl, Dworkin, Balandier) me sugiere que todos deben tener igual posibilidad de tener una comprensión ilustrada igual, tener igual grado de impacto sobre las instituciones y tener la posibilidad de enfrentarse en el mismo escenario y con las mismas herramientas; la justificación de la neutralidad estatal (Rawls; Smolla, para quien la primera enmienda no es un absoluto, pero el principio de neutralidad sí lo es) y el principio de independencia (Dworkin) requieren que no haya margen para que el Estado intente manejar o coartar la información, porque ello atentará contra la necesidad de que el Estado se adhiera a doctrina comprensible alguna y respete a todas las ideas, como iguales frente a la libertad de expresión; la teoría de la igual participación (Emerson, Dworkin) me sugiere que cada persona debe poder estar informada para poder participar, y que la censura obstaculiza esa igual participación; las justificaciones de la tolerancia y del disenso (Stuart Mill, Bobbio, D'Arcais, Black, Bollinger) me remiten nuevamente a la idea de que las mayorías no pueden excluir la*

posibilidad de ninguna persona —incluido el periodista— de disentir y de buscar información que el gobierno pretende ocultar, por lo que esas personas, oposición o periodista, cuando obtienen o difunden esa información, quedan colocados en una posición equiparable a la del disidente o minoría, pudiendo dicha información impulsar a otras personas a alejarse de la mayoría; y, finalmente, la justificación de la autorrealización personal (Thurgood Marshall, Emerson) me lleva a la idea de que un hombre no puede abdicar de su capacidad de razonamiento para cederla al Estado, por lo cual no puede abdicar de la capacidad de conocer datos para investigar y juzgar.

Desarrollé estas ideas en el capítulo tercero de la tercera parte, y muchas de las teorías allí estudiadas fueron desarrolladas para sostener la posición preferente de la libertad de expresión en la jerarquía de valores sociales, y también fueron entendidas, cada una, como excluyente de las demás. Pero, en rigor, no hay razón lógica para no poder sostener que también fundamentan una protección absoluta de la información, y que pueden coexistir en conjunto, sin que se excluyan ni se anulen.

La libertad de expresión está respaldada, no por una única justificación, sino por una multiplicidad de ellas, que son concurrentes (Emerson), y que, vistas en conjunto, explican el carácter preferente que tiene la libertad de expresión en comparación con otros valores sociales (Smolla) o el carácter absoluto (Meiklejohn; Bork, autores que admiten el carácter absoluto de la información relacionada con el autogobierno).

Por cierto, no hay duda que la idea del autogobierno es la más fuerte para sostener un criterio absoluto de libertad de expresión. Y, en rigor, la circunstancia de que la Convención Americana de Derechos Humanos no permite ni siquiera en estado de emergencia (declarada conforme con el artículo 27 de la Convención) suspender los derechos de participación política previstos en el artículo 23, que incluyen el derecho de candidatos y ciudadanos a expresarse (García Ramírez) parece adscribir a esta visión. Y los principios de neutralidad del Estado, la tolerancia y el respeto al disenso de las minorías parecen estrechamente ligados con aquella idea matriz. Pero una de estas teorías no excluye a las demás.

2. Desde mi punto de vista, me adhiero a una justificación amplia y multifacética de la libertad de expresión, y me considero que, en lo atinente a esta tesis, la fuente de información debe ser protegida sin distinción de la información que revela la persona que hace actividad perio-

dística sea información política o no política, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad ulterior que genera la información, según su naturaleza pública o privada.

La justificación política no es excluyente. Hay varios motivos que explican la conveniencia de sostener una visión multifacética de la libertad de expresión: 1) no es sencillo distinguir entre mensajes políticos y no políticos, para respaldar tan sólo a los primeros; 2) en la actualidad, donde la política se mezcla con entretenimiento y donde los políticos frecuentemente hacen apariciones en programas de entretenimiento, no parece adecuado negarle protección a los aspectos no políticos de la expresión; 3) el hombre —por motivo de que el sentido de la expresión no sólo es político, sino que tiene relación con la autosatisfacción— se nutre de expresiones de naturaleza no política, como las expresiones religiosas, culturales, y otras muchas, para extraer conclusiones políticas y enseñanzas vitales para su desenvolvimiento en sociedad; 4) nadie mantiene que el discurso no político sea intrínsecamente menos valioso que el discurso político e, incluso, una cultura que considerara a la política como más importante que otros asuntos sería una cultura estéril, diseñada por burócratas; 5) no hay ningún factor lógico de la teoría del autogobierno democrático que demande exclusividad; 6) se ha dicho, para priorizar la visión absoluta de la expresión política, que debe asumirse que el gobierno tiene mayores incentivos y más probabilidades de actuar en defensa de un interés propio cuando intenta regular el discurso político que si intentara regular el discurso económico, por lo cual lo primero no puede ser nunca tolerado, mientras que lo segundo, en algunos casos, puede estar justificado; pero esta visión olvida que muchas veces los intereses políticos de un gobierno o sus intereses económicos mezquinos no están disimulados u ocultos bajo valores políticos, sino bajo intereses económicos, y que el gobierno, si intentara regular el discurso no político (por ejemplo, comercial), puede actuar en defensa de ciertos intereses empresarios privados, quizá vinculado con el financiamiento de su partido político o con algún otro interés relacionado con el gobierno o con sus hombres; 7) finalmente, en lo atinente a la fuente, sería imposible establecer la distinción entre asuntos políticos y no políticos, porque la información que recibe el periodista llega entremezclada.

En suma, la garantía de la libertad de expresión se justifica teniendo en cuenta la teoría del autogobierno, de la cual se desprenden muchas otras razones; la necesidad del hombre de lograr la autosatisfacción a través de

la expresión y, a través del mercado de ideas, que no busca tanto la verdad de las razones expuestas a consideración del mercado, sino la posibilidad de que las ideas e informaciones estarán disponibles para todos.

Por cierto, algunos autores sostuvieron el carácter absoluto de la expresión sobre la base de alguna de esas justificaciones, pero la mayoría de ellos se inclinan por un carácter relativo.

Creo que esta segunda visión, relativa, trasluce cierto temor por vivir en una sociedad de plena información para todos. Pero, además, se apoya en una confusión de ideas, que no distingue entre aspectos diversos de la expresión.

La libertad de expresión y de información engloba una pluralidad de conductas y de momentos, por lo que no veo inconveniente alguno en defender la tesis de que esas justificaciones avalan el carácter absoluto de “un aspecto” o “un momento” de la libertad de expresión e información, que es el vinculado con la posibilidad de buscar y difundir información sin censura, sin perjuicio del carácter relativo de otros aspectos (las responsabilidades ulteriores).

La Constitución norteamericana, en la primera enmienda, y la Constitución argentina, a través de varios artículos, hacen una opción, que está fuera del alcance de los individuos y de los jueces y, además, la opción es categórica. Existe una prohibición de censura y de dictar leyes restrictivas, y esas prohibiciones son absolutas. No importa cuáles motivos tuvieron primordialmente en cuenta los constituyentes, sino el hecho de que ellos consideraron una pluralidad de motivos y formularon una opción. En materia de expresión, el Congreso es subordinado de la gente. El Congreso está autorizado, bajo fuertes salvaguardias contra el abuso del poder, a limitar la libertad de los hombres sobre cómo ellos manejan sus asuntos privados, sus asuntos no políticos; pero esos mismos hombres están, en materia de expresión, más allá del alcance del Congreso.

Concebida la prohibición de censura previa en términos absolutos, hay que concluir que la expresión no puede ser restringida ni siquiera mediante el debido proceso legal, ni siquiera en tiempos de crisis, porque no se aplica un criterio de ponderación de intereses. Así, la libertad de expresión es un listado de actos en los que la legislatura no se puede inmiscuir. La expresión no puede estar sujeta a ponderación con otro interés social importante (Meiklejohn). Para la primera enmienda, la integridad de la discusión pública y la protección de la seguridad pública son intereses coincidentes —no distintos, entre los que haya que optar—.

Por otra parte, han fallado todos los criterios intentados para distinguir entre expresiones no censurables y expresiones sí restringibles. Veremos, más adelante, que distintos criterios, como el de la expresión tendenciosa o el del peligro claro y actual, demostraron no ser adecuados y, además, la garantía de la libertad de expresión es particularmente importante en épocas de crisis, pues en épocas de normalidad nadie se molesta por lo que se dice o se escucha (parece un contrasentido silenciar a las minorías en aquellas épocas de crisis, cuando ellas pueden tener algo valioso para decir). Y los criterios de clasificación que hacen diversos autores, como Tribe y Sunstein, a la hora de distinguir entre regulaciones permitidas de la expresión y regulaciones prohibidas, no arrojan resultados adecuados cuando se los aplica sobre una medida restrictiva del secreto periodístico. Volvemos sobre este asunto en el argumento 7.

3. Las normas que establecen prohibiciones absolutas para el Estado y aseguran espacios de libertad que aquél no puede avasallar, tienen pleno sentido en la estructura constitucional, y no la debilitan, sino que, por el contrario, la refuerzan.

Dice Dworkin, en la obra citada anteriormente, que la interpretación comunitaria e integrada de la democracia nos permite comprender a las normas constitucionales restrictivas —las que establecen prohibiciones y garantizan libertades políticas— como partes importantes de la historia democrática, no como poniéndolas en riesgo. Haremos lo mejor para el orden legal si no subordinamos ninguna de sus características estructurales centrales a las otras, si interpretamos las cláusulas restrictivas como expresiones de principios políticos y morales que protegen a la democracia. Ese autor dice que la garantía de la libertad de expresión, por ejemplo, es indispensable para permitir a las personas que consideren la actividad política como una extensión de su agencia moral. El principio de interés permite apreciar la sensatez del enfoque que ha desarrollado la Corte Suprema de los Estados Unidos —dice— para interpretar la cláusula de igual protección, estableciendo distinciones entre escrutinio estricto y laxo o la tesis de la relación racional y de interés compulsivo y la buena o mala fe del gobierno a la hora de defender una restricción.

Ahora bien, no veo motivo para excluir algunos asuntos clave, como la circulación de la información, del criterio de ponderación, por lo menos a priori, y veo perfectamente posible sostener que esas prohibiciones son barreras absolutas frente al Estado.

4. *Si bien el derecho de la prensa o de información, considerado en un todo, como una unidad, es relativo, como lo son todos los derechos, las múltiples justificaciones de esos derechos y libertades aconsejan darle protección (garantía) absoluta a “un momento”, “perfil” o “aspecto” de esa libertad, que es la búsqueda de información y su difusión, sin perjuicio de que, a posteriori, el medio o el periodista puedan, ulteriormente, sufrir responsabilidades por esa actividad periodística*

La confusión de considerar que el derecho es relativo en su totalidad pasa por no advertir que la libertad de expresión y de información engloba una pluralidad de conductas y de momentos que, como veremos, están normativamente conocidos por la Convención Americana, y que asignarle carácter absoluto a algunas garantías de la libertad, que protegen ciertos “momentos” o aspectos de la misma, no significa tornar absoluto el derecho en su conjunto. En cuanto a la responsabilidad ulterior en el caso de reserva de la fuente, citamos el caso Bruno, Arnaldo vs. Sociedad Anónima La Nación, de 2001, de la Corte Suprema argentina (los jueces Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, en un voto concurrente, interpretaron que el objetivo de la Constitución, al tutelar el secreto de la fuente periodística, es el de favorecer el derecho a la información de los ciudadanos, para permitir un debate libre, sin cortapisas).

C. Regular o restringir el secreto periodístico es una forma de regular el contenido de la información —no sólo su flujo— y no hay duda de que la primera enmienda, la Constitución argentina, la Convención Americana y la progenie de normas similares quisieron prohibir absolutamente la regulación del contenido. Una respuesta a un criterio de análisis de Tribe

Los autores intentan distintas clasificaciones para tratar de distinguir entre regulaciones que son inconstitucionales de aquellas otras que pueden resultar válidas. Pero, en mi opinión, fallan cuando se pretende encuadrar en ellas, como aceptables, las medidas que pudieran restringir el secreto periodístico. Véase el capítulo único de la primera parte.

Sunstein distingue entre regulaciones: 1) neutrales con respecto al contenido del discurso; 2) regulaciones del contenido de discurso, pero sin discriminar ningún punto de vista, y 3) regulaciones mediante las cuales el gobierno puede prohibir un punto de vista que teme o que no

es de su agrado. Si bien ese constitucionalista no se refiere al problema del secreto, es importante notar, en este punto, un asunto que está directamente relacionado con esta tesis: si el gobierno, una vez publicada una información, pretende que se levante el secreto de la fuente, estaría intentando imponer —por vía de la pretensión de un funcionario de lograr la aplicación de una ley que así lo dispone o por vía de un juez— una regulación sobre el contenido de la información: esto es, una vez conocido el contenido de la información cuya información disgusta al gobierno, el gobierno pretende saber la identidad de la fuente o conocer cuáles datos complementarios.

Otra clasificación interesante que también estudiamos fue la del profesor Tribe: 1) *regulaciones del discurso con medidas que atienden al impacto comunicativo*, que están absolutamente prohibidas, y 2) *medidas de impacto no comunicativo, que persiguen otros fines, pero que, a pesar de esto, tienen efecto adverso en la oportunidad comunicativa, porque restringen el flujo de información e ideas o lo desalientan*. Tribe ubica a la demanda del gobierno de que la fuente que pretende permanecer anónima declare ante el gran jurado como una medida de este segundo orden. Según estudiamos en el capítulo 11, el propio Tribe advierte la limitación de su clasificación, pues sostiene que las medidas de la pista 2 sólo son aceptables en la medida en que indebidamente no constriñan el flujo de la información e ideas. Lo que Tribe no advierte es que mientras muchas medidas de la pista 2, como la prohibición de usar altavoces, pueden ser igualitarias para todos los potenciales afectados y, en principio, aceptables, a pretensión del gobierno de levantar el secreto no sólo restringe el flujo de informaciones, sino que, además, importa una censura *ex post*, es decir, una vez que el gobierno conoció el contenido de la información y la misma le resulta significativa. Por eso, o bien se acepta que el criterio de Tribe es completamente desacertado, o, lo que me parece mejor, se acepta que la aplicación de ese criterio sobre la fuente periódica pone de manifiesto una inconsistencia y desemboca en un resultado incorrecto.

D. Todas las normas que establecen garantías de la libertad de expresión (primera enmienda norteamericana; artículos 14, 32 y 43, CN, etcétera) le dan a la libertad de expresión y de prensa parecen indicar que el pueblo no quiso delegar esa libertad en el gobierno

En efecto, todo indica que son protecciones muy fuertes a un derecho no delegado al Congreso. Por eso, tienen, en todos los casos, la textura de prohibiciones.

Las Constituciones contienen una delegación de poderes en los poderes constituidos, pero hay un poder que el pueblo no delegó: el artículo I (2) de la Constitución de los Estados Unidos y varias normas de la ley suprema argentina autorizan al pueblo, en su capacidad de electores, a elegir a sus representantes, y por eso somos nosotros, el pueblo, los que gobiernan a otros que, por el poder que le delegamos, nos gobiernan a nosotros. Si el pueblo no aceptó delegar los derechos políticos —los artículos 23 y 27 de la Convención Americana vienen a confirmar ese criterio histórico—, más pudo haber aceptado que se le limite la expresión vinculada con tales derechos. El Congreso es subordinado de la gente, y si bien está autorizado, bajo fuertes salvaguardias contra el abuso del poder, a limitar la libertad de los hombres sobre cómo ellos manejan sus asuntos privados —sus asuntos no políticos—, en materia de debate político esos mismos hombres están más allá del alcance del Congreso. *El Federalista* nos enseña que la Convención Constituyente quiso proteger a los hombres de la tiranía de la legislatura. En materia de la primera enmienda, la Constitución no delegó en el Congreso la posibilidad de hacer un balance de intereses, sino que la Convención misma hizo ese balance, pues quienes escribieron el texto constitucional sabían que el programa de la libertad política era peligroso y podían prever que la libertad de expresión podría ser usada irresponsable y torpemente, incluso en tiempos de guerra, e igualmente la consagraron. La supresión de esa libertad es una tontería, y los peligros que emergen de esa supresión siempre son mayores que los peligros que surgen de mantener la seguridad de la libertad política. Es decir, ésta genera menos peligros que la supresión de la libertad de expresión (Meiklejohn).

E. *La primera enmienda es un absoluto*

No está completamente claro cuál fue la medida de la influencia de Blackstone sobre la primera enmienda, que hoy se considera que no sólo protege contra la censura previa, sino también, en alguna medida y dentro de ciertas condiciones, contra la responsabilidad ulterior. Algunos autores consideran que el criterio de Blackstone, al limitarse a postular la protección contra la censura previa, es un criterio absoluto —no absolutamente absoluto, sino de un absolutismo relativo—, pero insuficiente y primitivo (Smolla), pues su posición fue que la protección contra la censura previa era total, aunque una vez que el discurso entraba en la esfera del dominio público no gozaba de protección especial, y podría ser sancionado por ser discurso de tendencia pernicioso. No hay duda de que la postura de Blackstone está en el corazón de la primera enmienda, y que ésta protege contra la censura previa. Pero el debate que se planteó en los Estados Unidos a lo largo de los años fue si la primera enmienda protege algo más, y la jurisprudencia ha admitido que sí protege otros supuestos.

Importantes juristas y jueces norteamericanos sostuvieron la teoría absoluta de la libertad de expresión, por lo menos para tutelar la expresión política. Entre los jueces de la Corte puede citarse a Hugo Black (*Beauharnais vs. Illinois* 343 US. 250 275 1972), y por William O. Douglas (*Columbia Broadcasting System, Inc. vs. Democratic Nat. Committee*).⁹²⁹ Entre los juristas, algunos la defendieron, con ciertas cortapisas, como Bork, que sostiene que la libertad de expresión debe ser considerada una libertad preferida sólo en cuanto ese discurso se relaciona con política y gobierno. Pero fue Meiklejohn, en dos de sus libros, *Free Speech and its Relation to Self-Government* y *Political Freedom*, estudiados en otra parte de esta obra, quien encaró la defensa más fuerte y clara a favor de la libertad de expresión sin censura previa como un absoluto. Sobre este asunto, consúltense capítulos primero, segundo y tercero de la tercera parte.

Meiklejohn dice que contra esa afirmación se podría argumentar que América, en el siglo XX, no acepta una teoría absoluta, contra lo que sí se sostenía en el siglo XVIII. Pero responde que el tema de la libertad de expresión no puede ser mirado tan sólo con este razonamiento a priori del siglo XX, sino también que hay que examinar cuidadosamente la estructura y funcionamiento del sistema político de los Estados Unidos como un to-

⁹²⁹ 412 US. 94, 156 (1973).

do, para entender cómo juega ese principio de libertad de expresión, aquí y ahora, en ese sistema. Y ese examen conduce a concluir que las palabras de la primera enmienda significan literalmente lo que dicen, y lo que dicen es que bajo ninguna circunstancia puede ser restringida la libertad de expresión. La libertad de expresión no sirve para todo, sino para el autogobierno. El interés último de la protección no es la libertad de los que hablan, sino también la de quienes escuchan. El objetivo principal es el conocimiento e información hacia quienes están llamados a votar. El bienestar de la comunidad requiere que aquellos que deciden cuestiones (el pueblo) las puedan entender y que sepan sobre qué están votando. Y esto requiere que todos los hechos e intereses relevantes para esos problemas puedan ser expuestos a la comunidad. Cuando los hombres se gobiernan a sí mismos, son sólo ellos los que deben juzgar lo que no es sabio ni equitativo y es peligroso. Y esto significa que las ideas no sabias deben tener igual oportunidad de ser oídas que las ideas sabias, y las ideas peligrosas deben tener la misma oportunidad de ser escuchadas que las ideas más seguras, y las ideas contrarias al país la misma oportunidad de ser escuchadas que las ideas favorables al país. Lo contrario sería una mutilación, y es contra esta mutilación del proceso de pensamiento de la comunidad contra el que se dirige la protección de la primera enmienda. El principio de la libertad de expresión surge de las necesidades del autogobierno. Tener miedo de las ideas, de cualquier idea, es no estar preparado para el autogobierno. Sunstein, en su trabajo *Free Speech Now*, sostiene que muchos autores frecuentemente entienden que la posición de Meiklejohn es la que, años después, reflejó el fallo *Sullivan* de la Corte norteamericana, construida sobre la base de la soberanía política, el autogobierno y la necesidad de asegurar que el gobierno no inhibe la expresión política.

F. Si las garantías de la libertad de expresión (prohibición de censura previa y restricciones indirectas y prohibición de legislar en perjuicio de la prensa) son absolutas, y la violación del secreto periodístico es equiparable por sus efectos a aquéllas, podemos sostener respecto del secreto que merece una protección absoluta

Estando prohibidas la censura previa —no me refiero aquí al argumento número 7, sino a todo lo desarrollado en el capítulo sexto de la tercera parte— y las restricciones indirectas y, habiendo demostrado en

esta tesis que la violación del secreto periodístico, por sus efectos intimidatorios e interruptivos del proceso informativo, produce un efecto equivalente a aquellas restricciones prohibidas —*cfr.* capítulo séptimo de la tercera parte—, debemos concluir: a) que si una o dos garantías que pueden ser absolutas, puede haber una tercera con igual alcance; b) que el levantamiento del secreto periodístico es una forma encubierta de censura previa o una restricción indirecta, y 3) por lo tanto, su prohibición merece ser considerada absoluta. Este argumento tiene varios pasos, ya desarrollados en esta tesis, y que acá sintetizo:

1) *Las garantías de la libertad de expresión, o al menos una de ellas (prohibición de censura previa), son absolutas, por lo menos en el sistema constitucional argentino*

En este punto, claro está, no se puede recurrir enteramente a la guía de la jurisprudencia norteamericana para interpretar los textos constitucionales argentinos, pues la primera enmienda no contiene una prohibición expresa de censura previa —como sí la tiene la Constitución argentina—, aunque la jurisprudencia norteamericana fue igualmente protectora de esa libertad.

El artículo 14, CN, autoriza al Congreso a sancionar leyes reglamentarias. Pero también es exacto que la reglamentación a que puede ser sometida la libertad de prensa, impuesta con el propósito de salvaguardar otras libertades, encuentra su límite infranqueable en la censura (Badeni). Vimos que la jurisprudencia nacional, si bien zigzagueante, y la supranacional (casos Martorell y La última tentación de Cristo, véase intervenciones de la Comisión IDH y de la Corte IDH) avalan la interpretación de que la prohibición de censura es absoluta.

2) *En la tesis también se probó que la violación del secreto periodístico produce efectos similares a los que produce la censura previa en el proceso informativo: efectos interruptivos del proceso informativo en curso y, hacia el futuro, efectos intimidatorios. Así, por la identidad de sus efectos, demuestro que es totalmente correcto equiparar la censura previa y la violación del secreto periodístico, y decir que autorizar el levantamiento del secreto, aun cuando sea considerado tal o bien como una restricción indirecta, produce el mismo daño que la censura previa. Por eso, es correcto afirmar que la prohibición del artículo 43, CN, debe ser interpretada, con el mismo alcance del artículo 14, como una prohibición absoluta*

Para ver el desarrollo completo de este argumento consúltese el capítulo séptimo de la tercera parte.

En el capítulo citado, luego de comparar diversas situaciones, concluimos que hay identidad de efectos entre censura y violación del secreto de la fuente: 1) la censura produce: a) efecto supresor actual (presente, no potencial): impide publicar la información; b) efecto intimidatorio sobre futuras publicaciones, desalentándolas; c) coloca al periodista y al medio en posición débil, frente al poder político, fuerte; d) beneficia a las autoridades que ejercen la censura; mientras que 2) una orden de revelar la fuente informativa produce efectos semejantes: a) puede producir un efecto supresor actual —aunque no necesariamente—; b) también produce un efecto intimidatorio futuro, desalentando al periodista, la fuente y el medio, para seguir investigando o publicando sobre un tema determinado, es decir, tiene un efecto censor hacia futuro y desalienta a la fuente a suministrar informaciones en el futuro; c) coloca al periodista, al medio y la fuente en posición débil, frente al poder; d) sólo puede producir beneficios para quien logra imponer la medida.

El efecto interruptivo del proceso informativo puede provenir de la supresión de la fuente, de la disuasión o intimidación de la fuente para que continúe contribuyendo con una investigación en curso o de la supresión de materiales de trabajo o de los documentos obtenidos por el periodista, entre otras circunstancias. A su vez, una medida restrictiva sobre la reserva de la fuente también produce efectos intimidatorios a futuro, sobre el periodista, el medio y las fuentes —la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos llama *chilling effect* al efecto inhibitorio, desalentador, congelante o paralizante, y usó por primera esa expresión en el caso *Wieman vs. Updegraf*,⁹³⁰ cuando invocó la primera enmienda en favor de apoyar la libertad de cátedra, y luego la utilizó para invalidar medidas restrictivas de la actividad periodística).

La censura directa o las restricciones indirectas —todas ellas prohibidas por la Convención Americana— no sólo se producen cuando se suprime una información total o parcialmente, sino también cuando las medidas adoptadas por el gobierno ejercen un efecto tal en el ánimo —de los directores del medio o del periodista—, que pueden desalentar la búsqueda de nuevas informaciones, su investigación o la predisposición a

⁹³⁰ 344 US. 183 1952.

difundirlas. La jurisprudencia extranjera y la nacional han dado relevancia a ese efecto intimidatorio (por ejemplo, SC. EE.UU, caso *New York Times vs. Sullivan*). Ello también lleva a la autocensura. El gran peligro de la autocensura surgiría, de otra forma, del miedo de incurrir en un error, agravado por el riesgo de que el jurado no simpatice con el autor de los dichos o con ideas poco ortodoxas. Y la Corte creó el privilegio constitucional para la crítica de buena fe, precisamente, para desalentar y para suprimir el efecto intimidatorio de las leyes de difamación (Tribe). Sobre la importancia de evitar la autocensura también se pronunció la Corte Suprema argentina (*v. gr.* caso *Emisiones Platenses, obiter dictum* en la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi, Bossert E. 28 XXXII, de 1997; y el procurador general de la Nación, Esteban Righi, en la causa *Patitó vs. La Nación*,⁹³¹ con cita del caso de la Corte Suprema Morales Solá, 1996). Asimismo, sobre el efecto inhibitor —aunque no causado por restricción de la fuente, sino por otras medidas—: Tribunal Constitucional alemán, en 1 BverfGe 43, 130, el caso del volante, y BverfGe 99, 185, el caso de la *Cienciología*.

3) *Así, demostré que: 1) siendo la prohibición de censura una prohibición absoluta, se puede admitir la existencia de otra garantía absoluta; 2) la violación de la prohibición de afectar el secreto periodístico (artículo 43) produce los mismos efectos que la censura (artículo 14, CN): interrumpe el proceso informativo y desalienta o inhibe o disuade de continuarlo. Por eso, la identidad de efectos disruptivos del proceso informativo hace aconsejable reconocerle a ambas garantías igual extensión absoluta.*

Se puede postular el carácter absoluto de la prohibición de censura. Algunos también lo postulan para la interpretación política de la primera enmienda (nuestro artículo 32, CN). Produciendo la violación del secreto periodístico los mismos efectos que la violación de aquellas prohibiciones, considero que la garantía merece tener igual alcance. Este punto 3 resume todo el argumento.

⁹³¹ Dictamen del procurador general de la nación, Esteban Righi, en la causa *Patitó, José Ángel y otro vs. SA La Nación y otro*. S. C. P. 2297, LXL, punto X.

G. *El artículo 13 de la Convención prohíbe no sólo la censura previa —como hace la Constitución nacional—, sino también las restricciones indirectas (sin distinguir entre previas, contemporáneas y posteriores) que afecten la comunicación y la transmisión, por lo cual hay que entender que la Convención, en el inciso 3, protege la comunicación del periodista con la fuente, comunicación que es parte del proceso informativo que culmina en la circulación*

El artículo 13, inciso 3, de la Convención Americana, dice que:

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* (las bastardillas son mías).

Una lectura conjunta del inciso 2, que prohíbe la censura previa, y del inciso 3, que prohíbe con el mismo alcance las restricciones indirectas capaces de producir igual efecto impeditivo, permite concluir que *las restricciones indirectas prohibidas son las previas, contemporáneas o posteriores*.

A su vez, el inciso 3 dice expresamente que prohíbe medidas indirectas que impidan la “comunicación y circulación”. Usa esos dos verbos, que no son sinónimos. Mientras *circulación* hace referencia a la difusión de la información, es decir, a su distribución, *comunicación* comprende la actividad de buscar y recibir información, es decir, que comprende la actividad de búsqueda de información (al periodista la fuente le comunica algo), una actividad previa a la circulación o difusión. Es legítimo hacer esa interpretación contextual. Sobre los argumentos al respecto, consúltese el capítulo citado.

En conclusión, el inciso 3, al prohibir las vías indirectas, quiere proteger la actividad informativa de cualquier medida que restrinja la comunicación (búsqueda y recepción) y la circulación (difusión), también protege con igual fuerza el inciso 2 la comunicación de la fuente al periodista.

H. *Si se sostiene que el levantamiento del secreto no produce efectos previos o intimidatorios de la publicación, sino efectos ex post, hay que recordar que los organismos interamericanos también dicen que la responsabilidad ulterior es inadmisibles cuando produce —como lo hacen las leyes de desacato— efectos intimidatorios.*

El sistema interamericano de derechos humanos no sólo invalida las medidas que, a priori de la publicación, producen efectos supresores o intimidatorios, sino también aquellas medidas que, a posteriori de la publicación y por vía de hacer efectiva la responsabilidad ulterior, tienen fuerza y virtualidad para producir iguales efectos (véase capítulo cuarto de la segunda parte, Sistema Interamericano, explicaciones de la intervención de la Comisión IDH, causa Verbitsky, donde este organismo consideró que las normas sobre desacato no son compatibles con la Convención, porque se prestan “al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas”. También, Corte IDH, caso Palambara Iribarne vs. Chile, y caso Herrera Ulloa. Asimismo, Comisión IDH en la Declaración de Principios de Libertad de Expresión (2000), principio 11 —estableció que las “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información— y la Declaración Conjunta de las Tres Relatorías sobre Libertad de Expresión sobre Derecho Internacional (1999), principio 6. No es esta la oportunidad de argumentar sobre el desacato o sobre la responsabilidad ulterior, sino mostrar que incluso, cuando pudiera sostener que el levantamiento del secreto periodístico no produce efectos *ex ante* de la publicación, sino *ex post*, equivalentes a los que se ponen en juego cuando se intenta hacer valer una responsabilidad ulterior —admitida por la Convención y, también, por el sistema constitucional argentino—, esta responsabilidad ulterior tiene un límite: no puede convertirse en una forma indirecta de desalentar la información, cuando expone a las personas a ser condenados a prisión o multas.

I. Paralelismo entre la inmunidad de expresión de los legisladores y las garantías de la información: si la primera es absoluta, incluso en tiempos de emergencia, no hay motivo para considerar que las garantías de los representados son más débiles

Vimos en los capítulos segundo de la segunda parte y segundo de la tercera parte, que la inmunidad de expresión de los legisladores en los Estados Unidos (artículo I, sección 6, *speech and debate clause*) y en la Argentina (artículo 68) es absoluta, y no puede ser recortada ni siquiera en periodos de emergencia —aun cuando lo que el legislador pueda decir sea un discurso potencialmente peligroso—. Por eso, menos podría serlo la libertad de expresión de los representados (Meiklejohn).

La inmunidad de expresión de los legisladores proviene del derecho inglés (1459, según algunos); para asegurar la independencia de opinión del Parlamento frente al poder real; aparecía en el Proyecto de Alberdi, artículo 41; fue adoptada por la Constitución histórica de 1853-1860, y se mantuvo en la reforma de 1994, en el artículo 68. También la doctrina (Ekmekdjian, Badeni, Sabsay y Gelli) defienden el carácter absoluto de la garantía, algo en lo que está de acuerdo toda la doctrina. Pero los autores no advierten el paralelismo con la libertad de expresión, a la que no le reconocen carácter absoluto (Gelli). Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina sostuvo el carácter absoluto de la inmunidad de expresión, en forma constante y sin variaciones, desde su mismo origen (casos Calvette, de 1864; Martínez Casas, Solari, Cossio, Cavallo, Álvarez y Rivas, el último, de la presente década).

A su vez, en el capítulo octavo de la tercera parte comprobamos que el paralelismo propuesto entre inmunidad de expresión y libertad de expresión es correcto, por dos motivos: 1) los mismos argumentos que aplica la Corte argentina para defender la inmunidad de expresión de los legisladores —que son tomados de la Corte norteamericana— son perfectamente aplicables para defender la libertad de expresión y la necesidad de reconocer una garantía absoluta de no revelar el secreto periodístico, y 2) ambas garantías constitucionales, en todos los casos, son garantías políticas de carácter institucional, que tutelan el debate político (la inmunidad de expresión tutela la libertad de debate legislativo, y la libertad de expresión, el libre debate del pueblo; en definitiva, el libre debate de la institución representante, el Congreso, y de la institución representada, el cuerpo electoral).

J. Si se protege el anonimato, se debe proteger el anonimato de la fuente

Si la justicia (362 US. 60 (1960, caso *Talley vs. California*) decidió proteger bajo la primera enmienda a la publicación anónima (panfletos, libros, etcétera), no hay motivo para excluir la protección de fuentes anónimas, más aún cuando el medio de comunicación asume la responsabilidad. La Corte norteamericana sostuvo que donde se expresan opiniones disidentes o no ortodoxas la exigencia de una identificación puede frenar la libertad de expresión. Miembros de la contracultura, los buchones policiales o los informantes anónimos de la prensa están todos haciendo lo mismo: intentan comunicar ellos mismos ideas en forma anónima, para evitar repercusiones personales (Sherman).

K. El imperativo categórico kantiano del respeto de las promesas

Siendo esta tesis de naturaleza jurídica, no es el aquí expuesto el principal argumento, pero sí es muy importante: la revelación de las fuentes de información es una conducta ética reprobable, y la existencia de normas que la obliguen se contraponen con el sistema de valores que esas normas supuestamente pretenden proteger. Recuérdese que en esta tesis se estudió que el secreto periodístico es una regla ética universalmente aceptada que indica a los periodistas que pactar convencionalmente con la fuente la reserva de la identidad o de ciertos datos es un camino legítimo para obtener información. Si el periodista viola esa promesa, tal promesa no podría ser tenida en cuenta nuevamente en el futuro, con el consiguiente detrimento de las fuentes de información. El 90.1% de 1,101 códigos de ética periodística de todas las latitudes revisados durante la elaboración de esta tesis acepta la práctica del secreto periodístico, y el 76.9% afirma que el periodista tiene el deber de mantener el secreto que acordó con la fuente. Por tanto, si se admitiera que una norma jurídica o una tendencia jurisprudencial puede imponer límites a la no revelación de las fuentes y obligara al periodista, en ciertos casos, a revelar las fuentes, esa norma jurídica estaría ejerciendo una presión para que quiebre la promesa que dio sustento a la información. Parece incongruente que el mismo orden que en sus normas constitucionales garantiza la libertad de expresión, la libertad de prensa y el consiguiente acceso a la información, afecta sensiblemente la base fáctica de lo que se pretende proteger

(la obtención de información), por la vía de romper la actitud ética del periodista de seguir prometiendo, en forma creíble, mantener el secreto periodístico. En el capítulo décimo de la tercera parte se analizaron también algunas objeciones que se podrían plantear desde la óptica del pensamiento de Dworkin. Creo que la respuesta que intento es perfectamente aceptable.

L. Otros argumentos y contraargumentos vinculados con la visión democrática y republicana

Muchas veces se dice que las teorías absolutistas, o sea, el esfuerzo por crear una fórmula que genere una zona de protección absoluta y reducir así el margen de discrecionalidad judicial, han sido heroicas, pero fallan en uno o dos puntos, y terminan por alcanzar consistencia y operatividad a expensas de excluir de su cobertura a mucho de lo que una teoría amplia de libertad de expresión debería incluir. Es decir, los absolutistas habrían tejido una frazada corta. Fallan —dicen sus críticos— porque, por un lado, no hay una sola razón que permita elegir un área de protección, y, en segundo lugar, porque al no poder predecirse el futuro, no sabemos qué excepción puede surgir al principio que se pretende formular de modo absoluto. En cambio, podemos sabiamente tener una herramienta más afinada si combinamos la relativamente vaga definición de la cobertura del derecho (por ejemplo, proteger el discurso de importancia pública o bien toda discusión) con una relativa vaga especificación del peso que debe tener el derecho (por ejemplo, que debe prevalecer en todos los casos en que no tenga una justificación por razón de que exista un peligro claro y presente), dice Schauer. A esta crítica podría responderse con varios argumentos, que aquí expongo:

1) Se protege toda la expresión en sentido amplio de sociedad

No propongo proteger sólo la expresión política dura, sino toda expresión, relacionada siquiera indirectamente con ella y aun cuando la expresión no sea de naturaleza política ni se encuentre aparentemente vinculada con ella, pues mi visión política pretende proteger a la sociedad, en el sentido más amplio de la *polis*.

2) Es imposible separar pensamiento, datos y expresión

Es materialmente imposible que una persona pueda pensar, aun cuando no desee expresarse, sin tener datos para hacerlo. La censura y cual-

quier camino que conduzca a cercenar el flujo de esos datos obstruyen la libertad de pensamiento, esencial para reflexionar, y, consiguientemente, cercena el derecho a opinar.

3) *Proponer el carácter absoluto de la garantía para proteger la investigación y la información e, incluso, evitar efectos intimidatorios a posteriori, no significa sostener la impunidad por los daños, sino afirmar que frente a una acción judicial del Estado o de un particular para obtener el levantamiento del secreto o frente a una acción resarcitoria, el criterio de ponderación que utilice el juez (de ponderación, balanceo, razonabilidad, etcétera) no podrá ser usado para disponer el levantamiento del secreto o alguna medida —allanamiento, secuestros, interceptaciones telefónicas— que conduzca a su averiguación*

Propongo proteger la expresión en su momento de enunciación o difusión; la etapa previa de búsqueda de información y, también, todo momento ulterior en la medida en que, recayendo una restricción durante ese momento ulterior, produzca un efecto desalentador similar al que produce la censura previa. Pero, por supuesto, nada de ello obsta a que la persona o medio de comunicación que invocó el secreto periodístico sea responsable por la información que suministró. Ésa es la esencia del fallo de la Corte Suprema en el caso Bruno (ya fue comentado en esta obra y se lo puede leer en el apéndice digital).

Si hay confianza plena en el valor del diálogo, éste debe hacerse sobre bases igualitarias. Sostener que la libertad de expresión o, mejor dicho, alguno de sus aspectos pueden ser considerados como derechos absolutos o como garantías absolutas, significa excluir a ese tramo del derecho o garantía del criterio de la ponderación (balanceo) de intereses entre el interés en la libertad de expresión y otro interés socialmente relevante. Pero ese criterio de ponderación se podrá utilizar a posteriori a la hora de evaluar la responsabilidad, según las personas o situaciones involucradas.

4) *Los sistemas supranacionales y muchos tribunales constitucionales, cuando abordan conflictos de libertad de expresión y de información, utilizan un criterio de ponderación que no es ciego, sino corregido a favor de la expresión, porque no están dispuestos a rebajar el valor de esa libertad al de otros intereses. No parece inconveniente que ese criterio necesariamente se incline a favor de la expresión cuando lo que está en juego es el valor de la búsqueda y difusión de información*

El criterio de ponderación —señala Smolla, que paradójicamente no es un absolutista— tiende a resultar en un nivel más bajo de protección,

porque devalúa el discurso al nivel de cualquier otro interés social. El criterio de ponderación, aplicado a la circulación de expresiones e ideas, choca con varios problemas. En primer lugar, pone a ese valor a la misma altura de los demás intereses. En segundo lugar, es ciego y su resultado es incierto, dependiendo de los intereses en conflicto. Y, en tercer lugar, los jueces, cuando lo invocan, parten generalmente —no me refiero a los casos de libertad de expresión, sino, en general, a aquellos que ponen otros derechos en juego— acordando una deferencia hacia el criterio político de la mayoría, y asumen, mediante diversas fórmulas que ya se volvieron rituales incluso en casos donde se analizan inconstitucionalidades palmarias, que la invalidez de las leyes sólo debe ser ejercida con carácter excepcional, como *ultima ratio*.

Por eso, algunos ordenamientos supranacionales, como el sistema europeo y el sistema interamericano de derechos humanos, consideran a la libertad de expresión y de prensa como una libertad preferida, y, en esa misma línea, sus respectivas cortes de derechos humanos y varios tribunales constitucionales —por ejemplo, la Corte Suprema norteamericana y la argentina— prefieren, cuando les toca resolver causas sobre libertad de expresión, usar un criterio de ponderación corregido con fórmulas que hacen referencia a la libertad preferida, suprema, fundamental u otra similar. Saben que un criterio de ponderación usado ciegamente puede desembocar en restricciones de la libertad de expresión, que son asfixiantes para la sociedad.

Por eso, por más que se lo oculte bajo el ropaje del criterio del balanceo, o del control de la razonabilidad, la necesidad u otro similar, los ordenamientos supranacionales, en línea con las Constituciones liberales, y muchos tribunales, ya hicieron una opción a favor de la libertad de información, usando un criterio de ponderación que no es completamente puro, sino corregido o mejorado a favor de la expresión.

Los gobiernos tienen un natural instinto hacia la censura y a sobrevalorar otros intereses (por ejemplo, la seguridad) que entran en conflicto con la libertad de prensa. Por eso, si bien Sunstein afirma que considerar a la primera enmienda como un absoluto es “tan sólo un mito beneficioso”, pues contribuye a desanimar al gobierno a hacer cosas que no debería hacer en esa área, al mismo tiempo que otorga mayor fuerza retórica a los críticos de la censura gubernamental ilegítima, considero que los sistemas constitucionales y supranacionales ya ejercieron claramente una opción en favor de la libertad de información.

Por eso, defiendo que en materia de libertad de expresión sí debe usarse un criterio de ponderación corregido, pero cuando lo que está en juego es la libertad de búsqueda y difusión de información (problemas de fuente, censura y restricciones indirectas a la publicación), el criterio de ponderación debe estar supercorregido o directamente excluirse, y debe optarse por un criterio de constatación de los valores en juego, para preferir siempre la libertad de la búsqueda de información y su expresión.

5) *Una protección relativa o recortada no es suficiente. Sólo será suficiente una tutela absoluta*

Varios jueces sostuvieron que una protección acotada de la libertad de expresión no es suficiente, y la Corte norteamericana, si bien no se adhiere a esa postura, sí la evaluó en distintos casos.

En términos generales sobre libertad de expresión —no vinculado con el secreto periodístico, sino con responsabilidades ulteriores—, en el caso *New York Times vs. Sullivan*, el juez Black, con cuyo voto concurrió el juez Douglas, y el juez Goldberg, en otro voto en disidencia, se inclinaron por la inmunidad absoluta de la prensa cuando lo que está en juego es la crítica democrática. Black y Douglas, aludiendo a muchos juicios por difamación entablados por funcionarios contra el *Times* y *Columbia Broadcasting System (CBS)* por cifras millonarias, dijeron que

...esa técnica para hostigar y castigar a una prensa libre —demandar a los medios— no se limita a los casos con implicancias raciales, sino que puede usarse en otros campos donde los sentimientos públicos puedan convertir a los diarios locales o de otros estados en fácil presa de los buscadores de condena por difamación.

En su opinión, la Constitución

...ha tratado esta amenaza mortal contra la prensa de la única manera posible para no dejarla desamparada frente a la destrucción: concediendo a la prensa una inmunidad absoluta para las críticas acerca de cómo los funcionarios cumplen con sus deberes públicos. Las medidas parciales como las que adopta la mayoría son, a mi juicio, insuficientes.⁹³²

⁹³² 376 US. 274, voto en disidencia del *justice* Black. El famoso caso jurisprudencial está en la página <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=376&invol=254> y la traducción parcial del voto de Black, con quien concurre Douglas, es mía.

Dijo Black:

Fundo mi disidencia en el convencimiento que la Primera Enmienda no meramente delimita el poder del Estado para reparar daños a los oficiales públicos contra las críticas a su conducta oficial, sino que completamente prohíbe al Estado ejercer ese poder... En mi opinión, la Constitución Federal tiene que enfrentar el riesgo moral... sin dejar a la prensa expuesta a la destrucción, garantizando una absoluta inmunidad por las críticas sobre la forma en que los oficiales públicos hacen su labor... Dudo que un país pueda vivir en libertad donde su gente pueda ser pasible de sufrir física o financieramente por criticar a su gobierno, sus acciones o sus oficiales... Una democracia representativa deja de existir en el momento en que los funcionarios públicos dejan de ser responsables a sus ciudadanos, y esto ocurre cuando los ciudadanos pueden ser censurados en alguna forma por hablar, escribir o publicar sus opiniones sobre alguna medida pública o sobre la conducta de aquellos que la ejecutan o aconsejan... (Black cita a Tucker, *Blackstone's Commentaries* (1803), 297, y a Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948), reiteradamente citado en esta tesis.

Por su parte, el *justice* Goldberg también sostuvo una posición de absoluta irresponsabilidad de la prensa, cuando dijo:

En mi opinión la Primera y la Decimocuarta Enmiendas garantizan a los ciudadanos y a la prensa un privilegio absoluto e incondicional de criticar la conducta de los oficiales públicos a pesar del daño que pueda surgir de sus excesos y abusos. El preciado derecho de “decir lo que uno piensa” *cfr. Bridges vs. California, 314 US. 252, 270*, sobre asuntos públicos necesita respirar para sobrevivir *N. A. A. C. P. vs. Button, 371 US. 415, 43...* Imperativa es la necesidad de preservar inviolables los derechos constitucionales de libertad de expresión, de prensa y de asamblea para mantener la oportunidad de la discusión política, para que el gobierno responda a los deseos de la gente y los cambios, si deseables, puedan ser obtenidos por medios pacíficos. Allí radica la seguridad de la República... De *Jonge vs. Oregon, 299 US. 353, 365...*

En un argumento similar al que expone esta tesis sobre la equiparación de la inmunidad de expresión de los legisladores y la libertad de prensa, Goldberg dice:

Si los oficiales de gobierno deben ser inmunidad a las demandas para que su ardor en servir al público no pueda ser menoscabado y sus vigo-

rosa y efectiva administración de políticas de gobierno no puedan ser inhibidas (como dijo la Corte en el caso *Barr vs. Matteo*), entonces los ciudadanos y la prensa deben igualmente ser inmunes a las demandas de libelo...

En lo específicamente atinente al secreto periodístico, en el caso *Branzburg* también se abordó esa visión tanto en el voto de mayoría como en el de disidencia, claro que con consecuencias distintas.

Como lo reconoce el propio juez *White*, autor de la opinión de la Corte en *re Branzburg* rechazando el privilegio periodístico, sólo el carácter absoluto del privilegio podría satisfacer la necesidad de los periodistas:

Si las fuentes confidenciales periodísticas son tan sensibles como dicen los periodistas, la perspectiva de ser reveladas cuando un juez determina que la situación lo justifica no puede ser una solución satisfactoria para el problema. Para ellos, podría parecer que sólo un privilegio absoluto sería suficiente.

El juez *Stewart* dijo:

...la doctrina de la Corte sobre la libertad de prensa reconoce la existencia del derecho a publicar información sin aprobación gubernamental, distribuir información y recibir material impreso. Pero para distribuir información no es menos importante el proceso de recolección de información, porque sin libertad para adquirir información el derecho a publicar se vería seriamente comprometido. Consecuentemente, dijo, un derecho a recolectar noticias, de alguna dimensión, debe existir (ver fallo *Zemel vs. Rusk* 381 US. 1965). Si el vínculo periodista-fuente quedase sometido a los embates del Gobierno, se afectaría de modo significativo los derechos de la prensa, pues las fuentes dejarían de confiar en los periodistas y no divulgarían la información, todo lo cual llevaría a la autocensura de los medios. Por eso, adoptó las salvaguardas desarrolladas por la Corte en relación con el Congreso...

Y el juez *Douglas*, que tuvo la visión absoluta, sostuvo:

En mi visión no hay “necesidad imperiosa” que deba ser demostrada para evitar que el periodista deba aparecer o testificar ante un gran jurado, salvo que el periodista mismo esté implicado en el crimen. Su inmunidad es en mi visión completa, porque la Primera Enmienda lo protege contra la

aparición ante un gran jurado... Mi creencia es que el balanceo (de intereses) fue hecho por aquellos que escribieron la Declaración de Derechos. Constituyendo una Primera Enmienda en términos absolutos, repudiaron una interpretación tímida... El autogobierno pueden existir sólo hay... discusión pública de asuntos públicos, junto con la difusión de información y opiniones... Mientras ellos (los agentes públicos) nos gobiernan a nosotros, nosotros, en un profundo sentido, los gobernamos a ellos. Sobre nuestro gobierno, ellos no tienen poder. Sobre su gobierno, tenemos poder soberano.

3. *El argumento de los peligros y riesgos y la interpretación constitucional previsorá*

Uso el plural, para hacer alusión a los muchos peligros que se presentan si existe la mera posibilidad o resquicio que obligue al periodista a violar el secreto pactado.

A. Los peligros de considerar que la protección es relativa y que el secreto se puede levantar son muchos y graves

1) *Retracción de las fuentes (que se sequen)*. Es un dato de la experiencia. No se puede cuantificar, porque siendo anónimas las fuentes, cualquier encuesta cuantitativa que se hiciera no sería confiable. Pero todos los periodistas lo saben y reconocidos juristas norteamericanos señalan este argumento.

2) *Descrédito o pérdida de credibilidad para el medio de comunicación y el periodista*. Es otro dato de la experiencia que la decisión de revelar una fuente produce fuerte descrédito, tanto para el periodista como para el medio de comunicación, dañando no sólo su relación con una fuente concreta, sino con una pluralidad de fuentes actuales o potenciales y con el público.⁹³³

⁹³³ En el apéndice documental se encontrará la opinión, en ese sentido, del ex director del diario *El País*, Juan Luis Cebrián, que fue recogido en el libro *Debate con Juan Luis Cebrián*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988. Asimismo, el doctor José Claudio Escribano, director del diario *La Nación*, da cuenta del debate moral que le tocó superar cuando decidió, años atrás, revelar la fuente de una información sobre un escándalo de sobornos en el Senado publicada por el diario: “Fue una de las decisio-

3) *Peligro de que el periodista o el medio sean considerados colaboradores del gobierno.* Este problema muy concreto es señalado por la doctrina jurídica norteamericana (S. C. Estados Unidos, juez Stewart, en una disidencia en el caso Branzburg), por el Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la OEA, en varios de sus informes anuales. Además, cuando el debate público se desplaza desde el hecho que descubre el periodista (por ejemplo, un escándalo político) hacia la vía que usó el periodista para acceder a la información, se produce un corrimiento del eje de la información, que contribuye a que el gobierno pueda disimular la información revelada.

4) *Peligro de demandas judiciales.* No proteger el secreto de la fuente abre la puerta a que se presenten demandas, tanto por parte de un gran número de fuentes reales o imaginarias que se sientan que fueron victimizadas por la prensa (Floyd Abrams) o por funcionarios o por el gobierno.

5) *Peligro para el periodista de sufrir acoso físico o laboral de la propia fuente o del gobierno.* El periodista, en la mayor parte de las oca-

nes más difíciles que me tocó resolver como responsable de la Redacción del diario. Quebrantar el 'off the record' representaba, en principio, la violación de una norma de honor, que por añadidura tiene una significado práctico excepcional. Sin el 'off the record' no existiría el periodismo tal como se lo conoce. Es posible que aquella reflexión adquiera diferentes niveles de jerarquía según donde sea hecha. En todo tiempo ese tipo de reflexiones ha sido importante para quienes han integrado la Redacción de La Nación. En el caso de los llamados 'sobres' del Senado convergieron los siguientes elementos: a) un senador que confirma lo ocurrido a una de nuestras cronistas parlamentarias y brinda con naturalidad, sin presión psicológica alguna, sin ardid, por cierto, detalles sobre el asunto; b) ese mismo senador se sienta al lado del jefe del bloque del Partido Justicialista en la conferencia de prensa, del día siguiente a la publicación del caso, en que se desmiente a La Nación y, con nombre y apellido, se descalifica el trabajo de la cronista. Prevalció en mi ánimo la consideración de que el 'off the record' es un contrato de orden moral. Una de las partes (el senador) lo había quebrantado por sí mismo, al haber sido partícipe activo de una conferencia de prensa en que se desmentía lo dicho por él a una cronista del diario. Sentí que ella había sido vejada públicamente y que, en mi carácter de subdirector del diario, me correspondía protegerla. Resolví así que se resolviera dar el nombre de la fuente que había dado lugar a la a la información desmentida. Es posible que alguien piense que, aun así, el off the record debió haber seguido vigente. Respeto esa otra esa posición. Es más: siempre me preocupó haber sido colocado en la actitud de dar por caído el 'off the record' y el antecedente que quedaría de todo esto. Pero privó en el razonamiento que hice anteponer, a una abstracción de enorme valor, la consideración humana y profesional por la compañera de trabajo que tenía enfrente".

siones, es mucho más débil que la fuente, especialmente si ésta es un funcionario del gobierno o un miembro de una fuerza de seguridad o de determinados sectores sociales marginales, lo que lo puede exponer a todo tipo de represalias o amenazas.

5) *Peligro de que el gobierno, a través de alguna de sus ramas, interfiera en el proceso editorial o pueda justificar allanamientos en los lugares de trabajo o en los domicilios de sus responsables o periodistas o imponga multas o encarcelamiento.* Si se aceptara que el secreto es una garantía o derecho relativo y que el gobierno puede exigir su levantamiento, se debería convalidar la pretensión del gobierno, del fiscal o del juez para tomar acciones y medidas de allanamiento o secuestros, que producirán intromisión en el proceso de edición. La jurisprudencia del TEDH viene siendo especialmente cuidadosa de que esto no ocurra (caso Roemen & Schmidt y caso Tillack).

6) *Peligro de que la sobrecarga de tiempo y de recursos, a los periodistas y los medios, especialmente por el tiempo que pierden en las cortes judiciales y los costos, termine desalentando a los afectados o ahogue a los más pequeños*

7) *La situación de tener que revelar la fuente puede provocar un enfrentamiento entre el medio, que quizá acceda al pedido de revelación, y el periodista, que lo rechace.* Puede ocurrir que el medio de comunicación y el periodista que se desempeña en el mismo tengan intereses encontrados o divergentes.

8) *Peligro de autocensura.* La autocensura es un importante fenómeno en el análisis de la primera enmienda. Quienes hablan, escuchan, y la sociedad en general sufren cuando un esquema regulatorio tiene un efecto inhibitor o desalentador (*chilling effect*) sobre las personas. Todas las leyes que regulan el discurso, las sanciones penales y las leyes de responsabilidad civil son diseñadas para tener una suerte de efecto desalentador. El asunto está en saber si una norma en particular induce a una autocensura tan significativa como para caer en la protección de la primera enmienda (Blasi; también Corte IDH en el caso Palamara Iribarne vs. Chile).

B. *La mejor interpretación constitucional es la que establece que los perjuicios no pueden ser mayores que los beneficios: interpretación previsorora. Por eso, frente a una cláusula constitucional que admite una interpretación absoluta o una interpretación relativa, es aconsejable desechar la segunda —que entraña tantas consecuencias desfavorables— y, en cambio, adherirse a la primera*

Todos los peligros enumerados anteriormente impactan gravemente sobre el medio, sobre el periodista y, en general, sobre la libertad de prensa, con mayor peso sobre el periodismo que sobre el poder político y económico —que debe estar sujeto a control periodístico— e impactan no sólo sobre aquellos actores en forma actual, sino también en forma futura. Por eso, creo que es de aplicación la regla de la interpretación previsorora: comparto con Sagüés que la interpretación previsorora puede operar como opción cuando una norma constitucional admite varias interpretaciones, para preferir aquella interpretación que, midiendo las consecuencias y riesgos de cada interpretación, arroje resultados más útiles o beneficiosos.⁹³⁴ Este criterio, además, aplicado a la cláusula en estudio, conlleva una ventaja: en este caso, tal criterio interpretativo no importará desechar la aplicación de una ley o norma, sino simplemente adscribir a la mejor interpretación constitucional, entre varias posibles. En asuntos que no se refieren a libertad de expresión aplicaron este criterio interpretativo la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en los casos Baliarda⁹³⁵ y Seguir y DIB; la Corte Suprema de Minnesota, en el caso Naftalin vs. King, y la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso University of California vs. Bakke.⁹³⁶

⁹³⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. I, p. 70. También, del mismo autor, *Interpretación constitucional*.

⁹³⁵ CSJN, *Fallos*, 303:917, caso Baliarda.

⁹³⁶ 438 US. 265 Case University Of California regents vs. Bakke (1978). En ese caso, la Corte norteamericana sostuvo en una opinión dividida que la raza puede ser uno de los factores considerados en seleccionar un cuerpo de estudiantes de distinto color y procedencia durante la admisión, pero también rechazó el programa de acción afirmativa de uso de cuotas por raza. En el caso Bakke era un estudiante de color blanco que a pesar de sus altas calificaciones fue rechazado en dos oportunidades. Finalmente, gracias al fallo de la Corte, fue admitido y se graduó. Cuatro jueces entendieron que Bakke había sido víctima de discriminación inversa; otros cuatro, en disidencia, respaldaron el plan de acción afirmativa

4. Argumentos vinculados con situaciones de peligro o periodos de emergencia

Llegamos, ahora, al último conjunto de argumentos. Creo, hasta aquí, haber demostrado acabadamente que hay sólidas razones para asignarle al secreto carácter absoluto. Pero llegó la hora de confrontar ese carácter absoluto con situaciones límite.

Breve anticipo de la línea de razonamiento

La línea de razonamiento que sirve de guía para comprender el último tramo de la argumentación es la que explico a continuación:

- 1) El secreto periodístico merece amplísima protección en épocas de normalidad, incluso, frente a la invocación judicial de una situación de peligro claro y actual.
- 2) También merece amplia protección en épocas de emergencia, porque cuando más se restringen las libertades, más se necesita de la libertad de prensa para controlar al poder político.
- 3) La búsqueda de estándares del estilo discurso intencionado, sedicioso o peligroso nunca llegó a resultados satisfactorios.
- 4) Existe una emergencia, el estado de sitio o estado de emergencia, que habilita, según la práctica política —también, la jurisprudencia argentina—, a limitar la libertad de expresión. ¿Cuál es, en tales casos, la suerte del secreto? Buscaré dar una respuesta a este desafío.
- 5) Aún así, es posible que usted no quede satisfecho con esa respuesta y sostenga que la Convención, en su artículo 27, no prohíbe la suspensión de la libertad de expresión. También buscaré dar una respuesta a este último desafío.

Retomo aquí, entonces, la línea argumental final.

que venía aplicándose desde la ley de derechos civiles de 1964, mientras que el juez Lewis Powell, redactor del quinto voto de la mayoría, sostuvo una posición intermedia: respaldó el ingreso de Bakke, pero se pronunció en contra de una aplicación rígida de la acción afirmativa, porque violaba la cláusula de igual protección. El fallo figura en la página <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=438&invol=265>

A. Las teorías que, fundándose en la emergencia o en alguna circunstancia peligrosa, intentan encontrar justificaciones para censurar o restringir el discurso nunca fueron enteramente satisfactorias y respondieron a las necesidades políticas de cada época. Por eso, antes que continuar buscando criterios con esa finalidad, es preferible permitir que la expresión, incluso aquella que nos parece inconveniente o perjudicial, fluya libremente, sin cortapisa alguna

A lo largo de la historia se usaron diversos criterios para cercenar la libertad de expresión. Como lo recuerda Badeni, luego de la sanción de la primera enmienda, algunos tribunales sostuvieron el criterio de la “tendencia nociva”, según el cual la expresión a posteriori de su manifestación puede ser castigada cuando es perversa, impropia para el orden público, la paz, la religión o la seguridad del Estado, o cuando es ilegal. La prueba judicial de la perversidad, la impropiedad o la ilegalidad daba paso a la responsabilidad, con prescindencia de la verdad o falsedad de las afirmaciones.

A partir de 1798, los tribunales comenzaron a adscribir a la doctrina del “libelo sedicioso”, que también tiene origen político. La rivalidad existente entre el Partido Federalista, al cual pertenecía John Adams, elegido en 1796, y los seguidores del Partido Demócrata, del que era miembro el vicepresidente Thomas Jefferson, llevaron al Partido Federalista, con mayoría en las cámaras legislativas, a sancionar la Ley de Sedición, para coartar las críticas periodísticas de los segundos. La ley castigaba las críticas falsas, escandalosas o maliciosas contra el gobierno, con la intención de difamar, desprestigiar o suscitar un ánimo contrario al gobierno. Los jueces federales, que respondían a Adams, sostuvieron que toda crítica expuesta bajo las condiciones previstas en la ley se presumía falsa, a menos que el acusado probara la verdad de las afirmaciones. Es decir, la tendencia nociva de la crítica y la presunción de la malicia del autor configuraba el libelo sedicioso.

En algunos casos, Holmes, sin embargo, no permitió la prueba de la verdad, pues las expresiones que eran objetivamente agraviantes, es decir, que podían generar daño social u obstaculizar el funcionamiento de uno de los poderes del Estado, con prescindencia de la verdad de tales afirmaciones, acarreaban responsabilidad (205 US 454 1907 *Patterson vs. Colorado*). Ésa era la interpretación que Holmes hacía de Blackstone.

Pero esa interpretación, que era común entre los jueces, fue objeto de severas críticas, y Holmes tuvo la oportunidad de abanonar el criterio del caso citado y formular un nuevo estándar, la regla del “peligro claro y actual”, que dejaba en cabeza exclusivamente de los jueces la evaluación de la licitud de la expresión. Su desarrollo obedeció a la intervención de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, y a que, en 1917, el Congreso federal había sancionado la Ley de Espionaje, que castigaba toda acción que intentara causar insubordinación a los deberes militares o que intentara obstruir el reclutamiento de tropas. Por eso, la Corte condenó a varias personas que publicaron folletos que criticaban el servicio militar obligatorio (249 US. 47 1919 *Schenck vs. United States*); al presidente del Partido Socialista por haber pronunciado un discurso en contra de la participación de Estados Unidos en la guerra (249 US. 211 1919 *Debs vs. United States*) y a cuatro exiliados rusos que vivían en Estados Unidos y que criticaron la decisión de Wilson de enviar tropas a Rusia para apoyar al zarismo y combatir la revolución bolchevique (250 US. 616 1919 *Abrams vs. United States*). Pero en este último caso, Holmes, en su disidencia frente a la condena, ya no usó la regla del peligro claro y actual, sino la regla del peligro claro e inminente, y dijo:

Es únicamente el peligro presente de un mal inmediato o de la intención de producirlo que justifica que el Congreso imponga límites a la expresión de opiniones que no atañen derechos privados. El Congreso, ciertamente, no puede prohibir todos los esfuerzos por hacer cambiar de parecer al país... Estoy en pleno desacuerdo con el argumento del gobierno de que la Prímea Enmienda dejó intacto y en vigor el derecho común en lo que hace al libelo sedicioso...

En el caso *Gitlow vs. New York* (268 US. 652 1925), la Corte aplicó la primera enmienda contra las restricciones que pretendían imponer las legislaturas estatales (enmienda XIV), y en el caso *Whitney vs. California* (274 US. 357 1927), el juez Brandeis flexibilizó aún más el estándar cuando dijo que “el temor del daño grave no basta por sí solo para justificar la restricción de la libertad... Los hombres temían a las brujas y quemaban mujeres... Para justificar la supresión... ha de existir fundamento razonable para creer que el peligro que se teme es inminente”.

Meiklejohn, en dos de sus libros, *Free Speech and its Relation to Self-Governmen* y *Political Freedom*, sostuvo que el test del peligro cla-

ro y presente (*clear and present danger*) que elaboró la Corte norteamericana, a partir de 1919 de la mano de Oliver Wendell Holmes⁹³⁷ —para justificar cierta capacidad del Congreso para entremeterse y restringir ciertos discursos, a pesar de la primera enmienda—, era errado. Esta teoría anula —dice Meiklejohn— el propósito más significativo de la primera enmienda, y se volvió peligrosa e irreconocible. Para Meiklejohn, la fórmula del peligro claro y presente (real) no es una interpretación del principio de la libertad de expresión, sino que la Corte la diseñó como una excepción de ese principio, porque:

a) *No es posible encontrar la línea divisoria* que permite diferenciar la palabra protegida por la primera enmienda de aquella que cae fuera de la protección.

b) *La inmunidad de expresión de los legisladores es absoluta, y no puede ser recortada ni siquiera en situación de peligro claro y actual, por lo cual menos podría serlo la libertad de expresión de los representados.* Nadie puede posiblemente dudar o negar que el debate legislativo, en ocasiones, puede traer una seria e inmediata amenaza al bienestar general (por ejemplo, una norma sobre reclutamiento de tropas, un discurso extremadamente más ácido que el de un particular, o cuando un grupo de legisladores bloquean una iniciativa que puede poner fin a una guerra en la que pierden la vida miles de soldados). Sin embargo, como vimos en este mismo trabajo, esos legisladores nunca podrían ser cuestionados ni llevados a juicio por esas ofensas, porque si la inmunidad legislativa no fuera absoluta se caería todo el programa del autogobierno representativo. La misma inmunidad es garantizada a los jueces en sus cortes y en sus disidencias.

c) *Es difícil distinguir entre discurso-expresión y discurso-acción, y, además, el discurso que se vuelve acción también merece protección.* Holmes, en la doctrina del peligro claro y actual, dice que el discurso no es castigable en sí mismo, pero sí puede ser castigado cuando se vuelve acción o es incitación a la acción. Para Meiklejohn, esto es absurdo, porque el ciudadano, en una consulta, vota *sí* o *no* a una propuesta de políticas públicas, en realidad, ha actuado. El juez que condena, el Congreso que declara la guerra o el presidente que veta una ley del Congreso tam-

⁹³⁷ Cabe recordar que el *justice* Holmes no explica la libertad de expresión por la necesidad de satisfacer el autogobierno (como sí lo hacía Brandeis), sino por la explicación de la teoría del mercado de ideas.

bién realizan actos en el mismo sentido en que lo hace un hombre que grita “¡fuego!” en el teatro. Y si los votantes deben votar libremente, y esas autoridades también deben poder expresarse libremente, y esas libertades de expresión no pueden ser restringidas, es obvio que esa pretensión de establecer la distinción discurso-acción se vuelve difícil de ser llevada a cabo. Holmes logra decir que hay un discurso-acción, de carácter criminal, que no debe estar protegido, pero no logra demostrar que todo discurso-acción no deba estar protegido.

Smolla también advirtió que la distinción entre hechos y opiniones no es sencilla de trazar, porque muchas afirmaciones combinan elementos de hecho y de opiniones; por ejemplo, la afirmación puede estar expresada exteriormente en la forma de hechos, como sería la frase “John Smith es un asesino” —se sugiere que efectivamente John Smith mató a alguien—, pero la misma podría ser una opinión si, en el contexto, se advierte que es formulada como parte del derecho de protestar contra el aborto y las prácticas abortivas del referido doctor, porque el subtexto sería “el aborto es asesinato; John Smith hace abortos, John Smith es un asesino”.

d) *Silenciar a las minorías*. La doctrina elaborada por Holmes —advierte Micklejohn— viene a afirmar que en toda situación de peligro las minorías, aun cuando se comporten conforme con la ley, deben ser silenciadas, y, aun cuando hablen honestamente, son objeto de sospecha criminal.

e) *La doctrina del peligro claro y actual se volvió, con los años, peligrosa e irreconocible*. La aplicación de esta doctrina judicial dio paso, como vimos más arriba, a que, ante los crecientes peligros de censura, los jueces Holmes y Brandeis —pero sobre todo por obra del segundo— fueran exigiendo cada vez un peligro más profundo, y con el tiempo, la doctrina se volvió irreconocible. Con los años, ya no bastaba que el peligro fuera *claro y presente*, sino también *tremendo*. Y en 1927 se exigió que el peligro fuese *inmediato*, inminente, es decir, que se produzca el daño antes de que haya tiempo a que se produzca el libre debate. La supresión sólo estaba justificada, en opinión de Brandeis, en una situación de emergencia, por lo cual siempre existía la posibilidad del ciudadano de demostrar que esa emergencia no existía ni estaba justificada. Pero esto significaba que estaba abandonando la doctrina del peligro claro y actual para sostener que, en rigor, la supresión sólo se justificaba en caso de emergencia, en la que el proceso de discusión pública se viera totalmente

interrumpido e imposibilitado de ser llevado a cabo, no ya por un partido, sino por todos los partidos.

Apuntando a ese tipo de razonamientos que intentan morigerar el absolutismo, sostiene Smolla, no con relación a Holmes, sino con relación a la distinción que hacía el *justice* Black entre discurso y conducta, que con ese intento un juez como Black, que sostenía la concepción absoluta de la libertad de expresión, buscaba una válvula de seguridad para morigerar su absolutismo.

f) *La expresión no puede estar sujeta a ponderación con otro interés social importante.* Chaffee sostuvo la doctrina de que el verdadero límite de la primera enmienda puede ser fijado sólo si el Congreso y los jueces advierten que el principio sobre cuál es el discurso legalmente admisible y cuál no lo es envuelve un balanceo de dos intereses sociales muy importantes: la búsqueda de la verdad, por un lado, y la seguridad pública, por el otro, de modo que corresponde elegir entre uno de ambos intereses. Para Meiklejohn no es eso lo que dice la Constitución, y, además, la lógica del plan de autogobierno rechaza la teoría de la ponderación. Para la primera enmienda, la integridad de la discusión pública y la protección de la seguridad pública son intereses coincidentes —y no distintos, entre los que haya que optar—. El método del autogobierno no permite optar entre la búsqueda de la verdad y la seguridad, sino que se funda en la búsqueda de la verdad. Debemos escuchar ideas, incluso contrarias a las nuestras, no porque quienes las pronuncian tengan derecho a hacerlo, sino porque necesitamos escucharlas. Ésa es la seguridad pública. La seguridad pública es el camino del autogobierno (Meiklejohn). En Occidente, siempre que nuestros inquisidores quisieron suprimir la libertad política, recurrieron al argumento de la necesidad de proteger la seguridad pública. Es por eso que la primera enmienda quiso y quiere declarar ilegal este argumento. Y le agregaría un detalle muy importante: el artículo 13 de la Convención Americana no consiente la censura, a priori, por motivos de seguridad pública.

g) *Las excepciones admisibles por los jueces serían demasiadas; es mejor no admitir ninguna.* En efecto, los tribunales encontraron peligrosas e innumerable cantidad de situaciones en las que se puede justificar la restricción de la opinión, usando calificaciones, muchas veces vagas, variadas e imprecisas, como “libelo”, “expresión provocativa”, “opinión contraria a la moral pública”, “ofensiva”, etcétera. Pero la intención de la primera enmienda no fue suprimir el control sobre el poder.

Como vemos, todos estos argumentos y zigzagueos expuestos por la jurisprudencia norteamericana muestran que no es sencillo encontrar estándares aplicables que, inevitablemente, no terminen siendo una vía indirecta para justificar la censura o restricciones al discurso o su condena. Quizá, la solución es moverse hacia estándares más liberales, antes que continuar buscando criterios que justifiquen lo que no permite la primera enmienda.

Este parece ser el camino seguido por la Corte norteamericana en varios casos. Así, en el caso *Near vs. Minnesota* (283 US. 697 1931), la Corte continuó moviéndose hacia mayores espacios de libertad, donde sostuvo que “el propósito fundamental de la Primera Enmienda fue el de impedir la censura previa a la publicación aunque, en tiempos de guerra, el gobierno podría prevenir la publicación de informaciones que pusieran el peligro la seguridad del Estado”. Sin embargo, esta última excepción no impidió que los jueces invariablemente rechazaran todo requerimiento de censura previa. En el caso *Thornhill vs. Alabama* (310 US. 88 1940), la Corte consideró que la libertad de expresión era una libertad preferente, y estableció que toda medida restrictiva era objeto de una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Y si bien esta teoría fue transitoriamente abandonada durante la guerra fría, en la que la Corte, en el caso *Dennos vs. United States* (341 US. 494 1951) se adhirió a la regla del peligro real y probable, luego se volvió a la buena senda y se retomó la teoría de la libertad preferente y, más tarde, de la real malicia (*New York Times vs. Sullivan* 376 US. 255 1964).

B. En épocas de emergencia, las mayores restricciones a las libertades individuales hacen necesario que la sociedad tenga mayor información

A mayor emergencia debe corresponder mayor libertad de expresión. Es en épocas de emergencia, precisamente en los periodos que se producen más restricciones a la libertades, cuando más se necesita de la libertad de información para contrabalancear esas restricciones. La prensa y el gobierno son y siempre serán antagonistas. El gobierno trata de ocultar información, y la prensa procura revelarla al público. Y la experiencia demuestra que el gobierno usa las épocas de emergencia para acrecentar sus poderes, y que esos momentos son propicios para que el gobierno abuse del poder.

C. En épocas de emergencia es cuando el periodista más necesita de la garantía, porque ante la mayor restricción de la circulación de la in-

formación hay mayor necesidad de contar con la herramienta del secreto periodístico

Este argumento, número 20, no debe confundirse con el expuesto bajo el número 19. El primero de los argumentos (19) dice que cuando hay menos libertades, la sociedad necesita de mayor información, para saber qué vigencia efectiva tienen aquellas libertades. El último de los argumentos (20) hace alusión al secreto como herramienta de trabajo: es evidente y no necesita demostración alguna —sino que la prueba es la experiencia misma— que, en épocas de emergencia, el gobierno suele invocar esa situación supuestamente excepcional para restringir la información en mayor medida a lo habitual y, como contrapartida, las fuentes oficiales se retraen. Es frente a esta retracción que para el periodista resulta imprescindible contar con la herramienta de la garantía del secreto, para que su promesa sea enteramente creíble y pueda mantener abiertos ciertos canales fundamentales de información.⁹³⁸

Los institutos de emergencia no pueden ser interpretados como una puerta de salida de la Constitución, sino como su refuerzo.

D. Si bastara la declaración de alguna emergencia para habilitar la restricción de las garantías de la expresión, la libertad de expresión y de prensa quedarían enteramente en manos del poder político, que abusó de esos institutos

⁹³⁸ Lo dicho también se prueba, como lo dije, por la experiencia histórica y contemporánea. Veamos, por ejemplo, lo que ocurre en los Estados Unidos: poco después del ataque a las Torres Gemelas de septiembre de 2001, el gobierno norteamericano sancionó la ley patriótica (Patriot Act), que originó una progenie de normas similares en muchos otros países con la finalidad de controlar comunicaciones y actividades periodísticas. En 2005, la herramienta del secreto periodístico permitió descubrir el escándalo llamado Snoopgate, según el cual el presidente norteamericano George W. Bush autorizó a la Agencia Nacional de Seguridad a interceptar comunicaciones fuera y dentro de los Estados Unidos sin autorización, en una abierta violación a la Ley de Inteligencia Extranjera, de 1978 (Foreign Intelligence Surveillance Act o FISA, por sus siglas en inglés). Todavía, seis años después, en agosto de 2007, el Congreso norteamericano sancionó una nueva ley de espionaje electrónico, que modifica la FISA y autoriza a la Agencia de Seguridad Nacional interceptar, sin autorización judicial, todas las llamadas telefónicas y los correos y mensajes electrónicos de nacionales norteamericanos con terroristas extranjeros y las comunicaciones puramente extranjeras, pero que se realizan a través de redes de comunicación norteamericanas. Una verdadera expedición de pesca (*fishing expedition*, como se conoce en la jerga legal y periodística a este tipo de operaciones de búsqueda indiscriminada de información).

Ya vimos que Ziulu, en su obra *Estado de sitio*, demuestra que el poder político hizo un abuso cuantitativo y cualitativo de ese instituto. En lo cuantitativo, afirma que lo declaró en 52 ocasiones en nuestra historia (a la que hay que agregar la declaración que hizo el presidente Fernando de la Rúa, en 2001), con lo cual siguió la tónica con la que usó los distintos institutos de emergencia, haciendo abuso de éstos para expandir las atribuciones del gobierno federal. Y en lo cualitativo, el estado de sitio fue mantenido mucho más allá de las motivaciones que le dieron origen. En suma, se ha declarado el estado de sitio, en todas las ocasiones —excepto una— por conmoción interior, y muchas de ellas fueron declaraciones para abusar del poder, más que respuestas a motivaciones reales. Para agravar el cuadro, según el mismo autor, de los 52 casos de estado de sitio por conmoción interior, en el 61% de las ocasiones el estado de sitio fue declarado por el Poder Ejecutivo, y sólo en el 31% lo hizo el Congreso. También sabemos, por nuestra historia, que la intervención federal se convirtió en un instrumento corriente de los gobiernos para maniatar a provincias de signo político opositor. Lo mismo ocurre con los más de mil decretos de necesidad y urgencia dictados a lo largo de nuestra historia o con la delegación legislativa.

Permitir que el poder político eche mano a algún instituto de emergencia y, sobre esa base, aproveche la oportunidad para restringir la libertad de expresión equivale a entregar la libertad al cuidado del carcelero. Así, la libertad de expresión quedaría dócilmente sometida a la disciplina del presidente o de la mayoría legislativa: cada vez que el Poder Ejecutivo o la mayoría dominante en el Congreso pudiera justificar políticamente una emergencia —real o no—.

E. Criterio restrictivo de estado de sitio: no se pueden restringir las garantías de la expresión

Vimos, ya, que en épocas de normalidad, considero abiertamente inconstitucional aquella legislación —por ejemplo, la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires y el artículo 71, inciso f, del Código Electoral Nacional— que impone restricciones a la emisión de información. Estimo que ello es inválido, porque constituyen actos legislativos de censura previa, y los fallos que convalidan esas normas son actos judiciales del mismo tenor, e igualmente contrarios a la Constitución (artículos 14 y 32, CN). En el capítulo arriba referido estudié un listado de razones que prueban que esa jurisprudencia se apoya sobre ideas desacertadas y argumentos errados.

Ahora bien, recordemos, ya adentrándonos en la emergencia, que desde la óptica de algunos constitucionalistas, como Rébora, Sánchez Viamonte, Linares Quintana, Romero, Badeni y Hernández, a la que suscribo (véase capítulo quinto de la tercera parte y las razones que expongo), el instituto del estado de sitio, tal como está regulado en la Argentina, no habilita a suspender la libertad de expresión. Además, recurriendo al argumento del paralelismo (véase argumento 12), nuestra jurisprudencia nunca sostuvo que la declaración del estado de sitio —obviamente, en periodos de gobiernos democráticos— habilita la suspensión de la inmunidad de expresión de los legisladores,⁹³⁹ aun cuando las expresiones de los legisladores en el Congreso pueden ser tan perturbadoras como las que se formulan por los medios de comunicación. Pues bien, si la garantía de expresión de los legisladores no se puede suspender ni siquiera durante el estado de sitio, tampoco se deben considerar suspendidas las garantías de expresión de los ciudadanos.

Sin embargo, admite que la interpretación de la Corte, de carácter finalista (véase casos *Sofía* y su progenie) no concuerda con este criterio. Y asumo que buena parte de la doctrina no admite el criterio restrictivo de interpretación del artículo 23, CN, por lo cual estos autores y jueces no estarán dispuestos a aceptar que la primera de las normas sea más favorable que el artículo 27 de la Convención Americana: en definitiva, tanto una como la otra habilitarían a suspender las garantías de la expresión. Por eso, debo avanzar aún más con la argumentación.

Realmente no imagino cómo los partidarios de la tesis finalista, que admiten que se pueda restringir la libertad de expresión cuando lo justifican los fines perseguidos, pueden aceptar también que se suspenda el debido proceso. Hagamos una supresión mental hipotética del artículo 27 de la Convención, y quien acepta una teoría finalista debe, inexorablemente tolerar ambas suspensiones, ¿Se atreverían, hoy, a la luz de las críticas despertadas por las irregularidades de las cárceles de Guantánamo, a decir que se suspende la garantía del debido proceso o del juez imparcial para los terroristas que amenazan con hacer estallar una bomba? Creo que no. Creo que la teoría finalista falla. Pero, aún así, avanzaré en la búsqueda de otras respuestas.

⁹³⁹ En CSJN, *Fallos*, 54:432, se estableció que durante el estado de sitio no es viable la detención de los legisladores vulnerando sus prerrogativas constitucionales.

F. Si usted no se adhiere a la tesis restrictiva del estado de sitio, podemos dar una primera respuesta a la existencia del artículo 27 de la Convención Americana —que habilita la suspensión de la libertad de expresión—: adviértase que el artículo 29 de la Convención Americana autoriza a aplicar la solución más favorable a la libertad, y las normas de los artículos 14, 32 y 43 de la Constitución argentina son más favorables que las interamericanas

Concebida la prohibición de censura previa en términos absolutos, hay que concluir que la expresión no puede ser restringida ni siquiera mediante debido proceso legal, ni siquiera en tiempos de crisis, porque no se aplica un criterio de ponderación de intereses. Así, la libertad de expresión es un listado de actos en los que la legislatura no se puede inmiscuir. La expresión no puede estar sujeta a ponderación con otro interés social importante (Meiklejohn). Para la primera enmienda, la integridad de la discusión pública y la protección de la seguridad pública son intereses coincidentes —no distintos, entre los que haya que optar—.

La garantía de la libertad de expresión es particularmente importante en épocas de crisis, pues en épocas de normalidad hay menos oportunidades para molestar a lo que dice otra persona. La emergencia es la prueba de cuánto creemos en la libertad. Y parece un contrasentido silenciar a las minorías en aquellas épocas de crisis, cuando ellas pueden tener algo valioso para decir.

Artículo 27. Suspensión de garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3o. (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4o. (Derecho a la Vida); 5o. (Derecho a la Integridad Personal); 6o. (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9o. (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Dere-

chos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Se podría decir que la interpretación que venimos formulando en esta tesis choca con el artículo 27 de la Convención, que parece no dar base para sostener una postura absoluta, pues no incluye a la libertad de expresión entre las garantías que no se pueden suspender.

Es evidente que el artículo 13 de la Convención, sobre libertad de pensamiento y expresión, no se encuentra enumerado entre aquellos derechos que el artículo 27.2 califica como no susceptibles de suspensión. Esta observación parece ser una respuesta contundente a mi pretensión de extender el carácter absoluto de las garantías de la expresión a los periodos de emergencia.

Pero hay una respuesta importante, que no debe ser soslayada: el artículo 29 de la Convención nos remite a la aplicación de la norma más beneficiosa, y las normas sobre expresión de la Constitución nacional brindan una protección mayor que la que surge del artículo 13.

Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquier de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En efecto, el artículo 29 de la Convención, apartado b, dice que la Convención Americana no puede ser interpretada en el sentido de permitir limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido en las leyes nacionales. Es decir, la Convención es el piso de la protección (artículo 29, a), pero se aplica la legislación nacional si la protección brindada al derecho es mayor (artículo 29 b). Del mismo modo, el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, también es una barrera para esos tratados, pues dice que los tratados que enumera, entre los que figura la Convención Americana, “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos”.

Entendiendo, entonces, que en virtud de las normas citadas en materia de libertad de expresión el intérprete debe aplicar, preferentemente, las normas constitucionales argentinas, antes que las normas de la Convención.

G. El artículo 27 de la Convención permite suspender las garantías de expresión, pero no permite suspender el ejercicio de los derechos políticos (artículo 23) y, por ende, tampoco la expresión estrechamente vinculada con el ejercicio de esos derechos

También hay que tener en cuenta que el ya transcrito artículo 27 de la Convención prohíbe suspender los derechos políticos a participar en los asuntos públicos y a votar y ser elegido (artículo 23 de la Convención), y si bien ese artículo no inhibe expresamente la suspensión del derecho a la libertad de expresión (artículo 13 de la Convención), pareciera una contradicción que se garantice el derecho a participar y que, al mismo tiempo, se puede suprimir la libertad de expresión esencial que la participación sea informada. Ya vimos anteriormente la opinión de García Ramírez en esa dirección. En efecto, el artículo 23, párrafo 1, prescribe el derecho de los ciudadanos de “a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”. Sinceramente no veo cómo se podría suspender la libertad de expresión sin afectar el artículo 23, párrafo 1.

García Ramírez, presidente de la Corte IDH, confirma esa interpretación cuando afirma que es indispensable que se proteja y garantice el ejercicio del debate político que precede a las elecciones de las autoridades es-

tatales. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos. El debate democrático implica que se permita la circulación de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos por parte de los propios candidatos, de los medios de comunicación y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información” (Véase su trabajo citado en el capítulo cuarto de la segunda parte).

H. *Pero, en busca de formular una interpretación más amplia aún, encuentro un último argumento en una interpretación restrictiva del artículo 27 de la Convención: dicha norma sólo autoriza a suspender la libertad de expresión y sus garantías cuando, conforme con los términos de la Convención y los estándares elaborados por la Corte IDH, cuando está en juego la independencia o seguridad de Estado a punto tal de que exista el riesgo de que se quiebre o desaparezca el sistema representativo. El criterio es doblemente útil: a) por un lado, a nivel social, se debe entender que esa situación extrema y completamente excepcional no se configura con una simple situación de emergencia, sino con una situación de una magnitud superlativa (por ejemplo, un país bajo el fuego enemigo o terrorista, pero no la simple amenaza de ello), pero cuando este está presente es natural que el Estado pueda suspender los derechos y garantías, pues ya no hay márgenes para que éstos puedan seguir existiendo; b) por otro lado, a nivel individual, la ruptura del sistema representativo puede tener lugar para una persona física individual que está amenazada de perder la vida, a manos de un atentado o a manos del Estado que le aplicará la pena de muerte. Cuando se presenten ambas situaciones, no habrá margen para invocar las garantías de la expresión, porque, en esas circunstancias, ya estaremos fuera del límite externo y los contornos mismos de la subsistencia del Estado.*

Desarrollé largamente este argumento en el capítulo 8, 3a. parte. El artículo 27 de la Convención Americana, pero lo resumo nuevamente.

Las condiciones que establece el artículo 27, para la suspensión de los derechos —entre los que se pueden suspender está el de expresión y prensa— y que la Corte IDH reiteró en muchas causas (v. gr. casos Durand y Ugarte vs. Perú y Loayza Tamayo vs. Perú), son cinco: 1) exista guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado; 2) se declare la suspensión de uno o varios derechos, excepto los enumerados en el artículo 27.2, que no se pueden sus-

penden —ni se suspenden las garantías de hábeas corpus y amparo necesarias para la protección de estos derechos del artículo 27.2—.; 3) las disposiciones que se dicten sean en medida y tiempo estrictamente limitados a las exigencias que plantea la situación; 4) las medidas no sean incompatibles con otras obligaciones internacionales ni sean discriminatorias; 5) el Estado debe informar a los demás Estados parte.

Es decir, en los casos en que están dadas las condiciones que establece el artículo 27 de la Convención, se pueden suspender los derechos y, entre ellos, la libertad de expresión (artículo 13 de la Convención). El tema, en rigor, parece simple: es posible imaginar que, en tales casos, si el gobierno declara una emergencia y, por lo tanto, puede disponer medidas de censura, también podrá disponer medidas tendientes a revelar el secreto periodístico (interrogar al periodista, detenerlo, secuestrar sus documentos o materiales de trabajo, disponer allanamientos o interceptar sus comunicaciones). Sin embargo, las cosas no son tan sencillas como parecen.

1) *Las razones de seguridad del artículo 27, que autorizan la suspensión de las garantías de la libertad de expresión, son más graves que las razones de seguridad nacional del artículo 13, que sólo consienten las responsabilidades ulteriores.*

Por lo pronto, la interpretación de la Convención deja abierto un problema, que los órganos del pacto no resolvieron, y aquí propongo una respuesta. El artículo 13 del Pacto establece que la libertad de expresión no puede estar sujeta a censura previa, sino tan sólo a responsabilidades ulteriores, fijadas expresamente por la ley y necesarias para asegurar, entre otros objetivos, la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Por otro lado, el artículo 27, para suspender las garantías de la expresión, establece como requisito que exista, como supuesto de hecho, guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

En el capítulo citado desarrollé mi posición acerca de que las razones de seguridad pública a la que alude el artículo 13, frente a las cuales no se puede ejercer siquiera la censura previa, son razones de distinta intensidad que la guerra, peligro público y otra emergencia que amenacen la independencia o seguridad del Estado. Es decir, para llegar a aplicar válidamente el artículo 27, el Pacto exige que exista un supuesto de emergencia de una gravedad mucho mayor que el supuesto de hecho que autoriza una restricción ulterior.

Para ello sostengo varias razones: a) si las situaciones de inseguridad fueran idénticas o equivalentes, habría que aceptar que el gobierno, frente a una situación de inseguridad real, ficticia o provocada por la autoridad, le bastaría con declarar la emergencia e invocar esa misma inseguridad del artículo 13 para establecer una censura, algo que ese artículo le prohíbe; b) la Convención usa dos expresiones que son distintas: seguridad nacional (artículo 13) y seguridad del Estado (artículo 27); c) esta interpretación es compatible con el carácter excepcional de las restricciones, y tiene la ventaja de indicarle al gobierno nacional un estándar más intenso, restando margen a la discrecionalidad de la política nacional; d) los fallos de la Corte IDH tampoco usan las expresiones como sinónimos (por ejemplo, en el caso Palamara Iribarne se hace referencia al supuesto de restricción del artículo 13 como seguridad nacional o seguridad pública, pero no se habló de seguridad del Estado —en ese caso, no hubo declaración de emergencia, por lo cual la Corte IDH analizaba responsabilidades ulteriores.

2) *Las situaciones de emergencia que habilitan restricciones deben ser interpretadas de manera estricta, para evitar que el poder, usando conceptos muy laxos, pueda abusar de las restricciones.*

Tomamos en cuenta los límites que, a priori, puede imponer una restricción a la libertad de expresión, que, incluso, justifique la censura previa: dice el artículo 27: son la “guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado”.

Pareciera que en una situación de guerra el gobierno puede establecer la censura, por ejemplo, para prohibir que se informe sobre el desplazamiento de tropas, se muestren imágenes del campo de batalla o se filtren datos de seguridad. Ésos y otros casos pueden poner en riesgo la independencia o seguridad del Estado. Pero también puede ocurrir que el Estado intente abusar de esas situaciones, sobre todo cuando invoca una emergencia por estado de conmoción interior que ponga en tela de juicio la seguridad del Estado. Por otra parte, ¿alcanzará esa alegada emergencia para justificar que se levante el secreto de las fuentes que, por ejemplo, permiten elaborar un nota periodística que le esclarezca a la ciudadanía que el poder político está conduciendo en forma desastrosa la guerra y que, tal vez, es necesario avanzar hacia la firma de un tratado de la paz? ¿Podría el poder político pretender censurar una nota que hable de los negociados de corrupción que se hacen al amparo de esa supuesta campaña de guerra? Estas notas, hechas sobre la base de fuentes que fil-

tran información, servirán para demostrar, por un lado, que los problemas de seguridad son grandes —incluso, por la elocuencia de esas mismas filtraciones— y, por el otro, alertar a la sociedad sobre los peligros que la acechan. Por otro lado, ¿puede una guerra, llevada adelante a miles de kilómetros del país —como por ejemplo, las que se desarrollan en Medio Oriente respecto de las potencias que están involucradas en su desarrollo— para justificar una censura de los medios dentro de alguna de esas distantes potencias, cuyo propio territorio no está amenazado por guerra alguna?

Guerra, peligro público u emergencia (que afectan la seguridad del Estado) pueden, a priori, ser justificaciones comprensibles, pero son muy vagas o amplias.

Del otro lado de la fórmula del artículo 27, cuando se habla de la *seguridad del Estado* (afectada por aquella guerra, peligro público o emergencia), también hay problemas, según vimos más arriba.

Hay, a su vez, un tercer cuadro de problemas vinculados con la laxitud, no de las situaciones de hecho, sino de los motivos que habilitan las injerencias.

En la Convención Europea, el artículo 10 dice que las medidas restrictivas deben ser “necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”. Se ha dicho que, en gran parte, debido a la redacción del propio precepto, que, contiene una lista extensa y tan confusa de límites que han sido escasamente concertados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es relativamente fácil ubicar la medida litigiosa en alguno de ellos (Catalá i Bas) y justificar la injerencia. Incluso, la voz “seguridad del Estado” es muy amplia. La Convención Europea usa la expresión “seguridad nacional”, pero se la invocó, en muchos casos, con la defensa del orden público u otros factores de peligro que hizo difícil saber a ciencia cierta si el ataque pone en peligro uno u otro valor, con el agravante de que el TEDH no se detiene especialmente en graduar la intensidad del peligro que se cierne, en su caso, sobre los intereses generales, sino que le basta constatar la existencia del peligro. En principio, dice la doctrina, puede deducirse que las situaciones que ponen en peligro la propia subsistencia del Estado infringen la seguridad

nacional, mientras que las que no ponen en peligro dicha subsistencia infringen la seguridad pública y el orden público (Catalá i Bas). Por suerte, en la Convención Americana el listado es más acotado: guerra, peligro público o emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. Los objetivos legítimos que justifican restricciones son menos y mejor definidos.

3) *Según la fórmula del artículo 27 de la Convención, no cualquier invocación de seguridad nacional, en principio, justificaría una restricción, sino tan sólo aquellas situaciones de seguridad, peligro o emergencia que ponen en riesgo la independencia o seguridad del Estado.*

En suma, como venimos viendo, no cualquier peligro público o cualquier emergencia justifican una restricción a la libertad de expresión, sino que cualquiera que sea la calificación que el Estado asigne a la situación de hecho (emergencia, peligro, seguridad nacional, etcétera), a esa situación debe ser de gravedad tal que coloque en juego la independencia o la seguridad del Estado. Se trata de una fórmula de dos extremos, y ambos deben estar presentes para justificar la restricción.

4) *Los criterios de control de validez de las injerencias diseñados en distintas latitudes son parecidos, pero no son idénticos, y no se compadecen necesariamente con el diseñado por la CIDH.*

Simplemente quiero recordar, en estas breves líneas, la disparidad de criterios de ponderación que trazó la jurisprudencia a la hora de enfrentar problemas de libertad de expresión y de secreto periodístico, lo cual hace aún más aconsejable ceñirse a criterios ciertos y determinables de evaluación.

Así, a sólo título de ejemplo, recordemos lo que vimos en los capítulos anteriores, donde sin pretensión de hacer una enumeración taxativa encontré más de una docena de test distintos elaborados por la jurisprudencia:

A) En aquellos distritos de los Estados Unidos donde no existe una ley que reglamente la protección de la fuente, se han ido desarrollando varias doctrinas (véase capítulo segundo de la segunda parte); el juez debe acceder a ordenar el levantamiento del secreto periodístico cuando:

1) *Regla de la probabilidad razonable*: existe una probabilidad razonable de que la información requerida es relevante para la cuestión judicial (*reasonable likeness test*);

2) Regla sobre el corazón del asunto: la información solicitada va al fondo del asunto sobre el cual trata el caso (parámetro utilizado en el caso Garland; *the heart of the matter test*).

3) *Regla del peligro a que se malogre la justicia*: la parte que solicita la información en poder del periodista debe probar que existe una causa probable para creer que el periodista tiene información relevante para el caso, que el único medio de obtener esa información es obligar al periodista a que comparezca a declarar, y que si no se obtiene esa información, ello redundaría en un fracaso de la justicia. En algunos casos jurisprudenciales se invirtió la carga de la prueba, poniendo sobre el fiscal la tarea de probar que ya se habían examinado otros medios alternativos, que hay razones para pensar que la declaración del periodista es esencial para la solución final del caso, sin cuya cooperación se malograría la justicia (*miscarriage of justice*).

4) *Doctrina de la necesidad apremiante*: el periodista no puede ser obligado a revelar la fuente hasta que el Estado no demuestre que existe una necesidad apremiante e interés urgente para que se obtenga esa información (*compelling need*). La Corte Suprema, en el voto de mayoría, rechazó aplicar esta teoría en el caso Branzburg, al establecer que un periodista no tiene ningún privilegio a negarse a comparecer ante el gran jurado hasta que el Estado demuestre una necesidad compulsoria de su testimonio. Pero la mayoría no fue categórica y, el *justice Stewart*, en su disidencia, se basó en que: 1) el Estado debe mostrar causa probable, 2) que la información no puede ser obtenida por otro procedimiento alterno, menos lesivo del derecho de la libertad de prensa, y que existe un interés sustancial y una necesidad apremiante en la información solicitada.

B) A nivel federal, los jueces de la Corte aplicaron varios test distintos:

1. *No hay test posible y se niega el secreto* (mayoría de la Corte en Branzburg), porque los periodistas no tienen un privilegio constitucional a buscar información mediante el secreto.

2. *No hay test posible y se afirma el secreto*, con resultado contrario (Douglas, en el caso Branzburg): siempre prevalece la libertad de expresión. No hay test posible.

3. Test de balanceo caso por caso y buena fe del tribunal requirente: es el test del quinto voto de la mayoría en el caso Branzburg (Powell); hay que analizar caso por caso y analizar si el gran jurado actúa de buena fe frente al periodista.

4. *Test de balance de intereses de tres pasos* (Brennan, Stewart y Marshall. Stewart, disidencia en el caso Branzburg): hay que ponderar: 1) que existe causa probable que el periodista tenga información que es relevante para esclarecer un específico probable caso ilegal; 2) que el gobierno no podría obtener esa información por otra vía menos destructiva de la primera enmienda; 3) que el gobierno tiene un interés prevalente y superior en obtener esa información. Si el gobierno hace esa triple demostración, el periodista no tiene recurso para oponerse a revelar la información. Un criterio que es una suerte de síntesis de los criterios del *matter test*, *compelling need* y *reasonable likeness test*. Evidentemente, este criterio es mejor que nada, pero la verdad es que el periodista también queda expuesto a una alta dosis de incertidumbre, como en los demás casos.

C) Sistema Europeo de Derechos Humanos (capítulo tercero de la segunda parte):

1. *Test del escrutinio estricto*, cuando están en juego cuestiones de libertad de expresión y quienes la ejercen son los periodistas, que recibieron un tratamiento preferencial en comparación con otros grupos.

2. *Test del examen sumamente escrupuloso* que usa el TEDH cuando hay un problema de confidencialidad de fuentes (caso Goodwin y siguientes). Allí se analiza si: 1) la injerencia está prevista en la ley; b) si apunta a algunos de los objetivos previstos en el artículo 10 de la Convención; 3) si la injerencia es necesaria para una sociedad democrática, donde necesario no es sinónimo de indispensable o absolutamente necesario, pero tampoco tiene la flexibilidad de lo admisible, normal, útil, razonable u oportuno; 4) a la hora de evaluar el punto 3, analiza: a) si existe una necesidad social imperiosa (concluyente), y b) si la injerencia es proporcionada. El TEDH siempre se mostró *pro-communicatione*, y a pesar de que el secreto periodístico no está previsto en el artículo 10, siempre le dio protección. Esto es también muy importante, porque el sistema interamericano (capítulo tercero de la segunda parte) determinó que la protección del sistema europeo es el piso de la protección en el sistema interamericano.

D) En la Argentina:

1. *Test de la razonabilidad* (criterio habitual de la Corte), que incluye el control de la proporcionalidad de la medida.

2. *Test mixto*, según lo llamo, porque conjuga criterios: lo usó la Cámara Federal porteña en el caso Catán, donde invocó criterios tan dispa-

res como los casos *Branzburg* (Corte Suprema de los Estados Unidos), *Goodwin* (TEDH) y la Corte IDH. La Cámara evaluó si: 1) la medida debe ser necesaria para los fines legítimos perseguidos (pero no se refiere a la necesidad para la democracia); 2) si no hay otro medio menos restrictivo del derecho, criterio de balanceo de intereses usado en el caso *Branzburg* por la minoría encabezada por Brennan y usada expresamente por la Corte IDH en la OC-6/85).

3. *Test del escrutinio estricto* (en la Corte Suprema lo sostuvieron *Belluscio*, *Petracchi* y, por remisión al voto de ellos, *Zaffaroni*, en la causa *ATA vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*: quien dictó la restricción debe probar mucho más que la mera razonabilidad de la norma, pues debe acreditar que ésta es necesaria para el logro de un apremiante interés público. Se acerca, así, a uno de los criterios norteamericanos, pero también cita al TEDH diciendo que las medidas deben ser necesarias para la sociedad democrática).

Reitero que en modo alguno esta enumeración de criterios de control que utilizan distintos tribunales pueden justificar que se levante o no el secreto periodístico, que pretende ser taxativa. Me imagino que revisando la jurisprudencia de otros países se encontrarán otros esfuerzos desarrollados por abogados defensores, abogados estatales y jueces, para justificar alguna intromisión o para rechazarla.

Pero la enumeración apunta a señalar que aún algunos de estos test puedan reducirse a otros, combinarse, o refundirse; el ciudadano, el periodista y todos los operadores del sistema corren el riesgo de perderse en una maraña de requisitos, palabras vacuas e interpretaciones, que muchas veces puedan llevar a un resultado u otro. Todo esto, con grave riesgo para la libertad de expresión.

Mientras se considere que la libertad de expresión no tiene algún perfil absoluto, el gobierno, los jueces o los jurados encontrarán motivos y test suficientes para hacer de los criterios de ponderación un juego de azar. El periodista, antes de ser juzgado, no sabrá a lo que se expone. Después, cuando le sortean el tribunal del caso, tampoco, porque habrá que ver, en cada distrito, en cada tribunal y en cada composición, cuál de esos muchos criterios se adopta.

5) *Aun teniendo en claro cuál es el criterio de control de validez que utiliza la Corte, frente a la amplitud de los términos que justifican la invocación del artículo 27, es necesario buscar un criterio interpretativo*

firme: lo encuentro en la OC-8/87, que aconseja interpretar esas normas desde la óptica del artículo 3o. de la Carta de la OEA (la preservación de la democracia representativa)

En cuanto al test de control de validez de la medida restrictiva frente a la Convención, si bien la Corte IDH nunca tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el secreto periodístico, en materia de libertad de expresión y de prensa ha dicho que hay que evaluar: 1) *la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones* a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo; 2) entre varias opciones para alcanzar ese objetivo *debe escogerse aquella que restrinja en menor escala* el derecho protegido —no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza, y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión⁹⁴⁰—, y 3) *recae sobre el Estado la carga de probar* que las derogaciones son necesarias a la luz de lo que exija la situación.

Ahora bien, más allá de la existencia de ese criterio de ponderación, a la hora de aplicar el artículo 27 de la Convención, creo que debe prestarse especial atención a las opiniones consultivas OC-8/87 y la OC-9-87, que interpretan aquella norma.

El desarrollo de la OC-8/87 se hizo en el capítulo noveno de la tercera parte. Además de examinar los motivos por los que no cabe suspender las garantías de amparo y hábeas corpus, la Corte IDH examina algunos de los problemas generales involucrados en la interpretación del artículo 27. Me interesa aquí, sin embargo, destacar aquellos párrafos donde la Corte habla de la suspensión de las garantías, de los abusos a que ello da lugar por parte de los gobiernos y de la búsqueda de un criterio de solución.

⁹⁴⁰ Casos Ricardo Canese, Herrera Ulloa y La colegiación obligatoria de periodistas, opinión consultiva OC-5/85.

Afirmó la Corte IDH en esa opinión consultiva, que

...el análisis jurídico del citado artículo 27 y la función que cumple debe partir de la consideración de que es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales. Se aplica únicamente “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte...”. La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos.

Por ello, la Corte IDH agregó que “dentro de los principios que informan el sistema interamericano”, la suspensión de garantías

...no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa” a que alude el artículo 3o. de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”.

Nótese que un criterio similar es el que elaboraron los Principios de Johannesburgo (*cf.* capítulo cuarto de la segunda parte).

En mi opinión, este párrafo es la clave de bóveda del problema:

Según la Corte IDH, la suspensión de las garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3o. de la Carta de la OEA.

En mi entender, ese objetivo (la preservación de la democracia representativa, expresado fuera de la Convención) es el que permite leer el artículo 27 correctamente: no sólo no se pueden suspender las garantías judiciales, sino que aquellas restricciones que sí son admisibles para salvaguardar la independencia o seguridad del Estado sólo lo serán

cuando la independencia o seguridad del Estado estén amenazadas con un riesgo tan elevado que ponga en tela de juicio el sistema representativo mismo.

La Corte IDH también dijo allí que la Convención:

...lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia.

Y aclara a continuación:

Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a las exigencias de la situación resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.

Finalmente, recuérdese que, según lo dijimos en el argumento número 23, la propia Convención no autoriza a suspender, ni siquiera por esa emergencia extrema, los derechos políticos durante época de elecciones (artículo 23 de la Convención), y, por consiguiente, la libertad de expresión que permite ejercer esa participación tampoco puede ser suspendida, lo cual cobra especial sentido a la luz de la plena vigencia del sistema representativo.

6) *Una interpretación del control que ejerce la Corte IDH sobre la suspensión de las garantías de la libertad de expresión, a partir de una utilización abarcadora de los conceptos volcados por ese tribunal y las normas del Pacto, me lleva a proponer un control muy estricto de la necesidad de la injerencia que justifica la validez de la medida restrictiva sólo cuando esté en riesgo a independencia o la seguridad del Estado, que produciría como consecuencia una ruptura (o, si se quiere, una distorsión insoportable, que lo vuelva irreconocible) del sistema representativo*

El juez, a la hora de evaluar restricciones a la libertad de expresión y de prensa y a sus garantías, debe distinguir entre distintas familias de casos:

A) Casos donde se analizan medidas que intentan restringir la libertad a priori, que chocan con el artículo 13, o donde se analizan medidas que la restringen a priori o a posteriori y que chocan con el artículo 23

Entran aquí las medidas de censura previa y las restricciones indirectas, anteriores o posteriores (incluida la exigencia de levantar el secreto periodístico), que son equiparables, por sus efectos, a la censura previa: todas ellas están prohibidas por el artículo 13. También entra en esa situación la prohibición de restringir la prensa cuando pone en juego los derechos políticos (artículo 23) que no se pueden suspender ni siquiera en emergencia. En este caso, no tiene sentido que el juez utilice un criterio de ponderación: más bien, debería aplicar un criterio de constatación para reafirmar, siempre, la supremacía o primacía o preferencia de la libertad de prensa y declarar inválidas las restricciones.

B) Casos donde se discute sobre leyes que establecen responsabilidades ulteriores para asegurar los fines del artículo 13

En estos supuestos hay que tener en cuenta que las responsabilidades ulteriores sólo son válidas en la medida en que, indirectamente, no produzcan el mismo efecto que la censura (Comisión IDH, casos Verbitsky; Corte IDH, casos Palamara Iribarne y otros varios ya vistos en esta tesis). En esta familia de casos en que están en juego las responsabilidades ulteriores que llamo puras, el juez deberá evaluar si la ponderación de intereses en juego para evaluar, conforme con reglas establecidas de responsabilidad (doctrina de la real malicia, de la Corte Suprema de los Estados Unidos; doctrina del distinto umbral de responsabilidad, que usa la Corte IDH o su par europea, o cualquier otra) si está frente a: *a)* un funcionario público, en cuyo caso, teniendo en cuenta el significado republicano de la libertad de expresión, deberá hacer un control estricto de la necesidad de la restricción —conforme con la terminología de la Corte IDH— o, *b)* si la persona afectada por la información publicada fue un simple particular, en cuyo caso debe hacer una ponderación de intereses. Pero, aún en este caso de responsabilidad ulterior, deberá tener en cuenta que las normas no autorizan el levantamiento del secreto periodístico, algo que tampoco es necesario, sino que el daño se repara por vía de las responsabilidades ulteriores.

C) *Casos donde sí está habilitada la suspensión de la libertad de expresión y de sus garantías (artículo 27)*

En estos casos el juez habrá de constatar si hubo previa declaración de emergencia, en los términos de la Convención, y en esos casos no deberá utilizar el criterio de preferencia que propongo para los casos A ni el criterio de ponderación que se usa habitualmente para los casos B, sino un criterio de necesidad como el que usa la Corte IDH, conforme con la interpretación estrictísima arriba desarrollada.

7) El criterio de interpretación propuesto (ruptura del sistema representativo) para leer correctamente el artículo 27, que habilita la declaración de emergencia y la suspensión de garantías para salvaguardar la independencia o la seguridad del Estado, es muy fructífero, porque permite contar con un criterio cierto para los conflictos prensa-Estado y, al mismo tiempo, un criterio cierto para los conflictos prensa-individuo: una o muchas personas podrán exigir, mediante el juez, que el periodista les revele una prueba decisiva para ellos cuando esté en riesgo la vida de esas personas, que de otra forma podrían directamente ser excluidas del sistema representativo.

Como el artículo 27 autoriza a suspender las garantías de expresión en caso de emergencia para la independencia o seguridad del Estado, y la medida restrictiva debe tener por fin —según lo estudiado más arriba— asegurar el sistema representativo, propongo interpretar que el levantamiento del secreto periodístico, en ese caso extremo, sí es admisible. Se dirá que esto invalida mi tesis. Pero no lo creo, pues más que una excepción al carácter absoluto del secreto periodístico, es su frontera: si está en riesgo real la subsistencia misma del Estado o su seguridad es puesta en jaque a tal extremo que el sistema representativo puede desaparecer —esto es, puede producirse la desaparición misma de las autoridades y del sistema de gobierno—, en este caso no parece tener sentido, por un lapso brevísimo y estrictamente necesario, la libertad de expresión ni sus garantías.

Hay muchas razones para adherirme a este criterio.

- Da certeza interpretativa.
- La Corte IDH, como vimos, remitió en una de sus opiniones consultivas al criterio de preservación del sistema representativo.
- Ese criterio interpretativo se aproxima notablemente a otro argumento que fue defendido por Meiklejoh, y que fue explicado

en el capítulo segundo de la segunda parte: el legislador goza de una inmunidad absoluta de expresión que no cede ni en época de emergencia y, por lo tanto, a mi entender, el ciudadano no debe tener un margen de libertad menor.

- Un criterio similar fue elaborado por Brandeis, corrigiendo paulatinamente el criterio que había adoptado con Holmes sobre la doctrina del peligro claro y actual. Para ese juez, la palabra sólo podría ser restringida cuando no hay ningún margen para la subsistencia del sistema deliberativo de los partidos políticos. Y, también, este es el criterio desarrollado en los Principios de Johannesburgo.
- Por cierto, la Corte IDH nunca exigió en alguno de sus fallos que existiera un riesgo tan extremo de ruptura del sistema representativo. Pero entiendo que es perfectamente defendible esta posición, si se tiene en cuenta: *a)* la primacía que la Corte IDH le asigna a la libertad de expresión; *b)* la importancia que le dan las normas del Pacto, que prohíben restricciones previas y sólo las consienten en casos excepcionadísimos del artículo 27 (según vimos en los capítulos décimo de la tercera parte y, en el actual, capítulo 10, 3a. parte, y en el actual capítulo—; *c)* la trascendencia política que tiene la libertad de expresión, sin descuidar que también debe protegerse tal libertad por razones no políticas (capítulo 28); *d)* el hecho de que la misma Convención, en el artículo 27, le ponga un límite a la suspensión de la libertad de expresión cuando están en juego los derechos políticos (artículo 23).

Ahora bien, ya nos referimos ampliamente al conflicto prensa Estado-gobierno, a lo largo de toda esta tesis.

Veamos, ahora, más de cerca el conflicto prensa-individuo.

La Convención no autoriza, a mi entender, ningún supuesto de levantamiento del secreto a favor del individuo en tiempos de normalidad, porque si no consiente la censura previa y las restricciones indirectas, sino solamente las responsabilidades ulteriores, no puede el juez, por esa vía, buscar una brecha para levantar el secreto periodístico. Frente a una prohibición como la del artículo 13, no veo margen para levantar el secreto. Esta conclusión me parece perfectamente lógica, por otras tres razones:

- a) *El interés privado no puede prevalecer sobre el interés social de la prensa.* Quienes en los Estados Unidos criticaron la opinión del caso Branzburg o el criterio elaborado por la progenie de causas que siguieron a ese confuso caso, advirtieron que el *interés privado* que puede invocar un imputado o su defensor a favor de obtener la prueba que está en manos del periodista no puede prevalecer sobre el interés público de la libertad de prensa.
- b) *El interés público de la justicia no puede prevalecer sobre el interés público o social de la libertad de prensa.* Si se acepta, como todos lo hacen, que las garantías de la libertad de expresión son garantías frente al poder (heterólogas, en los términos de Ciuro Caldani),⁹⁴¹ y ése fue el sentido del surgimiento de las libertades clásicas, y en particular de la expresión (capítulos tercero y cuarto de la tercera parte), no debe aceptarse que una de las ramas del poder, el Poder Judicial, invoque un abstracto interés de reforzar la autoridad de los tribunales —como hacen los gran jurado y los jueces norteamericanos— para pedirle al periodista que revele su fuente. En definitiva, siempre hay que intentar evitar que el poder político se esté valiendo del brazo judicial para perseguir al periodista.
- c) *El asunto no se puede definir por la gravedad del delito, porque el periodista no fue su autor, y no puede perjudicarse por la gravedad del delito cometido por otro.* No hay motivo para tener en cuenta la importancia del delito investigado, a la hora de decidir si el secreto periodístico ha de ceder o no, porque el periodista no es responsable del delito, y sólo informa o investiga. Si se adoptara ese criterio, habría que concluir que el periodista que investiga un homicidio o un caso de corrupción tiene una dosis o *quantum* de secreto menor que el que investiga una lesión en un estadio deportivo o el que informa sobre un choque. Y, en rigor, la libertad de expresión para existir para lo segundo, pero, también, y mucho más aún, para lo primero. Además, buena parte de lo que informan o investigan los medios no pasa por lo delictual.

Ahora bien, si se acepta el criterio interpretativo que propugno, se puede abrir una puerta para entender que en caso de emergencia gravísima que ponga en juego la independencia o la seguridad del Estado y el siste-

⁹⁴¹ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 231.

ma representativo, es posible levantar el secreto periodístico si este sistema representativo está en riesgo para el individuo.

Dicho de otro modo: el secreto periodístico puede ceder cuando el individuo corre el riesgo de ser excluido definitivamente del mismo.

En efecto, si existe un riesgo inminente de supervivencia para el sistema político mismo o para el país, o bien ese sistema representativo está en grave riesgo para el individuo, ya sea porque están amenazadas sus vidas o porque la persona está en el trance de ejecución de la pena de muerte —situaciones que ponen en riesgo la subsistencia del sistema representativo para esa o esas personas—, se podrá construir una causa que permita levantar el secreto periodístico. Evidentemente, son estas situaciones realmente excepcionales, y el juez debería evaluar, aun cuando se presenta este caso, que quizá el periodista también corra riesgo de vida si revela la fuente.

Se podrá decir que una persona condenada a prisión por varios años tiene el mismo derecho a la prueba que el condenado a muerte. Pero no es así: tal como surge claramente de los puntos a), b) y c) expuestos apenas pocos párrafos más arriba. Lo que justifica el levantamiento del secreto no es el conflicto de intereses, que daría lugar a distintos resultados de ponderación según el tribunal que intervenga en el caso —con el consiguiente deterioro de las garantías que necesita la libertad de expresión y de prensa— sino un límite externo y objetivo: la perduración del sistema representativo o del Estado mismo. Evidentemente, estas situaciones extremas son realmente excepcionales, pero son posibles frente a las amenazas que produce el terrorismo en el siglo XXI.

El desarrollo de la tesis apuntó, como se ve, a probar que si bien el derecho de la libertad de expresión es relativo, una o varias de sus garantías son absolutas, en tiempos de normalidad o en tiempos de emergencia. Y sólo ceden estas garantías absolutas, en tiempos de emergencia, cuando la situación es de una gravedad tan extrema que pone en riesgo la subsistencia misma del Estado, su independencia y el sistema representativo mismo.

En un mundo amenazado por la pérdida del valor del diálogo, por la intolerancia, la censura, el terrorismo y el autoritarismo, sólo es posible recuperar el sentido esencial de la democracia si nos tomamos la libertad de expresión en serio y aceptamos sus riesgos y desafíos.