

# El artículo 32 de la Constitución Nacional

Ramiro Álvarez Ugarte

5 de julio de 2018 (v.2)

El artículo 32 de la Constitución es un agregado de la provincia de Buenos Aires durante las reformas de 1860 que permitieron su incorporación a la Confederación Argentina. Es, a primera vista, un agregado extraño — trivial en tanto ratifica la protección consagrada en el artículo 14 a la libertad de prensa y contradictorio con disposiciones como el actual artículo 75.12 que habilita al Congreso Nacional la sanción de los códigos “de fondo”. La fuente es doble: por un lado, la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos;<sup>1</sup> por el otro, la Constitución de Cádiz de 1812, que había impactado fuertemente en experiencias legales y constitucionales anteriores.<sup>2</sup>

El artículo cuenta con dos partes claras. Una prohíbe al Congreso federal dictar leyes que “restringan la libertad de imprenta”. Otra, prohíbe que se establezca sobre ella la “la jurisdicción federal”. Las dos partes pueden ser analizadas de manera separada. Por un lado, resulta claro que la prohibición específica dirigida al Congreso se deriva, casi textualmente, de la Primera Enmienda de los Estados Unidos. Sin embargo, y más allá del lenguaje aparentemente *absoluto* del artículo, el mismo nunca fue entendido como prohibiendo todo tipo de regulación — la sección del mismo que *tuvo dientes* en los primeros años de vigencia de la Constitución fue la segunda parte, la que impide establecer sobre este derecho la jurisdicción federal.

El motivo de ello surge con claridad de los antecedentes constitucionales. La principal preocupación de Buenos Aires fue resguardar ciertas prácticas de deliberación y crítica que había construido la provincia luego de la caída de

---

<sup>1</sup> Constitución de los Estados Unidos. Enmienda Primera. “El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios”. Sobre la libertad de imprenta en la Constitución de Cádiz, ver F. SEGADO, *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), vol. 124, Abril-Junio, 2004, 29-54.

<sup>2</sup> Constitución de Cádiz de 1812. Artículo 131.24. “Las facultades de las Cortes son: ... Proteger la libertad política de la imprenta”. Sobre la influencia previa de esta disposición en el proceso revolucionario, ver F. WASSERMAN, *La libertad de imprenta y sus límites: prensa y poder político en el Estado de Buenos Aires durante la década de 1850*, Almanack Braziliense, 10, 2009, 130, fecha de consulta: 5 julio 2018., 134.

Rosas.<sup>3</sup> Esta preocupación no era meramente teórica: estaba inspirada en el rechazo explícito a un reclamo realizado por el Presidente de la Confederación Justo José de Urquiza al gobernador de Salta, por la liviandad con la que éste último trataba a un periódico crítico de la figura presidencial. Así surge del informe de la *Comisión examinadora de la Constitución Federal*. La intención de Buenos Aires fue mantener dentro de la jurisdicción de las “soberanías provinciales” las cuestiones vinculadas al abuso de la libertad de pensamiento o expresión, ya que corresponde a la “sociedad en que el abuso se comete, y a la cual puede dañar inmediatamente” proveer al castigo de este tipo de abusos.<sup>4</sup> El informe reconoce expresamente la existencia de “precedentes ... que hacen presumible una intervención indebida del gobierno federal, en materia tan privativa de la soberanía provincial”<sup>5</sup> Por ello, “es prudente precaverse contra tales probabilidades, como lo hicieron los Estados de Norte América en las enmiendas que presentaron al Congreso”.<sup>6</sup>

El convencional Vélez Sársfield, en la *Convención del Estado de Buenos Aires* en la que se discutió la incorporación de Buenos Aires a la confederación también destacó este principio y sostuvo una mirada robusta—pero no *absoluta*—sobre la libertad de expresión.

“La reforma importa decir que la imprenta debe estar sujeta las leyes del pueblo en que se use de ella. Un abuso de la libertad de imprenta nunca puede ser un delito, diré así, nacional. El Congreso dando leyes de imprenta sujetaría el juicio a los Tribunales Federales, sacando el delito de su fuero natural. Si en una Provincia como Buenos Aires, no tuviera leyes de imprenta o los abusos de ellos fueran solo castigados por el Juez Correccional, como otra cualquiera injuria ¿porqué daríamos facultad al Congreso para restringir la libertad de imprenta, darle otra pena a los delitos de imprenta, o imponer a los diarios restricciones o gravámenes que hicieran dificultosa su existencia? La reforma dice aun mas; que el Congreso no puede restringir la libertad. La libertad de imprenta, Sres., puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo, después que ha elegido sus representantes al Cuerpo Legislativo. Cuando un pueblo elige sus representantes no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos; esto sería hacerlos irresponsables. El puede conservar y conviene que conserve, el derecho

<sup>3</sup> Cf. N. GOLDMAN, *Libertad de imprenta, opinión pública y debate constitucional en el Río de la Plata (1810-1827)*, Prismas. Revista de historia intelectual, vol. 4, 2000, 9-20 (relatando los antecedentes de Buenos Aires en materia de libertad de prensa).

<sup>4</sup> COMISIÓN EXAMINADORA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Informe de la comisión examinadora de la Constitución Federal, presentado a la Convención del estado de Buenos Aires*, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1860, pág. 15.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pág. 15.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pág. 15.

de examen y de crítica para hacer efectiva las medidas de sus representantes y de todos los que administran sus intereses. Dejemos pues, pensar y hablar al pueblo y no se le esclavice en sus medios de hacerlo ... Sobre todo sin la absoluta libertad de imprenta, no se puede crear hoy el gran poder que gobierna a los pueblos y dirige a los gobernantes — la opinión pública ... No basta que un gobierno de cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la mas absoluta libertad de imprenta, puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o la responsabilidad de los poderes públicos. El pueblo entonces con pleno conocimiento de la administración, crea como siempre sucede, un medio de adelantamiento o el medio de evitarse un mal”.<sup>7</sup>

El informe de la *Comisión examinadora* y las palabras de Vélez Sársfield capturadas en el *Diario de Sesiones* sugieren al menos dos cosas. Por un lado, los propios constituyentes consideraron que la libertad garantizada en el artículo 32 no era una libertad *absoluta* — podría regularse. Pero, por el otro, también procuraron que esas regulaciones se mantengan en los ámbitos provinciales. Tiene sentido entonces leer al artículo 32 como una excepción al principio contenido en el actual artículo 75.12 de la Constitución, que faculta al Congreso la sanción de los “códigos de fondo”. En este sentido, el *Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal* sostuvo esto mismo: “si se añadía que la prensa no había de caer bajo la jurisdicción federal, era porque la Constitución Argentina encargaba al Congreso la codificación de las leyes y podía por tanto dictarlas sobre libertad de imprenta y después de citar como antecedentes de la reforma una carta del Presidente de la Confederación conminando a un gobernador de provincia porque no reprimía el espíritu de crítica de un diario, agregaba ‘que la historia contemporánea había justificado plenamente la previsión de los pueblos que impusieron a fines del siglo pasado al Congreso Federal esta limitación de facultades’, lo que significaba que en la de dictar códigos no estaba comprendida la de reglamentar los delitos de imprenta...”.<sup>8</sup>

Los antecedentes constitucionales permitían sostener esta interpretación, que fue asumida por la propia Corte Suprema en sus primeros fallos. Así, en el caso *Fiscal General c. Manuel Argerich* el tribunal ratificó un fallo de un juez de sección en el que se seguía la interpretación postulada por la *Comisión examinadora*.<sup>9</sup> Meses después, sin embargo, sostuvo un criterio contrario en el caso *Benjamín Calvete*, pero con base en una aparente excepción al princi-

<sup>7</sup> CONVENCION DEL ESTADO DE BUENOS AIRES ENCARGADA DEL EXAMEN DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Diario de Sesiones*, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1860, págs. 191-192.

<sup>8</sup> Citado por la Corte Suprema en el caso *Saborido*. Cf. CSJN, “Diego Saborido c. Juan G. Kaiser”, Fallos: 124:161 (1916), cdo. 5.

<sup>9</sup> CSJN, “Fiscal General de La Nación c. Manuel G. Argerich”, Fallos: 1:130 (1864).

pio general sustentado en el caso *Argerich*. En efecto, el caso trataba sobre una sanción impuesta por el Senado a un ciudadano que había publicado una carta criticando a un senador en el diario *El Pueblo* de Buenos Aires. Por ello, la Corte distinguió entre las infracciones comunes generadas por el abuso del derecho a la libertad de expresión y las que se originaban en el privilegio reconocido a los miembros del Congreso por el artículo 68 de la Constitución.<sup>10</sup> La Corte ratificó el carácter *excepcional* de su precedente del caso *Calvete* en el caso *Salva*.<sup>11</sup> Por ello, el tribunal mantendría el criterio en diversos fallos durante esos años.<sup>12</sup> Hacia 1916 el tribunal se daba una explicación clara del artículo 32: quitar a la libertad de prensa del alcance de la facultad del Congreso de establecer los códigos de fondo prevista en el actual artículo 75.12.<sup>13</sup>

Sin embargo, en 1932 la Corte modificó su criterio definitivamente. En el caso *Procurador Fiscal c. Director Del Diario "La Provincia"*, el tribunal revisó su doctrina y ofreció una interpretación "estructural" de la Constitución, según la cual la jurisdicción federal podría establecerse sobre los delitos de imprenta cuando éstos importen algunos de los crímenes que ofendan la soberanía y seguridad de la Nación. El caso trataba sobre una causa seguida en Santa Fe contra el editor del diario *La Provincia*. Luego de recordar su jurisprudencia, el tribunal consideró que

<sup>10</sup> Constitución Nacional. Artículo 68. "Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador". La Corte Suprema sostuvo lo siguiente (Cf. CSJN, "Benjamín Calvete", Fallos: 1:340 (1864), cdo. 4):

"Que aplicando esta regla de interpretación al artículo treinta y dos citado, resulta: que la abstención que por él se impone a la jurisdicción federal, está circunscripta a aquellas infracciones de las leyes comunes que pueden ser castigadas por los Tribunales de Provincia quienes compete hacer cumplir sus preceptos; como son: las ofensas a la moral, y demás que se cometan abusando del derecho garantido a la prensa de poder discutir libremente todas las materias religiosas, filosóficas y políticas; las injurias y calumnias inferidas a personas privadas, o a empleados cuyas faltas es permitido denunciar o inculpar, porque la Constitución no les ha concedido inmunidad, ...; pero que de ningún modo se extiende a aquellos delitos que, aunque cometidos por medio de la prensa, son violaciones de la Constitución Nacional, o atentados contra el orden establecido por ella, y puesto bajo el amparo de las autoridades que ha creado para su defensa".

<sup>11</sup> Cf. CSJN, "Criminal c. L. Salva y otros", Fallos: 114:60 (1910), cdo. 7 («...el principio de la incompetencia federal respecto a ese género de infracciones, sólo ha recibido una excepción: la del ataque por la prensa contra las inmunidades parlamentarias consagradas por el artículo 60 de la Constitución...»).

<sup>12</sup> CSJN, "Gorostiaga, Manuel c. García Aguilera, Vicente", Fallos: 33:228 (1888) y CSJN, "Saborido", cit, cdo. 8 («...nada autoriza la distinción entre abusos de la libertad de imprenta y delitos de injuria y calumnia cometidos por medio de ella, para sostener que solamente los primeros fueron excluidos de la legislación general del Congreso»)

<sup>13</sup> *Ibid.*, cdo. 14.

“...no es, sin embargo, admisible que los redactores de la Constitución, tanto los del año 53 como los reformadores del 60, después de crear un gobierno nacional munido de determinados poderes para ser ejercidos dentro del territorio de las provincias, lo hayan entregado inerme y sin defensa a los ataques delictuosos y disolventes de la prensa. No es posible que el delito de desacato cometido contra el Presidente de la República o contra el juez de sección mediante la palabra hablada, pueda ser penado y reprimido por la jurisdicción federal y no se halle en igual caso cuando es cometido por medio de la prensa ... Parece fuera de toda lógica que los redactores de la Constitución, después de crear el gobierno nacional, con una concepción de grandeza y poder superior a todo otro, lo hayan dejado entregado al *desgaste derivado del libelo sedicioso sin más protección para evitar su destrucción*, que la que puede dispensarle la Legislatura local o la justicia provincial ... Que los redactores de la reforma de 1860 sabían, sin embargo, que la creación de un gobierno nacional con una esfera de acción limitada pero con suprema autoridad (dentro de ella) presupone como consecuencia lógica, el otorgamiento de los poderes implícitos indispensables para asegurar su existencia...” (el subrayado me pertenece).<sup>14</sup>

El cambio de jurisprudencia es interesante ya que revela un cambio más profundo ocurrido en el derecho constitucional argentino entre 1860 y 1930 — un cambio vinculado al proceso de organización nacional y a un desacuerdo histórico respecto de la relación entre provincias y estado nacional en el proceso de formación de la nación. Hay dos preguntas que resultan interesantes y reveladoras sobre esta cuestión, y que procuro responder a continuación. Primero: ¿qué visión sobre la *libertad de imprenta* inspiró a Buenos Aires a incorporar al artículo 32 como garantía adicional a la prevista en el artículo 14? Segundo: ¿por qué esta visión fue abandonada por la Corte Suprema en 1932? Las dos preguntas, sugiero, están relacionadas.

## Por qué se incorporó el artículo 32 en 1860

La primera cuestión se relaciona con el desacuerdo original sobre la génesis de la nación argentina: ¿fueron las provincias soberanas las que se reunieron y por medio de pactos constituyeron la nación o, por el contrario, la nación existió desde mayo de 1810 y la desaparición del gobierno central en 1820 fue un accidente de la historia? El desacuerdo no estaba sólo vinculado a una cuestión histórica, sino que tenía consecuencias prácticas de orden conceptual. Si la primera opción es la correcta, entonces las provincias podrían

<sup>14</sup> CSJN, “Procurador Fiscal c. Director Del Diario «La Provincia». Procurador Fiscal c. Bertotto, José G. (Diario «Democracia»)”, Fallos: 167:121 (1932), 139-140.

*reservarse* ciertas facultades propias de la soberanía al momento de hacer la Constitución — el artículo 32 y el actual artículo 121, por ejemplo, parecen sostenerse sobre esta interpretación. Si, por el contrario, la Nación Argentina ya estaba constituida antes de la organización del estado federal, entonces las provincias gozan de facultades limitadas y siempre y cuando éstas no afecten al estado nacional. Esta también encuentra sustento en algunas características del texto constitucional como, por ejemplo, la facultad original de revisar las constituciones provinciales que se reservaba al Congreso Nacional en el texto de 1853 o la ya mencionada de establecer los códigos de fondo prevista en el actual artículo 75.12. Mientras la primera opción está basada en una visión robusta sobre las *soberanías provinciales*, la segunda revela una mirada fuerte sobre el poder central y relega a las provincias al ejercicio de facultades *autónomas*.

La narrativa de las *soberanías provinciales* había sido adoptada por Buenos Aires luego de la caída de Rosas — y se vio reflejada en los debates constituyentes de esos años y en las decisiones de la Corte Suprema que hemos analizado. Según Alberto Lettieri, después de la batalla de Caseros se procuró generar una identidad provincial robusta para lo cual se “apeló a la construcción de un discurso de la legitimidad organizado alrededor de la noción de opinión pública y la producción de nuevas representaciones colectivas”.<sup>15</sup> Este discurso de legitimidad coincide con la expansión—entre las décadas de 1850 y 1880—de lo que Lettieri llamó una *república de opinión* y que descansaba sobre la idea de que la legitimidad de cualquier gobierno siempre depende, en última instancia, del juicio de la opinión pública.<sup>16</sup> El artículo 32 de la Constitución parece ser resultado directo de esta concepción preponderante en Buenos Aires al momento de su incorporación a la Confederación.

La relevancia del valor de la *opinión pública* en la legitimidad de los sistemas políticos se ve claramente en el pensamiento de Bartolomé Mitre, quien sostiene una mirada *política* sobre este concepto que Elías Palti contrasta de manera inteligente con una visión *jurídica* representada por Vicente Fidel López.<sup>17</sup> El punto es interesante porque—sugiero—nos permite explicar no

<sup>15</sup> Cf. A. LETTIERI, “La guerra de las representaciones: la revolución de septiembre de 1852 y el imaginario social”, en Alberto Lettieri, Hilda Sabato (eds.) *La vida política en la Argentina del siglo XIX. Armas, votos y voces*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, 106. Sobre el punto, ver también—y en general—a A. R. LETTIERI, *La República de La Opinión. Política y Opinión Pública En Buenos Aires Entre 1852 y 1862*, 1a Edición, Editorial Biblos, Buenos Aires, 1999. Por ejemplo, Lettieri señala cómo la nueva política post revolución de septiembre de 1852 “reconocía como una de sus prácticas más características a una renovada prensa escrita, cuya elevada retórica apuntaba a definir un nuevo imaginario político de matriz republicana que revalorizaba la identidad provincial” (p. 61).

<sup>16</sup> Cf. *Ibid.*, *passim*. Ver también F.-X. GUERRA; A. LEMPÉRIÈRE (EDS.), *Los espacios públicos en Iberoamérica: Ambigüedades y problemas. Siglos XVIII-XIX*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2013.

<sup>17</sup> Me concentro en Mitre porque sus acciones son especialmente relevantes para el período que nos ocupa (las primeras interpretaciones de la Corte Suprema). Pero

sólo la presencia de una visión fuerte sobre el artículo 32 en la Convención de 1860 y en los primeros fallos de la Corte Suprema, sino también los motivos por los cuales la misma fue abandonada durante la tercer década del siglo veinte. En efecto, Palti contrasta la visión *jurídica* que ve en la prensa a una suerte de tribunal neutral que “tras evaluar la evidencia disponible y contrastar los distintos argumentos, accede, idealmente, a la ‘verdad del caso’”;<sup>18</sup> con la visión *política*, que ve en la prensa a la manifestación de la opinión pública que sostiene o derriba gobiernos. La tensión entre las dos visiones es evidente. Si—como explica Palti—basta un libelo para derribar un gobierno, ¿cómo es posible concebir un orden basado en la opinión? Si ello es así, ¿cómo se podría limitar a la prensa sin “minar los fundamentos de legitimidad” del orden liberal?<sup>19</sup>

De acuerdo con Palti, la visión *política* de Mitre terminará por imponerse — el desafío fue constituir una “opinión pública orgánica” que forme un espacio republicano libre de las intrigas de la política facciosa.<sup>20</sup> Desde este punto de vista, la prensa periódica—en la que Mitre participará activamente durante toda su carrera política—tendrá el objetivo no de *reflejar* a la opinión pública sino la misión de *constituirla* como tal.<sup>21</sup> Esta mirada, entonces, plantea una contradicción difícil de resolver. Si la *libertad de imprenta* viene a garantizar el derecho a crítica de manera amplia pero—a su vez—constituye la fuente de legitimidad de los gobiernos, ¿cómo distinguir a la crítica aceptable de aquella que constituye actos sediciosos?<sup>22</sup> Como señala Wasserman, el propio

---

la cuestión de la prensa y la opinión pública fue una parte central del pensamiento constitucional argentino. Cf. F. WASSERMAN, “La libertad de imprenta y sus límites”, cit., 135 (“De hecho fue uno de los ejes de la conocida polémica epistolar que mantuvieron en Chile Juan Bautista Alberdi y Domingo F. Sarmiento durante 1853 en sus *Cartas Quillotanas* y *Las Ciento y Una*. En efecto, más allá de sus diferencias personales y políticas que de ahí en más se hicieron irreversibles, ambos publicistas acordaban en considerar a la prensa como un instrumento político de primer orden”).

<sup>18</sup> E. PALTÍ, “Las polémicas en el liberalismo argentino. Sobre virtud, republicanism y lenguaje”, en José Antonio Aguilar, Rafael Rojas (eds.) *El republicanismo en Hispanoamérica*, 1a, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2002, pág. 94.

<sup>19</sup> Cf. *Ibid.*, , 94 (“La pregunta, en apariencia insoluble, sería: ¿cómo fundar un régimen de gobierno regular sobre la base de aquello que es lo más transitorio y mutable por la naturaleza (las opiniones)?, en fin, ¿cómo instituir al sistema legal como un orden objetivo (es decir, colocado por encima de los antagonismos que se producen en su seno), siendo que su origen y fundamento se encuentra en la pura subjetividad, el reino de la contradicción que es la ‘opinión?’”).

<sup>20</sup> Cf. *Ibid.*, pág. 95.

<sup>21</sup> Cf. *Ibid.*, , 95. Ver también P. ROSANVALLON, *La Democracia Inconclusa: Historia de la Soberanía Del Pueblo en Francia*, Taurus ; Universidad Externado de Colombia,, 2006, 105 (reflejando cómo esta mirada sobre la opinión pública viene a representar, aproximadamente en el mismo momento pero en Francia, una propuesta superadora del sufragio como fuente de legitimidad de las democracias modernas: “La prensa ... conserva el flujo permanente de comunicación entre la opinión y el gobierno. Desde esta óptica de comunicación política, finalmente los mecanismos electorales no juegan sino un papel secundario”).

<sup>22</sup> Cf. E. PALTÍ, “Las polémicas en el liberalismo argentino. Sobre virtud, republicanism y lenguaje”, cit., pág. 97.

Mitre en las páginas de *Los Debates* manifestaba una posición contradictoria, de defensa de la libertad de imprenta pero de necesidad de regulación — una duplicidad que “no pasó desapercibida y le valió ataques en dos frentes que ponían de manifiesto la dificultad que entrañaba encontrar un equilibrio entre la libertad y el orden tal como pretendía”.<sup>23</sup>

Quizás esta peculiaridad conceptual y la tensión aporística y fundacional entre *orden* y *libertad* encerrada en la cuestión explique la inclusión del artículo 32 en las reformas de 1860. En este sentido, las palabras sobre *absoluta libertad de imprenta* de Vélez Sársfield antes reseñadas deben ser contrastadas con la práctica usual de regular y restringir la prensa en Buenos Aires durante todo el siglo XIX, desde los escritos del padre Castañeda durante los gobiernos de Martín Rodríguez y Bernardino Rivadavia hasta la “persecución sistemática” de voces críticas después de la batalla de Caseros.<sup>24</sup> En este sentido, tiene sentido leer al artículo 32 como la forma en que Buenos Aires buscó resguardar *su* opinión pública de posibles interferencias del estado federal — no por una inclinación ilustrada tendiente al resguardo de la *libertad de expresión* sino porque la *imprenta* constituía una herramienta de construcción de legitimidades políticas.

## Por qué cambió la Corte Suprema su interpretación en 1932

Tenemos entonces una hipótesis sobre lo que llevó a Buenos Aires a incluir el artículo 32 en la reforma de 1860. Podemos abordar la segunda pregunta planteada anteriormente: ¿por qué abandonó la Corte Suprema este criterio en 1932? La respuesta está relacionada, entiendo, con el desafío de la organización nacional asumido por la élite porteña después de la batalla de Pavón en 1861. Aquí, nuevamente, debemos recurrir a la historia para elaborar hipótesis plausibles. Según explica Lettieri, el proceso de consolidación del estado federal con cabeza en Buenos Aires plantea una contradicción *vis à vis* la *república de opinión* constituida luego de 1852.

“En efecto, ya las primeras decisiones adoptadas tras la victoria

---

<sup>23</sup> F. WASSERMAN, *Prensa, política y orden social en Buenos Aires durante la década de 1850*, Historia y Comunicación Social, vol. 20, 2015, 173-187, pág. 178. Ver también p. 181 (sobre la misma dualidad en Sarmiento).

<sup>24</sup> Sobre la persecución a la prensa opositora durante el gobierno de Rivadavia, ver J. MYERS, “Las paradojas de la opinión. El discurso político rivadaviano y sus dos polos: el «gobierno de las lueces» y «la opinión pública, reina del mundo»”, en Alberto Lettieri, Hilda Sabato (eds.) *La vida política en la Argentina del siglo XIX. Armas, votos y voces*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003, 86-95. Sobre la regulación de la prensa en Buenos Aires después de 1852, ver F. WASSERMAN, “La libertad de imprenta y sus límites”, cit (argumentando el carácter “sistemático” de la persecución a voces críticas, especialmente a publicaciones satíricas).

militar permitieron advertir una tensión entre la necesidad de unificar el comando de las acciones vinculadas a la consolidación de su ‘gran política’ nacional, y aquellos valores y prácticas ampliadas de participación que habían permitido construir un nuevo consenso y una nueva legitimidad republicana en Buenos Aires a lo largo de los años 50. Más aún teniendo en cuenta la debilidad de los círculos liberales del interior, que sólo podían mantenerse en los gobiernos provinciales con el respaldo constante del naciente Ejército nacional, Y el carácter provisorio de la victoria obtenida sobre las fuerzas de un menguante—pero aún vigoroso—Partido Federal. Resultaba posible advertir que esa tensión sólo podría pronunciarse en los próximos años”.<sup>25</sup>

En efecto, la consolidación del estado nacional fue un proceso que “importó la expropiación a las provincias de gran parte de los atributos y prerrogativas que habían ejercido desde su creación. La concentración del poder en manos del Estado nacional en detrimento de los provinciales se agudizó especialmente después de 1880”.<sup>26</sup> La hipótesis, entonces, es que el cambio jurisprudencial producido en 1932 estuvo al menos indirectamente relacionado con este proceso de consolidación del estado nacional bajo el liderazgo de Buenos Aires y con aquella dicotomía fundacional entre *orden* y *libertad*, que se expresó de una manera especialmente clara en la cuestión de la regulación de la *libertad de imprenta*. La tensión entre el impulso normalizador del actual artículo 75.12 y y la excepción a ese principio contenida en el artículo 32 se resolvió a favor del creciente poder del estado federal. Y aquello que motivó a Buenos Aires a incorporar el artículo 32 en 1860 cuando se intuía en inferioridad de condiciones con las provincias—es decir, la concepción *política* de la opinión pública que pedía algún tipo de control o regulación sobre la libertad de imprenta—motivó, a las mismas élites ahora a cargo del estado nacional, a procurarse para sí esas mismas herramientas.

Resulta interesante ver cómo este proceso parece estar, también, vinculado al progresivo reemplazo de la idea de *soberanías provinciales* presente en los debates constituyentes de 1853-1860 por el concepto, más amigable al poder central, de *autonomía*.<sup>27</sup> En efecto, este deslizamiento conceptual puede verse entre los primeros fallos de la Corte y la decisión de 1932 que

<sup>25</sup> A. R. LETTIERI, *La República de La Opinión. Política y Opinión Pública En Buenos Aires Entre 1852 y 1862*, cit., pág. 150.

<sup>26</sup> J. C. CHIARAMONTE; P. BUCHBINDER, *Provincias, caudillos, nación y la historiografía constitucionalista argentina, 1853-1930*, Anuario del IEHS «Prof. Juan C. Grosso», vol. 7, 1992, 93-120, pág. 94.

<sup>27</sup> Cf. A. AGÜERO, *Autonomía por Soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930)*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 43, I, 2014, 341-392. Según Agüero, “durante el contexto de debate y sanción de la Constitución de 1853—con Buenos Aires escindida de la convención—primaría una concepción dual de la soberanía que, además de los arraigos tradicionales, resultaba avalada por el modelo norteamericano” (p. 358).

modifica la interpretación original sobre el artículo 32. Así, en 1916 la Corte Suprema destacaba el argumento del *Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal* sobre este punto.<sup>28</sup>

“La sociedad puede reglamentar y aun reprimir el abuso; pero esa reglamentación y esa represión, es privativa de la *soberanía provincial*; es decir, es privativa de la sociedad en que el abuso se comete, y a la cual puede dañar inmediatamente, ya sea á toda ella en su conjunto, ya a los individuos aisladamente. Aun considerando los abusos de la palabra escrita como verdaderos delitos (que en realidad no son sino actos dañosos a la sociedad), ellos no podrían caer bajo la jurisdicción nacional, como no caen los delitos comunes; y sería un contrasentido que fuese tribunal nacional un jurado de imprenta, y no lo fuese un juzgado civil o criminal” (el subrayado me pertenece).<sup>29</sup>

El problema es visto de una manera completamente distinta en 1932. En efecto, en el caso *Procurador* el tribunal da cuenta de su jurisprudencia hasta el momento y—también—de las razones para abandonarlas. Para la Corte, el desafío es el siguiente: saber “si el Congreso de la Nación tiene el derecho de atribuir carácter delictuoso a ciertas actividades que conspiran contra la subsistencia de la Carta Fundamental, del gobierno federal o de sus funcionarios cuando tales actividades se desarrollan y ejercitan por medio de la prensa, dentro del territorio de las provincias”.<sup>30</sup> La pregunta, que hasta el momento había recibido respuesta negativa, recibe ahora una contundente respuesta positiva en los términos anteriormente citados. La concepción *política* de la opinión pública que Palti descubre en Mitre se ve replicada en la Corte, especialmente una concepción *defensiva* de las regulaciones sobre la prensa, que reconoce al gobierno federal poderes para defenderse de los “ataques delictuosos y disolventes de la prensa”.<sup>31</sup> Vale la pena destacar cómo el argumento de la Corte descansa sobre una interpretación forzada del artículo 32, su fuente más directa—que se asume es la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos—y las supuestas intenciones de los constituyentes.

“El sentido más probable de la segunda parte del artículo 32 es, en efecto, el de que los convencionales del 60 quisieron reproducir en la Constitución argentina la misma situación legal existente en la que les servía de modelo. Ahora bien; en los Estados Unidos, donde cada uno de los Estados conserva el derecho de dictar sus códigos comunes, no existía el peligro de que por medio del

<sup>28</sup> Cf. CSJN, “Saborido”, cit., cdo. 6.

<sup>29</sup> COMISIÓN EXAMINADORA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Informe de la comisión examinadora de la Constitución Federal, presentado a la Convención del estado de Buenos Aires*, cit., pág. 15.

<sup>30</sup> CSJN, “Procurador”, cit., pág. 139.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pág. 140.

Código Penal, el Congreso legislara sobre la prensa; en cambio, ese peligro era real entre nosotros, desde que por expresa disposición constitucional se atribuía al Congreso la facultad de dictar los códigos comunes. Lo único que puede inferirse, entonces, de la misma cláusula del artículo 32, es que ni aun en el caso de delitos ordinarios, o sea de aquello que las provincias hubieran tenido el derecho de reprimir si se hubiera reservado la facultad de dictar leyes sobre prensa, pero sin que esto importase desconocer el derecho de aquel mismo Congreso para legislar sobre ella, cuando fuese con el fin de *asegurar y proteger la existencia misma del gobierno nacional o el ejercicio de sus poderes, reprimiendo la incitación a la rebelión o al ataque de los fueros, inmunidades o privilegios de los funcionarios por medio de los cuales se ejercitan aquellos*” (el subrayado me pertenece).<sup>32</sup>

El efecto de esta concepción *defensiva* sobre la regulación de la prensa es claro: una cláusula textual relativamente clara es interpretada restrictivamente en pos de una interpretación amplia sobre las prerrogativas de un estado federal que—hacia esos años—concluía un proceso de consolidación iniciado cerca de cincuenta años antes. Resulta iluminador, en este sentido, cómo el tribunal recurre a la interpretación pro estado federal de los propios constituyentes porteños cuando éstos se habían hecho con el control del gobierno.

“Según Elizalde y Rawson, ministros de general Mitre, esa cláusula no altera en nada el artículo 67. inciso 11 [75.12] de la Constitución, en cuanto establece la unidad de la legislatura penal y la competencia de los tribunales federales o provinciales según que, por razón de la materia o las personas, caigan bajo una u otra jurisdicción. Terminantemente, en sus discursos pronunciados en el Senado Nacional en 1864, se deciden porque el Congreso puede legislar sobre delitos de imprenta ... Mitre, en la Convención de Buenos Aires en 1871, emite ideas concordantes con las anteriores, y bajo su gobierno, en 1863, se ordenó al Fiscal que acusara ante la justicia federal un artículo ofensivo publicado contra un funcionario adscripto al servicio del Gobierno de la Nación. Sarmiento, uno de los autores de la reforma, en su mensaje de 1874 dice que ‘los tribunales federales eran jueces naturales de todos los delitos contra la Nación cometidos por la prensa’ ”.<sup>33</sup>

El tribunal captura, en su sentencia en el caso *Procurador*, un movimiento interesante de esta etapa de la historia argentina. Buenos Aires quiso mantener dentro del ámbito de las *soberanías provinciales* el control de la reg-

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, pág. 141.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pág. 143.

ulación de la prensa, herramienta que veía como vital para la construcción de una opinión pública *orgánica* de la cual dependía la legitimidad del sistema político y que veía potencialmente amenazada por un estado federal controlado por sus enemigos. Una vez que esa misma élite se hizo del control del estado federal, buscó contar con las mismas herramientas en el marco de la consolidación del estado federal y la transformación de las *soberanías provinciales* en simples *autonomías* — una noción “esencialmente vinculada al lenguaje de la descentralización, con todos sus presupuestos implícitos de estatalidad y centralización originaria”.<sup>34</sup> Como señala Zimmerman, la operación constituyó una “construcción política e ideológica que tendía a fortalecer la preeminencia de la soberanía nacional sobre una concepción alternativa de ‘soberanía dividida’”.<sup>35</sup>

El argumento del caso *Procurador* va a ser retomado cuarenta años después por la Corte Suprema en el caso *Ramos c. Batalla*.<sup>36</sup> El dictamen del Procurador General en ese caso sostiene, por ejemplo, que la interpretación original de la Corte “comportaba consecuencias exageradas, toda vez que impedía a los tribunales federales conocer en cuanto a los abusos de imprenta susceptibles de afectar la seguridad y la soberanía de la Nación”.<sup>37</sup> Vemos, aquí una vez más, la concepción *defensiva* de la libertad de imprenta y su regulación. El tribunal, por su parte, argumentó que el objetivo de lograr uniformidad en la legislación de fondo—implícito en el actual artículo 75.12 de la Constitución—debe servir para interpretar que el artículo 32 no fue incorporado en 1860 para “negar el principio de la uniformidad de la legislación penal en lo que atañe a delitos cometidos por medio de la prensa, ya que esa conclusión pugnaría con los propósitos perseguidos mediante el artículo 67, inc. 11. ‘La inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador y por esto ... se reconoce como un principio inconcuso; que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras; y adoptando como verdadero el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto’”.<sup>38</sup> La Corte Suprema hizo suyo un criterio sustentado por José Nicolás Matienzo.

“El objeto del artículo 32 de la Constitución fue tan sólo prevenir la posibilidad de que el Congreso, adoptando la equivocada teoría de los abusos de la libertad de imprenta, sometiera la materia íntegra a la jurisdicción federal, como las materias de patentes de invención, de bancarrotas, de piratería o de comercio marítimo. Pero de ninguna manera se propuso el artículo 32 derogar las

<sup>34</sup> A. AGÜERO, “Autonomía por Soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930)”, cit., pág. 391.

<sup>35</sup> E. ZIMMERMANN, *Soberanía nacional y soberanías provinciales ante la Corte Suprema de Justicia*, Estudios Sociales, vol. 48, 1, 2015, 11-37, pág. 12.

<sup>36</sup> CSJN, “Ramos, Raúl Alberto c. Batalla, Eduardo J.”, Fallos: 278:62 (1970).

<sup>37</sup> *Ibid.*, pág. 68.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pág. 75.

reglas de jurisdicción federal establecidas en el artículo 100 y, mucho menos, las que fijan la competencia por razón de las personas; de suerte que los delitos cometidos por medio de la prensa deben ser juzgados por los tribunales nacionales o por los provinciales, según las circunstancias particulares que determinan la competencia”.<sup>39</sup>

De acuerdo a este criterio, el Congreso mantiene la facultad de “dictar leyes que, *sin restringir* la libertad de prensa, *castiguen* las publicaciones tendientes a aconsejar o excitar la acción que perturbe la seguridad del Gobierno Nacional u obstaculice el ejercicio eficiente de sus poderes legales, o en otros términos, de dictar leyes para reprimir los actos que importen una incitación a cometer en el territorio de las provincias algunos de los crímenes que ofenden la Soberanía y la seguridad de la Nación” (el subrayado, intencionado, me pertenece).<sup>40</sup>

Esta jurisprudencia será aceptada por al Corte Suprema de Justicia en el período posterior al retorno de la democracia en 1983. En efecto, las menciones al artículo 32 de la Constitución Nacional van a ir invariablemente de la mano del artículo 14.<sup>41</sup> La funcionalidad de este artículo será resaltar la importancia de la libertad de expresión, ya que el constituyente “no se conformó con consagrar en el artículo 14 el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino que añadió en el artículo 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa” y le atribuyó a esta “una importancia superior”.<sup>42</sup>

Vemos, entonces, el final de un largo recorrido histórico que revela una transformación profunda del derecho argentino. La incorporación de Buenos Aires a la Confederación argentina fue acompañada de medidas tendientes a resaltar el carácter federal de la Constitución — el artículo 32 se interpretó, en su momento, como una de ellas. Sin embargo, esta especial reserva de facultades estaba inspirada en una concepción *política* de la opinión pública que generaba tensiones evidentes con el orden político liberal que se estaba instituyendo. Vemos estas tensiones en los hombres públicos de la época y en la distancia considerable entre las palabras y los hechos — entre, por ejemplo, la defensa *liberal* de la libertad de palabra y una concepción *defensiva* de la regulación de la prensa que consideraba que la fuente de legitimidad del sistema político descansaba en la opinión pública. Cuando esa misma élite se hizo con control del estado federal, buscó gozar de esas herramientas que había buscado reservarse para sí en 1860. Así, tan sólo unos pocos años después de la incorporación de Buenos Aires vemos a Mitre y Sarmiento

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, pág. 76.

<sup>40</sup> *Ibid.*, págs. 76-77.

<sup>41</sup> Cf. CSJN, “Costa, Héctor Rubén c. Municipalidad de La Ciudad de Buenos Aires y Otros”, Fallos: 310:508 (1987), 523.

<sup>42</sup> CSJN, “Menem Carlos Saul c/ Editorial Perfil y Otros s/Daños y Perjuicios”, Fallos: 324:2895 (2001), cdo. 5.

argumentar en el Senado que el artículo 32 en nada modificaba al actual artículo 75.12. Esta jurisprudencia será ratificada en 1970 y mayormente olvidada en los años posteriores. En el camino, sin embargo, el artículo 32 pasó de ser una cláusula que expandía el federalismo de la constitución a una trivial y repetitiva afirmación de la importancia de la libertad de prensa en el orden político democrático.