

La libertad de expresión en la Constitución Argentina

Ramiro Álvarez Ugarte

25 de junio de 2018

La libertad de prensa, de imprenta o de expresión constituye uno de los derechos fundamentales en una sociedad democrática. En términos de Carlos Nino, es un derecho *a priori* — sin una adecuada protección y un clima favorable para su desarrollo, el sistema democrático, que supone elecciones libres y competitivas entre personas que se disputan el voto ciudadano mediante el debate público, no puede funcionar.¹

En la Argentina, este derecho recibió tradicionalmente una protección generosa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación desarrolló, especialmente desde el retorno de la democracia, diversos estándares de protección inspirados en la idea fuerza de promover más deliberación y discusión sobre asuntos de interés público, bajo la creencia de que una sociedad democrática necesita de un debate libre, robusto, abierto y desinibido. Asimismo, el sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado estándares sumamente ricos y vigorosos en defensa de la libertad de expresión. Este comentario se estructurará alrededor de esos estándares y de distinciones que conforman el núcleo esencial de la protección de este derecho en el ordenamiento jurídico argentino.

La libertad de expresión y la democracia en la jurisprudencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema ha adoptado una mirada protectoria sobre la libertad de expresión: la valora especialmente por su relación estructural con la democracia. En numerosos casos ha señalado este vínculo. Por ejemplo, ya en 1932 la Corte Suprema sostenía que la libertad de prensa era “un derecho esencial e indispensable para asegurarle al pueblo la libre discusión de los asuntos públicos”.² En el mismo sentido, en el caso *Abal* el tribunal consideró que “[e]ntre

¹ Cf. C. S. NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1996,

² CSJN, “Procurador Fiscal c. Director del diario «La Provincia». Procurador Fiscal c. Bertotto, José G. (Diario «Democracia»)”, Fallos: 167:121 (1932), 121.

las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmembrada o puramente nominal ... está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda desviación tiránica”.³

Esta doctrina protectoria que se encuentra especialmente en la década de 1960 se retomará con fuerza a partir de la década de 1980, luego del retorno de la democracia.⁴ Así, en el caso *Campillay* la Corte destacó que “en el régimen republicano la libertad de expresión ... tiene un lugar eminente”.⁵ Asimismo, sostuvo que el “fundamento republicano de la libertad de imprenta” reside en la promoción de una amplia crítica pública a las acciones de gobierno, ya que “no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos”.⁶

En el mismo sentido, en el caso *Patitó* el tribunal consideró:

“...toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social. En este sentido se ha dicho que la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, ‘está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines...’”.⁷

³ CSJN, “Abal, Edelmiro y otros c. Diario La Prensa s/ despido”, Fallos: 248:291 (1960), cdo. 25.

⁴ Ver p.ej., la sentencia en el caso *Pérez*, en la que el tribunal destacó que “la reglamentación legal del derecho de expresarse libremente por medio de la prensa requiere que las sanciones que pueda establecer la ley no importen un efectivo cercenamiento de tal derecho. Y, específicamente, la que pretende que la publicación de una ‘solicitada’ no puede ser fundamento de responsabilidad penal del editor, porque de tal modo se obligaría a éste a cerrar las columnas de su diario a todo artículo, noticia o carta que pudiera estimarse ofensivo para terceros, con lo que se lo convertiría en censor de aquéllos”. Cf. CSJN, “Pérez, Eduardo y otros”, Fallos: 257:308 (1963), cdo. 9. En sentido similar, en el caso *Moreno* el tribunal consideró que “es esencial manifestación del derecho a la libertad de prensa el ejercicio de la libre crítica a los funcionarios por razón de actos de gobierno. La publicación que traduce una censura áspera, una protesta vehemente contra los funcionarios judiciales que ordenaron el secuestro de una película cinematográfica, pero que sólo revela una discrepancia de criterio insusceptible de deshonrar, desacreditar u ofender en su dignidad y decoro a aquéllos, no puede fundar una condena por desacato al director de la revista”. Cf. CSJN, “Moreno, Alejandro y Otro”, Fallos: 269:200 (1967). **Chequear cita y tomar textual de caso.**

⁵ CSJN, “Julio César Campillay c. La Razón y otros”, Fallos: 308:789 (1986), cdo. 5.

⁶ CSJN, “Costa, Héctor Rubén c. Municipalidad de La Ciudad de Buenos Aires y Otros”, Fallos: 310:508 (1987), cdo. 13.

⁷ CSJN, “Patito, Jose Ángel y otro c. Diario La Nación y otros s/daños y perjuicios”,

Desde este punto de vista, la libertad de prensa y el derecho a la libertad de expresión constituyen garantías constitucionales especialmente protegidas por su vinculación estrecha con el funcionamiento de las instituciones democráticas. Este es el criterio que también ha desarrollado por el sistema interamericano de derechos humanos.⁸

Con el objetivo, entonces, de resguardar ese debate público abierto y robusto y promover un espacio de libertad amplio y generoso, la Corte Suprema ha desarrollado estándares especiales de protección que, ante un caso que involucra el ejercicio de este derecho, permiten analizarlo de forma estructurada, de manera tal de promover una ponderación respetuosa del derecho involucrado que rescate su rol fundamental. Este conjunto de protecciones y criterios jurisprudenciales han generado, en diálogo con el sistema interamericano de derechos humanos, cambios profundos en el derecho argentino, como por ejemplo la despenalización de los delitos de calumnias e injurias cuando tratan de cuestiones de interés público.⁹

Por supuesto, estos criterios se basan sobre el presupuesto de que no se trata de un derecho absoluto, punto sobre el cual la Corte Suprema ha insistido de manera invariable.¹⁰ Sin embargo, los propios criterios de la Corte Suprema y los estándares interamericanos de derechos humanos sugieren que la responsabilidades posteriores que correspondan por el abuso de este derecho deben satisfacer estrictos requisitos de admisibilidad, que las vuelven en la práctica sumamente excepcionales.

La prohibición de censura previa

Luego del retorno a la democracia, la cuestión de la censura previa—es decir, la acción estatal que busca impedir que determinados mensajes lleguen a la población—adquirió un lugar central en la jurisprudencia de la Corte, quizás

Fallos: 331:1530 (2008), cdo. 11.

⁸ Cf. CIDH, *Marco jurídico interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión* (Washington D.C.: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2010, par. 8 (“...es tan importante el vínculo entre la libertad de expresión y la democracia que ... el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole”).

⁹ Sobre el punto, ver E. BERTONI; A. DEL CAMPO, *Calumnias e Injurias. A dos años de la reforma del Código Penal argentino* (Buenos Aires: Centro de Estudios para la Libertad de Expresión), 2012. Las modificaciones al Código Penal argentino tuvieron como precedente inmediato la decisión de la Corte Interamericana en el caso *Kimel v. Argentina* donde consideró que esos delitos eran excesivamente vagos y ambiguos. Cf. CORTE IDH, “Kimel v. Argentina”, Serie C, 2008.

¹⁰ Ver p.ej. CSJN, “Campillay”, cit., cdo. 5 (donde se señala que el derecho «no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles»).

porque la censura había sido una práctica usual durante los regímenes autoritarios del pasado.¹¹ En el caso *Verbitsky*, la Corte Suprema anuló una sentencia que había impedido la publicación de una solicitada a favor de los militares procesados y condenados por delitos de lesa humanidad.¹² La Corte Interamericana, por su parte, también se había pronunciado en un caso relevante que trataba sobre la censura, producida en Chile, contra la película *La última tentación de Cristo* de Martin Scorsese. El tribunal interamericano restringió el control previo a los supuestos del artículo 13.4, es decir, aquel que permite la revisión de contenidos pero sólo “en el caso de los espectáculos públicos ... únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”¹³.

También durante esos años, la Corte Suprema intervino en un caso de relevancia pública que involucró un intento de una jueza federal—María Romilda Servini de Cubría—de impedir que un programa de actualidad política y de tono satírico conducido por Tato Bores la mencionara. Luego de una notable acción pública en defensa de la libertad de expresión (que incluyó una canción en la que a la jueza se la mencionaba como *Barubudubudía*), la Corte Suprema consideró que la libertad de prensa, dentro del plexo de libertades y derechos que garantiza la Constitución,

“es una de las que poseen más entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica ... De lo contrario, existiría riesgo evidente de un fácil deterioro de las libertades republicanas”.¹⁴

¹¹ Si bien el comentario se centra en la jurisprudencia más reciente, hay numerosos precedentes previos en la materia. Ver p.ej., el caso *Procurador* de 1932. Allí, el tribunal consideró que el “artículo 14 de la Constitución que garantiza a cada uno de los habitantes de la República el derecho de publicar libremente sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, impide, desde luego, toda limitación a la libertad de prensa anterior a la publicación, pues las palabras ‘censura previa’ aluden tanto a la revisión y examen del escrito a efectos de controlar las ideas antes de autorizar su impresión, cuanto a otras restricciones de índole semejante, como fianzas, permisos, etc., de que los gobiernos han sabido hacer uso”. Cf. CSJN, “Procurador”, cit, 121.

¹² CSJN, “Verbitsky, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen.”, Fallos: 312:917 (1989).

¹³ CORTE IDH, “La Última Tentación de Cristo (caso Olmedo Bustos) vs. Chile”, Serie C, volumen 73, 2001, par. 70.

¹⁴ CSJN, “Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo”, Fallos: 315:1943 (1992), cdo. 6.

La cuestión de los derechos a la privacidad, al honor y a la reputación

El principal derecho con el que la libertad choca, en las democracias modernas, es con el derecho al honor o a la reputación, garantizado también por la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 11.¹⁵ El sistema argentino se aproxima bastante al sistema de los Estados Unidos y al sistema interamericano, que tienden a proteger de una manera más robusta al derecho a la libertad de expresión por sobre la reputación. Los países europeos y el sistema europeo de derechos humanos tienden a promover una aproximación más balanceada, y suelen ser más protectores del derecho a la reputación y al honor. Ello no significa, sin embargo, que la Corte Suprema no valore la importancia del derecho a la intimidad y sancione a los medios de comunicación que la invaden. El caso emblemático en la materia es el caso *Ponzetti de Balbín*, donde la viuda de Ricardo Balbín demandó a la Editorial Atlántida por haber publicado una fotografía de su esposo en su lecho de muerte, tomada subrepticamente en el centro de salud en el que se encontraba internado. La Corte valoró el derecho a la intimidad en los siguientes términos:

“Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”.¹⁶

Otro caso en el que el tribunal se inclinó por resguardar el derecho a la intimidad

¹⁵ Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 11 (“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”).

¹⁶ CSJN, “Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida”, Fallos: 323:420 (1984), cdo. 8.

por sobre la libertad de expresión fue el caso *Fontevicchia*, donde estaba en discusión una publicación de la revista *Noticias* en la que se documentaba la existencia de un hijo extra-matrimonial del entonces presidente de la Nación. La Corte Suprema falló en contra de la revista.¹⁷ Allí, el tribunal consideró que “[i]ncluso el hombre público, que ve restringida la esfera de su vida privada con motivo de la exposición pública a la que se halla sometido por el desempeño de su función, tiene derecho a preservar un ámbito en la esfera de la tranquilidad y secreto que es esencial a todo hombre, en tanto ese aspecto privado no tenga vinculación con el manejo de la cosa pública o medie un interés superior en defensa de la sociedad”.¹⁸

Sin embargo, la sentencia fue hallada como violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana, que en el caso *Fontevicchia* consideró que la información sobre un hijo no matrimonial estaba, en el caso, vinculado a la disposición de sumas de dinero, la entrega de regalos costosos y la existencia de gestiones y favores económicos y políticos al esposo de la madre.¹⁹ La Corte Interamericana destacó que “[d]icha información se relaciona con la integridad de los funcionarios y, aún sin necesidad de determinar si se hizo uso de fondos públicos para fines personales, la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos por parte de un Presidente de la Nación, así como con la eventual existencia de gestiones o interferencias en una investigación judicial, son cuestiones sobre las cuales existe un legítimo interés social en conocerlas. Por ello, para este Tribunal la información difundida por la revista *Noticias* posee el carácter de interés público y su publicación resultó en un llamado para ejercer el control público y, en su caso, judicial respecto de aquellos hechos”.²⁰ Por ese motivo, la Corte Suprema dejó sin efecto los efectos de su sentencia y ordenó la publicación de la sentencia de la Corte Interamericana y el reenvío a la misma en la sentencia original.²¹

En relación a los casos que afectan al honor o a la reputación y que no implican una violación a esa *esfera íntima* de la que hablaba el tribunal en *Ponzetti de Balbín*, la Corte ha tenido una aproximación más protectoria, en general, de la libertad de expresión. Para ello desarrolló dos estándares de protección que son exigentes y que relegan a las responsabilidades ulteriores a situaciones de relativa excepcionalidad.

La doctrina *Campillay*

La doctrina *Campillay* fue establecida por la Corte Suprema en una sentencia de 1986. El caso trataba sobre la pretendida responsabilidad de un medio de

¹⁷ CSJN, “Menem Carlos Saul c. Editorial Perfil y otros s/daños y perjuicios”, Fallos: 324:2895 (2001).

¹⁸ *Ibid.*, cdo. 9.

¹⁹ Cf. CORTE IDH, “Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, Serie C, 2011, par. 62.

²⁰ *Ibid.*, par. 62.

²¹ Cf. CSJN, “Menem Carlos Saul c. Editorial Perfil y otros s/daños y perjuicios”, Fallos: 304:78 (2017).

comunicación por publicar una noticia falsa respecto de un comisario de la Policía Federal. El diario *La Razón* alegó que la fuente de la información había sido la misma Policía Federal, por lo que—si la información era falsa y dañina—no podía ser el medio que la reproducía ser sancionado. Para el tribunal, las noticias que habían afectado al demandante “aparecen plagadas de subjetividades e inexactitudes respecto del actor, quien es calificado como integrante de una asociación delictiva dedicada al robo y al tráfico de estupefacientes, que gastaba su botín en casinos, hipódromos y en diversiones con mujeres” lo que constituyó un “ejercicio imprudente de su derecho a informar”.²² Sin embargo, el tribunal consideró que, cuando se trata de fuentes oficiales, los medios no deben verificar la exactitud de la información que ellos replican — sí exigió, sin embargo, que se atribuya la información a la fuente pertinente, que se utilice un tiempo de verbo potencial o que se deje en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito.²³

La posibilidad de evitar ser responsabilizado por información difamatoria generada por un tercero garantiza la libre circulación de la misma. Esta parece ser la idea fuerza de la doctrina *Campillay*, que la Corte ha destacado como de un carácter “fuertemente tutelar”.²⁴ En este sentido, el tribunal destacó que la posibilidad de eximirse de responsabilidad mediante la cita de la fuente en la que se origina la información permite que “se transparente el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado”.²⁵

Cabe destacar que, en el caso *Campillay*, el tribunal destacó la dimensión *colectiva* del derecho a la libertad de expresión, en línea con los estándares interamericanos en la materia.²⁶ Allí, el tribunal destacó que el periodismo moderno “responde al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático” y consideró que una comunidad democrática “tiene derecho a una información que le permita ajustar su conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos; y la prensa satisface esa necesidad colectiva”.²⁷

²² CSJN, “Campillay”, cit., cdo. 7.

²³ *Ibid.*, cdo. 7.

²⁴ CSJN, “Ramos, Juan José c. Radio Belgrano y Otros”, Fallos: 323:417 (2000), cdo. 8.

²⁵ CSJN, “Granada, Jorge Horacio c. Diarios y Noticias S.A. s/ Daños y Perjuicios”, Fallos: 316:2394 (1993), 2397.

²⁶ Cf. CIDH, *Marco jurídico interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión*, cit, par. 13 (“...la libertad de expresión se caracteriza por ser un derecho con dos dimensiones: una dimensión individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada”).

²⁷ CSJN, “Campillay”, cit., pág. 4.

La doctrina de la real malicia

La doctrina de la *real malicia* es un estándar de adjudicación constitucional creado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *New York Times v. Sullivan*.²⁸ Allí, el tribunal debió resolver sobre una demanda iniciada por funcionarios públicos de Alabama en contra del *New York Times*, uno de los periódicos más prestigiosos de los Estados Unidos. La demanda se basaba en la supuesta difamación perpetrada en las páginas del diario por un anuncio publicado por un conjunto de defensores de derechos humanos en defensa del activista Martin Luther King Jr. La Suprema Corte consideró que, con el objeto de promover el debate público, era necesario establecer jurisprudencialmente protecciones especiales para la prensa y el ejercicio de la libertad de expresión.

“Una regla que obligue a críticos de acciones estatales a garantizar la verdad de sus afirmaciones de hecho—y hacerlo bajo pena de sentencias por difamación que pueden ser ilimitadas en términos de recursos concedidos como indemnización—lleva a la ‘autocensura’. La prueba de la verdad, con la carga de que sea el acusado quien lo deba probar, no significa que sólo el discurso falso va a ser desincentivado ... Bajo una regla de ese estilo, posibles críticos van a ser desincentivados de manifestar sus opiniones, incluso cuando crean que la información que poseen es verdadera e incluso si es verdadera, por las razonables dudas sobre poder demostrar ello en una corte...”²⁹

Este miedo a producir *autocensura* se encuentra en la base de la sentencia de la Corte, para la cual el debate público democrático debe ser “robusto, deshibido y abierto”.³⁰ Por ello, la Corte creó una regla según la cual un funcionario público no puede demandar por difamación como consecuencia de una afirmación fácticamente falsa sobre su conducta pública a menos que pueda demostrar que la afirmación fue realizada con “real malicia”, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una manifiesta despreocupación sobre su falsedad o veracidad.³¹ Esta regla hace tres cosas: (a) invierte la carga de la prueba: es quien demanda que debe probar; (b) exige que la información falsa sea publicada sabiendo que era falsa, es decir, con *dolo* o con una culpa *grave* que implique que no se siguieron los más mínimos estándares de profesionalismo;³² (c) se limita a los funcionarios públicos. Cabe destacar sobre este último punto que, unos años después, la Suprema Corte de los Estados Unidos extendió la protección a las personas privadas que participan voluntariamente del debate público.³³

La doctrina de la real malicia establece un estándar muy alto de protección.

²⁸ USSC, “*New York Times v. Sullivan*”, U.S. Reports: 376:254 (1964).

²⁹ *Ibid.*, págs. 279-280.

³⁰ *Ibid.*, pág. 270.

³¹ Cf. *Ibid.*, pág. 280.

³² Cf. M. A. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada.*, 2a Edición, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 97.

³³ USSC, “*Gertz v. Robert Welch Inc.*”, U.S. Reports: 418:323 (1974).

Es muy difícil lograr demostrar que la información falsa que afecta al honor de una persona fue publicada con *dolo* — quien lo hace siempre podrá alegar una simple negligencia o culpa leve, que no es suficiente para habilitar el tipo de responsabilidades ulteriores que habilita el artículo 13.2 de la Convención Americana.

En línea con una jurisprudencia que históricamente se había pronunciado en ese sentido, la Corte Suprema argentina comenzó a explorar la posibilidad de incorporar el estándar hacia fines de la década de 1980 pero ya en la década de 1960 se había acercado a la jurisprudencia de los Estados Unidos en la materia.³⁴ Así, en el caso *Costa* el tribunal había introducido la distinción entre *funcionarios públicos* y *ciudadanos privados* que es central para la doctrina de la real malicia.³⁵ Asimismo, destacó que “los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia ... en cambio basta la ‘negligencia precipitada’ o ‘simple culpa’ en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes”.³⁶

En el caso *Vago c. Ediciones La Urraca S.A.* el tribunal consideró:

“La doctrina de la ‘real malicia’, elaborada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, procura un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aún particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o la crónica. Se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron ‘con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas’ ... No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, sí, a la prensa, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o ca-

³⁴ Cf. CSJN, “Pérez”, cit., cdo. 9. Allí encontramos, por caso, a una mayoría que con referencias a doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos toma como dato contextual relevante a “las características del periodismo moderno, que responden al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático, dificultan la comprobación cierta de la verdad de las noticias incluidas en las publicaciones periodísticas”.

³⁵ CSJN, “Costa”, cit., cdo. 10.

³⁶ *Ibid.*, cdo. 11.

lumniar”.³⁷

Sin embargo, el fallo fue emitido con múltiples votos particulares y algunos autores dudaron sobre si la Corte Suprema había o no efectivamente incorporado el estándar a su jurisprudencia; otros cuestionaron a la doctrina por “extranjeroizante” o innecesaria.³⁸ La Corte sin embargo insistió sobre su criterio. Así, en los casos *Morales Solá* y *Gesualdi* el juez Boggiano consideró que el estándar había sido incorporado en el caso Vago;³⁹ el juez Vázquez también ratificó esa doctrina.⁴⁰ Cabe destacar que el caso *Morales Solá* fue recibido por la prensa de entonces como un hito relevante en materia de libertad de prensa justamente por haber incorporado—definitivamente—la doctrina de la real malicia a las herramientas doctrinarias del tribunal.⁴¹

El caso *Ramos c. LR3 Radio Belgrano* despejó cualquier tipo de duda que pudiera haber. Allí, el tribunal destacó sus propios precedentes y ratificó “esa doctrina jurisprudencial toda vez que ella resulta ser el medio más idóneo para alcanzar ‘la más amplia libertad de prensa’ por medio de la cuál puede conocerse la verdad e importancia de los actos de gobierno”.⁴² En este sentido, el tribunal destacó que “la libertad de expresión no comprende tan solo la tutela de las afirmaciones ‘verdaderas’, sino que se extiende a aquellas que, aun no correspondiéndose con la realidad, han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche de suficiente entidad”.⁴³

Cabe destacar que que el estándar de la real malicia también fue incorporado por el sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, la Comisión Interamericana ha sostenido que al “recurrir a mecanismos de responsabilidad frente a un presunto abuso de la libertad de expresión, debe aplicarse el estándar de valoración de la ‘real malicia’, es decir, demostrar que quien se expresó lo hizo con plena intención de causar un daño y conocimiento de que se estaban difundiendo informaciones falsas o con un evidente desprecio por la verdad de los hechos”.⁴⁴ La Corte Interamericana, en los casos *Tristán Donoso* y *Kimel*

³⁷ CSJN, “Jorge A. Vago c. Ediciones La Urraca S.A.”, Fallos: 314:1517 (1991), cdo. 11.

³⁸ Cf. V. BAZÁN, *El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina*, Estudios Constitucionales, vol. 6, 1, 2008, 132 (donde se reseñan estas críticas y las dudas sobre la incorporación del estándar por parte del tribunal). Ver asimismo C. E. COLAUTTI, *Precisiones sobre una tensión permanente*, La Ley, vol. 1992, B, 1992; R. D. PIZARRO, *La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El Caso ‘Dora Gesualdi’*, Jurisprudencia Argentina, 1997 y A. M. MORELLO, *Es prescindible la doctrina de la ‘real malicia’? ¿actual malice?*, La Ley, 1997.

³⁹ CSJN, “Morales Solá, Joaquín s/ Injurias”, Fallos: 319:2741 (1996), cdo. 5 (voto del juez Boggiano), 3085 (1996), cdo. 7 (voto del juez Boggiano).

⁴⁰ CSJN, “Gesualdi”, cit., cdo. 17 (voto del juez Vázquez).

⁴¹ A. VENTURA, *Histórico fallo por la libertad de prensa*, La Nación, 1996, fecha de consulta 25 junio 2018, en <https://www.lanacion.com.ar/173949-historico-fallo-por-la-libertad-de-prensa>; H. VERBITSKY, *Un mundo sin periodistas*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1997, págs. 190-191.

⁴² CSJN, “Ramos”, cit., cdo. 10.

⁴³ *Ibid.*, cdo. 10.

⁴⁴ CIDH, *Marco jurídico interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión*, cit., par.

hizo uso de criterios similares.⁴⁵

El sistema interamericano y el *test tripartito*

Finalmente, cabe destacar al criterio de adjudicación utilizado en el sistema interamericano de derechos humanos conocido como *test tripartito*. De acuerdo a este criterio, los casos que involucran al derecho a la libertad de expresión deben someterse a un análisis de ponderación que busca determinar si (a) la restricción al derecho fue impuesta por medio de una ley en sentido material y formal; (b) la restricción busca perseguir un objetivo legítimo dentro del marco de la Convención Americana y (c) si la restricción es “necesaria en una sociedad democrática”.

Sobre el primer punto, la Comisión—con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana—ha destacado que el requisito de *legalidad* significa que “el texto de la ley debe establecer en forma diáfana las causales de responsabilidad posterior a las que puede estar sujeto al ejercicio de la libertad de expresión. Las leyes que establecen las limitaciones a la libertad de expresión deben estar redactadas en los términos más claros y precisos posibles, ya que el marco legal debe proveer seguridad jurídica a los ciudadanos”. En este sentido, el objetivo es que las normas que establecen restricciones a la libertad de expresión estén redactadas en forma clara y sean el resultado del discurrir deliberativo propio del proceso legislativo. En sentido similar, el tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido con que el valor de “previsibilidad” es el principal objetivo de esta exigencia.⁴⁶ En el mismo sentido, la Comisión Interamericana consideró que las normas vagas o ambiguas “pueden sustentar potenciales actos de arbitrariedad que equivalgan a censura previa o que impongan responsabilidades desproporcionadas por la expresión de discursos protegidos”.⁴⁷

Respecto del segundo punto, la Comisión Interamericana señaló que las limitaciones a la libertad de expresión deben “perseguir el logro de alguno de los objetivos imperiosos establecidos taxativamente en la Convención Americana, a saber: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad

109.

⁴⁵ Sobre el punto, ver H. GULLCO, *La doctrina de la « real malicia » y la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión*, Revista de derecho y ciencias penales: Revista de Derecho (USS, Chile), 13, 2009.

⁴⁶ El tribunal europeo habla de *foreseeability* (previsibilidad) y *accessibility* (accesibilidad). Cf. TEDH, “Groppera Radio AG and Others v. Switzerland”, Series A, volumen 173, 1990, par. 68; TEDH, “Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom”, Series A, volumen 316, 1995, par. 37 (donde el tribunal consideró que el principio de legalidad requiere que la norma “sea accesible para las personas involucradas y formulada con suficiente precisión para permitirles, de ser necesario con suficiente asesoramiento legal, prever hasta un grado razonable dependiendo de las circunstancias las consecuencias que sus acciones puede generar”); TEDH, “Gaweda v. Poland”, 2002; entre otros.

⁴⁷ CIDH, *Marco jurídico interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión*, cit., par. 70.

nacional, del orden público o de la salud o moral públicas. Son únicamente éstos los objetivos autorizados por la Convención Americana, lo cual se explica por el hecho de que las limitaciones deben ser necesarias para lograr intereses públicos imperativos que, por su importancia en casos concretos, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de la libertad de expresión protegida por el artículo 13”.⁴⁸ En este sentido, la Comisión ha realizado dos precisiones que parecen relevantes. Por un lado, ha dicho que la afectación de *derechos de terceros* debe ser clara y ello debe ser demostrado por la autoridad que pretende sostener la limitación.⁴⁹ Por el otro, la Comisión ha dicho que las restricciones con base en el resguardo del *orden público* deben evaluarse de acuerdo a una interpretación *democrática* de ese concepto. En este sentido, la Comisión destacó que

“...el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayor es posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse ... También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”.⁵⁰

Finalmente, el último paso del *test tripartito*—que exige que la restricción sea “necesaria en una sociedad democrática”—supone un análisis de ponderación que la Comisión ha desagregado pidiendo que (c.1) haya una adecuación del medio elegido con el fin propuesto;⁵¹ (c.2) que el medio elegido sea el menos restrictivo posible⁵² y (c.3) que sean *estríctamente proporcionales*, es decir, debe evaluarse si “el sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen”.⁵³

La Comisión ha considerado que este estándar de análisis debe ser aplicado “en forma más estricta cuando quiera que se trate de expresiones atinentes al Estado, a asuntos de interés público, a funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o candidatos a ocupar cargos públicos, o a particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, así como al discurso y debate políticos”.⁵⁴

Tanto la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso *Campillay* como

⁴⁸ *Ibid.*, par. 74.

⁴⁹ *Ibid.*, par. 77.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 81.

⁵¹ *Ibid.*, par. 87.

⁵² *Ibid.*, par. 86.

⁵³ *Ibid.*, par. 88.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 100.

la de la real malicia y el *test tripartito* buscan generar un espacio abierto de deliberación. En ese sentido, en todos los casos de lo que se trata es de resguardar a ese espacio del riesgo de la autocensura protegiendo incluso información falsa que se publica de buena fe. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que la protección de la expresión no depende de cómo consideremos a la misma — en este sentido, el sistema interamericano no sólo protege a las “las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’ ”⁵⁵.

La censura indirecta

Otro aspecto de la libertad de expresión que ha tenido mucho desarrollo en los últimos años es el que se refiere a la afectación por medios *indirectos*, en los términos del artículo 13.3 de la Convención Americana.⁵⁶ En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que la enumeración de supuestos allí previstos no es taxativa [CORTE IDH,⁵⁷ par. 340; CORTE IDH;⁵⁸ par. 367].

En nuestro país, la primera aproximación de la Corte Suprema a la cuestión ocurrió en el caso *Ediciones Platenses*. Allí estaba en juego un reclamo realizado por un diario de la ciudad de La Plata en contra de la Municipalidad, en el que alegaba que era discriminando en la distribución de presupuestos publicitarios como consecuencia de su posición crítica. Para la mayoría de la Corte, el reclamo no era procedente ya que la Constitución “no establece un derecho explícito o implícito de los medios de prensa a recibir fondos del gobierno estatal, provincial o comunal, ni se impone actividad concreta al Poder Legislativo para promover su desarrollo”.⁵⁹ Sin embargo, los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en su disidencia plantearon el criterio que la Corte Suprema asumiría casi diez años después: si bien no existe un derecho a recibir publicidad del estado, éste no puede ser discriminatorio. “Los fondos estatales destinados a la publicidad no pueden ser manejados con absoluta discrecionalidad, derivándolos hacia un solo diario en desmedro del único otro órgano periodístico existente en la ciudad. Lo que corresponde es que ‘la publicidad oficial llegue, en cada jurisdicción, a

⁵⁵ CORTE IDH, *La Última Tentación de Cristo (caso Olmedo Bustos) vs. Chile*, cit., par. 69.

⁵⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 13.3 (“No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”).

⁵⁷ “Caso Ríos v. Venezuela”, Serie C, volumen 194, 2009.

⁵⁸ “Caso Perozo v. Venezuela”, Serie C, volumen 195, 2009.

⁵⁹ CSJN, “Emisiones Platenses S.A. s/ Acción de Amparo”, Fallos: 320:1191 (1997).

los distintos medios locales, de un modo racional y equitativo, de suerte tal que ningún medio ni ningún lector sean injustamente discriminados”.⁶⁰

Este criterio sería asumido por la mayoría del tribunal en el caso *Editorial Río Negro*. Allí se trataba de un caso similar: una denuncia de discriminación contra el diario Río Negro por parte de la gobernación de la Provincia de Neuquén. La Corte consideró que “el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables”.⁶¹ Si bien no existe un derecho a recibir publicidad, sí existe un derecho a no ser objeto de discriminación con su distribución — mediante la distribución discrecional se puede afectar la libertad de expresión por vías indirectas, en especial “aquellos que se valen de medios económicos para limitar la expresión de las ideas”.⁶²

Esta problemática fue, y en gran medida sigue siendo, un elemento que distorsiona el ambiente en el que el libre debate de ideas debe proceder. Mediante cuantiosos recursos públicos, distintos gobiernos pueden apoyar o desincentivar coberturas más críticas o más amigables a sus intereses, tal como lo acreditan numerosos informes.⁶³ Por esta razón, la Corte Suprema ha debido insistir con su criterio en otros casos similares⁶⁴

Si bien en los últimos años el propio poder ejecutivo avanzó en algunas regulaciones internas, aún resta la sanción de un marco jurídico adecuado que establezca de manera precisa los criterios de distribución de estos presupuestos para evitar que con los mismos se afecte a la libertad de expresión de medios críticos, se moldee la de los medios más favorables o bien se utilicen estos recursos para hacer proselitismo electoral. En este sentido, la Comisión Interamericana ha establecido que un “régimen legal adecuado en materia de distribución de la pauta estatal debe necesariamente disminuir la discrecionalidad de los funcionarios públicos para efectuar esa distribución, de forma tal que estos fondos públicos no sean utilizados de un modo que restrinja la libertad de expresión”.⁶⁵

⁶⁰ *Ibid.*, cdo. 5 (voto en disidencia de Fayt, Petracchi y Bossert).

⁶¹ CSJN, “Editorial Río Negro S.A. c. Provincia Del Neuquén y Otro s/Acción de Amparo”, Fallos: 330:3908 (2007), cdo. 4.

⁶² *Ibid.*, cdo. 4.

⁶³ Cf. ADC, *Una censura sutil: abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad ed expresión en Argentina*, Open Society Institute, New York, 2005; ADC, *El precio del silencio. Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*, Asociación por los Derechos Civiles, Buenos Aires, 2008.

⁶⁴ Cf. CSJN, “Editorial Perfil S.A. y Otro c. E.N. —Jefatura Gabinete de Ministros— SMC s/ Amparo Ley 16.986”, Fallos: 334:109 (2011); CSJN, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/ EN - JGM - SMC s/Amparo Ley 16986”, Fallos: 337:47 (2014).

⁶⁵ CIDH, *Principios sobre regulación de la publicidad oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (Washington D.C.: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2010, par. 20.

El secreto de las fuentes

La reforma constitucional de 1994 introdujo en el artículo 43 una cláusula que— para muchos—representó la incorporación de una garantía adicional a la libertad de expresión específicamente vinculada a la actividad de prensa: el secreto de las fuentes de información. En efecto, el artículo 43 establece que por medio de la acción de *hábeas data* “[n]o podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.

Este derecho tiene su origen en ciertas prácticas periodísticas. En efecto, los periodistas profesionales recurren a *fuentes* para acceder a información; estas pueden ser personas, documentos, etcétera. El contacto a nivel personal con personas informadas es una de los principales recursos con que cuenta una periodista profesional — sin ese contacto, el acceso a la información es limitado.

Es usual que esas personas que actúan como informantes hablen con periodistas fuera de registro, es decir, en *off the record*. Este tipo de información es provista en muchos casos con fines de información general o para que la periodista cuente con información que le permita contextualizar otras fuentes. En general, esa información no se puede citar. Pero en ocasiones, se permite citar y referir a esa información siempre y cuando se mantenga la identidad de la persona informante en reserva.

Cuando ello ocurre es posible que se produzca un conflicto entre la periodista, que desea mantener el acuerdo que hizo con su fuente para acceder a la información, y p.ej., una fiscal que está desarrollando una investigación que podría verse beneficiada de acceder a la identidad de la persona que reveló esa información. Ese conflicto se resuelve, en virtud del artículo 43, en favor del periodista. La razón es clara: la Constitución, al resguardar la libertad de expresión, busca promover un debate público abierto, robusto y desinhibido — si los periodistas no pudiesen mantener los pactos de anonimato que generan, las fuentes no compartirían información sensible o comprometedor. Entre la agilidad del sistema de justicia y un debate público abierto y robusto, la Constitución de 1994 optó claramente por favorecer a éste último, al reconocer especialmente que— por medio de la acción de *hábeas data*—no es posible afectar este derecho de los periodistas que, como se argumentó en los Estados Unidos, es un derecho implícito en la garantía de libertad de expresión.⁶⁶

Este derecho no tuvo demasiado impacto a nivel jurisprudencial. La Corte Suprema, por ejemplo, nunca se pronunció al respecto. De todas formas, hay dos casos judiciales que vale la pena reseñar. En el caso *Gorriarán Merlo* se investigaba el paradero de Enrique Gorriarán Merlo, un ex guerrillero del Ejército

⁶⁶ En efecto, en los Estados Unidos esta cuestión ha sido ampliamente debatida. Si bien la Suprema Corte rechazó reconocer la existencia de un “privilegio periodístico” a nivel federal, muchos estados lo reconocen. Cf. U.S., “*Branzburg v. Hayes*”, U.S. Reports: 408:665 (1972) (donde el tribunal, en una decisión adoptada por una mayoría escueta, rechazó reconocer que este derecho está implícito en la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos).

Revolucionario del Pueblo (ERP) y del Movimiento Todos por la Patria (MEP) que en 1989 lideró un ataque contra el regimiento militar de La Tablada, dónde murieron 39 personas, entre ellas cinco soldados conscriptos. Desde ese momento, estaba prófugo de la justicia. Un grupo de periodistas argentinos le hizo una entrevista que salió publicada en importantes diarios de Buenos Aires. Es en ese marco que se inicia una investigación por la cual los periodistas son llamados a declarar a fin de aportar datos sobre el paradero del prófugo. Los periodistas fueron a declarar, pero se negaron a contestar ciertas preguntas amparándose en el secreto de las fuentes de información periodística. Si bien el juez dispuso archivar la causa, el ministerio público apeló alegando que el artículo 43 de la Constitución sólo era aplicable en el ámbito del hábeas data y no en el contexto de investigaciones criminales.

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín rechazó ese argumento. Los jueces consideraron que “delimitar el derecho a resguardar las fuentes de información únicamente al recurso de hábeas data parece partir de una interpretación gramatical excesivamente rígida”. Sin embargo, los jueces se negaron a darle un carácter *absoluto* a la protección, y consideraron que el secreto puede ceder “cuando razones de orden público de relevante jerarquía así lo aconsejen y cuando ello no vulnere el derecho a no auto incriminarse ni afecte los límites previstos en el artículo 28 de la Constitución Nacional”.⁶⁷

Por otro lado, en el caso *Thomas Catan* un juez había pedido acceder a los registros telefónicos del correposal del *Financial Times* en Buenos Aires. El motivo era una investigación que estaba llevando adelante el magistrado en torno a un hecho de corrupción por el que estaban bajo investigación diversos senadores argentinos, quienes le habrían pedido a banqueros norteamericanos un soborno para la sanción de una ley. Estos banqueros se habrían quejado ante la embajada de su país por ello — Catan escribió sobre esta queja, y lo hizo valiéndose de fuentes anónimas.

A fin de avanzar en la investigación, el juez federal Claudio Bonadío ordenó la confección de listado de llamadas mencionado. Sin embargo, el tribunal de alzada rechazó la medida de prueba por considerar que la misma atentaba contra la garantía constitucional del “secreto de las fuentes de información” — sin embargo, los magistrados de la Cámara de Apelaciones consideraron que el secreto deriva de la garantía de la libertad de expresión y no del artículo 43. Consideraron que el secreto de las fuentes de información forma “parte esencial de la libertad de expresión”.⁶⁸ Mediante un análisis de proporcionalidad, los magistrados consideraron que la interferencia con el derecho del periodista no era necesaria ya que “contemporánea e independientemente, fueron dispuestas otras vías que se dirigen a determinar la verdad de la hipótesis delictiva investigada”. Los jueces consideraron que “existen otras alternativas probatorias que permiten perseguir ese mismo fin”.⁶⁹

⁶⁷ C. FED. SAN MARTÍN, “Gorriarán Merlo”, La Ley: 1996-C:638 (1996).

⁶⁸ C.N.A. CRIM. CORR., “Incidente de Thomas Catan”, (2002).

⁶⁹ *Ibid.*

Conclusión

El presente comentario representa una aproximación a la cuestión de la protección de la libertad de expresión en nuestro país. Este derecho es consustancial al sistema democrático — los estándares que hemos analizado reflejan de manera precisa esta visión. Se trata de un derecho preferido, que goza de una protección reforzada que lo hace primar sobre otros derechos en muchos casos. Sólo en casos excepcionales las *responsabilidades ulteriores* de las que habla el artículo 13.2 de la Convención Americana son consideradas legítimas. Esto, para muchos, representa un problema, ya que otros derechos constitucionales (como la honra y reputación) sufren como consecuencia de una elección que, sin embargo y a pesar de excepciones, parece sólida en la jurisprudencia de la Corte Suprema y del sistema interamericano de derechos humanos. Cabe destacar que hay temas que no se han abordado en este comentario y que son relevantes. En especial, destacaría la cuestión vinculada a la dimensión *colectiva* de la libertad de expresión y a las obligaciones del estado en materia de diversidad y pluralismo, a las cuestiones vinculadas a las expresiones de odio y a la cuestión de la libertad de expresión en Internet.⁷⁰

De modo que los jueces fijaron un estándar protectorio del derecho de los periodistas a mantener en reserva la identidad de sus fuentes, pero consideraron que no se trata de un derecho absoluto. Y dejaron abierta la posibilidad de que, en el curso de una investigación criminal, se dicte una medida investigativa que restrinja ese derecho, siempre y cuando se presente como necesaria, y sin que haya otro medio menos restrictivo disponible.

Cabe destacar un elemento importante en ambos casos. Concretamente, las medidas de investigación que luego fueron dejadas de lado por los tribunales de apelación buscaban desentrañar la identidad de estas fuentes de información pero a través de caminos indirectos. Concretamente, no se trataba de un periodista a quien se le preguntaba por la identidad de una fuente de información y, ante la negativa de este, se lo trataba como un testigo remiso o rebelde. En ambos casos, las autoridades a cargo de la investigación recurrieron a vías indirectas: pedir a los periodistas que reconstruyan un recorrido y solicitar los registros de las llamadas telefónicas. Al rechazar estas vías indirectas la garantía constitucional se vio reforzada con una interpretación amplia que es la que corresponde en atención a la jerarquía que la libertad de prensa ocupa en los sistemas republicanos de gobierno.

⁷⁰ Referir a los trabajos peritentes.