

---

# Control de Constitucionalidad: La libertad de expresión como garante del sistema republicano de gobierno.

Autor: **Blas Ignacio VIDAL**<sup>1</sup>

---

## SUMARIO:

I. Un primer acercamiento a la verdad. - II. Los discursos y la inconstitucionalidad de la censura. - III. El control de constitucionalidad en la génesis de la expresión. - IV. Un marco de responsabilidad constitucional. - V. Una conclusión contra-mayoritaria.

## RESUMEN

El presente artículo se dedicará, a la luz del control de constitucionalidad y de convencionalidad, a desarrollar el alcance de la libertad de expresión como garante del Sistema Republicano. Advertiremos que a lo largo del plexo constitucional las disposiciones que hacen a la conformación del sistema de gobierno argentino en gran medida encuentran sustento en el libre mercado de ideas, en distintos grados y de diversas formas, pero siempre resultando de fundamental importancia para el sostenimiento de las instituciones.

La democracia representativa como un ejemplo de la expresión del pueblo nos permitirá sostener la importancia de la intervención jurisdiccional para delimitar y proteger tal derecho, que a lo largo de los años lo ha hecho a través de diversos pronunciamientos que hoy transforman al control constitucional en el principal defensor de la libertad.

## PALABRAS CLAVE:

Libre mercado de ideas – Control de Constitucionalidad – Censura – Rectificación y Respuesta – Responsabilidad internacional

---

<sup>1</sup> Graduado con promedio de honor en la Universidad de Buenos Aires (UBA), se encuentra designado y actualmente en el cargo de ayudante de 2da en la UBA en la asignatura “Elementos del Derecho Constitucional”, y por el período 2021-2022 fue designado como 1er Vocal Titular en la mesa directiva de la Comisión de la Abogacía Joven del COLPROBA por el Colegio de Abogados de San Isidro (CASI), actual vicepresidente de la Comisión de la Abogacía Joven del CASI. Email: blasiovidal@gmail.com.

## I. Un primer acercamiento a la verdad

La libertad de expresión se encuentra receptada en nuestro ordenamiento principalmente en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, como a su vez en diversos tratados de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional a través del artículo 75 inciso 22 de dicha Carta Magna. Se trata de un derecho que la jurisprudencia ha reglamentado y regulado, conformando de forma pretoriana a lo largo de los años, una doctrina en alguna medida sólida y arraigada a la luz del control de constitucionalidad y convencionalidad.

La norma fundamental en su artículo primero estipula que la Nación Argentina adopta para su gobierno el sistema representativo, republicano y federal, lo que luego será reglamentado a lo largo de todo el plexo constitucional. Lo cierto es que como ha dicho Norberto Bobbio al tratar las reglas de la democracia<sup>2</sup>, hay ciertos derechos primordiales que deben encontrar un equilibrio para poder balancear y sostener el ordenamiento. Estos derechos son principalmente el derecho a la igualdad, también reconocido como un principio constitucional, y el derecho a la libertad. En lo que refiere a la igualdad, observamos que la guía principal encuentra su cauce cuando todas las personas acceden al mismo derecho ya sea por intermedio de la discriminación positiva o la simple aplicación de las normas existentes; pero con el derecho a la libertad encontramos muchas facetas que requieren protección: su faz interior, es decir la protección de la intimidad y privacidad, y su faz exterior, que requiere la existencia de una condición activa que permita expresar y una condición pasiva que permita receptar la expresión ajena. En este punto advertimos que ambas facetas se encuentran en constante tensión puesto que exacerbar una podría ir en detrimento de la otra.

En este orden de ideas, encontramos que nuestra democracia republicana requiere que todos los habitantes de la República tengan igual derecho a elegir y ser elegidos, como así también para manifestarse y recibir las manifestaciones ajenas. Ciertamente, desde la óptica de la publicidad de los actos de gobierno, su proliferación resulta necesaria para que los habitantes puedan ejercer un control sobre sus representantes, lo cual extrapolado a todas las esferas de la expresión tiene como finalidad última el acercamiento a la verdad. A lo correcto.

Esta suerte de voluntad general que refería Rousseau<sup>3</sup> encuentra su máxima expresión a través del libre mercado de ideas, donde su tráfico continuo permite delimitar la verdad en la esfera de cada discurso en particular. Esta teoría discursiva que trata a las ideas –manifestaciones– como parte de un mercado fue elaborada por el juez Oliver Wendell Holmes<sup>4</sup>, quien fuera miembro de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, y que como advertiremos no necesariamente es infalible, pero el riesgo de su falencia aparece como menor al riesgo de la inexistencia de tal mercado. Es decir, si para que el sistema republicano funcione correctamente es necesario que todas las personas puedan expresarse libremente (en toda la amplitud de su significado) y de esta forma llegar a un resultado que se advertirá como correcto –al menos para la mayoría–, el sistema no podría tolerar una limitación al derecho de expresarse, puesto que el presupuesto mismo de la existencia de la República radica allí.

Naturalmente y como habíamos adelantado, el encuentro con la verdad puede llegar a ser relativo. No necesariamente las ideas que circulen en el mercado serán las correctas y aunque la mayoría las adopte como tal, podría darse el supuesto donde la minoría hubiera encontrado el camino correcto y la máxima que se sobreponga sobre el resto se encuentre viciada. Pero este riesgo es necesario para poder sostener un sistema de gobierno como el que ha encuadrado nuestra Carta Magna.

Normalmente pueden encontrarse como ejemplos de esta falencia los regímenes totalitarios e incluso podemos encontrar ejemplos claros como los puntualizados por Carlos Santiago Nino cuando ana-

---

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, “Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, *Doxa*, núm. 28, (2005) pp. 15-36, *Url: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa-10/>*

<sup>3</sup> Rousseau, Jean Jaques. *Contrato Social* (Madrid: Espasa Calpe, 2007 duodécima reimpresión) 49

<sup>4</sup> Sola, Juan Vicente. *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. 2 (Buenos Aires: La Ley, 2009) 80-81

liza los juicios de Núremberg<sup>5</sup> donde el mercado de ideas ha llegado a expresarse en normas positivas hoy consideradas como antimorales. Allí, donde la discusión radica entre tendencias positivistas e iusnaturalistas, lo cierto es que el argumento trasciende el “ser” y el “deber ser”, toda vez que la norma escrita resulta contraria a principios que le son superiores. El obrar conforme una norma puede no implicar obrar conforme a derecho si hay una norma superior que se encuentra incumplida.

En este punto es cuando empieza a cobrar importancia el argumento contra-mayoritario, es decir, si una norma existente es contraria a la Carta Magna de dicho ordenamiento jurídico compete al Poder Judicial efectuar el control de constitucionalidad -y/o convencionalidad si fuera el caso- y determinar la no aplicación de aquella norma repelente a la Constitución Nacional<sup>6</sup>. Ahora bien, si a través del libre mercado de ideas se llegará a una verdad inmoral y esta quedara plasmada en una norma fundamental, ya no podríamos apelar tan sencillamente al control constitucional, pero contaríamos con una herramienta similar, puesto que si un ordenamiento jurídico es modificado en su sustancia el mismo no se transforma sino que se sustituye, una República autoritaria, no sería nunca una República al menos en los términos de nuestra Carta Magna y por tanto su modificación no importaría una reforma sino un cambio de sistema donde el libre mercado de ideas podría no existir y sería siempre contrario a la génesis de nuestro Estado. De esta forma el poder contra-mayoritario podría ejercer nuevamente su control tomando como fuente la norma que lo creó.

## II. Los discursos y la inconstitucionalidad de la censura

Surge la necesidad, entonces, de delimitar las distintas líneas discursivas, puesto que si en cada una de ellas habrá un mercado de ideas cada discurso traerá consigo una determinada verdad a la cual habrá que defender siempre y cuando no contraríe principios fundamentales como los casos someramente mencionados. Es cierto que amén de aquella salvedad esta búsqueda de la verdad, aunque de vital importancia, no tendrá igual protección para cada discurso, pues no todos ellos son igual de importantes para el sostenimiento del sistema republicano.

Resulta claro que si hablamos del discurso político y la publicidad de los actos de gobierno estaremos frente a uno de los discursos con mayor protección, porque aquí el llegar a la verdad es de vital importancia para el funcionamiento del gobierno. Es la forma de elegir a nuestros representantes, es la forma de convertirse en representante, y es la forma de controlarlos o que nos controlen como tales y la única forma de representar y/o ser representado correctamente es a través de conocer lo que cada parte tiene para expresar. Esto se traduce en un mayor nivel de protección donde los individuos podrán, con mayor nivel de libertad, expresar su voluntad. En este orden de ideas la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos tiene dicho en el precedente “Texas v. Jhonson” (491 U.S. 397 -1989) que la incineración de una bandera en el marco de una protesta política no debía ser considerado como un delito penal, aunque así estuviera regulado, toda vez que se hizo como una forma de demostrar el descontento con un determinado gobierno y no como un atentado o insulto a la patria. Es decir, aquí el Alto Tribunal de E.E.U.U. resuelve no aplicar una norma porque la manifestación de la expresión conformaba uno de los discursos de mayor protección.

Distinto es el caso de otros discursos de menor trascendencia. Vale aclarar que la existencia del discurso presupone simplemente la existencia de una expresión en determinada materia, no encontramos que estén taxativamente clasificados y por tanto contamos con discursos comerciales, irónicos e incluso discursos que podrían ser considerados inmorales, entre otros. Naturalmente, y volviendo a la importancia de cada discurso, cada uno tendrá una mayor o una menor protección dependiendo su rol en el sistema republicano. Es claro que un discurso irónico tendrá una menor protección y el derecho a la intimidad podrá incluso sobreponerse en determinados casos, pudiendo quedar como principales interrogantes si discursos como el odio racial tiene siquiera alguna protección y si discursos como el atinente a la seguridad nacional opera a la inversa y limita la expresión.

<sup>5</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho* 2<sup>da</sup> ed. 12<sup>o</sup> reimpresión (Buenos Aires: Astrea, 2003) 18.

<sup>6</sup> Fayt, Carlos Santiago. *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia, Leading Cases y Holdings, Casos Trascendentes* (Buenos Aires: La Ley, 2004) 165/171.

Aquí es donde retomamos el argumento contra-mayoritario y el control judicial puesto que argumentos como la apología al odio racial, pueden en algún sentido considerarse parte de un discurso político donde por ejemplo la jurisprudencia nacional ha resuelto negar el reconocimiento político a una agrupación cuyo estatuto manifestaba expresamente políticas contrarias a la Constitución Nacional<sup>7</sup>. Es, entonces, importante remarcar que aun cuando el discurso sea uno cuya protección sea mayor la ideología como tal no se rechaza, pero la apología al delito y al odio racial se encuentran prohibidas y por tanto su proliferación como tal, también. Este pronunciamiento que de alguna forma se transforma en un límite a la libertad de expresión nos hace reflexionar en la censura.

Nos toca considerar a la luz de lo expuesto, si en efecto la censura se encuentra permitida. Para ello analizaremos en que consiste. Es cierto que de la misma palabra surge su significado, censurar sería quitar, ocultar y de alguna forma prohibir una porción de un determinado discurso. Hemos dicho también que no todos los discursos tienen el mismo abrigo y por tanto no implicaría lo mismo la censura de un discurso político que el de uno comercial o payasesco. Hasta aquí la censura implicaría que una vez producida la manifestación de la idea la misma sea eliminada. Es decir, la censura propiamente dicha no limita la manifestación de la voluntad, sino que afecta su perduración.

En este sentido se puede concluir sencillamente que la afectación a la libertad de expresión es menor, puesto que la manifestación en sí no se verá vulnerada y por tanto el individuo podrá expresarse, pero si ello generase un perjuicio, la censura lograría eliminar la continuidad de dicha expresión. Si se tratara de un programa de televisión, la primera emisión no se vería afectada pero sí, la reproducción que se pudiera hacer de la misma con posterioridad.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) tendría dicho que la censura puede ser admitida en nuestro ordenamiento, lo que no podría efectuarse es la censura de forma previa conforme se encuentra previsto en el artículo 14 de la Constitución Nacional<sup>8</sup>. De esta forma y acompañando el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos que luego de la reforma constitucional de 1994 adquiere jerarquía constitucional advertimos que la duda se encuentra zanjada. Lo que naturalmente no implica que todos los discursos podrán ser censurados, sino que la Corte Nacional entiende que aquellos discursos no podrán ser censurados previamente. Nuevamente nos encontramos frente al interrogante que surge cuando los discursos son directamente contrarios al ordenamiento, pudiendo en tal caso admitirse otro tipo de prerrogativas.

Sentado lo expuesto, la doctrina constitucional tuvo que enfrentarse también a las cuestiones atinentes a la censura indirecta, distinta de los casos que mencionamos donde la censura en cuestión afecta directamente a la manifestación -a la expresión en sí misma-. La censura indirecta es la que opera cuando es el medio de comunicación que en su afán de publicar es censurado y se ve imposibilitado de compartir la información. Este tipo de censura, si bien no se encuentra expresamente reconocida en la Constitución Nacional, si se encuentra receptada en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Alto Tribunal que haciendo una interpretación concluye que la pauta oficial entregada por el Estado a los Medios no puede ser quitada en función de criterios discriminatorios<sup>9</sup>. Similar jurisprudencia ha sentado la base de que no importa tanto la cuestión económica y la dependencia del medio para con la pauta oficial, es decir no es ello excluyente, sino que basta con el hecho de que el medio de comunicación alcance a una menor cantidad de personas producto de la ausencia de aquella pauta oficial para que pudiera darse este tipo de censura<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> CSJN, "Partido Nuevo Triunfo s/ Reconocimiento -Distrito Capital Federal", sentencia del 17 de marzo de 2009, Fallos 332:433, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>8</sup> CSJN, "Servini de Cubría, María Romilda s/ Amparo", sentencia del 8 de septiembre de 1992, Fallos 315:1943, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>9</sup> CSJN, "Editorial Rio Negro SA c/ Neuquén Provincia del y OTRO s/ Amparo", sentencia del 5 de septiembre de 2007, Fallos 330:3908, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>10</sup> CSJN, "Editorial Perfil SA y Otro c/ EN Jefatura de Gabinete de Ministros SMC s/ Amparo Ley", sentencia del 2 de marzo de 2011, Fallos 334:109, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

Resulta clara la construcción pretoriana de la Corte Nacional que incluso sostiene que compete al Estado la carga de probar que la pauta oficial no se ha quitado y dado en base a criterios discriminatorios, como si fuera un sistema de premio y castigo para el medio de comunicación que es crítico con el gobierno de turno.

Conforme venimos advirtiendo el rol de la jurisprudencia en la construcción y protección de la libertad de expresión tiene una importancia fundamental en su desarrollo. Tal es el caso que incluso en la génesis de tal derecho encontramos la interpretación fundacional del Alto Tribunal como veremos a continuación.

### III. El control de constitucionalidad en la génesis de la expresión

Al principio de este trabajo hemos hecho una breve reseña mencionando los artículos donde el derecho a la libertad de expresión se encuentra en nuestro ordenamiento constitucional. Entre ellos mencionamos el artículo 32 de la Constitución Nacional en tanto establece que el congreso Federal no dictará normas que restrinjan la libertad de imprenta ni establezcan para ella la jurisdicción federal. Se advierte de tal disposición que su aplicación es dudosa por la forma en que se encuentra organizado nuestro sistema constitucional y ha requerido la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para clarificar la situación.

De acuerdo con nuestro plexo constitucional y en virtud de las competencias delegadas por las provincias al Estado Nacional, es facultad del Congreso Federal el dictado de las normas de fondo, sencillamente la codificación ha quedado en manos de la Nación y ya no de las provincias. La tradición receptada en el artículo 32 antes citado parece responder a un ordenamiento donde tal facultad no le ha sido delegada en la Nación y por tanto corresponde a cada jurisdicción el dictado de las normas que reglamenten la libertad de imprenta, no pudiendo el Estado federal inmiscuirse y restringirla. Lo mismo aplica para el caso de la jurisdicción como circunscripción donde deberá dirimirse un determinado conflicto. La norma estipula que las implicancias de la libertad de imprenta, reglamentada de forma local, deberá ser interpretada y dirimida en sede local también. Tal ordenamiento no se corresponde con el nuestro, dónde es el Congreso Federal el que tiene la potestad del dictado de aquellas normas, lo que no implica que deba competelerle a la justicia federal pues no necesariamente se trate de un derecho federal.

Tal distinción es analizada por el Alto Tribunal que concluye que evidentemente no resulta posible delimitar la intervención del Congreso Federal, puesto que si las provincias han delegado aquella facultad en el Estado Nacional si la propia Constitución le prohibiera dictar normas en esta misma inteligencia estaríamos frente a una incongruencia. De esta forma la Corte Nacional se configura como el último intérprete de la Constitución Nacional en un precedente donde la aplicación literal del artículo 32 de la Carta Magna podría dejar impune la comisión del delito de injuria<sup>11</sup>. Tal importancia se le otorga a la cuestión, que en esta materia se advierte uno de los primeros precedentes donde se vislumbra al control de constitucionalidad<sup>12</sup>.

En este punto parece claro que la propia génesis del derecho se ve sostenida por la intervención de la Corte Nacional quien, a través del control de constitucionalidad, se posiciona como el máximo intérprete y encausa la germinación de un derecho cuya interpretación literal podría mantener sin reglamentación un derecho de vital importancia.

Es cierto que la intromisión de la responsabilidad penal ha sido una discusión importante en materia de libertad de expresión, puesto que ello no solo alcanzaba un nivel de preocupación patrimonial, sino que el traspaso del límite entre la expresión y la intimidación podría generar la admisión de una condena penal por el delito de injuria que limitaría aún más la posibilidad de expresarse si una persona tuviera tal temor. En este punto y quizás de forma más actual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que la res-

---

<sup>11</sup> CSJN, “Ramos Raúl Alberto s/ Querrela por injurias c/ Eduardo J. Batalla”, sentencia del 21 de octubre de 1970, Fallos 278:62, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>12</sup> CSJN, “Ministerio Fiscal c/ Calvete Benjamín por atentados contra la inmunidad de un senador”, sentencia del 17 de octubre de 1864, Fallos 1:340, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

ponsabilidad que pueda generarse por el abuso de la libertad de expresión de ninguna forma puede abusivamente llegar a repercutir en una condena privativa de la libertad<sup>13</sup>, lo que hoy a través de precedentes de la Corte Nacional podría resultar de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento local, previo escrutinio de nuestra Norma Fundamental<sup>14</sup>.

En este punto sigue siendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que delimita el camino y asegura un control constitucional y convencional en las resoluciones judiciales. Si bien es cierto que el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna dota de jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos la realidad es que no dota literalmente de obligatoriedad a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana ni de la Corte Interamericana. El problema que se suscita es mayormente de responsabilidad internacional, en tanto que, si los organismos supranacionales encuentran que el Estado incumple con su interpretación de las normas podrá declararse la responsabilidad internacional frente a los demás contratantes; y es en tal inteligencia que la Corte Nacional acepta de alguna forma como mandatorios los precedentes de dichos organismos. No es fortuito que sin llegar a pronunciamiento alguno de organismos supranacionales se dispone la reglamentación del derecho de rectificación y respuesta por vía jurisprudencial como forma de resguardo frente a la posible responsabilidad del Estado.

Sencillamente entonces, advertimos que tanto en la génesis constitucional del derecho a la libertad de expresión como así también su garantía actual y protección, se encuentran constantemente analizados, interpretados y reglamentados a través del control de constitucionalidad y convencionalidad. Pero aún se suscita la cuestión de la responsabilidad. Si en efecto reconocemos que el derecho existe y que su reglamentación ha sido mayormente jurisprudencial, es lógico que las consecuencias que afecten al abuso de este derecho se encuentren también de alguna forma legisladas por la misma jurisprudencia que las reconoce y garantiza.

#### IV. Un marco de responsabilidad constitucional

Es correcto distinguir dos supuestos de responsabilidad frente al abuso de la libertad de expresión. El primero de ellos es el que de alguna forma afecta a la moral y a la intimidad de un tercero, y el segundo supuesto es aquel que de alguna forma genera responsabilidad por la inexactitud de la información que ha expresado. En ambos casos se requiere la existencia del daño, pero el derecho protegido difiere en tanto el balance se produce por diferentes cuestiones.

Analizaremos primero las cuestiones relativas a la intimidad. Si dividimos esta faz interna en privacidad e intimidad deberemos distinguirlas en tanto toda acción privada es aquella llevada adelante por una persona en particular, y que no necesariamente implica que forma parte de su intimidad. Por el contrario, la intimidad comprende aquellas acciones privadas que realiza una determinada persona con la intención de que queden contenidas en su fuero íntimo. Es decir, sin la intención de compartirla con terceros.

En razón de ello, parece lógico que no tenga la misma protección una manifestación de un tercero sobre cuestiones privadas de una persona efectuadas en un ámbito social, respecto de otras efectuadas en la intimidad. Este resulta el argumento sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la vida de quien fuera en ese momento un presidente argentino frente a supuestas ofensas en el reclamo a Fontevicchia y D'Amico. Distinto es el caso de una persona que se esfuerza, persigue, o simplemente quiere mantener una determinada situación en su esfera íntima, cuando es transgredida y se le genera un perjuicio. Naturalmente adelantaremos que las afectaciones a la moral y a la intimidad son en un principio las que tienen una mayor protección frente al derecho de libertad de expresión y donde la balanza podrá ceder

---

<sup>13</sup> Corte IDH, "Kimel Eduardo v. Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C, No. 177., 66-73, disponible en: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

<sup>14</sup> CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", sentencia del 14 de febrero de 2017, Fallos 340:47, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

con mayor facilidad generando una responsabilidad para el medio de comunicación, habiendo claros ejemplos en la jurisprudencia nacional<sup>15</sup>.

Este último razonamiento nos lleva a concluir que, si bien habrá reglas sentadas que permitan presuponer límites en ambas direcciones, lo cierto es que en materia de afectación a la moral e intimidad se tratará de una cuestión casuística en que deberá acreditarse el daño en cada supuesto en particular. Pero sí es cierto que contamos con precedentes que de alguna forma han legislado la existencia de una responsabilidad si se cruzan determinados límites. De ello surge que las responsabilidades por las acciones privadas raramente encuentren acogimiento, puesto que si las mismas han sido realizadas a la vista de la sociedad difícilmente luego pueda argumentarse que se pretendía el resguardo íntimo de aquello que fuera ventilado.

Nos queda entonces analizar los supuestos donde la responsabilidad surge por la inexactitud de la información expuesta por el medio de comunicación. En este trabajo el término “medio de comunicación” tendrá un carácter genérico, y si bien mayormente la radiodifusión, la televisión, y los diarios, son los que normalmente se encuentran en la posibilidad de ventilar información de manera masiva esto no necesariamente excluye la posible existencia de un particular que oficie de tal. Esta doctrina de responsabilidades ulteriores ha sido enteramente conformada de forma pretoriana por la jurisprudencia del Alto Tribunal, que de alguna manera recepta precedentes foráneos.

Podemos identificar como punto de partida el *leading case* “Campillay”<sup>16</sup> en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con disidencia del Dr. Fayt encuentra que cuando la información compartida por la prensa es inexacta el medio de comunicación será objetivamente responsable salvo que procediere a utilizar verbos potenciales para referir al acontecimiento, que citara la fuente, o que no se identificara a la persona. Cualquiera de estos supuestos aplacaría la responsabilidad del medio de comunicación, quien viendo invertida la carga de la prueba, deberá acreditar estos supuestos si pretende ser eximido en el reclamo. Este precedente debió ser incluso ajustado puesto que los términos no acaban por ser claros y el alto Tribunal posteriormente dirá que la forma del cumplimiento de los supuestos podrá también generar responsabilidad por ejemplo si la fuente es obtenida de forma ilegítima<sup>17</sup>. En este punto el Dr. Fayt sienta las bases de lo que luego se receptorá en nuestro país como la doctrina de la *real malice* (real malicia), doctrina que es creada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el precedente “New York Times v. Sullivan” (376 U.S. 254 -1964) en el cual el Tribunal foráneo entiende que no habrá responsabilidad del medio de comunicación salvo que el particular afectado por la inexactitud de la información, probara que el Medio compartió la misma con negligencia o dolo. Es decir, esta doctrina entiende que el medio de comunicación no será responsable salvo que el presunto damnificado pruebe que el medio compartió información de forma casi temeraria, sin perjuicio de las serias dudas que por ejemplo un periodista podría tener sobre la veracidad de lo informado<sup>18</sup>, o con la directa intención de dañar a la persona. Ya no se tratará entonces de una responsabilidad objetiva sino subjetiva. Esta doctrina fue también receptada por la jurisprudencia del Alto Tribunal Argentino<sup>19</sup>.

Finalmente, la CSJN parece reordenar estas doctrinas sentando la base de que la real malicia se tornará aplicable cuando la persona de que se trate la información sea una persona pública, y aplicará la doctrina “Campillay” cuando se trate de una que no<sup>20</sup>. Definición que traerá aparejada la explicación de que una per-

<sup>15</sup> CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 11 de diciembre de 1984, Fallos 306:1892, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>16</sup> CSJN, “Campillay, Julio César c/ La Razón y otros”, sentencia del 15 de mayo de 1986, Fallos 308:789, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>17</sup> CSJN, “Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ artículos 109 y 110 del C.P., sentencia del 10 de diciembre de 1996, Fallos 319:2965, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>18</sup> CSJN, “Morales Solá, Joaquín Miguel s/ Injurias”, disidencia parcial Dr. Fayt en sentencia del 12 de noviembre de 1996, Fallos 319:2741, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>19</sup> CSJN “Ramos Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y Otros”, sentencia del 27 de diciembre de 1996, Fallos 319:3428, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>20</sup> CSJN, “Patito, Jose Angel y otro c/ Diario La Nación y otros s/Daños y perjuicios”, sentencia del 24 de junio de 2008, Fallos 331:1530, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

sona pública, no es necesariamente una que adquiere visibilidad circunstancial sino una cuya exposición sea palmaria<sup>21</sup>. Un claro ejemplo serán los funcionarios públicos. Esta doctrina también tiene como su antecedente a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América en “Gertz v. Robert Welch inc.” (418 U.S. 323 – 1974).

Advertimos así la importancia del tamiz constitucional que el máximo Tribunal aplica a los efectos de conformar esta doctrina de responsabilidad. La ausencia de una norma que reglamente la libertad de expresión resulta peligrosa si consideramos a la codificación como una tradición excluyente en nuestro país y por tanto necesaria la intervención constitucional de la Corte Nacional que constantemente debe ajustar sus pronunciamientos a la luz de la Carta Magna y los tratados de derechos humanos en una casuística que por ejemplo determina la casi inexorable responsabilidad de los medios cuando el sujeto involucrado es un menor<sup>22</sup> y más recientemente cuando advierte que la calidad de persona pública no es una condena que permita el abuso de los medios de comunicación<sup>23</sup>.

En un sentido similar, esta falta de reglamentación ha sido clara en lo que respecta al derecho de rectificación y respuesta, receptado en nuestro ordenamiento por intermedio de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 14, que con ausencia de una norma específica y sin actividad del Congreso Nacional, tuvo que ser regulada por la CSJN en un precedente primigenio<sup>24</sup> que lo reconoce a los efectos de evitar responsabilidad internacional de la Nación Argentina por su falta de regulación y en un pronunciamiento posterior<sup>25</sup> que obliga a reglamentarlo para no vulnerar el mismo derecho que el instituto busca proteger.

El derecho de rectificación y respuesta es un instituto que le otorga a una persona damnificada por un medio de comunicación, el derecho de acceder al medio en cuestión y rectificar lo que se ha manifestado erróneamente. Parece claro que el abuso de este derecho acabaría por ejercer una censura indirecta a los medios de comunicación, ya que, si estos tuvieran por cada publicación que hicieran, que publicar o transmitir una o varias opiniones ajenas, terminarían por dudar a la hora de compartir contenido. En este orden de ideas al Alto Tribunal ha dicho que, para que proceda la rectificación de la información y la respuesta, la información vertida en el medio de comunicación debe ser errónea, que esa información errónea genere un perjuicio a determinada persona y que el daño producido esté directamente relacionado con lo expresado por el medio, dejando de lado las opiniones que están exentas de cualquier responsabilidad ulterior pues de ellas no puede afirmarse falsedad. Así, pudiendo garantizar la existencia del instituto, ayudando a limitar los posibles abusos a la hora de reclamar su aplicación, lo que pudiera haberse convertido en un instrumento de censura acaba por ser una nueva vía para la expresión.

## V. Una conclusión contra-mayoritaria

En torno a la libertad de expresión, los institutos reconocidos por este derecho tienen amplísimos efectos y alcanzan a todas las esferas jurídicas en tanto como hemos establecido es uno de los principales pilares garantes del sistema republicano. La tradición constitucional de revisión judicial y el control de constitucionalidad han sido a lo largo de los años la herramienta más prometedora a los efectos de poder obtener una reglamentación que permita sostener el ordenamiento sin admitir abusos que tornaran ilusorios los demás derechos consagrados en la norma fundamental.

<sup>21</sup> CSJN, “E.G.R. c/ Editorial La Capital SA s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 27 de noviembre de 2012, Fallos 335:2283, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>22</sup> CSJN, “Sciammaro, Liliána c/ Diario El Sol s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 28 de agosto de 2007, Fallos 330:3685, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>23</sup> CSJN, “De Sanctis, Guillermo Horacio c/ Lopez de Herrera, Ana María s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 17 de octubre de 2019, Fallos 342:1665, disponible en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>24</sup> CSJN, “Ekmejdjian, Miguel Angel c/ Sofovich Gerardo y Otros”, sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>25</sup> CSJN, “Petric Domagoj, Antonio c/ Diario Página 12 s/ Amparo”, sentencia del 16 de abril de 1998, Fallos 321:885, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)



Esta línea de precedentes encuentra recepción absoluta en la Suprema Corte de los Estados Unidos donde la regla de la libertad irrestricta<sup>26</sup> en el mercado de ideas, en principio genera una fuerte presunción de inconstitucionalidad en las normas que restrinjan de forma previa a la libertad de expresión, y otorga una fuerte protección a la expresión, con naturalmente restricciones que las que, como hemos dicho, generen incitación a la ilicitud o al odio racial. Por su parte el ordenamiento argentino cumple una función similar, puesto que, tratándose de una cuestión no abordada en extenso por la codificación, la jurisprudencia no ha tenido mayor opción que proceder a su reglamentación y efectuar un control de constitucionalidad lo suficientemente celoso en resguardo de las instituciones fundamentales. No es ocioso, por tanto, concluir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Argentina es quien ha dedicado sus resoluciones a definir el equilibrio y tensión entre la libertad y la igualdad y dónde radica el límite de ambas. Paradójicamente el argumento contra-mayoritario y el control de constitucionalidad, lejos de representar la voluntad general, se acaban por alzar como las herramientas primordiales para garantizar el mercado de ideas y el acceso a la verdad. En palabras de Joaquín V. González “una fuerza real de las minorías”<sup>27</sup>.

## Bibliografía

- 1.- Fayt, Carlos Santiago. *La Omnipotencia de la Prensa*, 2<sup>da</sup> ed. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- 2.- Fayt, Carlos Santiago. *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia, Leading Cases y Holdings, Casos Trascendentes*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- 3.- Ferrajoli, Luigi. “Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, *Doxa*, núm. 28, (2005) pp. 15-36, Url: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa—10/>
- 4.- González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina 1853-1860*. Estrada Editores, 1897.
- 5.- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho* 2<sup>da</sup> ed. 12<sup>o</sup> reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 2003
- 6.- Rousseau, Jean Jaques. *Contrato Social*. Madrid: Espasa Calpe, 2007 duodécima reimpresión.
- 7.- Sola, Juan Vicente. *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

---

<sup>26</sup> Fayt, Carlos Santiago. *La omnipotencia de la prensa*, 2da ed. (Buenos Aires: La Ley, 2005) 496.

<sup>27</sup> González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina 1853-1860* (Buenos Aires: Estrada Editores, 1897)169.