

## CAPÍTULO OCTAVO

### NI LIMITACIONES NORMALES NI DE EMERGENCIA

A esta altura, no me quedan dudas de que el secreto periodístico es una garantía absoluta, por lo menos en períodos de normalidad.

Pero aún así, creo que restan abordar algunos interrogantes, como determinar si es posible sostener esa visión absoluta durante ciertos períodos esporádicos de normalidad constitucional, en los cuales existe la posibilidad legal de prohibir la difusión de encuestas o sondeos de opinión en los días de elecciones y, también, si es posible establecerla durante períodos de emergencia, durante los cuales la declaración del artículo 23, CN (Estado de sitio) o del artículo 27 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos parecen dar la posibilidad de suspender el derecho a la libertad de expresión o sus garantías.

Responderé anticipadamente ambos asuntos, que luego desarrollaré.

Respecto del primero, diré que la ley que pone límites a la publicidad de encuestas y sondeos, así como también la jurisprudencia que la avala, son desacertadas, y constituyen actos legislativos y judiciales de censura previa, que no se compadecen, respectivamente, con los artículos 14 y 32 de la Constitución nacional.

En cuanto al segundo punto, más espinoso, sigo sosteniendo que en épocas de normalidad no hay margen para dudar del carácter absoluto del secreto periodístico, pero asumo que en épocas de emergencia tal naturaleza absoluta de esa garantía sólo se puede sostener si se adscribe —como lo hace el autor de esta tesis y buena parte de la doctrina argentina, pero no la jurisprudencia de la Corte— a una tesis restrictiva sobre el alcance de la declaración del Estado de sitio (artículo 23). Aún más, considero que el artículo 27 de la Convención Americana, que no proscribe la suspensión del artículo 13 de esa carta, es inaplicable en nuestro país en materia de libertad de prensa, porque aplicando la regla del artículo 29 de esa convención, se debe aplicar, como regla más favorable, nuestro texto constitucional.

## I. LA CENSURA BREVE EN TIEMPOS DE NORMALIDAD LOS COMICIOS

Considero que normas como la ley 268 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires u otras similares que restrinjan total o parcialmente las publicaciones que pueden hacerse con anterioridad a los comicios, durante su desarrollo o en las horas inmediatamente posteriores a su finalización, son inconstitucionales. Y, por lo tanto, entiendo que las sentencias que avalan ese tipo de medidas son desacertadas e incurren en un inadmisible acto de censura judicial, que convalida una censura legal.

Medidas de ese tipo se basan en la pretensión de evitar la supuesta interferencia que la difusión de esos datos generaría sobre el electorado, en perjuicio de la igualdad que debe existir entre los partidos a la hora de concurrir a elecciones.

En modo alguno considero correcta ni probada esa aseveración, la cual, de ser cierta —desde la perspectiva de quienes la proponen— también podría ser extrapolada para abrir otra peligrosa puerta que justifique una prohibición aún mayor: si la difusión de datos perjudica la igualdad de los partidos, habría también que corregir las diferencias que durante toda la campaña surgen del distinto apoyo financiero que reciben los partidos desde la sociedad, las empresas y los individuos, que se traduce en una distinta capacidad de propaganda política y movilidad, o también se podría sostener que habría que nivelar la capacidad que, en general, tienen los distintos partidos para hacerse escuchar en la sociedad. Por supuesto, no comparto ninguna de estas visiones.

Pero volvamos a las restricciones que sí establecen las leyes nacional y porteña.

### *1. Las leyes restrictivas*

La ley 268 dispone que “desde las 48 horas anteriores a la iniciación de los comicios y hasta 3 horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, a los resultados de encuestas electorales”.

Por su parte, el Código Electoral Nacional, en su artículo 71, inciso f), dice que está prohibido “Realizar actos públicos de proselitismo y publicar y difundir encuestas y sondeos preelectorales desde 48 horas antes de

la iniciación del comicio y hasta el cierre del mismo". Y el inciso h) afirma que está prohibido "Publicar o difundir encuestas y proyecciones sobre el resultado de la elección durante la realización del comicio y hasta 3 horas después del cierre".

Si sintetizamos las medidas, vemos que, desde el punto de vista material, lo prohibido es, por un lado, hacer actos de proselitismo y, por el otro, hacer comentarios, crónicas o análisis políticos que impliquen difundir, publicar o hacer referencia, por cualquier medio, a los resultados de sondeos o encuestas electorales, con lo cual no hay prohibición para realizar esas actividades fuera de ese estrecho objeto prohibido.

Asimismo, desde el punto de temporal, las restricciones se extienden entre las 48 horas anteriores a los comicios, y las 3 posteriores, es decir, por un periodo de 51 horas.

Por eso, algunos autores sostienen que se trata de restricciones mínimas, que no afectan la libertad de expresión ni de prensa.

Por ahora, la justicia convalidó normas de ese tipo: en efecto, el Tribunal Superior de la Ciudad, frente a un planteo de inconstitucionalidad formulado por la Asociación de Telerradiodifusoras Argentinas (ATA) y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas (ARPA), afirmó la validez de la ley 268, y el 7 de junio de 2005, la Corte Suprema de Justicia desestimó el recurso. Así, convalidó la norma porteña e, implícitamente, también la validez de la ley 25.610, que reformó el Código Electoral Nacional en el sentido arriba comentado.

## *2. Leyes y jurisprudencia que constituyen casos de censura*

No comparto el sentido ni el fundamento de esa sentencia, por muchas razones:

- Esas normas violan la prohibición que establecen los artículos 14 y 32, CN, y este argumento me parece concluyente, pero se puede continuar el análisis.
- El fallo se funda en pautas de restricción que no están autorizadas ni siquiera por la ley. En efecto, los jueces, en distintos votos, argumentan a favor de establecer un espacio óptimo de reflexión previa, que todo elector debe tener antes de emitir su

voto,<sup>876</sup> un tiempo de sosiego,<sup>877</sup> que preserva la pureza del sufragio. Y, con respecto a la prolongación de la prohibición hasta tres horas después del cierre de los comicios, se argumentó que se busca proteger la tranquilidad pública.<sup>878</sup>

Acertadamente señala Badeni que ninguno de tales valores está enunciado por el artículo 13, incisos 4o. y 5o. de la Convención Americana, ni la preservación de encuestas preelectorales afecta la seguridad nacional, ni el orden público ni la salud o la moral públicas (artículo 13, inciso 2o.),<sup>879</sup> y que prohibiciones como la establecida en esas leyes responden, en realidad, al temor de la dirigencia política y de los partidos por el miedo al impacto comunicativo que pueden producir esos datos prohibidos: los funcionarios no creen que los ciudadanos que están siendo expuestos a determinadas expresiones puedan hacer opciones correctas. En cuanto a la extensión de la prohibición hasta tres horas después del cierre de los comicios, en su disidencia parcial los jueces Belluscio y Petracchi afirman que no es válida.

- El conocimiento por parte de los ciudadanos de las encuestas —más allá de que los resultados electorales muchas veces desmienten categóricamente los resultados que arrojan algunos de esos pronósticos— en modo alguno le quita transparencia al proceso electoral.

Por el contrario, el ciudadano tendrá un dato más a su disposición para formarse una composición de lugar, es decir, tendrá un panorama más completo —tanto si llegan a su conocimiento las encuestas más precisas y serias o, aun, cuando conoce encuestas imprecisas, pero que luego podrá confrontar con los resultados para extraer sus propias conclusiones sobre la falta de seriedad con la que actúan algunos partidos y encuestadores, que no dudan en usar caminos elípticos para engañar al electo-

<sup>876</sup> Votos de los ministros Elena Highton de Nolasco, Ricardo Lorenzetti y Carmen Argibay.

<sup>877</sup> Voto de los ministros Juan Carlos Maqueda, Eugenio Raúl Zaffaroni, Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Augusto Belluscio.

<sup>878</sup> Voto de la mayoría y del ministro Zaffaroni.

<sup>879</sup> Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 697.

ral. Vimos, en otra parte de este trabajo, que lo importante del mercado de ideas no es que sólo estén en él las ideas que son verdaderas, sino que todas las ideas, verdaderas o no, estén disponibles en ese mercado de ideas al alcance de todos.

- A la hora de votar, la garantía del secreto del voto le garantiza al elector total libertad para emitir su sufragio, sin que sea necesario establecer restricciones a la libertad de expresión o de prensa, que no pueden interferir en ese preciso momento de emisión del voto.

Dijeron Belluscio y Petracchi, en la aludida disidencia parcial, que “acertados o erróneos, los datos que anticipan las encuestadoras deben ser juzgados por la gente por lo que son, es decir, por pronósticos de cómo las personas han votado”, que serán luego corroborados o no por el resultado de las urnas, pues “sólo al pueblo corresponde discernir los méritos de la información que se le ofrece, sin que pueda vedárseles el acceso a aquella con la excusa que puede cometer errores”.<sup>880</sup> Este argumento, a mi parecer, es perfectamente aplicable para todo el asunto, y muestra la inconsistencia de la argumentación de la mayoría. ¿Necesita acaso el pueblo de tutores que le digan lo que pueden saber, escuchar o ver y en qué momento pueden hacerlo o en qué momento es mejor que no conozcan esos datos? ¿No es eso la censura que prohibió la Constitución nacional?

- El fallo también alude a que la ley electoral autoriza asimismo otras restricciones, como los límites que se establecen a la financiación de los partidos, a la extensión de la campaña electoral, la prohibición de hacer actos de proselitismo y espectáculos públicos durante ciertas horas. Respecto de estas prohibiciones, manifiesto, por un lado, que no imponen límites a los medios de comunicación, sino al proselitismo partidario —a diferencia de la prohibición de publicar encuestas, que alcanza tanto a los partidos como a los medios<sup>881</sup>— y, por el otro, que estos límites a la

<sup>880</sup> Disidencia parcial de los ministros Augusto Belluscio y Enrique Petracchi.

<sup>881</sup> Es fácil observar que en períodos electorales muchos encuestadores son contratados por algunos partidos, y las encuestas que ellos realizan arrojan, curiosamente, resultados favorables a aquellos que les pagan sus honorarios. Galak, Oliver, “Encuestas, una forma de hacer campaña”, *La Nación*, 15 de mayo de 2007, demuestra que el que partido

difusión de encuestas y sondeos y aquellos otros límites a los que hace referencia el fallo no fueron nunca generalmente respetados ni mostraron tener utilidad alguna.<sup>882</sup>

Dice Gelli que los límites a las campañas no afectan la libertad de expresión ni el derecho a la información, porque responden a un fuerte interés público, y el acortamiento de las campañas evita la distracción de los asuntos públicos por parte de los gobernantes que aspiran a retener el poder y la búsqueda frenética de recursos y el acrecentamiento de gastos.<sup>883</sup> No comparto esta visión, porque en la medida en que la prohibición se extiende a la propaganda que emiten los medios, se afecta no sólo la libertad de expresión, sino la libertad de información; pero tampoco la comparto por otra razón más fundamental: no hay evidencia que demuestre que las prohibiciones pesan por igual sobre todos los partidos y actores, y, en sentido contrario a las justificaciones comentadas, puedo afirmar que también hay sospechas y evidencias de que esas restricciones legales pesan con más fuerza so-

que paga las encuestas sube, en los resultados que arroja el sondeo, entre 4 y 12 puntos. Pero estos vicios que han demostrado algunos encuestadores no se corrigen prohibiendo la difusión de las encuestas, porque indirectamente se castiga a aquellos encuestadores que son serios, sino que es el propio electorado el que castiga esa deficiente práctica profesional, pues el hecho de que los resultados de las elecciones difiera notablemente del resultado de los sondeos es una evidencia firme de la poca influencia que estos estudios tienen sobre los electores. Prohibir todas las encuestas previas con el argumento de la inexactitud o de un intento de manipulación sería como prohibir la cirugía porque hay médicos que practican operaciones ilícitas o incurren en mala praxis.

<sup>882</sup> La legislación nacional coloca límites temporales a la duración de las campañas, estableciendo con precisión no sólo cuándo finalizan, sino también cuántos días antes del comicio puede comenzar la propaganda electoral. Pero esos límites rara vez son cumplidos por los partidos, y mucho menos por el partido que en cada momento está en el gobierno, que suele violar la prohibición por el simple expediente de no observarla o, mediante una vía más elíptica, pero igualmente evidente, inaugurando obras en los distritos que se quiere captar hasta apenas pocas horas antes del comicio o haciendo transferencia de dinero a los municipios o provincias que se desea atraer, métodos aviesos de los que, naturalmente, la oposición queda excluida. Por tal motivo, se podría afirmar que los límites que establece la legislación electoral, lejos de favorecer la igualdad de los partidos, muchas veces brinda ventajas al partido que está en el poder político. En cualquier caso, no hay más evidencia en un sentido que en otro y, en caso de duda, me inclino por la libertad.

<sup>883</sup> Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3a. ed. ampliada y actualizada, La Ley, 2005, p. 439.

bre los partidos de oposición, especialmente si son pequeños, porque los límites legales de financiamiento no le permiten conseguir tanto dinero como el que dispone el partido en el poder, que también se nutre habitualmente de recursos oficiales, ni aquel pequeño partido puede realizar la campaña sostenida a lo largo del tiempo, estando obligado a concentrar una gran cantidad de recursos y esfuerzos en un lapso breve, donde las tarifas de publicidad son más caras, y donde el esfuerzo que hay que hacer para llegar al electorado, bombardeado simultáneamente por una profusión de propaganda de distintos partidos, es mucho mayor.<sup>884</sup>

- En sexto lugar, los jueces de la Corte argentina, al resolver el caso ATA-ARPA, también sostienen que la vigencia de la restricción es tan breve que no llega a configurar una lesión para la libertad de prensa. La censura, si es breve, no deja de ser censura. No puede distinguirse, porque la Constitución nacional no lo autoriza, entre una censura prolongada en el tiempo e ilícita,<sup>885</sup> como si fuera una censura mala y reprobable, y una censura breve y permitida, como si fuera una medida buena y blanda.

Además, pretender introducir esta diferenciación en el mundo tecnológico moderno, donde la información da la vuelta al mundo en apenas segundos, es harto peligroso. Basta con imaginar un simple ejemplo: ¿no sería censura la prohibición o la interferencia en la difusión de apenas 50 segundos —ya no de 51 horas— de un noticiero moderno, tal vez internacional (*v. gr.* la CNN), que se caracteriza por concentrar en ese breve

<sup>884</sup> Por eso, Gelli, advirtiendo las dificultades que plantea la posición restrictiva que ella suscribe, sostiene que la prohibición de emitir publicidad antes de determinada cantidad de días de la interna abierta o de la elección nacional debe considerarse limitada a los espacios de publicidad, pero pretender aplicar esa prohibición a la presencia de candidatos en entrevistas o reportajes implicaría un cercenamiento a la libertad de expresión de los candidatos y una violación al derecho de informar de los periodistas.

<sup>885</sup> Ese fue el criterio sostenido en el fallo CS 316: 1768, diario *La Nueva Provincia*, donde la Corte confirmó la validez de la norma que prohíbe la publicación de diarios el día del canillita, porque la “mera comprobación de que un determinado día del año no se puedan lanzar a la venta pública las ediciones en cuestión no es un elemento suficiente que permita determinar por sí solo si en el caso ha existido una restricción ilegítima a la libertad de prensa”. Badeni, Gregorio, *op. cit.*, p. 699.

tiempo, mediante complejos procesos de edición, una gran cantidad de conceptos e imágenes, que se suceden a gran velocidad y que impactan sobre cientos de millones de televidentes, en forma inmediata, mucho más profundamente que un libro, una tesis o una película? ¿No sería censura la interceptación, durante 20 segundos, de una transmisión satelital a través de la cual se están difundiendo las palabras cruciales de un presidente o de un grupo terrorista que amenaza a una comunidad con nuevos ataques? ¿No hay censura también cuando se suprime 15 segundos de imágenes de una película? ¿No es censura suprimir, por una hora, un discurso crítico a una medida política o económica, cuyo conocimiento por la gente en tiempo oportuno le permitiría salvar, por ejemplo, su vida o su patrimonio? La censura breve también está prohibida por el artículo 14, CN.

- Por razones de jurisdicción, las prohibiciones no alcanzan a restringir la información que llega por Internet o por programas televisivos o radiales originados en el exterior, donde los usuarios de estos servicios sí pueden consultar encuestas y sondeos, por lo cual afirmar la validez de esas prohibiciones para los medios tradicionales y locales es establecer una múltiple desigualdad: desigualdad entre los medios, por las distintas restricciones a las que quedan expuestos; entre los partidos, pues se benefician aquellos que tienen fondos suficientes para instalar en programas emitidos desde el exterior los temas que está prohibido introducir en los medios de origen local y, también, una desigualdad entre los electores, pues la prohibición que alcanza a muchos de ellos no perjudica a los que tienen acceso a señales internacionales de televisión por cable o satélite o a Internet.
- Zaffaroni dice que el reclamo de ATA-ARPA pareciera coincidir más bien con las necesidades mediáticas que surgen de la competencia entre los medios de comunicación la lógica mercantil, que con la necesidad de la sociedad de conocer inmediatamente los resultados electores.

Es innegable que los medios de comunicación compiten entre sí, segundo a segundo, para ver quién adelanta, con mayor prontitud y precisión, el resultado de las urnas, pero también es cierto que esa competencia tiene por correlato una sociedad que

está ansiosa y con expectativas, en cada jornada electoral que le toca vivir, por conocer esos guarismos. La demanda de la información no es prefabricada, sino real, pues los ciudadanos no son indiferentes a las novedades políticas que ocurren en días electorales. Se vio, en un capítulo anterior, que en materia de libertad de prensa el fundamento del mercado no es menos válido que el del autogobierno y, además, que lo importante del mercado no es que las ideas sean verdaderas, sino que estén disponibles para todos.

- Badeni advierte que es desacertada la cita que la Corte hizo del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Burson vs. Freeman*,<sup>886</sup> porque en este caso no se debatió sobre encuestas ni libertad de prensa, sino sobre la libertad de expresión y la doctrina del foro público, es decir, sobre la potestad del gobierno de limitar la expresión en lugares públicos por razón de tiempo, lugar o contenido (por ejemplo, frente a hospitales o en barrios residenciales y en horario nocturno). En ese caso, la ley del estado de Tennessee prohibió distribuir propaganda a una distancia menor a 100 pies del lugar de votación, para evitar la intimidación de los votantes —limitación a la libertad de expresión—, pero no impidió que los medios difundieran información durante todo el día de los comicios. Aún así, para la minoría del tribunal, la garantía del voto secreto era suficiente para disipar toda intimidación de los electores.

## II. LA SUSPENSIÓN DURANTE LA EMERGENCIA

Como dijimos anteriormente, se analizará aquí un asunto complejo, que es la aparente posibilidad de que se pueda suspender la libertad de prensa e información durante épocas de estado de sitio o de emergencia (artículo 23, CN, y artículo 27, Convención Americana).

Comencemos por el estado de sitio.

<sup>886</sup> SC USA, caso *Burson vs. Freeman*, 504 US. 191, citado por Badeni, Gregorio, *op. cit.*, p. 639, y por el fallo de la Corte argentina. Voto de la mayoría: Harry Blackmun, William Renquist, Byron White, Anthony Kennedy y Antonin Scalia; disidencia a cargo de John Stevens, Sandra Day O'Connor y David Souter.

### 1. *Estado de sitio*

Este instituto de emergencia,<sup>887</sup> previsto en el artículo 23, habilita a dejar “*suspensas las garantías constitucionales*. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefirieren salir fuera del territorio argentino”.

La pregunta que debe formularse es: ¿habilita el estado de sitio a suspender la libertad de prensa? Si la respuesta fuera positiva, no se podría afirmar que durante la emergencia la garantía del secreto periodístico pueda ser considerada absoluta. Tal absolutez se podría predicar para tiempos de normalidad, pero no para tiempos de emergencia.

Por cierto, la respuesta a este punto no será uniforme, sino que dependerá de la posición que se adopte respecto de los efectos que produce la declaración de sitio. Por mi parte, considero que la posición más compatible con una república democrática y con la plena vigencia de los derechos es la más restrictiva.

En particular, la doctrina y la jurisprudencia distinguen las siguientes posiciones sobre los efectos del estado de sitio:<sup>888</sup>

- *Tesis amplia: suspensión de todos los derechos y garantías individuales.* Ésta es la tesis amplia según la cual la declaración de estado de sitio produce la suspensión de todos los derechos y garantías individuales. La sostuvieron Montes de Oca, Joaquín V. González,<sup>889</sup> González Calderón<sup>890</sup> y Ramella, y de la

<sup>887</sup> Ziulu, Adolfo Gabino, *Estado de sitio, emergencia necesaria o autoritarismo encubierto*, Buenos Aires, Depalma, 2000. El autor contabiliza 53 declaraciones de Estado de sitio, de las cuales una única vez fue declarado por causa de ataque exterior.

<sup>888</sup> Hernández, Antonio María, “Emergencias y afectación del orden constitucional”, en Albanese, Susana *et al.*, *Derecho constitucional*, Editorial Universidad, 2004, p. 336.

<sup>889</sup> González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediciones Estrada, 1983, p. 255, sostenía que quedaban suspendidas todas las garantías y libertades individuales, políticas o civiles, pero no aquellas referentes al funcionamiento de los poderes públicos, por lo cual no se podía disolver el Congreso, ni una de las cámaras ni arrestado un miembro de ellas, ni violadas sus prerrogativas ni suspendido el funcionamiento del Poder Judicial, porque el artículo 23 no dice que se suspende el imperio de la Constitución, sino sólo las garantías constitucionales.

<sup>890</sup> Juan A. González Calderón, *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Kraft, 1960, p. 280, decía que se suspenden sólo los derechos individuales, pero

jurisprudencia de la Corte de los casos Bertotto (1931) y Juan Antonio Grosso (1956), que fue abandonada por la Corte Suprema en 1959. Cabe remarcar que esta posición no autoriza la suspensión de las inmunidades parlamentarias.

Pero la tesis no parece compatible con el texto constitucional, porque los constituyentes no aceptaron la fórmula propuesta por Alberdi, que sostenía que preveía la suspensión del texto constitucional.

- *Tesis causalista: suspensión de los derechos-garantías relacionados con la causa de la emergencia.* Es la tesis causalista inaugurada por los votos de los doctores Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid en el fallo de la Corte en el caso Sofía (1959), donde se admite que, excepcionalmente, se puede controlar la razonabilidad de una medida de ejecución del estado de sitio si no se compadece con la causa constitucional —commoción interior o ataque exterior— que motivó la utilización del instituto de emergencia.
- *Tesis finalista: suspensión de los derechos y garantías relacionados con la finalidad específica del estado de sitio.* Es la tesis finalista sostenida por los ministros de la Corte Orgaz, Boffi Boggero y Laplaza en el caso Sofía (1959) y en el caso Timmerman (1978): el control de razonabilidad alcanza no sólo a la causa del estado de sitio, sino también a la concreta restricción del derecho en relación con la finalidad indicada por el legislador al declarar la medida. Desde la doctrina la sostienen Vanossi, Sagüés, Bidart Campos.
- *Tesis limitada: suspensión limitada a algunos derechos y garantías.* Es la posición de Ekmekdjian y Colautti, que sostienen que la suspensión debe alcanzar sólo a algunos derechos o garantías que se vinculan con la necesidad de reprimir o prevenir la emergencia, como la libertad física, la libertad de prensa, el derecho de reunión. Ziulu sostiene que sólo se pueden suspender las garantías individuales en sentido estricto, como el hábeas corpus, el amparo, la inviolabilidad de la correspondencia,

aquellas que atanen al funcionamiento de los tres poderes públicos en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Es la doctrina de los casos de CS, *Fallos*, 54:453 (caso Alem), y *Fallos*, 160:112 (caso Alvear).

pero no se pueden suspender las garantías vinculadas con la divinidad humana.

- *Tesis estricta: suspensión únicamente de las garantías relacionadas con la libertad física de las personas.* Según este criterio, que es el que comparto, el único efecto de la declaración del estado de sitio que autoriza la Constitución es el acrecentamiento de las atribuciones del presidente, que queda autorizado para arrestar o trasladar gente de un punto a otro del país. Esta interpretación, sin embargo, no es aceptada por los tribunales. Esta es la doctrina de Rébora, Sánchez Viamonte, Linares Quintana, Romero, Badeni y Hernández.<sup>891</sup>

## 2. Mi opinión

El estado de sitio plantea un desafío para mi trabajo, porque si es cierto que la declaración de esa emergencia suspende las garantías, y por mi parte sostengo que la prohibición de censura, la prohibición de legislar y la prohibición de levantar el secreto de la fuente son garantías, es evidente que corren el riesgo de ser suspendidas. Si esto fuera así no se puede predicar respecto de ellas, por lo menos para los tiempos de emergencia, que son garantías absolutas.

Sin embargo, por mi parte considero que la tesis correcta en materia de estado de sitio es la restrictiva, y lo sostengo por varios motivos:

- Como dice Badeni, si aceptamos la regla teleológica de la interpretación constitucional del estado de sitio (Linares Quintana), debemos aceptar que todas las limitaciones que se establezcan para las libertades y garantías formuladas por la ley fundamental tienen que ser consideradas con criterio restrictivo, es decir, en modo favorable a la plena libertad, pues la finalidad del texto constitucional es la de preservar el más amplio espacio posible de libertad frente al poder.<sup>892</sup>
- En una interpretación estricta se puede decir que si el artículo autoriza al Poder Ejecutivo, tan sólo a arrestar a las personas o a

<sup>891</sup> Hernández, Antonio María, “Emergencias y afectación del orden constitucional”, en Albanese, Susana y otros, *op. cit.*, p. 336.

<sup>892</sup> Badeni, Gregorio, *op. cit.*, p. 1282.

trasladarlas de un punto a otro, la primera referencia que hace el artículo 23 acerca de que el estado de sitio “suspende las garantías constitucionales” no se incluye cualquier garantía o todas ellas, sino, tan sólo las garantías de la libertad física. El artículo 99, inciso 16, dice que el artículo 23 fija las “limitaciones”, y entre esas limitaciones figura la de que el Poder Ejecutivo sólo puede restringir la libertad física y ambulatoria.

- El artículo 28 del proyecto de Alberdi y el artículo 161 de la Constitución chilena de 1833 se refieren a la suspensión de la seguridad personal y del mandamiento de hábeas corpus, referente a la seguridad personal.
- Si la Constitución —más allá de que la Convención Americana, aprobada mucho después, vino a decir algo al respecto— hubiera querido autorizar una limitación de cualquier garantía, habría que admitir que se podrían suspender las garantías de la dignidad (restableciendo la esclavitud), la igualdad ante la ley (restableciendo los fueros) o que el estado de sitio bien habilitaría el juzgamiento por comisiones especiales (como se hace en Estados Unidos con los detenidos musulmanes sospechados de ser terroristas) o que se podría suprimir la garantía del debido proceso, restablecer la pena de muerte por causas políticas o dejar temporalmente sin efecto el federalismo. Hagamos una supresión mental de la Convención Americana por un momento: ¿acaso nos atreveríamos a sostener que la Constitución nacional quiso habilitar la declaración de un estado de sitio con semejantes efectos? Si lo hubiera querido hacer, hubiera adoptado la tesis de Alberdi, pero no lo hizo. El mecanismo de estado de sitio adoptado por la Constitución no fue incorporado para dejar de lado la Constitución, sino para salvaguardarla.
- Frente a la profusión de oportunidades en las que se declaró el estado de sitio, no me cabe duda de que es preferible sostener una posición restrictiva, favorable a la libertad: Ziulu señala que entre 1853 y 2000 se declaró el estado de sitio en 52 oportunidades (en rigor, si se incluye el de 1865, por motivo de la guerra contra el Paraguay, durante la presidencia de Mitre, fueron 53 casos): el 61% de los casos fue declarado por el Poder Ejecutivo; el Congreso lo hizo en el 31% de los casos; en 2% lo

hizo el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, y en los restantes casos lo hicieron otras autoridades. En la historia argentina, si se incluyen las declaraciones que efectuaron los gobiernos de facto, los argentinos vimos declarar el estado de sitio una vez cada dos años y nueve meses.<sup>893</sup> El poder político es favorable a los desbordes, y la mejor interpretación es la que deja más espacio a la libertad.

- La Constitución misma dice que la libertad de expresión es inviolable, por lo cual no se puede pretender limitarla durante el estado de sitio. El artículo 14 permite la restricción de la libertad de expresión, pero declara que la prohibición de censura es inviolable, es decir, la expresión no puede restringirse de modo previo a su difusión, sino con posterioridad.
- Pero hay otro argumento que atañe directamente al tema de esta tesis y que me parece determinante: nuestra jurisprudencia nunca sostuvo que la declaración del estado de sitio —obviamente, en períodos de gobiernos democráticos— habilita la suspensión de la inmunidad de expresión de los legisladores,<sup>894</sup> aun cuando las expresiones de los legisladores en el Congreso pueden ser tan perturbadoras como las que se formulan por los medios de comunicación. Pues bien, si la garantía de expresión de los legisladores no se puede suspender ni siquiera durante el Estado de sitio, tampoco se deben considerar suspendidas las garantías de expresión de los ciudadanos.
- Los partidarios de la tesis finalista podrían decir que sólo se pueden suprimir algunas garantías, vinculadas con la finalidad de las medidas adoptadas para solucionar la emergencia. Pero planteo un problema: ¿se atreverían a decir que se suspende la garantía del debido proceso o del juez imparcial para los terroristas que amenazan con hacer estallar una bomba? Creo que no. Por otra parte, entiendo que ni la teoría finalista, que no sostengo, ni la teoría restrictiva, a la que sí me adhiero, están expresamente mencionadas en la Constitución nacional como

<sup>893</sup> Ziulu, Adolfo Gabino, *op. cit.*, también Hernández, Antonio María, “Emergencias y afectación del orden constitucional”, en Albanese, Susana y otros, *op. cit.*, p. 334.

<sup>894</sup> En CS, *Fallos*, 54:432, se estableció que durante el estado de sitio no es viable la detención de los legisladores vulnerando sus prerrogativas constitucionales.

tales, pero una visión liberal y más garantista me conduce a preferir la segunda. Imaginemos que el gobierno declara el estado de sitio por móviles eminentemente político-hegemónicos; en tal caso, para aventar los peligros de tal exceso, es conveniente sostener una postura restrictiva, que dejará a salvo la libertad de expresión y de información y sus garantías, necesarias para restablecer la normalidad constitucional.

### *3. El artículo 27 de la Convención Americana: emergencias*

Se podría decir que la interpretación que aquí se formula choca con el artículo 27 de la Convención, que parece no ser tan benigno con la libertad de expresión, pues no la incluye entre las garantías que no se pueden suspender.

En efecto, el artículo 27, sobre suspensión de garantías, dice:

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

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

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

Es evidente que el artículo 13 de la Convención, sobre libertad de pensamiento y expresión, no se encuentra enumerado entre aquellos derechos que el artículo 27, párrafo 2, califica como no susceptibles de suspensión. Esta observación parece ser una respuesta contundente a mi pretensión de extender el carácter absoluto de las garantías de la expresión a los períodos de emergencia.

Sin embargo, puedo encontrar varias respuestas contra este argumento:

- En primer lugar, el citado artículo 27 de la Convención prohíbe suspender los derechos políticos a participar en los asuntos públicos y a votar y ser elegido (artículo 23, Convención), y si bien ese artículo no inhibe expresamente la suspensión del derecho a la libertad de expresión (artículo 13, Convención), pareciera una contradicción que se garantice el derecho a participar y que, al mismo tiempo, se puede suprimir la libertad de expresión esencial que la participación sea informada.

En efecto, el artículo 27, párrafo 2, enumera entre los derechos que no se pueden suspender a los del artículo 23 (derechos políticos), entre los que se halla, en primer lugar, según surge de la simple lectura del artículo 23, párrafo 1, el derecho de los ciudadanos de

- a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

Sinceramente no veo cómo se puede interpretar que es posible suspender la libertad de expresión sin afectar el artículo 23, párrafo 1, que no permite suspender el derecho a participar en la dirección los asuntos públicos y el de votar. Permitir lo uno y prohibir lo otro parece una incongruencia insostenible.

- Pero hay otro argumento que me parece decisivo: en materia de libertad de expresión, el artículo 29 de la Convención nos remite a la aplicación preferente de las normas de la Constitución nacional, que en los artículos 14, 32 y 43 brindan a la libertad de expresión una protección mayor que la que surge del artículo 13.

En efecto, el artículo 29 de la Convención dice que la Convención Americana no puede ser interpretada en el sentido de permitir limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido en las leyes nacionales (es decir, la Convención es el piso de la protección, artículo 29 a), pero se aplica la norma nacional si la protección es mayor, artículo 29 b). Del mismo modo, el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, también es una barrera para esos tratados, pues dice que los tratados que enumera, entre los que figura la Convención Americana, “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos”. Por eso, no me cabe duda de que, en virtud del artículo 29 de la Convención Americana, y artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina, debe hacerse una aplicación preferente de la Constitución nacional cuando están en juego las garantías de la libertad de expresión, porque el texto nacional brinda un nivel de protección muy superior a la Convención Americana.

En conclusión. Por un lado, las normas infraconstitucionales que autorizan temporalmente la suspensión de la libertad de prensa durante ciertos períodos de normalidad —ley que pone límites a la publicidad de encuestas y sondeos, así como también la jurisprudencia que la avala— son desacertadas, y constituyen actos legislativos y judiciales de censura previa, que no se compadecen, respectivamente, con los artículos 14 y 32 de la Constitución nacional. Tales restricciones se fundan en pautas legales que no se compadecen con la Constitución; no le agregan transparencia ni equilibrio al proceso democrático y, por el contrario, abren la puerta a otras actividades de censura de mayor alcance; crean desigualdades entre los partidos, los medios y los ciudadanos, según la capacidad de acceso que tengan estos últimos, y tampoco es cierto que la Constitución consienta una censura breve y prohíba una más prolongada, pues toda censura está prohibida.

Por el otro, sigo sosteniendo que en épocas de normalidad no hay margen para dudar del carácter absoluto del secreto periodístico. Y mantengo que se debe predicar el carácter absoluto de las garantías de prensa durante el estado de sitio (artículo 23, CN), porque considero —como lo hace buena parte de la doctrina argentina, pero no la jurisprudencia de la Corte— que durante ese periodo de emergencia la aplicación de una tesis estricta en materia de suspensión de garantías sólo autoriza la suspensión

de las garantías de la libertad ambulatoria. Me apoyo en una interpretación teleológica de la Constitución, como guardiana de libertades; una interpretación del instituto de emergencia como instituto de excepción; la conveniencia de ponerle límite a la profusión de declaraciones de estado de sitio y de los abusos que se hizo de las mismas y el hecho de que durante el estado de sitio no se suspende la inmunidad de expresión de los legisladores, por lo que no parece correcto suspender la libertad de expresión de los representados.

Finalmente, considero que el artículo 27 de la Convención Americana, que no proscribe la suspensión del artículo 13 de esa carta, es inaplicable en nuestro país en materia de libertad de prensa, porque aplicando la regla del artículo 29 de esa convención, se debe aplicar, como regla más favorable, nuestro texto constitucional, a la vez que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional, tampoco habilita a dejar sin efecto garantías y derechos de la primera parte de la Constitución nacional.

Aún así, acepto que el lector, especialmente quien no participe de la tesis estricta del estado de sitio, pueda abrigar algunas dudas sobre la validez de algunas respuestas anteriores. Por eso, debemos profundizar aún más esta investigación, lo que se hará en los capítulos siguientes.