

IGUALDAD, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

ROBERTO SAGGESE
Secretario Letrado de la Corte Suprema
de Justicia de la Nación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derecho a la igualdad. 2.1. Discriminación proveniente del texto de las normas. 2.2. Discriminación proveniente de la aplicación práctica de las normas. 2.3. Discriminación proveniente de actos. 3. Libertad de expresión. 3.1. Afectación directa. 3.2. Afectación indirecta.*

I. INTRODUCCIÓN

De varios precedentes dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años se advierte que el tribunal ha comenzado a elaborar y aplicar en ciertos casos un estándar de control de constitucionalidad mucho más intenso que los tradicionales. Se trata del denominado “estándar de presunción de inconstitucionalidad”.

Este nuevo estándar, a diferencia de los tradicionales, implica que la norma sometida a control se presume inconstitucional. Dicha presunción conlleva la inversión de la carga probatoria y, por lo tanto, será la parte que pretenda la declaración de constitucionalidad quien deberá demostrar que la norma cumple con todos los requisitos necesarios a tal fin.

Aunque existen algunas referencias en sentencias dictadas hace varios años,¹ este estándar fue aplicado por primera vez por una mayoría del tribunal en 2004 (“Hooff”) y luego en 2006 (“Gottschau”). Esos precedentes construyeron las bases de esta novedosa doctrina, pero sus avances más significativos vinieron después, con el dictado de sentencias más recientes.

* El presente trabajo es una adaptación del Capítulo I de la obra *El estándar de presunción de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la CSJN*, Rubinzal-Culzoni, 2024.

¹ El primer antecedente fue el voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué en el caso “Repetto”, fallado en 1988 (Fallos 311:2272).

De acuerdo con la jurisprudencia actual de nuestra Corte Suprema, el estándar de presunción de inconstitucionalidad resulta aplicable cuando están en juego dos derechos en particular: el derecho a la igualdad y la libertad de expresión.

En materia de igualdad, el estándar se aplica a supuestos de discriminación (categorías sospechosas) proveniente del texto de las normas, de la aplicación práctica de ellas y de actos. El concepto de discriminación se identifica con el de categorías sospechosas en la medida en que ambos aluden a la idea de restricción de derechos en función de criterios prohibidos. Esa idea está presente en los tres supuestos en los que se aplica el estándar. Lo que distingue a cada uno de ellos es el origen o la fuente de la discriminación: en el primer caso proviene de la norma (de su propio texto); en el segundo de la aplicación práctica de ella; y en el tercero la discriminación surge de un acto.

En el ámbito de la libertad de expresión, el estándar se aplica tanto a los supuestos de afectación directa (censura previa) como indirecta (a través de medios económicos).

2. DERECHO A LA IGUALDAD

La jurisprudencia clásica de la Corte en materia de igualdad –anterior a este nuevo estándar– sostenía que la arbitrariedad en cualquier tipo de distinción no se presumía y por lo tanto la discriminación no sería tenida por cierta hasta que fuera probada por quien la invocare².

Según esa visión tradicional, el derecho de las personas a ser tratadas de igual modo por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas sino un principio genérico que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros.³ El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados⁴. De ahí que se atribuya a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de su reglamentación en la medida en que dichas distinciones obedezcan a una objetiva razón de diferenciación⁵.

2 Fallos 306:2147.

3 Fallos 153:67; 229:765. En 1875, en el conocido precedente “Criminal *c/* Olivar” (Fallos 16:118), la Corte expresó que “...el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos”.

4 Fallos 229:428.

5 Fallos 229:428; 302:457; 306:195; 306:1560; 320:1166.

Esas clasificaciones introducidas por la ley, a la luz del art. 16 de la Constitución Nacional y de su interpretación por la jurisprudencia de la Corte, tenían siempre una presunción favorable que debía ser derrotada por la parte interesada, demostrando que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional era manifiesta, clara e indudable⁶.

Ahora bien, esa concepción tradicional fue luego complementada con un examen mucho más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios expresa y específicamente prohibidos por la Constitución Nacional o por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Desde esta nueva perspectiva, este tipo de clasificaciones resulta sospechosa y es esa sospecha la que motiva la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad. Una norma o acto que quite u otorgue derechos a unos y no a otros con fundamento en alguno de esos criterios prohibidos pasa a ser considerada *prima facie* discriminatoria y esa circunstancia justifica la presunción de su inconstitucionalidad⁷.

En nuestro Derecho, a partir de la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución, existe la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)⁸.

6 Fallos 100:318; 209:200; 210:848; 210:1129; 246:172; 314:424; 332:433.

7 La introducción de esta novedosa doctrina no estuvo exenta de críticas. Autores importantes han mostrado un férreo desacuerdo con esta idea, sobre todo por los efectos negativos que podría generar en materia de seguridad jurídica. Entre ellos, Segundo V. Linares Quintana ha escrito: “[s]in desconocer el plausible propósito institucional que pueda inspirar a la doctrina de la presunción de inconstitucionalidad [...], receptando una opinable línea de pensamiento de los tribunales de los Estados Unidos, la consideramos riesgosa en grado sumo para la consecución práctica del propósito que la inspira, por su evidente imprecisión y ambigüedad, capaces de generar imprevisibles manipuleos conceptuales con consecuencias y proyecciones atentatorias contra la certeza y, por ende, la seguridad jurídica inseparables de la libertad individual y sin las cuales mal puede ésta existir; y nos basta recordar para fundamentar nuestra inquietud al respecto, la honda preocupación expuesta por el *justice* Jackson de la Suprema Corte norteamericana, y a la que ya nos refiriéramos con anterioridad, de que: ‘no podemos dar a algunos derechos una posición de preferencia sin relegar a otros derechos a una posición inferior’” (*Tratado de interpretación constitucional. Homenaje a Karl Loewenstein*, 2ª edición actualizada y aumentada, LexisNexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, tomo I, p. 562). El comentario estuvo motivado y se refiere al voto de los jueces Petracchi y Bacqué en el caso “Repetto”, que como se verá enseguida fue el primer antecedente del estándar en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.

8 También deben mencionarse la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2 y 3) y la Convención Americana sobre Derechos

Como adelanté, en el ámbito del derecho a la igualdad, la Corte aplica este nuevo estándar de presunción de inconstitucionalidad en los supuestos de discriminación (categorías sospechosas), lo cual puede surgir del texto de una norma, de su aplicación práctica o de un acto.

2.1. *Discriminación proveniente del texto de las normas*

La primera mención del estándar de presunción de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte se refirió a este supuesto y aparece en el voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué en el caso “Repetto”⁹, fallado en 1988.

Una mujer nacida en los Estados Unidos cuestionó la constitucionalidad de una resolución de la provincia de Buenos Aries que le impedía –al exigir el requisito de la nacionalidad argentina– desempeñarse como maestra del nivel preescolar en la actividad privada. En el referido voto se expresó que “... en consecuencia, cabe concluir –ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional– que toda distinción entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un ‘interés urgente’ para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’”; y se concluyó que “...la demandada no ha cumplido con el requisito arriba mencionado, toda vez que no ha probado cuál es el ‘interés estatal insoslayable’ que se ha visto protegido en el caso”.

La mayoría se integró con tres votos concurrentes. El primero, de los jueces Caballero y Belluscio; el segundo –recién aludido– de los jueces Petracchi y Bacqué; y el tercero del juez Fayt. El primero y el segundo son idénticos en sus primeros seis considerandos. El segundo agrega un séptimo considerando que contiene las expresiones transcritas en el párrafo anterior.

Un párrafo inserto en el considerando 4° del texto común a esos dos votos podría hacer pensar que los cuatro jueces presupusieron que las normas en juego estaban afectadas por una presunción de inconstitucionalidad. El párrafo expresa: “[n]o hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos, por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones

Humanos (art. 24), además de instrumentos específicos como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

9 Fallos 311:2272.

entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcripta prescripción constitucional”¹⁰.

No obstante, tal interpretación no parece del todo convincente. La circunstancia de que los dos votos sean idénticos en los primeros seis considerandos y que la referencia a la presunción de inconstitucionalidad aparezca en el considerando 7º agregado en el voto de los jueces Petracchi y Bacqué parece indicar más bien que los jueces Caballero y Belluscio no compartieron lo expresado en dicho considerando; de lo contrario los cuatro jueces podrían haber firmado un mismo voto. Cabe inferir entonces que la expresión contenida en el considerando 4º no tuvo la intención de introducir el nuevo estándar, sino que, por el contrario, se orientó a sostener la idea de que cuando una norma establece una discriminación prohibida nada debería presumirse sino que sería directamente inconstitucional.

Sin perjuicio de ello, este fallo constituyó un verdadero *leading case*, pues fue el primer antecedente en el cual se hizo referencia a la presunción de inconstitucionalidad.

Diez años más tarde, en el caso “Calvo y Pesini”¹¹, al debatirse la constitucionalidad de una norma que impedía a los extranjeros desempeñarse en el servicio de salud de un hospital público, la Corte –ahora por mayoría– consideró que debía exigirse a la demandada una “justificación suficiente de la restricción” consagrada en la norma y que ello suponía la existencia de un “razonable interés estatal”. Es decir, el tribunal invirtió la carga de la prueba, una solución consistente con la presunción de inconstitucionalidad, aunque sin hacer referencia expresa a esto último. Este precedente fue el primero en que una mayoría del tribunal adoptó un criterio que empezaba a dejar de lado la habitual presunción de constitucionalidad que tenía este tipo de distinciones. Dado que la provincia demandada no justificó ni acreditó los extremos exigidos, la norma fue declarada inconstitucional. El estándar de presunción de inconstitucionalidad estaba en plena gestación.

Dos años después la Corte falló el caso “González Delgado”¹², donde se debatía la validez de una ordenanza dictada por el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba mediante la cual se había transformado al Colegio Nacional de Monserrat en un establecimiento de educación mixta. La

10 Es la interpretación que sostienen Hernán V. GULLCO y Enrique T. BIANCHI en La cláusula de la igualdad: Hacia un escrutinio más exigente (La Ley 0003/008074) y Alberto F. GARAY en Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas (La Ley 1989-B, 931). Este último apunta que ambos votos producen en la práctica una inversión de la carga de la justificación constitucional de la norma bajo análisis, pues en ambos casos es el Estado y no el individuo quien debe demostrar que aquella no transgrede la Constitución.

11 Fallos 321:194 (1998).

12 Fallos 323:2659 (2000).

mayoría del tribunal no abordó la cuestión relativa a la discriminación por sexo.¹³ Sí lo hizo, en cambio, el juez Petracchi en su voto concurrente, donde afirmó que “... aun cuando alguna ‘distinción’ o ‘discriminación’ sea en teoría aceptable y consiga indulgencia, los estándares que se aplican –a los fines de la eventual justificación– son muy exigentes” y que “[s]i la exclusión en el goce de un derecho está fundada en una de aquéllas [en referencia a los trece criterios prohibidos de discriminación que menciona el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos] habrá una ‘presunción’ o una ‘sospecha’ de ilegitimidad que tendrá por efecto el desplazamiento de la carga de la prueba”.

Uno de los avances más importantes se produjo en 2004, al dictarse el precedente “Hoofit”¹⁴, primer fallo en el cual el estándar fue enunciado de manera expresa y aplicado por una mayoría del tribunal.¹⁵ Allí se cuestionó la validez del art. 177 de la Constitución bonaerense que imponía como condición para ser juez de cámara haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero, generando una distinción entre dos clases de ciudadanos argentinos. La sentencia contiene varias definiciones acerca de los supuestos en los que se aplica el estándar y sus consecuencias.

La Corte, tras remitir al dictamen del Procurador General –que propiciaba la incompatibilidad de la norma local con el art. 16 de la Constitución Nacional– sostuvo que frente a normas tan explícitas como el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagran el derecho de todos los ciudadanos de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país, “... una norma como el art. 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (‘ciudadanos’, en los pactos) de primera clase (los ‘nativos’ y los ‘por opción’), y otros de segunda clase (los ‘naturalizados’, como el actor), se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique”. Agregó, con cita de John Stuart Mill, que “[d]esde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre

13 Por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, la mayoría confirmó la sentencia que había rechazado la acción de amparo iniciada por padres de alumnos del colegio contra la referida ordenanza. Los fundamentos del dictamen se limitaron a que el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba había actuado con competencia para dictar la ordenanza y que por lo tanto no correspondía expedirse sobre su mérito, oportunidad o conveniencia.

14 Fallos 327:5118.

15 El tribunal reconoció la influencia del precedente “Calvo y Pesini”, con la aclaración de que si bien dicho caso concernía a la discriminación entre nacionales y extranjeros –en tanto que “Hoofit” se refería a la distinción entre dos clases de ciudadanos argentinos–, su criterio era aplicable *mutatis mutandi*.

los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción *a priori* es en favor de la libertad y de la imparcialidad”¹⁶.

El tribunal entendió que el actor –que había nacido en el extranjero pero se había naturalizado como argentino– era discriminado por el origen de su nacionalidad, situación que encuadraba en uno de los supuestos de discriminación que prohíben los pactos. Expresó entonces que “[e]llo hace aplicable la doctrina europea, según la cual, la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el ‘origen nacional’), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba”; y agregó que “...la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. La conclusión fue, lógicamente, que la demandada no había logrado cumplir con tales exigencias.

Dos años más tarde la Corte falló el caso “Gottschau”¹⁷, donde se discutía la constitucionalidad de una norma local que imponía el requisito de la nacionalidad argentina para concursar al cargo de secretario de primera instancia en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires. La Corte aplicó el mismo estándar que en “Hooft”, con la aclaración de que el control de mera razonabilidad funciona cuando se trata de la impugnación de normas que gozan de presunción de constitucionalidad pero resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa. En estos casos, sostuvo, se requiere aplicar un escrutinio más severo, cuyas características habían sido delineadas en aquel caso. Agregó que, por lo tanto, no era suficiente para la demandada la sola alegación de que la exigencia de la nacionalidad argentina fuera razonable o aun conveniente y resultara adecuada al fin perseguido, sino que debía acreditar que existían fines sustanciales que hacían al ejercicio de funciones básicas del Estado –como lo es la jurisdicción– que requerían que el cargo solo pudiera ser cubierto por argentinos, además de disipar toda duda sobre la existencia de medidas

16 La cita corresponde a la obra *The Subjection of Women*, Wordsworth Classics of World Literature, 1996, p. 118.

17 Fallos 329:2986 (2006).

alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado. En cuanto a esto último (necesidad del medio), el tribunal señaló que la demandada pudo instrumentar exigencias relativas, más que a la nacionalidad, a la extensión de la residencia en el país o al lugar en el cual los estudios fueran efectuados, como modos de acreditar el arraigo al que la norma impugnada parecía apuntar. Ello demostraba, a juicio de la Corte, que no se había optado por alternativas menos restrictivas para los derechos del postulante¹⁸.

En “Reyes Aguilera”¹⁹ se juzgó la constitucionalidad de un decreto que exigía el plazo de veinte años de residencia a los extranjeros para obtener una pensión por invalidez. No obstante, solo el voto conjunto del juez Petracchi y de la jueza Argibay aplicó el estándar, al señalar que “... la norma antes citada prevé un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, imponiendo a estos últimos mayores exigencias para acceder a un beneficio otorgado por el Estado. Esta circunstancia determina que [la norma] está directamente contrapuesta con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen nacional...”. Agregaron que “[e]sa contradicción directa con el texto constitucional obliga a considerar a la categorización realizada por el decreto como sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción

18 El voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco y del juez Maqueda transitó por un carril distinto. Consideraron que la distinción entre nacionales y extranjeros no debía presumirse inconstitucional. En ese sentido expresaron que “[s]i bien corresponde aplicar un estándar intenso de control en materia de igualdad, éste no es coincidente con el efectuado en la causa ‘Hooff’ [...], en la que la discriminación tuvo fundamento en el origen de la nacionalidad argentina, lo que lleva ínsita su presunción de inconstitucionalidad. La reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es, en principio, inconstitucional, por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla, siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción supere el test de constitucionalidad. Así lo confirma lo dispuesto en el art. 23, inc. 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], en tanto establece que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y de las oportunidades a que se refiere el inc. 1° –entre ellas el acceso a las funciones públicas–, por razones de [...] nacionalidad [...]”. Planteado en estos términos, parece tratarse de un estándar intermedio que se sitúa entre el de mera razonabilidad y el de presunción de inconstitucionalidad. El juez Maqueda reiteró esta idea en su voto concurrente en “Reyes Aguilera”, que será examinado a continuación. Sobre un análisis crítico de esta postura puede verse SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo y ELÍAS, José S., *Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia*, Jurisprudencia Argentina 2012-IV, Suplemento del fascículo n° 13, Buenos Aires, 26 de diciembre de 2012, pp. 18 y 19; y ELÍAS, José S. y SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo, *Los distintos “anteojos” de la Corte según los derechos en juego*, en Tratado de los derechos constitucionales, directores Julio C. Rivera (h), José S. ELÍAS, Lucas S. GROSMAN y Santiago LEGARRE, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, tomo III, pp. 1440 a 1444.

19 Fallos 330:3853 (2007).

de inconstitucionalidad”²⁰. En el párrafo siguiente reiteraron lo dicho en “Hoofft” y “Gottschau” sobre las consecuencias de la aplicación del escrutinio estricto: inversión de la carga de la prueba, fines sustanciales y medios necesarios²¹.

En el caso “Mantecón Valdés”²², al juzgar la constitucionalidad de un artículo del Reglamento para la Justicia Nacional que exigía ser argentino para ingresar al Poder Judicial de la Nación (más concretamente, para concursar al cargo de auxiliar de la biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), nuevamente una mayoría de la Corte aplicó el estándar al fallar por remisión parcial al dictamen del Procurador General de la Nación que, a su vez, remitía a lo resuelto por el tribunal en “Hoofft” y “Gottschau”²³.

Un caso muy particular fue “Partido Nuevo Triunfo”²⁴, en el cual se aplicó el estándar en un supuesto de discriminación en razón de ideas políticas. El tribunal

20 Concurrieron con la decisión –aunque no con los fundamentos– el voto conjunto de los jueces Fayt y Zaffaroni y el voto del juez Maqueda. Los dos primeros no abordaron la cuestión atinente a la discriminación porque directamente consideraron inconstitucional el requisito de residencia de 20 años para acceder al beneficio, por desconocer los derechos de la seguridad social y comprometer el derecho a la vida. El juez Maqueda consideró que el requisito de residencia continua en el país para los extranjeros era constitucionalmente válido –en línea con la postura que había adoptado en “Gottschau”–, aunque estimó inconstitucional el plazo de veinte años. Para arribar a tal conclusión sostuvo que las reglamentaciones que distinguen entre nacionales y extranjeros no son en principio inconstitucionales y que por esa razón el legislador se encuentra habilitado a emplearla cuando responda a intereses que involucren el bienestar general y respondan a una justificación razonable y proporcional con los propósitos que persiguen. Entendió que el requisito de residencia en el país aparecía ligado a la necesidad de un cierto grado de integración y permanencia que resultaba de relevancia jurídica al tiempo de organizar un sistema de asistencia social que, sin desatender los principios constitucionales en la materia, velara porque tales beneficios no se convirtieran en una carga de tal magnitud que pudiera afectar el nivel global de otras prestaciones y obligaciones que le corresponden al Estado. En cuanto al plazo, consideró que resultaba manifiestamente irrazonable porque su exorbitancia convertía en ilusorio el derecho a la pensión e importaba en los hechos una discriminación indirecta en tanto equivalía a vedar el beneficio a los extranjeros. La jueza Highton de Nolasco y el juez Lorenzetti, en disidencia, remitieron al dictamen del Procurador Fiscal subrogante que, sin aplicar el estándar, se había pronunciado a favor de la validez constitucional de la norma impugnada.

21 Sobre este fallo puede verse el comentario de Roberto Gargarella, *Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo “Reyes Aguilera”*, *Jurisprudencia Argentina 2007-IV*, pp. 731-736.

22 Fallos 331:1715 (2008).

23 La jueza Highton de Nolasco y el juez Maqueda votaron en disidencia parcial remitiendo a su voto conjunto en “Gottschau”. Sostuvieron que la condición de argentino no configuraba un requisito de idoneidad en relación directa con las funciones del cargo al que se pretendía acceder y que por ello carecía de una justificación suficiente con el fin perseguido por la norma. Tal conclusión –agregaron– no enervaba la facultad de establecer otros requisitos destinados a acreditar el arraigo y un cierto grado de pertenencia, como exigir un plazo de residencia o la realización de estudios en el país.

24 Fallos 332:433 (2009).

confirmó la sentencia que había denegado el reconocimiento de la personería jurídica a una agrupación política que promovía ideas y prácticas discriminatorias. Para así decidir, aplicó el estándar partiendo de la base de que “... el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales –antes que meramente convenientes– y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad”²⁵.

Este caso fue el único en el que la Corte entendió revertida la presunción de inconstitucionalidad, al considerar que se encontraban cumplidos los requisitos requeridos para ello. Lo dijo en estos términos: “... la decisión de negar autorización al Partido Nuevo Triunfo supera los cuestionamientos basados en el derecho a la igualdad, tanto desde el punto de vista del criterio amplio cuanto del más estricto impuesto por las cláusulas antidiscriminatorias. En efecto, el régimen de partidos políticos, tal como ha sido interpretado en la sentencia apelada, distingue del resto a aquellas organizaciones cuyo programa político incluya la promoción del desprecio u odio racial, religioso o nacional y ese distingo responde a una finalidad sustantiva que el Estado no puede en modo alguno soslayar ni demorar”. Agregó que “...un fin que necesariamente debe alcanzar el Estado es, entonces, desalentar y contrarrestar el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso y la sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por alguna de las características mencionadas”. Finalmente expresó que “[e]s por tal razón que no sólo resulta conveniente, sino imperativo, que las autoridades de la República Argentina tomen en cuenta este dato a efectos de trazar políticas orientadas a impedir el proselitismo a favor de semejante oferta política. Lo contrario implicaría permitir no sólo el elogio de conductas que constituyeron uno de los peores crímenes de que tenga recuerdo la humanidad, sino incluso consentir la realización de un programa orientado a reproducirlo en alguna medida”.

El fallo construye una sólida argumentación para justificar el insoslayable interés estatal de evitar la propagación de las ideas sostenidas por el partido. En cuanto a la necesidad del medio, cabe inferir que el tribunal entendió que la denegación de la personería jurídica constituía la medida menos restrictiva para alcanzar aquel objetivo.

En el caso “Pérez Ortega”²⁶ se cuestionó una ley que exigía la nacionalidad argentina para ingresar en la administración pública nacional. La mayoría de la Corte remitió a los precedentes “Calvo y Pesini” y “Gottschau” y afirmó que “... el artículo 7°, inciso d, de la Ley 22.140 resulta violatorio de la Constitución Nacional por imponer una distinción basada en la nacionalidad que, al ser

25 El voto concurrente del juez Fayt no aplicó el estándar.

26 Fallos 336:131 (2013).

considerada sospechosa de discriminación, no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en estos casos”.

Por último, en el caso “Zartarian”²⁷, se planteó la inconstitucionalidad de una ley de la provincia de Córdoba que no contemplaba al conviviente varón en la nómina de causahabientes con vocación al beneficio de pensión. La Corte aprovechó la oportunidad para reafirmar la vigencia del ya consolidado estándar. Expresó que “[e]l tribunal ha aplicado un escrutinio riguroso sobre las normas que establecen clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados sospechosos de inconstitucionalidad), tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social...” y agregó –con cita de “Hooft”, “Gottschau” y “Mantecón Valdés”– que “...cuando [...] ha tenido que expedirse sobre la validez de las leyes que utilizan, como en el caso, alguno de esos criterios de clasificación expresamente prohibidos, lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad [...], que sólo cae si la demandada justifica los fines sustanciales que la norma quiso resguardar y demuestra que el medio utilizado era absolutamente necesario para alcanzar el propósito enunciado”.

Luego, la Corte destacó el incumplimiento de estos recaudos (fin sustancial y medio necesario) al considerar que la demandada no había justificado que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas respondiera a un fin trascendente que únicamente pudiera ser alcanzado por ese medio, pues se había limitado a señalar que la ley impugnada no los amparaba y a citar otra norma que también deparaba un tratamiento diferenciado a hombres y mujeres para acceder a la pensión por viudez. Frente a esa ausencia de argumentos, el tribunal declaró la inconstitucionalidad de la norma²⁸.

Antes de concluir con el análisis de estos casos resulta oportuno hacer referencia al precedente “ALITT”²⁹, donde a pesar de que se juzgaba la constitucionalidad de una decisión fundada en un criterio discriminatorio y haber sido fallado dos años después que “Hooft”, la Corte no aplicó el estándar.

Se cuestionaba la resolución de la Inspección General de Justicia que había denegado a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual la autorización para funcionar como persona jurídica por considerar no cumplido el requisito legal de tener por principal objeto el bien común, tal como exigía el Código Civil entonces vigente (artículo 33, segunda parte, apartado 1°). Si bien

27 “Z., J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ plena jurisdicción”, sentencia del 20 de agosto de 2014 (no publicada en la Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

28 El mismo criterio fue aplicado en el caso “Salas” (Fallos 338:399; 2015).

29 Fallos 329:5266 (2006).

el tribunal reconoció que la orientación sexual del grupo al que pertenecían los integrantes de la asociación había tenido un peso decisivo en el rechazo de la personería jurídica solicitada, la resolución del caso se centró en la afectación del derecho de asociación.

Sobre lo primero la Corte expresó que “... no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia”, y que “...tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a que se refiere la asociación apelante no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo”.

No obstante, en el considerando final el tribunal concluyó que “[l]a diferencia de trato hacia un determinado grupo (arts. 16 y 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) no puede justificarse solamente por deferencia hacia el juicio de conveniencia de los funcionarios administrativos, sino que ello exige al menos una conexión racional entre un fin estatal determinado y la medida de que se trate (art. 30 de la citada Convención), requisito que, por todo lo expuesto precedentemente, no se verifica en el presente caso”.

Otra posible solución del caso podría haber partido de considerar que la decisión del órgano estatal resultaba sospechosa de discriminación hacia los integrantes de la asociación actora por haberles negado la autorización para funcionar como persona jurídica en razón de un criterio prohibido (orientación sexual) y sobre esa base aplicar el estándar de presunción de inconstitucionalidad.

También podría interpretarse que la Corte consideró que la orientación sexual no constituye un criterio prohibido que dé lugar a la aplicación del estándar, por no tratarse de una categoría expresamente vedada por la Convención

Americana sobre Derechos Humanos ni por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰.

En suma, de los precedentes analizados surge lo siguiente:

La doctrina de la presunción de inconstitucionalidad fue introducida en la jurisprudencia del tribunal en el voto de los jueces Petracchi y Bacqué en el caso “Repetto”, fallado en 1988.

El primer caso en que una mayoría de la Corte invirtió la carga de la prueba, a pesar de no hacer referencia expresa a la presunción de inconstitucionalidad, fue “Calvo y Pesini”, sentenciado diez años más tarde, en 1998.

El caso “Hoof”³¹, del año 2004, fue el primero en que una mayoría del tribunal aplicó expresamente el estándar de presunción de inconstitucionalidad.

A partir de allí, el estándar fue aplicado por la Corte de manera sostenida hasta la actualidad en los casos de discriminación proveniente del texto de las normas. Quizá la única excepción sea el caso “ALITT”, sobre discriminación por orientación sexual.

El caso “Partido Nuevo Triunfo” fue el único en el que la Corte consideró que se había logrado revertir la presunción de inconstitucionalidad.

Si bien el tribunal afirmó siempre que el estándar se aplica respecto de todos los criterios de distinción prohibidos, los únicos casos resueltos –sobre este supuesto de discriminación proveniente del texto de las normas– se refieren a distinciones en razón de la nacionalidad, con la única excepción de “Partido Nuevo Triunfo”, donde la distinción se fundó en ideas políticas.

2.2. *Discriminación proveniente de la aplicación práctica de las normas*

En este supuesto quedan comprendidos todos aquellos casos en los cuales la discriminación no surge del texto de las normas sino de sus efectos prácticos. La norma es neutral en su literalidad dado que su texto no contiene ninguna distinción prohibida; sin embargo, aplicada en un momento y lugar determinado, genera en los hechos una discriminación. Por esa razón la discriminación está “oculta” o “encubierta”.

A este supuesto se refirió la Corte en el precedente “Castillo”³¹, quizá una de las sentencias constitucionales más relevantes de los últimos años.

30 En este sentido se pronuncia María Marta Dider, quien además critica la jurisprudencia que considera a la orientación sexual como una categoría sospechosa (*El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 305 y *El principio de no discriminación y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Apuntes críticos sobre el caso F.*, *El Derecho* 235-2010, pp. 909 a 916).

31 Fallos 340:1795 (2017).

El tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ley de educación de la Provincia de Salta en cuanto disponía que la enseñanza religiosa “...integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”.

El razonamiento partió de considerar que luego de la reforma constitucional de 1994, a la luz del art. 75 inc. 23 y de las diversas disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, la igualdad debe ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación sino también desde una “perspectiva estructural” que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. Esta nueva comprensión considera el “contexto social” en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas, las prácticas que de ellas se derivan y el modo en que impactan en los grupos desventajados.

Continuó afirmando el tribunal que esta perspectiva de la igualdad conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquel generalmente utilizado para evaluar los casos desde el enfoque tradicional de la igualdad. En ese enfoque tradicional, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad, es decir, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial³².

Hasta acá la decisión siguió, en cuanto al estándar aplicable, la línea de los precedentes examinados bajo el supuesto anterior.

Pero el fallo continuó con una construcción inédita en la jurisprudencia del tribunal, partiendo de la siguiente afirmación: “... hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia –que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad–, puede ocurrir, sin embargo, que *prima facie* la norma –aplicada en un contexto social– produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado. Esto es, ‘leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras’ causantes de una ‘discriminación sistémica [...] que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros’”³³.

32 Con cita del precedente “Partido Nuevo Triunfo” (Fallos 332:433).

33 Las transcripciones que hace la sentencia corresponden a la Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (puntos 10 y 12).

Bajo esa premisa, la Corte consideró que en esos supuestos (norma neutral que *prima facie* genera un impacto desmedido en los miembros de un grupo) será necesario comprobar la manera en que la norma se implementó. Es decir, la disposición cuestionada por la existencia *prima facie* de discriminación requiere analizar los efectos que su aplicación generó en la realidad, y si se comprobaba la desigualdad, el Estado debería justificar la necesidad de esos efectos desproporcionados para evitar la declaración de inconstitucionalidad.

El análisis de constitucionalidad no recae sobre la norma ni sobre la práctica de manera aislada sino sobre ambas cosas a la vez, de modo que el objeto de revisión constitucional está conformado por la norma y sus efectos prácticos como un todo inescindible.

Para justificar este novedoso criterio la Corte sostuvo que si el análisis no se centrara en la norma como causante de efectos discriminatorios, el efecto negativo de la ley se perpetuaría más allá de que una y otra vez se invalidasen las prácticas, pues estas últimas solo concretizan la discriminación encubierta que una lectura perniciosa de la norma admite. Por esa razón resulta insuficiente invalidar la práctica sin hacer lo propio con la norma que la apaña.

Tras esas consideraciones, la Corte expresó que la norma en cuestión era en “apariencia” neutral porque, en principio, de su letra no surgía preferencia de ningún culto respecto de otro. Sin embargo, estimó que resultaba incuestionable que el contexto social en el que dicha norma se aplicaba estaba caracterizado por una preponderancia de la población que profesaba la religión católica y que de las constancias de la causa –y de la audiencia pública que se había celebrado ante el tribunal– se desprendía que la aplicación de la norma había causado un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios.³⁴ Agregó que dentro del sistema educativo público de la provincia existían patrones sistemáticos de trato

34 El tribunal tuvo por acreditado que la aplicación de la norma había favorecido en los hechos conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integraban el grupo religioso predominante. Para llegar a esa conclusión hizo mérito de varias circunstancias, como por ejemplo: (i) que en numerosas escuelas públicas salteñas se había adoctrinado a los alumnos en el catolicismo; (ii) que había alumnos en las aulas durante las clases de catequesis pese a que sus padres habían exteriorizado la voluntad de que sus hijos no recibieran educación religiosa o habían manifestado en forma expresa que no profesaban religión alguna; (iii) que en algunos casos los padres habían consentido que sus hijos permanecieran en el aula durante las clases de enseñanza religiosa por cuestiones de seguridad, o que ingresaran a la escuela más tarde, una vez concluida la clase de religión, para que no fueran “individualizados y segregados”, o que fueran durante ese horario a la biblioteca o a una clase de música; y (iv) que las prácticas y usos propios del catolicismo no se llevaban a cabo exclusivamente en el espacio curricular destinado a la educación religiosa, pues se efectuaban rezos a diario al comienzo de la jornada escolar, se realizaban ocasionales lecturas de pasajes de la Biblia y escritura de oraciones en los cuadernos de los alumnos al inicio de cada día de clases, se bendecía la mesa y se agradecía a Dios por los alimentos en los desayunos y meriendas y se celebraban festividades patronales.

desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes, y que la forma como se venía implementando la enseñanza religiosa –durante el horario escolar, como parte del plan de estudios y con aval de las autoridades religiosas– había generado un tratamiento preferencial hacia las personas que profesaban el culto mayoritario, sin que la provincia hubiera justificado de manera alguna la necesidad de la política de educación religiosa que implementaba.

El tribunal concluyó que la norma en cuestión no contenía un supuesto de discriminación directa sino que, bajo la apariencia de neutralidad, tenía decisivos efectos discriminatorios y de este modo violaba el principio de igualdad y no discriminación que deben orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar una educación inclusiva. Esos desequilibrios fácticos afectaban la constitucionalidad de la norma porque esta última había contribuido causalmente a su producción, aumentando la situación de desventaja en que se encontraban los grupos religiosos minoritarios y los no creyentes. Por consiguiente, no solo resultan violatorias del principio de igualdad las normas que deliberadamente excluyan a determinado grupo sino también aquellas que, como sucedía en el caso, tenían comprobados efectos o impactos discriminatorios.

Finalmente, la Corte realizó una aclaración para distinguir este supuesto de otros. Señaló que aquí no se trata de una hipótesis de aplicación irrazonable de una norma en un caso concreto, es decir, una situación en la que el inconveniente se presenta en la aplicación práctica de la norma que es contraria a su contenido, un caso *contra legem* en el que no se implementa lo que la norma prevé. De ser así no estaría justificada su declaración de inconstitucionalidad porque el problema no estaría en la norma sino en su aplicación ilegal.³⁵ Por el contrario, en este caso se está en presencia de una norma irrazonable por contener una discriminación encubierta. La norma, a pesar de su literalidad, es inconstitucional porque genera como consecuencia natural un comprobado efecto sistémico de desigualdad. Por lo tanto, de no recurrir a esta forma de analizar la cuestión constitucional, propia del derecho antidiscriminatorio, el impacto negativo de la ley se perpetuaría aunque se invalidasen las prácticas.

Es decir, el tribunal calificó la norma como aparentemente neutral, en tanto no contenía de modo explícito una categoría sospechosa. Sin embargo, como el actor había demostrado que la norma generaba en los hechos un impacto desproporcionado hacia un grupo, la Corte entendió que para analizar su constitucionalidad debían considerarse también sus efectos prácticos. Comprobada la desigualdad invocada, el tribunal exigió que el Estado justificase la necesidad de los efectos desproporcionados de la disposición.

La norma es en apariencia neutral, pues no surge de su letra ningún tipo de discriminación. Sin embargo, en su aplicación práctica genera un trato

35 Doctrina de Fallos 317:44; 328:2966.

desigualitario hacia un grupo. Frente a ello, el examen de constitucionalidad de la norma debe incluir también la valoración de sus efectos. Es la comprobación fáctica de ese impacto desproporcionado lo que dispara la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad.

A diferencia del supuesto anterior, donde la categoría sospechosa y la consecuente presunción de inconstitucionalidad surgen del propio texto de la norma (*on its face*), aquí ambas cosas derivan de los efectos que la norma produce en un caso dado (*as applied*). Mientras en el primer supuesto la discriminación es expresa y se conoce de antemano, en el segundo está encubierta y solo puede percibirse luego de examinar las consecuencias prácticas que genera. En definitiva, una norma de apariencia neutral que pierde su presunción de constitucionalidad por los efectos que produce.

De esta manera, la Corte cambió una antigua doctrina según la cual la colisión con los principios y garantías de la Constitución Nacional debía surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella pudiera hacerse en un caso concreto.³⁶ En ese sentido, el tribunal tenía dicho que efectuar el análisis de constitucionalidad de las normas sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación importaría valorarlas en mérito a factores extraños a ellas y que, por tanto, resultaría inadmisibles declarar la inconstitucionalidad de una ley a causa de contingencias atinentes a su cumplimiento, dado que éstas pueden ser modificadas permanentemente³⁷. A su vez, con especial referencia a la igualdad, tenía un criterio consolidado según el cual la afectación a la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional requería que la desigualdad resultara del texto mismo de la ley y no de la aplicación que de ella hubiera realizado la autoridad encargada de su ejecución³⁸.

En este punto radicó el principal motivo de la disidencia parcial del juez Rosatti, quien declaró la constitucionalidad de las normas, pero la inconstitucionalidad de todas las prácticas que implicasen la prevalencia de un culto por sobre los demás o la discriminación de quienes profesaran algún culto en particular o no profesaran ninguno. Según este juez, una vez admitido que las normas no lesionaban derechos constitucionales y resultaban acordes con los tratados internacionales, pero aceptado también que el panorama fáctico distaba de garantizar el pleno goce de los derechos en juego para todos los habitantes de la provincia en los términos exigidos por la disposición legal, la solución no podía ni debía pasar por suprimir tales normas sino por declarar la antijuridicidad de las prácticas que las desvirtuaban y por establecer las condiciones necesarias para que alcanzaran plena vigencia.

36 Fallos 288:325; 317:44; 324:920; 330:3109; 340:141.

37 Fallos 288:325.

38 Fallos 237:266; 272:231; 294:87.

En resumen, si bien existe un único caso fallado por la Corte sobre este supuesto (“Castillo”, 2017), en la medida en que la doctrina allí sentada no ha sido modificada, puede considerarse que se trata de un criterio vigente en la jurisprudencia del tribunal, criterio que varió su antigua doctrina según la cual la afectación del derecho a la igualdad requería que la desigualdad surgiera del propio texto de las normas y no podía juzgarse en función de los resultados de su aplicación.

2.3. *Discriminación proveniente de actos*

En el caso “Sisnero”³⁹ la Corte tuvo oportunidad de juzgar la constitucionalidad de un acto tildado de discriminatorio. Se trataba de un amparo colectivo iniciado por una mujer por afectación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de su imposibilidad –y de las mujeres en general– de acceder a un puesto de trabajo como conductora de colectivos en las empresas de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta, pese a cumplir con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto.

A diferencia de los casos anteriores, donde la discriminación surge del texto de las normas o de su aplicación práctica, aquí la discriminación proviene de un acto y, por lo tanto, no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable. El problema que presentan estos casos es que sus verdaderos motivos suelen ser más presuntos que patentes, difíciles de demostrar, pues normalmente las razones subyacentes a la diferencia de trato permanecen en la mente de su autor y la información que podría servir de prueba está en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación. Por esa razón, si se aplicaran los criterios tradicionales sobre la carga de la prueba se ofrecería una protección demasiado débil al derecho constitucional en juego.

Para compensar esa dificultad la Corte aplicó el estándar probatorio que había elaborado tres años antes en el precedente “Pellicori”⁴⁰ para juzgar la constitucionalidad de un despido *a priori* discriminatorio.⁴¹ En dicho precedente sentó la siguiente regla: a la parte que invoca un acto discriminatorio le basta con acreditar los hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, en cuyo caso la parte demandada, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, deberá probar que el acto tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. Es decir, si el actor acredita la existencia

39 Fallos 337:611 (2014).

40 Fallos 334:1387 (2011).

41 En “Pellicori” la actora había solicitado la declaración de nulidad de su despido y la reinstalación en el cargo por considerar que el motivo real del distracto no era el invocado a modo de justa causa por la empresa demandada sino que respondía a razones de índole discriminatoria.

de hechos que permitan presumir el carácter discriminatorio del acto, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia⁴².

Esta regla no exime de prueba a la parte que tilda de discriminatorio un acto sino que hace pesar sobre ella la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente pueda inferirse la discriminación. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión total de la carga probatoria, pues el demandado solo deberá probar los hechos que permitan descartar el motivo *prima facie* acreditado.

Estos criterios fueron ratificados y precisados más recientemente en los casos “Varela”⁴³ y “Caminos”⁴⁴.

En “Varela” se discutía si había existido un despido por razones sindicales en los términos de la ley 23.551 o en una opinión gremial según la ley 23.592. La Corte sostuvo que resultaba aplicable el estándar probatorio fijado en “Pellicori” y “Sisnero” y que dicho estándar adquiría contornos específicos en función de lo que aquellas leyes disponían.

En ese sentido, recordó que cuando se discute si la medida obedece a un motivo discriminatorio, la existencia de dicho motivo se considerará probada si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación. Agregó que quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar *prima facie* que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca, puesto que no cualquier actividad u opinión en el ámbito laboral es de carácter sindical o gremial. Así, quien alega un despido discriminatorio en los términos de la Ley 23.551 debe mostrar que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley. Más aún, el interesado debe acreditar que estaba ejerciendo una actividad protegida por dicha ley de modo regular, tal como lo exige su art. 47, ya que no toda actividad sindical constituye el ejercicio regular de un derecho sindical. Señaló asimismo que en el caso de la Ley 23.592 el interesado debe acreditar que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión.

Una vez demostrados por parte del trabajador los extremos mencionados, el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio, a cuyo

42 En “Sisnero” el tribunal consideró acreditada *prima facie* la discriminación con la constatación de que en las empresas demandadas no existían mujeres contratadas y que dicha práctica se había mantenido aún después de las sucesivas postulaciones y reclamos de la actora. A su vez, consideró que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas demandadas resultaban inadmisibles para destruir la presunción de que ellas habían incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular.

43 Fallos 341:1106 (2018).

44 Fallos 344:1336 (2021).

fin el tribunal aclaró que esta carga es naturalmente diferente en los casos en que la medida cuestionada es un despido incausado respecto de aquellos en que el empleador invoca la existencia de una injuria. En el primer tipo de casos, en la medida en que nuestro régimen constitucional y laboral no veda el supuesto de despido sin causa y por lo tanto el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las Leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios, que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado.

Finalmente, en el caso “Caminos” se debatió sobre la existencia de una conducta discriminatoria del empleador en razón de que la desvinculación laboral había sido simultánea a la difusión pública de aspectos de la vida privada de la actora que no guardaban relación con las obligaciones que emergían del contrato de trabajo.

En el dictamen del Procurador Fiscal –al que la Corte remitió–, además de aplicar el estándar de “Pellicori” y “Sisnero”, se señaló que la enunciación de las motivaciones prohibidas incluidas en el segundo párrafo del art. 1º de la Ley 23.592 (raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos) no era taxativa pues las conductas dirigidas a perseguir a grupos estructural o históricamente excluidos no se agotaban en esos supuestos. Por lo tanto, se concluyó que todo tratamiento arbitrario que tuviera por objeto impedir, restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional constituía un acto discriminatorio en los términos de aquella norma.

También se destacó el consolidado criterio del tribunal según el cual la regla interpretativa para establecer si en un caso existe trato discriminatorio requiere determinar si existe una justificación objetiva y razonable y que ello implica evaluar si ese trato persigue fines legítimos y si es un medio adecuado para alcanzar los fines propuestos (con cita de “Sisnero” y “Partido Nuevo Triunfo”).

Queda claro entonces que frente a un acto que *prima facie* aparezca como discriminatorio corresponde invertir parcialmente la carga de la prueba según los criterios expuestos. No obstante, en ninguno de los precedentes en los que la Corte fijó dicha regla hizo referencia a que los actos que se estaban juzgando tuvieran una presunción de inconstitucionalidad. En todos los casos la inversión

de la carga de la prueba se justificó exclusivamente en la necesidad de compensar las dificultades probatorias que se suscitan en estos supuestos.

Si bien es cierto que la inversión de la carga de la prueba es la principal consecuencia de la presunción de inconstitucionalidad, también lo es que la Corte no hizo explícita la aplicación del estándar en estos supuestos y que la invocada dificultad probatoria constituye un fundamento autosuficiente para justificar la inversión de la carga de la prueba. Por ello, no es posible determinar con certeza si en estos casos la Corte consideró o no aplicable el estándar de presunción de inconstitucionalidad.

Podría sostenerse que el estándar resulta aplicable y hay para ello un buen argumento: más allá de las dificultades probatorias, una vez acreditados los hechos que permitan inducir la discriminación, la situación sería similar a la que se presenta en los casos en que la discriminación surge del texto de una norma o la que se produce cuando se acreditan los efectos discriminatorios de una norma neutral. Alcanzado ese punto, no parece haber razones para no presumir la inconstitucionalidad del acto. Si se aceptara este argumento, en estos casos la inversión de la carga de la prueba tendría un doble fundamento: la dificultad probatoria y la presunción de inconstitucionalidad del acto.

El argumento es sólido y parece insertarse bien en la jurisprudencia del tribunal en materia de discriminación. De todos modos, mientras la cuestión no sea abordada expresamente por la Corte, no hay elementos que permitan realizar una afirmación concluyente en ese sentido.

Lo que sí puede afirmarse es que existe en la jurisprudencia actual del tribunal una doctrina consolidada según la cual en estos supuestos corresponde aplicar un estándar probatorio que implica una inversión parcial de la carga de la prueba y que ello responde a la necesidad de compensar las dificultades probatorias que se presentan en estos casos. Podría agregarse que hay buenas razones –pero no evidencia– para afirmar que en estos supuestos el estándar de presunción de inconstitucionalidad también resulta aplicable y que ello constituye un fundamento adicional para justificar la inversión de la carga de la prueba.

El precedente más importante de esta doctrina es “Sisnero” (2014), sobre discriminación en razón del sexo, aunque el tribunal aplicó un criterio que ya había desarrollado en un caso sobre despido discriminatorio (“Pellicori”, 2011). La doctrina fue ratificada luego en otros dos casos, también sobre despido discriminatorio: “Varela” (2018) y “Caminos” (2021).

3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Para examinar la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad en el ámbito de la libertad de expresión es necesario distinguir entre la afectación directa e indirecta a ese derecho.

La afectación directa a la libertad de expresión se refiere exclusivamente a restricciones previas al ejercicio de ese derecho, es decir, a la censura previa. No comprende el juzgamiento de eventuales responsabilidades ulteriores, pues en esos supuestos se aplican los estándares tradicionales sobre responsabilidad y reparto de la carga probatoria⁴⁵.

La afectación indirecta a la libertad de expresión es la que se produce a través de medios económicos.

3.1. *Afectación directa*

El primer antecedente en el cual una mayoría de la Corte aplicó el estándar de presunción de inconstitucionalidad en un caso de afectación directa a la libertad de expresión fue “María Belén Rodríguez”⁴⁶, fallado en el año 2014. Esa doctrina fue luego ratificada en los casos “Gimbutas”⁴⁷ (2017) y “Denegri”⁴⁸ (2022).

Antes de analizar esos casos, conviene señalar que hasta ese primer antecedente solo existían votos conjuntos (no mayoritarios) o individuales (concurrentes o disidentes) que aplicaron el estándar. Entre ellos, pueden mencionarse los siguientes ejemplos:

- a) La disidencia del juez Fayt en la causa “Verbitsky”⁴⁹, donde señaló que “[e]sa área irrestricta e incoercible [la libertad de expresión], solo excepcionalmente limitada ante situaciones de emergencia nacional [...], impide la intromisión de las autoridades públicas, debiendo reconocerse como regla que cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad”.
- b) El voto de los jueces Cavagna Martínez, Nazareno y Moliné O’ Connor en el caso “Servini de Cubría”⁵⁰, donde se expresó que “...dado que los medios de comunicación constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por la libertad de expresión, toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad”. También el voto

45 En ese ámbito el tribunal ha sostenido doctrinas fuertemente protectoras de la libertad de expresión, particularmente en materia de interés público. Las doctrinas “Campillay” (adoptada en Fallos 308:789 y desarrollada en numerosos precedentes posteriores), de la “real malicia” (incorporada a partir de Fallos 310:508 y reafirmada en diversas decisiones), “Ponzetti de Balbín” (Fallos 306:1892) y el criterio de ponderación estricto para generar responsabilidad por la emisión de opiniones (Fallos 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert; 335:2150 “Quantín”; 337:921 “Irigoyen”; 343:2211 “Pando”) constituyen líneas jurisprudenciales que brindan una protección intensa a la libertad de expresión y que resguardan un espacio amplio para el desarrollo de un debate público robusto (Fallos 345:482).

46 Fallos 337:1174.

47 Fallos 340:1236.

48 Fallos 345:482.

49 Fallos 312:916 (1989).

50 Fallos 315:1943 (1992).

concurrente del juez Levene hizo referencia a que “...cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad”.

- c) El voto concurrente de los jueces Moliné O´ Connor y López en la causa “S., V, c/ M., D. A.”⁵¹, donde sostuvieron que “...toda censura previa que sobre ella [la libertad de expresión] se ejerza, padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad”. En el mismo sentido se pronunció el juez Fayt en su voto concurrente: “[c]omo criterio rector, se ha establecido que el derecho de prensa goza de una posición de excepción, toda vez que la Constitución asegura su ejercicio sin censura previa y prohíbe al Congreso dictar leyes que lo limiten. Así, se ha reconocido el principio según el cual cualquier restricción o censura previa contiene ‘una fuerte presunción de inconstitucionalidad’”.
- d) La disidencia parcial de los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni en “Asociación de Teleradiodifusoras Argentina”⁵², donde expresaron que “...las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el contenido del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellos que no presentan ese rasgo [...] cuando el gobierno intenta restringir el discurso [...] basado en su contenido, se invierte la usual presunción de constitucionalidad [...]. El escrutinio estricto que se aplica en estos casos exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que esta es ‘necesaria’ para el logro de un ‘apremiante interés público’ y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés”⁵³.

51 Fallos 324:975 (2001).

52 Fallos 328:1825 (2005).

53 Por el contrario, la mayoría del tribunal –integrada por el juez Lorenzetti y las juezas Highton de Nolasco y Argibay– sostuvo que “... si bien se reconoce la clásica distinción de la jurisprudencia constitucional norteamericana que diferencia la regulación del contenido de otros aspectos del mensaje como el tiempo, el lugar o la manera en que se expresa el mismo, y la consecuente asignación de diferentes estándares de interpretación, en realidad parece preferible el estándar de razonabilidad con que se analiza en nuestro país la constitucionalidad de normas y con la jurisprudencia de este tribunal, donde más que dar preeminencia a un derecho constitucional sobre otro (o establecer un escrutinio estricto para ciertos derechos por sobre otros) siempre se ha predicado su armonización”. De todos modos, tanto el juez Lorenzetti como las juezas Highton de Nolasco y Argibay han adherido en otros casos al estándar de control de constitucionalidad desarrollado por la Suprema Corte norteamericana, tal como surge de varios de los precedentes bajo estudio. Por otra parte, a los tres ejemplos mencionados podría agregarse la disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué en “José Luis García” (Fallos 312:1082; 1989), donde señalaron –citando su propio voto en “Repetto”– que “la libertad de expresión [...] hace a los fundamentos mismos del gobierno republicano [...]. Es por tal razón que tratándose en el caso de una ‘libertad fundamental’ solo la existencia de un ‘interés estatal insoslayable’ puede justificar su restricción por los poderes del Estado y, por ello, no resulta suficiente a tal fin que exista alguna conexión racional entre la ley reglamentaria y el objetivo estatal buscado [...]”. La cita de “Repetto” en “José Luis García” evidencia que para estos dos jueces el estándar aplicable a las categorías sospechosas era también aplicable cuando estaba en juego la libertad de expresión.

La inexistencia de criterios mayoritarios sobre la aplicación del estándar en los casos de censura previa hasta el año 2014 –cuando se falló el caso “María Belén Rodríguez”– podría explicarse en la circunstancia de que el tribunal no tuvo hasta ese momento oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión luego de haber receptado el estándar en decisiones mayoritarias (a partir de “Hooft”, 2004). De la jurisprudencia de la Corte puede inferirse que los casos sobre libertad de expresión fallados entre 2004 y 2014 no se referían a supuestos de censura previa sino a responsabilidades ulteriores por afectaciones a la intimidad y al honor.

El caso “María Belén Rodríguez” presenta ciertas particularidades vinculadas con el funcionamiento de los buscadores de internet y por lo tanto no configura un supuesto típico o clásico de censura previa. Sin perjuicio de ello, el tribunal afirmó con absoluta claridad que el estándar de presunción de inconstitucionalidad es aplicable a todos los casos de censura previa.

La actora demandó a Google por el uso comercial y no autorizado de su imagen que, según adujo, había avasallado sus derechos personalísimos al haberla vinculado a ciertas páginas de internet de contenido erótico y/o pornográfico. Pidió el cese del mencionado uso y la eliminación o bloqueo de las vinculaciones para el futuro. La pretensión ponía en tensión la libertad de expresión con el derecho al honor y a la imagen. El tribunal consideró que las medidas preventivas de filtro o bloqueo de vinculaciones para el futuro constituían un supuesto de censura previa.

Tras señalar que la libertad de expresión comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones a través de internet y de destacar la importancia de los motores de búsqueda a tal fin, la Corte afirmó que “... toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva (conf. doctrina de Fallos: 316:1623) y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina Fallos: 315:1943, considerando 10). Es por ese motivo que a lo largo de los precedentes referidos al derecho constitucional a la libertad de expresión, este tribunal se ha inclinado, como principio, a la aplicación de las responsabilidades ulteriores a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles (conf. doctrina de Fallos: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189; 310:508; entre muchos otros)”⁵⁴.

A su vez, en la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda, aunque no se hizo expresa alusión a la presunción de inconstitucionalidad, es indudable la referencia a dicho estándar cuando se señala que “... en primer lugar, la actividad de la demandada en tanto proveedora del servicio de motores de

54 Voto de la mayoría integrada por la jueza Highton de Nolasco y por los jueces Fayt y Zaffaroni.

búsqueda constituye una actividad lícita basada en el ejercicio de la libertad de expresión constitucionalmente protegida. Segundo, que la libertad de expresión es un principio fundamental del ordenamiento constitucional, y que corresponde la carga argumentativa y probatoria a quien invoca una eventual restricción”⁵⁵.

Tres años más tarde (2017) fue fallado el caso “Gimbutas”, análogo a “María Belén Rodríguez” y resuelto por remisión a ese precedente. Esta decisión importó la ratificación de la doctrina por parte de una nueva integración del tribunal⁵⁶.

Finalmente, en el año 2022 la Corte falló el caso “Denegri”, sentencia trascendente en el ámbito de la libertad de expresión. Como se verá enseguida, en este caso el tribunal –por unanimidad–⁵⁷ también dejó en claro que el estándar de presunción de inconstitucionalidad es aplicable a los casos de censura previa. Asimismo, las consideraciones que realizó para sustentar tal afirmación merecen algunas reflexiones en función de lo que sostuve más arriba.

La actora demandó a Google con el objeto de que se le ordenara suprimir ciertos sitios *web* en los que se exponía información suya relativa a hechos ocurridos hacía más de veinte años y que podía obtenerse mediante el ingreso de su nombre en el motor de búsqueda de la demandada. La cuestión debatida se centró en determinar si una persona pública que había estado involucrada en un tema de interés público tenía un “derecho al olvido” por el cual pudiera lograr que se desvinculara su nombre de determinados contenidos que la involucraban; o si, por el contrario, la medida –tendiente a hacer cesar la continuación del daño invocado– restringía indebidamente el derecho a la libertad de expresión, tanto en su faz individual como colectiva⁵⁸.

La Corte expresó que “... la importancia que tiene la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional conduce a que este tribunal considere que toda restricción, sanción o limitación a dicha libertad debe ser de interpretación restrictiva [...]. Toda censura previa que sobre ella se ejerza padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y, por ende, la carga argumentativa y probatoria de su necesidad pesará sobre quien invoca dicha restricción”. Más adelante agregó que “... la presunción de inconstitucionalidad implica –además de la inversión de la carga de la prueba antes referida– que el tribunal interprete restrictivamente

55 No parece haber otra justificación para la inversión de la carga probatoria que no sea la presunción de inconstitucionalidad.

56 La mayoría quedó integrada con la jueza Highton de Nolasco y los jueces Rosatti y Rosenkrantz, este último con ampliación de fundamentos. Los jueces Lorenzetti y Maqueda remitieron a su disidencia parcial en “María Belén Rodríguez”.

57 Rosatti, Rosenkrantz, Maqueda y Lorenzetti.

58 La actora alegó que los contenidos lesionaban sus derechos al honor y a la intimidad porque habían perdido interés público con el paso del tiempo y resultaban inapropiados a la auto-percepción de su identidad al momento de iniciar la demanda.

los supuestos en los cuales podría corresponder hacer la excepción, si los hechos del caso encuadran en alguno de ellos y, de ser así, que la medida que adopte sea la estrictamente indispensable para satisfacer la finalidad”.

Aunque no se trató –al igual que “María Belén Rodríguez”– de un supuesto clásico de censura previa, en la medida en que se pretendía la desindexación futura de información ya publicada, el tribunal explicó las razones que conllevan a su equiparación y por consiguiente a la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad. Lo hizo en los siguientes términos: “... la aplicación de estos principios a la función que desempeñan los motores de búsqueda puede llevar a concluir que una eventual decisión judicial de desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado –y, de ese modo, hacer cesar su repetición–, implicaría una limitación que interrumpiría el proceso comunicacional, pues al vedar el acceso a dicha información se impediría la concreción del acto de comunicación –o, al menos, dada la preponderancia que revisten los motores de búsqueda, se lo dificultaría sobremanera–, por lo que tal pretensión configura una medida extrema que, en definitiva, importa una grave restricción a la circulación de información de interés público y sobre la que pesa –en los términos antedichos– una fuerte presunción de inconstitucionalidad”. Agregó que “... en materia de solicitudes de bloqueo se podría aceptar –con carácter absolutamente excepcional– un supuesto de tutela preventiva, con fundamento en la acreditación de la ilicitud de los contenidos y del daño sufrido, en un contexto –el de los motores de búsqueda– en el que dicho daño, una vez producido, continúa generándose. Una posición contraria, que solo admitiese la responsabilidad ulterior, llevaría al absurdo de pretender que la persona que probó la afectación a sus derechos constitucionales deba iniciar constantemente nuevos reclamos reparatorios, debido a que el buscador mantiene los contenidos ya sentenciados como dañosos en la *web*. Es decir, en estos casos si se parte de un supuesto de responsabilidad ulterior por el daño acreditado, se podría eventualmente admitir la supresión o bloqueo de los contenidos perjudiciales para evitar o prevenir daños similares futuros”⁵⁹.

Otra cuestión importante del fallo está dada por los precedentes que cita para fundar la aplicación del estándar a los supuestos de censura previa. En el primer párrafo del considerando 11, la referida afirmación de que “[t]oda censura previa que sobre ella se ejerza padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y, por ende, la carga argumentativa y probatoria de su necesidad pesará

59 El fallo trae también precisiones sobre el modo en que debe producirse el reparto probatorio y sobre las condiciones a que se encuentra sujeta la validez de una norma o acto que *prima facie* pueda constituir una censura previa.

sobre quien invoca dicha restricción” está seguida de un largo paréntesis en el cual se incluyen las siguientes referencias:⁶⁰

- a) Fallos 315:1943, considerandos 10 del voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Cavagna Martínez, 7º del voto del juez Levene, 25 del voto del juez Fayt y 11 del voto del juez Belluscio.
- b) Fallos 337:1174, voto de la mayoría y considerando 13 de la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda.
- c) Fallos 342:2187, considerandos 9º y 11 del voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco y argumento del voto de los jueces Maqueda y Rosatti por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación.

Es interesante detenerse en cada una de estas citas.

- a) La primera referencia de Fallos 315:1943 corresponde al precedente “Servini de Cubría” (1992). Se hace alusión específicamente al voto conjunto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Cavagna Martínez y a los votos individuales de los jueces Levene, Fayt y Belluscio.

El voto conjunto de los primeros tres jueces y el voto individual del juez Levene no ofrecen dudas sobre la aplicación del estándar, tal como señalé antes. Por el contrario, los votos individuales de los jueces Fayt y Belluscio no parecen ser tan claros en ese sentido.

El citado considerando 25 del voto del juez Fayt, en la parte pertinente (último párrafo) dice:

“Pero estas restricciones [a la libertad de expresión] deben responder al principio de legalidad y por consiguiente, estar ‘previstas en la legislación’ (art. 10 Convenio Europeo) o ‘expresamente fijadas por la ley’ (art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13 de la Convención Americana y art. 9 de la Carta Africana). Este requisito se interpreta estrictamente y, según el ‘tribunal Europeo’, la ley debe ser clara, accesible, precisa y predecible. Asimismo, la finalidad de la restricción está subordinada al principio de legitimidad. Por último, corresponde reafirmar que el derecho de expresión

60 El primer párrafo del considerando 11 dice textualmente: “Que la importancia que tiene la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional conduce a que este tribunal considere que toda restricción, sanción o limitación a dicha libertad debe ser de interpretación restrictiva (conf. doctrina de Fallos: 316:1623 y 337:1174, ya citado, entre otros). Toda censura previa que sobre ella se ejerza padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y, por ende, la carga argumentativa y probatoria de su necesidad pesará sobre quien invoca dicha restricción (conf. doctrina de Fallos: 315:1943, considerandos 10 del voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Cavagna Martínez, 7º del voto del juez Levene, 25 del voto del juez Fayt y 11 del voto del juez Belluscio; 337:1174, voto de la mayoría y considerando 13 de la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda; 342:2187 ya citado, considerandos 9º y 11 del voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco y arg. del voto de los jueces Maqueda y Rosatti por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación)”.

es un derecho fundamental cuya vigencia condiciona el ejercicio de casi todos los demás derechos, razón por la cual las restricciones admisibles tienen carácter excepcional. A escala universal, se tiende a limitar las restricciones en materia de información y de opinión, como una necesidad para el perfeccionamiento de la democracia contemporánea”.

Estas afirmaciones parecen estar dirigidas a sostener la idea expresada en el primer párrafo del considerando 11 de “Denegri” pero en la oración anterior a la que hace referencia al estándar de presunción de inconstitucionalidad, que dice: “... la importancia que tiene la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional conduce a que este tribunal considere que toda restricción, sanción o limitación a dicha libertad debe ser de interpretación restrictiva”.

Por su parte, el considerando 11 del voto del juez Belluscio en “Servini de Cubría” expresa:

“Que si bien es cierto que la libertad de prensa no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los consagrados en el art. 14 de la Constitución, sí es absoluta la prohibición de censura previa, del mismo modo que lo es la prohibición al Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa. A este respecto, esta Corte ha tenido ocasión de señalar –y esto es perfectamente aplicable a una supuesta colisión entre la libertad de prensa y el derecho a la dignidad– que la verdadera sustancia de la aludida libertad radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos [...] o actos ilícitos civiles, como son los que afectan el derecho a la intimidad de otras personas [...]. En otros términos, la Constitución veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección del honor de los demás está en la responsabilidad civil y penal de quienes, abusando de la libertad que la Constitución les reconoce, violan los derechos de los otros”.

Estas expresiones podrían incluso sugerir una concepción contraria al estándar de presunción de inconstitucionalidad. Ante la existencia de una prohibición expresa, categórica y específica contenida en la Constitución –supuesto que dispararía la aplicación del estándar– podría afirmarse que si un acto o norma estuvieran prohibidos en esos términos nada debería presumirse sino que serían inconstitucionales *simpliciter*⁶¹. Esta misma idea ya parecía estar presente en el voto conjunto de los jueces Belluscio y Caballero en el caso “Repetto”. Frente

61 Esta idea es la que sostienen algunos autores con una visión crítica del estándar de presunción de inconstitucionalidad (ver, por ejemplo, Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, José S., *Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia*, cit., pp. 13 y ss.).

a la prohibición expresa de discriminación entre nacionales y extranjeros, mientras los jueces Petracchi y Bacqué aplicaron el estándar, los jueces Belluscio y Caballero afirmaron que la norma devenía directamente inconstitucional. Expresaron en ese sentido que “[n]o hay pues ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos, por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional”.

Si se entendiera que los jueces Fayt y Belluscio no aplicaron el estándar, no se habría alcanzado mayoría sobre el punto, pues solo lo habrían aplicado cuatro de los nueve jueces.

b) La segunda referencia de Fallos 337:1174 –incluida en el considerando 11 de “Denegri”– corresponde al caso “María Belén Rodríguez”. Se alude al voto de la mayoría y al considerando 13 de la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda. Como apunté más arriba, ninguno de esos votos ofrece dudas sobre la aplicación del estándar.

c) La tercera referencia de Fallos 342:2187 corresponde al precedente “Paquez” (2019). En la cita se menciona el voto conjunto del juez Rosenkrantz y de la jueza Highton de Nolasco y el voto, también conjunto, de los jueces Maqueda y Rosatti.

El caso presenta cierta analogía con “María Belén Rodríguez”. El actor solicitó que la demandada (Google) eliminara una determinada sugerencia de búsqueda que lo involucraba y que cesara en la difusión de ciertos sitios de internet que aparecían como resultados de búsquedas con su nombre y apellido.

El voto conjunto del juez Rosenkrantz y de la jueza Highton de Nolasco hizo referencia a la aplicación del estándar al afirmar que “...toda censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad que solo puede ceder frente a casos absolutamente excepcionales” y más adelante que “... la decisión del *a quo* –que había admitido la pretensión– configura una medida extrema que importa una grave restricción a la circulación de información de interés público, y sobre la que pesa una fuerte presunción de inconstitucionalidad [...], cuya adopción lejos ha estado de encontrarse justificada”.

Los jueces Maqueda y Rosatti concurrieron con la decisión por remisión al dictamen del Procurador Fiscal. No obstante, dicho dictamen no hizo referencia expresa al estándar y no resulta claro si lo aplicó, al menos, implícitamente⁶².

62 El dictamen refirió al criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos según el cual las medidas de bloqueo de contenidos no pueden ser utilizadas para controlar o limitar la difusión de discursos especialmente protegidos o que tienen presunción de protección –como lo son aquellos vinculados con el ejercicio de funciones públicas– cuando dicha presunción no ha sido

Por otra parte, en “Denegri” se realizó una consideración adicional, también importante. Dijo la Corte que “[e]n lo que respecta a la censura propiamente dicha, este tribunal ha considerado revertida la presunción referida en un caso sumamente excepcional en el que se buscaba prevenir una lesión al derecho a la intimidad de una menor de edad. Allí se entendió –con fundamento en el interés superior del niño consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional– que en ese supuesto la prevención del daño se imponía como única forma de lograr la protección judicial efectiva. Sin embargo, esta Corte siguiendo la naturaleza excepcional de la medida dispuesta, la redujo a lo estrictamente necesario e indispensable para satisfacer su finalidad tuitiva (conf. doctrina que surge de Fallos: 324:975)”.

La cita de Fallos 324:975 corresponde al caso “S., V, c/ M., D. A.” (2001), que mencioné antes entre los ejemplos de votos no mayoritarios que aplicaron el estándar. Sin embargo, en el párrafo transcrito de “Denegri” se expresó que en “S., V, c/ M., D. A.” el tribunal “...ha considerado revertida la presunción [de inconstitucionalidad] referida...”, lo cual supone la existencia de una mayoría que había aplicado el estándar. Esta conclusión también ofrece algunas dudas.

En efecto, en “S., V, c/ M., D. A.” la Corte dispuso una medida de tutela preventiva por la cual prohibió la publicación en los medios de comunicación del nombre de un menor que en un juicio civil en trámite reclamaba el reconocimiento de la filiación de su presunto padre. Dicha medida se fundó en la protección judicial del interés superior del menor en tanto la difusión masiva de su nombre podía causar, por su vulnerabilidad y conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en su desenvolvimiento psicológico y social. Es decir, se tuvo en cuenta para justificar la medida de tutela preventiva que se trataba de un juicio filiatorio –de derecho de familia y de carácter reservado– en el que estaban en juego los derechos personalísimos de un menor y que este contaba con menos herramientas que un adulto para sobreponerse a la afectación que a su intimidad se causara, lo que obligaba a reflexionar con especial cuidado acerca de la eficacia de reparaciones ulteriores. A su vez, la medida se ciñó estrictamente a lo que resultaba indispensable (prohibición de divulgar el nombre del menor) para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa.

La mayoría estuvo integrada por los votos conjuntos de los jueces (i) Nazareno y Bossert, (ii) Moliné O´ Connor y López y (iii) Boggiano y Vázquez, y por el voto individual del juez Fayt. Los jueces Belluscio y Petracchi votaron, por separado, en disidencia. Tal como señalé, de los jueces que integraron la mayoría solo aplicaron el estándar Moliné O´ Connor y López en su voto conjunto y

desvirtuada por una autoridad competente. De ahí concluyó que en el caso la cámara debió haber evaluado si el contenido que había dado origen a las actuaciones resultaba *prima facie* ilegítimo a efectos de tener por acreditada la verosimilitud en el derecho.

Fayt en su voto individual.⁶³ También hizo referencia al estándar el juez Petracchi en su disidencia. Resulta entonces que los jueces que aplicaron el estándar fueron solo tres, de modo que este aspecto de la decisión (aun sumando al juez Petracchi) no obtuvo mayoría.

Más allá de estas referencias, puede afirmarse como conclusión que en los precedentes “María Belén Rodríguez” (2014), “Gimbutas” (2017) y “Denegri” (2022), distintas mayorías de la Corte aplicaron el estándar en casos (aun atípicos) de censura previa, de modo que se trata de un criterio consolidado en la jurisprudencia del tribunal.

3.2. *Afectación indirecta*

La afectación indirecta a la libertad de expresión es la que se produce, en general, a través de medidas económicas, es decir, mediante actos dirigidos a generar un impacto de esa naturaleza sobre un determinado medio como un modo de limitar la expresión de sus ideas. Estos actos suelen encubrirse bajo actuaciones estatales con apariencia de legalidad –como el ejercicio de facultades propias del Estado– pero en realidad pretenden influir sobre el contenido de las expresiones o limitar de modo arbitrario la circulación de ideas u opiniones.

Como se verá, de los casos resueltos por la Corte se desprende que tal afectación puede producirse de dos maneras: por discriminación en el reparto de publicidad oficial y por asfixia económica.

La primera referencia sobre afectación indirecta a la libertad de expresión aparece en la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en el caso “Emisiones Platenses”⁶⁴, fallado en 1997. Aunque no se alude expresamente al estándar de presunción de inconstitucionalidad, se invierte la carga de la prueba, solución que parece justificarse en dicha presunción.

Una empresa periodística inició una acción de amparo contra el intendente de una ciudad para que se dispusiera judicialmente la adquisición de espacios de publicidad oficial en el diario de su propiedad, en condiciones razonablemente equitativas y similares a las previstas –mediante decreto municipal– respecto de otro periódico de la misma ciudad.

63 El voto conjunto de los jueces Boggiano y Vázquez sostiene la existencia de una presunción pero en favor del interés superior del niño. En el considerando 24 afirmaron que “...la ‘protección especial’ enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3° –dirigida a los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos–, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, teniendo en consideración aquella solución que resulte de mayor beneficio para el menor. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del menor por ser un interés débil frente a otros, aun cuando se los considere no menos importantes”.

64 Fallos 320:1191.

La mayoría del tribunal confirmó la sentencia apelada que había rechazado la acción. En lo sustancial, consideró que el artículo 32 de la Constitución Nacional solo dispone un deber de abstención por parte del Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, pero no establece un derecho explícito o implícito de los medios de prensa a recibir fondos del gobierno nacional, provincial o comunal.

Por el contrario, los jueces Fayt, Petracchi y Bossert revocaron la sentencia e hicieron lugar a la acción. Para así decidir, comenzaron destacando que la capacidad financiera se corresponde con el grado de independencia y eficacia de la prensa. Explicaron que cuando la empresa periodística dispone de recursos financieros y técnicos puede cumplir sin condicionamientos externos los servicios de información y de crónica. Cuando no es así, por reducción del número de lectores, disminución de la publicidad privada y reducción o falta de avisos oficiales, la inseguridad económica afecta a la actividad periodística, la que debe optar por mantener su integridad e independencia en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno.

Tras ello, los mencionados jueces hicieron referencia al principio proclamado en la Declaración Hemisférica sobre Libertad de Expresión⁶⁵ según el cual "... la concesión o supresión de publicidad estatal no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas" y al artículo 13 inciso 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto establece que "[n]o 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".

Explicaron que cuando la publicidad —a la que acuden los diarios para hacer frente a los gastos que demanda su edición— se convierte en la fuente de subsistencia, genera una situación poco favorable a la independencia de los redactores. Si es así con relación a la publicidad proveniente del sector privado, sujeta a las reglas del libre mercado, la cuestión no es menos crítica cuando procede del ámbito estatal y está ligada a la discreción de un solo órgano. Si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo y si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio, algunos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla.

Luego de estas consideraciones, los jueces expresaron que "... mal puede afirmarse que el silencio del legislador, en punto a establecer pautas para la elección de los periódicos destinatarios de la propaganda oficial, derive en una suerte

65 Chapultepec, 1994.

de facultad ilimitada del municipio. Frente a la existencia de dos diarios de circulación en la ciudad, la demandada no ha podido entregarla exclusivamente a uno de ellos invocando un supuesto principio de eficacia. La preferencia de la comuna –llamada a tener decisiva influencia en un mercado bipartito– *le imponía acreditar la existencia de motivos suficientes que la justificasen*. Y no lo es la mayor o menor tirada de la publicación pues [...] este aspecto cuantitativo es sólo relevante, en todo caso, para justificar la entrega de un volumen mayor de publicidad a un medio, pero nunca para excluir absolutamente al otro” (destacado agregado).

Aunque no se hizo referencia a la presunción de inconstitucionalidad de la decisión del municipio de conceder publicidad oficial solo a uno de los diarios, se le impuso a dicho municipio la carga de acreditar los motivos que permitían justificar tal decisión, lo cual implicó la inversión de la carga probatoria.

A continuación, los jueces hicieron una precisión importante: para que se configure una afectación a la libertad de prensa bajo este supuesto (discriminación en el reparto de publicidad oficial) no es necesario que medie intención ilícita ni ánimo de discriminar en razón de las ideas; es suficiente con que exista una distribución despareja de recursos que no esté debidamente justificada. De ahí se desprende que si la parte que invoca la discriminación probara objetivamente el reparto desparejo de publicidad, el órgano estatal debería invocar y acreditar razones de peso que lo justificaran; de lo contrario quedaría configurada la afectación del derecho⁶⁶.

Diez años más tarde la Corte volvió a pronunciarse sobre la cuestión. Lo hizo en el caso “Editorial Río Negro”⁶⁷, al ejercer el control de constitucionalidad de un acto del gobierno neuquino que había interrumpido la publicidad oficial contratada con el medio actor (diario Río Negro)⁶⁸.

66 Los jueces concluyeron que la negativa del municipio a otorgar publicidad oficial al diario actor conculcaba su libertad de prensa y ordenaron al municipio que las futuras publicaciones fueran adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas, sin perjuicio del ulterior control judicial a que dicha decisión pudiera dar lugar.

67 Fallos 330:3908 (2007). Según un informe elaborado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y la Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta (*Open Society Justice Initiative*), esta sentencia fue el primer antecedente en que un tribunal superior de América Latina, utilizando estándares establecidos por el sistema interamericano, decidió en forma inequívoca que los medios tienen protección legal contra la asignación arbitraria de la publicidad oficial (*El precio del silencio: abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*, 1ª edición, 2008, Asociación por los Derechos Civiles, Buenos Aires; *Open Society Institute*, New York).

68 La mayoría estuvo conformada por el voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni y por el voto concurrente del juez Fayt. Este último coincidió en lo medular con el primer voto, sin agregar consideraciones de relevancia a los fines de este estudio. Por ello, las referencias que siguen corresponden al primer voto conjunto.

El tribunal partió de la existencia de conductas del Estado provincial dirigidas a disminuir, hasta interrumpir, el otorgamiento de publicidad oficial al diario actor. Sobre esa premisa –existencia de medidas que de manera desigual afectaban a un sujeto en comparación con otros– examinó si esas conductas habían importado discriminar al medio, lesionando su libertad de expresión. Expresó entonces que para descartar dicha afectación se debía examinar si había existido un motivo razonable para adoptar aquella conducta, a cuyos efectos “... es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial”.⁶⁹ Agregó que si bien no existe un derecho subjetivo de los medios a obtener publicidad oficial, el Estado no puede asignar esos recursos de manera arbitraria⁷⁰.

Por último, la Corte introdujo otra idea importante, en línea con lo expresado por la disidencia en “Emisiones Platenses”: “[p]ara tener por configurado este hecho es suficiente la ausencia de medios económicos en grado suficiente para poner al medio de comunicación en desventaja con otros competidores de similar envergadura o bien colocarlo en una dificultad seria de dar a conocer sus ideas. No es imprescindible la acreditación de una intención dolosa, o un ánimo persecutorio o discriminatorio, ni tampoco la existencia de una situación de asfixia económica”⁷¹.

La disidencia conjunta del juez Petracchi y de la jueza Argibay coincidió con los criterios expuestos. El disenso se debió a una cuestión de hecho y prueba. Luego de hacer suya la doctrina expresada por la disidencia en “Emisiones Platenses” (integrada por el propio juez Petracchi), sostuvieron que aun cuando pudiera entenderse probada una reducción de la publicidad oficial contratada por la demandada con el diario actor, no se había demostrado que dicha disminución fuera apta para producir un deterioro en la estructura económica financiera de la

69 Con cita de la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en “Emisiones Platenses”.

70 Más adelante insistió con el criterio de inversión de la carga de la prueba: “... quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique. Por ello, en este caso es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial...?”.

71 Después el tribunal hizo una aclaración final: “[e]xiste un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones”.

empresa periodística al punto que hubiera puesto en peligro la independencia del periódico o que hubiese condicionado su accionar⁷².

De las consideraciones realizadas por la disidencia en “Emisiones Platenses” y por la mayoría y las disidencias en “Editorial Río Negro” se pueden extraer dos conclusiones.

La primera, que el reparto discriminatorio de publicidad oficial afecta de modo indirecto la libertad de expresión, entendiéndose por “reparto discriminatorio” el tratamiento desparejo e injustificado en la asignación de recursos para publicidad oficial cuando ello tiene entidad suficiente para producir impacto en la economía del medio. Esto último puede consistir en una desventaja respecto a sus competidores o en la dificultad seria para dar a conocer sus ideas. Por lo tanto, no es necesario que exista intención de discriminar ni que la medida llegue a producir la asfixia económica del medio.

La segunda, que si bien no se hizo referencia expresa al estándar de presunción de inconstitucionalidad, se invirtió parcialmente la carga de la prueba: la desigualdad de trato y el impacto económico deben ser probados por el medio y el Estado debe acreditar las causas que justifiquen su conducta.

La doctrina de “Editorial Río Negro” fue ratificada cuatro años más tarde en el caso “Editorial Perfil”⁷³ y luego en “Artear”⁷⁴, de modo que se encuentra consolidada.

En “Editorial Perfil”, las empresas Editorial Perfil S.A. y Diario Perfil S.A. promovieron una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional para que se ordene el cese inmediato de la política discriminatoria que, según invocaron, se llevaba a cabo contra las demandantes, consistente en excluir de la pauta publicitaria oficial a las revistas Noticias y Fortuna (editadas por la primera de las empresas mencionadas) y al diario Perfil (editado por la segunda). Solicitaron además que se declare la ilegitimidad de la conducta del Estado demandado, configurada por el abuso de la facultad discrecional en el manejo de los fondos

72 Expresaron en tal sentido que “[p]or el contrario, los responsables del diario ‘Río Negro’, en varias oportunidades, subrayaron la independencia de ese medio de prensa, destacando que –a diferencia de otros– no dependía del Estado provincial pues ‘sus ingresos provienen fundamentalmente de sus lectores y sus anunciantes privados’”. Los votos de la mayoría no ahondaron sobre esta cuestión. En su disidencia, el juez Maqueda adoptó un estándar más exigente. Sostuvo que para tener por configurado un supuesto de afectación a la libertad de expresión debían demostrarse las siguientes circunstancias: a) reducción o cesación de la publicidad oficial al medio actor que ponga en evidencia un tratamiento desparejo en la materia y afecte su economía; b) relación de causalidad entre la difusión de la noticia y el acto estatal; c) intencionalidad de los funcionarios gubernamentales para usar instrumentalmente la distribución de publicidad oficial; y d) ausencia de una justificación suficiente e independiente para haber motivado la cesación o reducción.

73 Fallos 334:109 (2011).

74 Fallos 337:47 (2014).

públicos destinados a la contratación de publicidad oficial para, de esa manera, censurar indirectamente a la revista Noticias y al diario Perfil.

La mayoría estuvo conformada por el voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Zaffaroni y por los votos concurrentes de los jueces Petracchi y Argibay (voto conjunto) y Maqueda. El primer voto remitió a lo resuelto en “Editorial Río Negro”. El juez Petracchi y la jueza Argibay consideraron que a diferencia de ese caso –en el que se había alegado una reducción de la publicidad oficial– en el presente la cámara había concluido que la negativa de contratar publicidad por parte del gobierno era un hecho reconocido expresamente por dicha parte. Entendieron que el caso era sustancialmente análogo a “Emisiones Platenses”, donde se había excluido totalmente a un medio de la publicidad oficial. En consecuencia, remitieron a la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en esta última causa. El juez Maqueda analizó el caso bajo el estándar que había elaborado en su disidencia en “Editorial Río Negro” y concluyó que se encontraban cumplidos todos los requisitos que habilitaban la procedencia de la acción.

El caso “Artear” fue análogo a “Editorial Perfil”. La mayoría, integrada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda, expresó que “... en su actual composición esta Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de las cuestiones de índole constitucional debatidas en el *sub lite* en las causas ‘Editorial Río Negro S.A.’ [...] y ‘Editorial Perfil’ [...]”; y no dejó dudas sobre la ratificación de la doctrina contenida en esos fallos, al afirmar de modo contundente que “[I]a autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores. Así, en Fallos: 183:409 se estableció que el tribunal no podría apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio”⁷⁵.

El juez Petracchi y la jueza Argibay votaron en disidencia, aunque al igual que en “Editorial Río Negro”, las razones de ese disenso no se relacionaron con el estándar aplicable sino con una cuestión ajena: consideraron que el recurso

75 Incluso agregó que “[s]ería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos (cf. Thomas M. COOLEY citando al Canciller KENT, *Constitutional Limitations*, t. 1, p. 116). Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *stare decisis* sin las debidas reservas –conf. Willoughby, *On the Constitution*, t. 1, p. 74 –, no es menos cierto que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (conf. doctrina de Fallos: 183:409 citado)”.

extraordinario era inadmisibles porque no contenía una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada. En particular, que la recurrente no se había hecho cargo del argumento central de la decisión relativo a que la distribución de la pauta oficial había discriminado a la actora.

De los casos analizados se desprende que una amplia mayoría del tribunal, integrada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni, Petracchi y Argibay coincidieron en el criterio aplicable a estos supuestos de afectación indirecta a la libertad de expresión.⁷⁶ Ese consenso se extiende a lo siguiente: hay afectación indirecta a la libertad de expresión cuando un órgano estatal realiza una distribución discriminatoria de publicidad oficial; para que esa situación se configure no es necesaria la asfixia económica del medio ni la intención de discriminar sino que basta con que genere algún impacto económico (desventaja competitiva del medio o dificultad para dar a conocer sus ideas); en estos supuestos, aunque no se hizo referencia expresa a la presunción de inconstitucionalidad, se invirtió de modo parcial la carga de la prueba.

Para complementar esa conclusión es necesario considerar el fallo “Clarín”⁷⁷, también referido a un supuesto de afectación indirecta a la libertad de expresión. Más allá de algunas particularidades⁷⁸, el caso trae aportes importantes.

El grupo Clarín cuestionó la constitucionalidad de la ley de medios 26.522. Sostuvo, en lo sustancial, que los límites que establecía dicha ley a la cantidad de licencias afectaba la sustentabilidad operativa y económica de la empresa y, en consecuencia, su libertad de prensa y expresión.

La mayoría estuvo conformada por el voto conjunto del juez Lorenzetti y de la jueza Highton de Nolasco y por los votos individuales concurrentes de los jueces Petracchi y Zaffaroni.

El juez Lorenzetti y la jueza Highton de Nolasco consideraron que no correspondía partir de una sospecha de ilegitimidad de la norma con desplazamiento de la carga de la prueba (es decir, que no debía aplicarse el estándar de presunción de inconstitucionalidad) porque a diferencia de “Editorial Río Negro” –donde se afectó de manera desigual a un medio en comparación con otros–, la Ley 26.522 regulaba el mercado de medios sin efectuar distinción alguna respecto a los sujetos alcanzados por sus disposiciones. La ley no establecía reglas dirigidas a afectar a un sujeto o a una clase de sujetos y no a otros sino que establecía límites

76 Ello, más allá de distintas apreciaciones sobre cuestiones de hecho y prueba o sobre el cumplimiento de ciertos requisitos para la procedencia del recurso extraordinario, que de modo circunstancial llevaron a decisiones diferentes.

77 Fallos 336:1774 (2013).

78 No se trató de un supuesto de publicidad oficial, aunque sí de afectación indirecta a la libertad de expresión. Además, esa libertad fue invocada por ambas partes en sus distintas dimensiones: la actora en su faz individual y la demandada en su faz colectiva.

iguales a todos los titulares de licencias. Por consiguiente, sostuvieron que era el grupo actor quien debía acreditar que la ley afectaba sus derechos.

De esta primera reflexión surge que estos dos jueces interpretaron que en “Editorial Río Negro” la mayoría del tribunal había aplicado la presunción de inconstitucionalidad. Cabe esta aclaración porque, como dije antes, en dicho precedente no se hizo referencia expresa a la presunción de inconstitucionalidad, a pesar de haberse invertido la carga de la prueba.

Continuaron expresando que si bien en “Editorial Río Negro” el tribunal no había considerado necesaria la asfixia económica o quiebre del medio para tener por configurada una afectación indirecta a la libertad de expresión, tal conclusión había tenido como premisa fundamental que la medida en examen estaba dirigida exclusivamente a la editorial actora e implicaba un trato desigual e injustificado. Fue por esa razón que el tribunal entendió –en “Editorial Río Negro”– que la medida restringía indirectamente su libertad de expresión aun cuando su impacto económico no pusiera en riesgo la subsistencia de la empresa. Pero en “Clarín” no se daba esa premisa básica, pues la medida que se evaluaba era una ley general que promovía la libertad de expresión en su faz colectiva y no generaba diferencia alguna entre sus destinatarios. Por lo tanto, concluyeron que, frente a la inexistencia de discriminación, la violación indirecta a la libertad de expresión requería la afectación de la sustentabilidad económica de la empresa, extremo que –de todos modos– tampoco consideraron probado⁷⁹.

Es posible interpretar entonces que, al menos en la concepción de estos dos jueces, para que se configure un supuesto de afectación indirecta a la libertad de expresión que dispare la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad, si no existe discriminación, es necesario que la medida ponga en riesgo la subsistencia económica del medio (asfixia económica). Por el contrario, frente a un supuesto de discriminación, esta última condición no sería necesaria.

El voto del juez Petracchi discurrió por otra senda. A pesar de considerar que en el caso estaba involucrado el derecho a la libertad de expresión, no aplicó el estándar de presunción de inconstitucionalidad sino que siguió los lineamientos trazados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los requisitos que deben cumplir las limitaciones estatales a la libertad de expresión. Según esa jurisprudencia, la compatibilidad de una restricción con la Convención exige: (a) que sea definida en forma precisa y clara a través de una ley en sentido formal y material; (b) que persiga objetivos autorizados por la Convención; y (c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de fines imperiosos,

79 Sobre esa base, entendieron que no se encontraba afectado el derecho a la libertad de expresión del grupo actor en tanto no se había acreditado que el régimen de licencias que establecía la ley pusiera en riesgo su sustentabilidad económica. De ahí concluyeron que no correspondía presumir la inconstitucionalidad de la norma.

estrictamente proporcionada a su finalidad e idónea para lograr tales objetivos. Concluyó que las normas impugnadas cumplían con esas exigencias.

Una posible razón por la cual el juez Petracchi no aplicó el estándar en este caso pudo haber sido que, a diferencia de todos los demás, la libertad de expresión había sido invocada por ambas partes y no solo por la actora. Al delimitar la cuestión constitucional, hizo mérito de lo expresado por el Poder Ejecutivo Nacional en el mensaje de elevación del proyecto de ley al Congreso de la Nación, destacando que la iniciativa de dicha regulación buscó "... echar las bases de una legislación moderna dirigida a garantizar el ejercicio universal para todos los ciudadanos del derecho a recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones y que constituya también un verdadero pilar de la democracia, garantizando la pluralidad, diversidad y una efectiva libertad de expresión", y que tuvo "como objetivo primordial [...] la sujeción de la propiedad y control de los medios de radiodifusión a normas antimonopólicas y el acceso a una información plural". Asimismo, señaló que los lineamientos del proyecto respondían al criterio sentado en opiniones consultivas y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial en el caso "Ríos v. Venezuela" (2009), en el que se afirmó que "... el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo".

A diferencia de los otros casos, en "Clarín" no se juzgó la constitucionalidad de una norma o de un acto impugnado por lesionar directa o indirectamente la libertad de expresión de un sujeto o medio en particular sino que la ley cuestionada tenía por objeto promover la libertad de expresión en su faz colectiva, es decir, como instrumento necesario para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública. Es posible entonces que en la concepción del juez Petracchi el estándar de presunción de inconstitucionalidad no resultara aplicable cuando la norma impugnada persiguiese la protección de ese mismo derecho. Bajo esta mirada podría argumentarse que aplicar el estándar en ese supuesto implicaría partir de una presunción contraria a una de las dos dimensiones de la libertad de expresión. Por esa razón, la presunción en contrario quedaría de algún modo "neutralizada" cuando se invoque que la afectación a la libertad de expresión proviene de una norma o de un acto que tenga por objeto la defensa de esa misma libertad.

El voto concurrente del juez Zaffaroni, la disidencia parcial del juez Maqueda y la disidencia del juez Fayt no contienen aportes interesantes sobre este punto⁸⁰. Sí, en cambio, la disidencia parcial de la jueza Argibay, que aplicó el estándar de presunción de inconstitucionalidad. Consideró que las restricciones a la libertad de expresión son inconstitucionales a menos que quien las defienda

80 El juez Fayt, aplicando un nivel de escrutinio similar al utilizado por el juez Petracchi, arribó a la conclusión contraria (inconstitucionalidad de las normas impugnadas).

demuestre que sirven a un fin estatal impostergable que no puede ser alcanzado por otra vía menos restrictiva. Sobre esa base, sostuvo que la ley cuestionada restringía la libertad de expresión del grupo actor y que dicha restricción no había sido válidamente justificada por el Estado Nacional.

En conclusión, la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad en los casos de afectación indirecta a la libertad de expresión merece dos reparos:

En primer lugar, los únicos casos en los que una mayoría del tribunal consideró afectada de manera indirecta la libertad de expresión se refieren exclusivamente a reparto discriminatorio de publicidad oficial, supuesto que se consideró configurado frente a tratamientos desparejos e injustificados en la asignación de recursos estatales siempre que ello genere cierto impacto en la economía del medio (aunque sin necesidad de que exista intención de discriminar ni que se llegue a poner en juego la sustentabilidad del medio).

En segundo lugar, en ninguno de estos casos el tribunal hizo referencia expresa a la presunción de inconstitucionalidad. No obstante, parece posible afirmar que en el supuesto mencionado en el párrafo anterior el estándar resulta aplicable. Hay para ello dos sólidos argumentos. El primero, que en todos los casos se invirtió parcialmente la carga de la prueba y no se invocaron otras razones que pudieran justificar esa solución⁸¹. El segundo, que en estos casos –como en la censura– la restricción a la libertad de expresión también es previa, por lo que, en principio, no habría razones para aplicar un criterio distinto a la hora de ejercer el control de constitucionalidad. Esta conclusión se encuentra a su vez corroborada en el voto del juez Lorenzetti y de la jueza Highton de Nolasco en el caso “Clarín”, donde se afirmó que en “Editorial Río Negro” la mayoría del tribunal había aplicado el estándar de presunción de inconstitucionalidad.

Esta doctrina se encuentra consolidada en la jurisprudencia del tribunal. Como surge de lo anterior, luego de ser introducida en la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en “Emisiones Platenses” (1997), fue aplicada por una mayoría de la Corte en los casos “Editorial Río Negro” (2007), “Editorial Perfil” (2011) y “Artear” (2014).

ROBERTO SAGGESSE

Es Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (UCA). Posdoctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

81 A diferencia de lo que ocurre con los actos discriminatorios, donde el tribunal fundó la inversión de la carga de la prueba en las dificultades probatorias que se presentan en esos casos.

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomó Celeste

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

LEANDRO VERGARA

MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Jóvenes y Jóvenes Excepcionales de la
Facultad de Derecho



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

1ª Edición: Diciembre de 2024

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Celeste / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2024.

548 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-1-6

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro	Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra	Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate	Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres	Paula Brunetti
Mario Cámpora	Luis Casarini
María Ceruli	Dominique Ekstrom
Rosario Elbey	Hernán Gerding
Federico Giacoia	Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale	Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo	Milagros Marra
Lucia Martín	Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag	Lautaro Pittier
Matías Posdeley	Marina Prada
Gerardo Ruggieri	Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo	Maximiliano Werner

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY

LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
ASOCIACIÓN DE JURISTAS Y LEGALES FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Amarillo

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

JORGE EDUARDO MORÁN



ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
República Argentina



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL