

## I. Introducción

El art.14 de la Constitución establece, en su parte pertinente, que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de "...publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...".

Este categórico rechazo de la censura forma parte de una larga tradición en el constitucionalismo clásico, conforme al cual la prohibición de la censura era el objetivo principal de la garantía de la libertad de expresión<sup>1</sup>.

Dada la importancia que posee dicha cláusula, resulta necesario entonces determinar, en primer lugar, qué quiere decir el texto constitucional cuando habla de "censura previa"-

Cabe aclarar que en este capítulo, a diferencia de los anteriores, no habremos de recurrir a la jurisprudencia estadounidense como una guía para la interpretación de los textos constitucionales argentinos. Ello es así pues la cir-

<sup>1</sup> Así, el jurista británico del siglo XVIII, W. BLACKSTONE, decía: "...La libertad de la prensa es en verdad esencial a la naturaleza de un estado libre, pero ella consiste en no colocar restricciones *previas* respecto de las publicaciones y no en verse libre de responsabilidad criminal! luego de que ellas son publicadas..." (Commeñtries, pags.151-152, transcripto en STOXE, SEIDMAN, SUNSTEIN y TUSHNET en *Constitutional Law*, Little, Brown and .-Company, Sa.ed., pag.1183). Hasta principios del siglo XX; la jurisprudencia estadounidense recepitó el citado principio de que la libertad de expresión tenía como objetivo primordial el de proteger respecto de la censura previa (conf. Stone, op. y loc.cit.). Lo mismo ocurrió en la doctrina judicial argentina hasta hace muy poco tiempo (ver, para una reseña de esa doctrina, el voto del juez BELLUSCIO en la causa "Servini de Cubría", *Fallos*, 315:1943, cons.II'-). Este fallo está tratado exhaustivamente en el punto VI /n/ra de este capítulo.

cunstancia de que la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense no contenga una prohibición expresa de la censura previa ha determinado una doctrina que es menos garantista en este punto que las normas constitucionales correspondientes de nuestro país<sup>2</sup>.

Parece claro que el significado corriente del término "censura previa" -que era el que indudablemente estaba en la mente de los Constituyentes argentinos de 1853- es el que nos proporciona el autor británico Eric BARENDT: "...Las principales características generales de un sistema de censura son, seguramente, que el control respecto de la publicación es ejercido por un funcionario administrativo fundado en pautas vagas e imprecisas. El escritor, editor o distribuidor (según los casos) es obligado a presentar el libro o la película en cuestión al censor para una inspección previa. Además, constituye un delito publicar o exhibir sin su aprobación..."<sup>3</sup>.

El mismo autor señala los defectos que presenta un sistema de tales características: "...Es probable que el censor administrativo adopte una actitud burocrática, poco amistosa, respecto de las publicaciones que debe examinar; de lo contrario su trabajo se volvería redundante. Ello es particularmente probable cuando él debe responder ante un organismo que se encuentra políticamente comprometido a restringir la libertad de expresión..."<sup>4</sup>.

Por su parte, el profesor estadounidense EMERSON pone de relieve -entre otros- los aspectos de la censura previa que, en su opinión, la convierten en tan criticable: a) con la censura previa, el control estatal sobre las comunicaciones de ideas es mucho más extendido que con un sistema de represión ulterior; b) ella impide -a diferencia del sistema de castigo posterior- que la comunicación llegue

2 Para un examen más extenso de este punto, ver nota 24 *infra*.

3 *Freedom of Speech*, Clarendon Paperbacks, 1992, páj.118.

4 Op. cit. y loe. cit.

al mercado, o si lo hace luego de haber sido autorizada administrativamente, resulta obsoleta por el tiempo transcurrido; c) el sistema de censura previa actúa bajo una cubierta de informalidad y ocultamiento parcial que restringe seriamente la posibilidad del examen de las ideas por parte del público y aumenta la posibilidad de discriminación y de otros abusos<sup>5</sup>.

En la actualidad no existe, por lo menos en nuestro país, un sistema en el cual un funcionario del poder administrativo ejerza un examen previo acerca del contenido de la prensa escrita con el objeto de otorgar o no el permiso para su publicación<sup>15</sup>.

Sin embargo, subsisten otras clases de controles previos, cuya legitimidad depende de que puedan ser excluidos de la categoría de "censura previa". El fallo que se transcribe en el punto siguiente trata acerca de esta cuestión.

## II. El concepto de "censura previa."

### Caso "Rosatti, Juan Carlos y otros"

(Justicia Municipal de Faltas, Cámara de Apelaciones, 3/12/1986, publicada en E.D.125-436)

En este caso se planteó la constitucionalidad del art.9 inc. a de la Ordenanza de la Ciudad de Buenos Aires n<sup>o</sup> 40.852 que prohibía la circulación de todo material impreso hasta tanto el mismo no contara con la calificación definitiva de la

5 T/IL- *Doctrine of the prior restraint*, 20 Law & Contemp.Probs. 64S 119551, transcripto en STOKK, op. cit., págs. 1186/87. Otros autores, sin embargo, cuestionan el punto tradicional de que la censura previa sea más restrictiva de la libertad de expresión que la persecución penal posterior a la publicación (ver, al respecto, a Martin H. Ri. iusn, *The proper role of the prior restraint doctrine in First Amendment litigation*, 70 Va.L.Rev.53 - 1984-, transcripto por John H. GATVEY y Fredorick SCHATK en *The First Amendment: A fiction/e/-*, West. Publishin;,' Co., 1992, págs. 248 y ss.). Cabe destacar, empero, que más allá de esta discusión teórica, resulta indudable que ante los expresos términos de los arts.14 ds la Constitución y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sistema jurídico argentino la legitimidad de la censura previa está sometida a límites mucho más estrictos que la represión posterior de la publicación.

6 El cine y la televisión plantean, en este punto, problemas específicos que serán examinados en el capítulo 11 *infra*.

Enrique T. Bianchi - Hernán V. Gullco

Comisión Calificadora de Espectáculos, Publicaciones y Expresiones Gráficas, que dependía de la Secretaría de Cultura de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. El objetivo de la ordenanza era proteger a los menores y adultos, que no prestaran su consentimiento, respecto de aquellos espectáculos públicos, exhibiciones, publicaciones y expresiones gráficas, en general dirigidas al público o que se exhibieran en lugares con acceso al mismo, que podían representar un peligro de perturbación intelectual, afectiva o moral o que podrían considerarse ofensivos a la moral y buenas costumbres y al pudor. Respecto del material impreso, la norma preveía una clasificación en dos categorías: sin objeciones y de exhibición limitada. En ese último supuesto, la disposición establecía que la publicación debía circular en sobre cerrado, opaco.

El juez de primera instancia de la justicia municipal de faltas declaró la invalidez de la norma con los siguientes argumentos:

"...Creemos que un acto de tal naturaleza, obligatoriedad previa de calificación a su circulación subyacente a ella, ante el no cumplimiento con aquélla, conlleva una velada intención de establecer un régimen de censura...

...El exigir que esa calificación sea anterior al momento en que la publicación llegue al público, y el prohibir que eso suceda, hasta tanto se cuente con la calificación definitiva de la Comisión Calificadora, importa un actuar preventivo y en consecuencia resulta una restricción a la libertad de expresión..."

Recurrido este pronunciamiento, la Cámara de Apelaciones rechazó el argumento del juez de la instancia anterior de que la restricción aplicada por la Municipalidad configurara un supuesto de censura previa:

"...el organismo municipal no tiene facultad alguna para opinar sobre las ideas (filosóficas, políticas, religiosas, etc.) que puedan contener las publicaciones que, en el caso concreto que nos ocupa, limita la intervención estatal a las publicaciones y expresiones gráficas que puedan perturbar intelectual, afectiva o moralmente o que puedan ser ofensivas a la moral y buenas costumbres y al pudor. No hay pues ninguna facultad que permita limitar la defensa y difusión de ideas, filosofías o

## El derecho a la libre expresión

## El derecho a la libre expresión

pensamientos que hagan al crecimiento del conocimiento o desarrolló intelectual y espiritual de la población. No puede pues el gobierno o el funcionario de turno afectar la difusión de ideas por no 'adecuarse' a una concepción 'oficial' sobre el o los temas desarrollados. La ordenanza 40.852 no autoriza a limitar o impedir la difusión de ideas o pensamientos porque "no condigan" con una determinada cosmovisión, o con una determinada doctrina.

Prosiguiendo con el análisis de la norma: ¿cuáles son las facultades de la Comisión Calificadora? No puede impedir la circulación y comercialización de la publicación; simplemente puede determinar una modalidad de exhibición: que al exhibirse, al efectuarse la circulación y comercialización, sea en sobre cerrado y opaco. ¿Cuánto tiempo tiene para expedirse? Doce horas...

Estas facultades y el accionar en consecuencia, pueden considerarse censura previa? No se faculta a nadie para que pueda constituirse en un taller gráfico y revisar las 'pruebas' o analizar o investigar los cables o télex de las agencias o las creaciones intelectuales de los periodistas o pensadores y determinar qué se imprime y qué no se imprime. Nadie está facultado para determinar qué noticias se difunden y qué noticias se ocultan o silencian. Nadie puede determinar previamente qué material se imprime y cuál no. Es cierto que sería ilusorio el derecho si se permitiera la impresión pero se negara su circulación, pero tampoco se impide la circulación; simplemente se establece un modo de exhibición en la circulación que, a mi juicio, 'no altera' el derecho constitucional de publicar por la prensa sin censura previa, pues no hay censura...

La norma no apunta a 'noticias' buenas que sí requieren o pueden requerir una tremenda rapidez en su difusión. Apunta como ya he dicho a exhibiciones o publicaciones que afectan las buenas costumbres y el pudor..."

Voto de la juez CALVO SOLER. Los restantes magistrados votaron por la misma solución con argumentos similares.

## III. Comentario

Este caso plantea dos cuestiones. En primer lugar, si la restricción contenida en la ordenanza configura una "censura previa" en los términos de los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Si bien esta última disposición no fue mencionada en las decisiones examinadas, resulta de gran importancia para la solución del caso, como se verá más adelante.

Enrique T. Biachichi - Hernán V. Gullco

Si dicha restricción no es considerada como una "censura previa", entonces su validez constitucional deberá *sel-examinada* a la luz de las distintas pautas elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina, a los fines de determinar en qué supuestos resulta posible sancionar -ya sea penal o civilmente- a una publicación con posterioridad a su difusión<sup>8</sup>. En cambio, si se resolviera que la restricción aplicada en el caso sí constituye el tipo de censura a que se refieren la Constitución y la Convención Americana, resulta evidente, salvo supuestos taxativamente enumerados, su ilegitimidad<sup>9</sup>. Respecto de la primera cuestión, aparece con claridad la diferencia de criterios entre el fallo de primera instancia y el de Cámara: mientras que en el primero se sostiene que cualquier restricción previa a la difusión de una publicación se encuentra alcanzada por la prohibición constitucional, el tribunal de alzada considera que no existe censura previa pues el organismo administrativo sólo ejerce un control sobre el aspecto exterior de la publicación pero no sobre su contenido.

La posición de la Cámara podría encontrar sustento en el texto constitucional en tanto éste reconoce el derecho de publicar "ideas" sin censura previa, concepto aquél que no parece aplicarse fácilmente a una imagen gráfica que po-

<sup>8</sup> Esta cuestión se encuentra examinada en los capítulos 5, 6 y 7 de esta obra.

<sup>9</sup> Por tal razón, no parece correcta la afirmación contenida en la primera parte del voto de la juez C.u.vo SOLEK de que "...los derechos constitucionales no son ilimitados en su ejercicio, sino que pueden ser ejercidos y gozados dentro de ciertas pautas o límites establecidos en la reglamentación, que son la garantía de la necesaria armonía jurídica, donde el ejercicio de un derecho no vaya en detrimento del ejercicio de otro de igual o mayor jerarquía, armonía dentro de la cual puede desarrollarse normalmente el fin principal del Estado: el bien común. Lo que importa es que la reglamentación mantenga inalterable la vigencia del derecho en cuestión (art.28, Constitución Nacional)...". Este argumento -fundado en el concepto de "razonabilidad"- podría ser aceptable respecto de las restricciones "posteriores" de los derechos. Por el contrario, es inaceptable en el campo de la censura previa en el cual el poder estatal de limitar la libertad de expresión se encuentra -como se ha dicho- sujeto a estrechos y expresos límites. Por tal razón era necesario, antes de aplicar dicho estándar de "razonabilidad" al caso, determinar si nos encontrábamos ante un supuesto de censura previa. De ser así, el argumento de la "razonabilidad" sería claramente inaplicable.

El derecho a la libre expresión  
El derecho a la libre expresión

dría afectar emocionalmente a las personas que no quieran observar aquélla. Los orígenes históricos de la cláusula constitucional también parecen apoyar esa solución si se advierte, tal como se señaló en el punto I de este capítulo, que el objetivo fundamental de la protección contra la censura era el de impedir el control previo por parte de la administración respecto de la difusión de mensajes de carácter político, filosófico o religioso. Es indudable que tal punto de vista responde a una concepción muy difundida en el derecho constitucional argentino y extranjero, que distingue claramente mensajes "valiosos" y aquellos que no lo son. Tal punto de vista ha servido de fundamento para aplicar, respecto de mensajes con contenido sexual explícito, restricciones que hubieran sido consideradas inaceptables respecto de otra clase de mensajes.<sup>10</sup>

Otro argumento en favor de esta posición sería la sostenida por la Cámara: la restricción aplicada por la Municipalidad para nada interfirió en el contenido de la publicación; aquélla se limitó exclusivamente a regular las modalidades en que debía circular la revista entre el público, con el objeto de proteger a los menores y a los adultos que no quisieran prestar su consentimiento. De tal forma, no se habría frustrado el objetivo de la disposición constitucional que consistiría en otorgar a los individuos total libertad previa para difundir opiniones, escritos e imágenes.

Aun cuando se admitiera este punto de vista, y se aceptara entonces que en el caso no existe "censura previa" en los términos del art.14 de la Constitución, quedaría por examinar si la restricción aplicada por la ordenanza cuestionada es contraria al art.13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicha cuestión no **fue examinada en el**

<sup>10</sup> El tema de la tensión entre la libertad de expresión y la protección de la moralidad pública se encuentra examinado más profundamente en el capítulo 11 de este libro. La cuestión de si es posible distinguir entre formas de expresión "valiosas" y "disvaliosas" ha sido discutida en el caso jurisprudencial estadounidense "Cohén v. California", que está transcrito en el capítulo 8 de esta obra.

fallo en estudio. Sin embargo, resulta fundamental hacerlo en esta oportunidad, a los fines de intentar determinar las facultades estatales para ejercer controles previos como los del caso a la luz de la Convención Americana la cual, a partir de la reforma de 1994, posee jerarquía constitucional junto con otros tratados de Derechos Humanos."

#### IV. La Convención Americana y la censura previa

El art.13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, luego de establecer en su inc.1" el derecho a la libertad y expresión, que el ejercicio del citado derecho "...no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás,

o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas..." (inc.2-<sup>1</sup>).

Por su parte, el inciso 4'- del mismo artículo prevé una excepción muy limitada a la prohibición precedente respecto de la existencia de censura previa:

"...Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2..."

El texto que se acaba de transcribir, que contiene una limitación tan severa a las facultades estatales de restringir previamente la difusión de mensajes<sup>12</sup>, plantea la cues-

11 Conf. art.7ñ inc.22 de la Ley Fundamental. Dado que el art.13 de la Convención aparentemente no fue invocado por el representante legal de la publicación, resulta correcto que los tribunales no hayan examinado la validez de la ordenanza a la luz de la Convención, conforme a la conocida doctrina de que los jueces no pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas legales.

12 La protección que la Convención Americana otorga en materia de libertad de expresión es mucho más fuerte que la prevista en otros instrumentos internacionales, como p.cj. la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que éstos no contienen refe-

ción de si el requisito impuesto por la norma municipal en el caso "Rosatti" puede ser considerado "censura previa" en los términos de la Convención y, en caso afirmativo, de si aquél resulta o no constitucionalmente aceptable.

Como punto de partida, podría afirmarse que el concepto de censura utilizado por el art.13 de la Convención resulta sumamente amplio. Así, la regulación, del acceso de menores a los espectáculos públicos -autorizado en dicha norma- es considerada en términos explícitos como "censura" por la citada norma, a pesar de que tal restricción no se refiere en forma alguna al contenido de dichos espectáculos sino tan sólo a su forma de exhibición.

De aceptarse dicha posición, no parece irrazonable sostener que el control ejercido por la Municipalidad en el caso en estudio resulta equiparable a una "censura previa" en los términos de la Convención, dado que también aquí existe un control previo destinado a controlar la forma de difusión

del mensaje.

Tal conclusión no debe llevar, por cierto, a concluir que la ordenanza impugnada es inconstitucional. En efecto, su validez quedaría salvada si se comprobara que la norma municipal está regulando el "acceso" a un "espectáculo público" con el objeto de "proteger a la infancia y a la adolescencia".

Desde el punto de vista de un análisis estrictamente gramatical, parece dudoso que la exhibición de una revista en puesto situado en la vía pública, pueda considerarse como un "espectáculo público". Conforme a su significado ordinario, dicha expresión parece referirse, antes bien, a exhibiciones cinematográficas o teatrales.

Sin embargo, si se tiene en cuenta el objetivo de la restricción autorizada por el art.13 de la Convención -ejercer

rencias explícitas a la proscripción de toda medida de carácter preventivo a la libertad de expresión (conf. Ariel DULITZKY, *La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El caso Martorell*, "Suplemento de Derecho Constitucional La Ley", 7/10/ 1996, pags. 30,32).

Enrique T. Bianchi - Hernáxi. V. Gullco  
un control previo tendiente a asegurar el normal desarrollo sexual de los niños y adolescentes- no sería irrazonable incluir a la exhibición pública de material gráfico de contenido sexual explícito como un "espectáculo público" en los términos de la norma convencional.

En tales condiciones, podría concluirse que la Ordenanza n° 40.852 regulaba -al disponer que la revista en cuestión debía ser colocada en un sobre oscuro- el "acceso a un espectáculo público" respecto de "niños y adolescentes", lo cual se encontraría justificado por la Convención. Por cierto que a esta solución se le podría formular la siguiente objeción: la ordenanza sería inválida pues, al establecer la citada restricción, no sólo impediría el acceso a la publicación a los niños y adolescentes -lo cual sería legítimo- sino que también haría lo mismo respecto de los adultos, lo que no se encontraría autorizado por el art.13 de la Convención.

#### **V. Una solución alternativa**

El punto de vista que se acaba de exponer pertenece a uno de los coautores de este libro, Hernán Víctor GULLCO.

El otro coautor, Enrique Tomás BIANCHI, es partidario de una interpretación distinta del art.13 de la Convención. En su opinión, dicha norma utiliza el concepto de "censura" en forma impropia al aplicarla a la regulación del acceso a los espectáculos públicos. Así, considera que dicho término debería ser empleado exclusivamente respecto de las restricciones previas que afectan el *contenido* de las expresiones. Por tal razón, sostiene que dicho *uso impropio* del término "censura" no debería ser extendido más allá del ámbito de los espectáculos públicos y, en consecuencia, no debería ser aplicable al supuesto de la ordenanza examinada. De tal forma, la validez de esa norma no debería ser juzgada conforme los parámetros propios de la censura previa sino de aquellos utilizados para evaluar la constitucionalidad

de la restricción *posterior* que pueden sufrir los mensajes. Y, a la luz de tales pautas, la limitación aplicada por la ordenanza cuestionada no sería inconstitucional por razones análogas a las expresadas por la Cámara en su pronunciamiento.

#### **VI. La justificación de la censura**

Como se ha visto, el caso que se acaba de examinar en el punto anterior se vincula con la cuestión de qué tipo de restricciones previas a la emisión de un mensaje deben considerarse como "censura previa" a los fines de la Constitución y la Convención Americana.

En cambio, en el fallo judicial que se estudiará a continuación, era indudable la existencia de una "censura previa" respecto del mensaje que se pretendía propalar. Por tal razón, la cuestión debatida era si tal censura era o no legítima.

*Caso "Servini de Cubría", Corte Suprema de la Nación, sentencia del 8/9/1992, Fallos, 315:1943, E.D. 149-245.*

El 8 de mayo de 1992, la juez en lo Criminal y Correccional Federal, doctora María Romilda SERVINI DE CUBRÍA promovió acción de amparo en la que se solicitaba se procediera al secuestro del *tape* correspondiente al programa televisivo del cómico conocido por el seudónimo Tato BORES -cuyo verdadero nombre era Mauricio BORENSZTEIN- que se iba a difundir dos días más tarde, y que se impidiese la proyección de las partes desdorasas hacia su persona. Ese mismo día, el juez de primera instancia denegó la medida cautelar solicitada por considerar que se trataba de restringir un derecho ajeno mediante una inconstitucional censura previa y, a la vez, se declaró incompetente por entender que correspondía entender en la causa al fuero en lo contencioso-administrativo federal. Apelado dicho pronunciamiento por la actora, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal resolvió -ese mismo día- como medida cautelar la

la abstención provisional de emitir imágenes o conceptos relacionados con la actora, bajo apercibimiento de desobediencia. Aunque los integrantes de la Sala no habían visualizado el *tape* en cuestión, su decisión se fundó en que las citadas imágenes podían afectar el honor, la dignidad y la fama de la actora. Este pronunciamiento fue recurrido ante la Corte Suprema de la Nación por el señor BORENSZTEIN y por la empresa de televisión. En primer lugar, se transcribe el voto de los jueces NAZARENO y MOLINÉ O'CONNOR.

"...Los medios de comunicación son el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones, pero no necesariamente todo lo que ellos dan a conocer se identifica con los actos protegidos por la tutela constitucional -libre expresión de ideas- o por el pacto mencionado [*Convención Americana*] -búsqueda, recepción y difusión de ideas e información-. Dicho de otro modo, no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas..." ícons."

Por tal razón, los jueces nombrados consideraron que era vital para los magistrados determinar si un mensaje determinado podía ser considerado como la transmisión de ideas:

"...los alcances de la tutela constitucional involucrada generan la ineludible carga de examinar si -en el caso en que se trate- concurren los antecedentes de hecho que justifiquen ubicar la pretensión fuera de aquellas hipótesis frente a las cuales el ejercicio del derecho de publicar las ideas no admite restricción. Cuando se invoquen situaciones que puedan trasponer esa frontera, el juez debe comprobar, con todos los medios que la legislación le proporciona, si se trata de un caso en que se encuentra involucrada esa libertad, valoración que no puede ser obviada sin abdicar de la jurisdicción, lo que le está prohibido conforme lo dispone el artículo 15 del código civil, en armonía con las garantías constitucionales de peticionar a las autoridades y del debido proceso consagradas por los arts.14 y 18, Constitución Nacional..." (cons.11").

Como consecuencia de este razonamiento, los jueces NAZARENO y MOLINÉ O'CONNOR resolvieron que el pronunciamiento de Cámara era inválido en razón de que dicho tribunal había hecho lugar a la medida cautelar prohibitiva sin haber visto antes el *tape*, "...ignorando los hechos sobre los cuales ejercía su jurisdicción..."

En el voto del juez LEVENE, que se transcribe parcialmente a continuación, se adoptó una postura más tuitiva respecto del alcance de la garantía contra la censura previa. Así, luego de mencionar -con remisión a *Fallos*, 282:392- que el cine también se encontraba alcanzado por la protección de la cláusula constitucional de la libertad de expresión, dicho magistrado agregó que también quedaban comprendidas en dicha cláusula:

"...las expresiones vertidas y emitidas por la televisión. Tutela además la libertad de expresiones de manera amplia, sin distinguir entre lo que constituye opinión, manifestación estética, de arte o de humor, pues la libertad de manifestación del individuo no puede ser entendida circunscripta sólo a cierto ámbito o finalidad, pues entonces la garantía quedaría en letra muerta..." (cons.9<sup>o</sup>).

Luego de recordar la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto del valor fundamental de la libertad de expresión para el mantenimiento del sistema republicano de gobierno<sup>13</sup>, el juez Levene resolvió que correspondía revocar la resolución apelada, al haberse decidido la cuestión federal debatida "...de un modo incompatible con la interpretación que esta Corte ha asignado al derecho de publicar libremente las ideas por la prensa sin censura previa..." (cons.11<sup>o</sup>).

El juez FAYT, a pesar de haber redactado un extenso voto con remisiones a antecedentes nacionales y extranjeros respecto del alcance de la libertad de expresión, parece haber fundado su decisión de revocar el fallo de Cámara en argumentos similares a los de los jueces NAZARENO y MOLINÉ O'CONNOR. En efecto, su opinión se basó en que los jueces de Cámara no habían visto el video antes de dictar la prohibición de su difusión. A ello se sumaba "...el exceso jurisdiccional de haber resuelto la abstención de 'emitir imágenes o conceptos que se relacionan' con la actora, sin limitación temporal ni distinción entre

13 Se citó el precedente en el caso "Ekmekdján c/Sofovich", *Fallos*, 315:1492.

los que tuvieran o no carácter injurioso..." (cons.5<sup>9</sup>), lo que convertía al fallo de Cámara en arbitrario.

Además de compartir los argumentos reseñados en cuanto a la arbitrariedad del pronunciamiento apelado, el juez BELLUSCIO desarrolló en su voto un rechazo absoluto respecto de la censura previa:-

"...si bien es cierto que la libertad de prensa no es un derecho absoluto, como no 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..." (cons.H<sup>1</sup>).

"...lo dicho respecto de la libertad de prensa es aplicable a la libertad de expresión en general, y a la expresión por medio de las emisiones de televisión en particular, como resulta de una interpretación dinámica de los textos constitucionales que tiene por base la circunstancia de que ellos deben aplicarse también a los medios de expresión de las ideas distintos de la prensa que no existían al tiempo de sancionar la Constitución ni podía ser previsible para los constituyentes que apareciesen luego, y cuya importancia es similar a la prensa escrita..." (cons.I2<sup>o</sup>).

"...tanto la distinción entre la prohibición de censura previa y la responsabilidad por el abuso, como su aplicación a la libertad de expresión en general, han sido aceptadas también por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida comúnmente como Pacto de San José de Costa Rica...Sólo admite [*dicho Pacto*] la censura previa de los espectáculos públicos 'con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2-'; vale decir, que ni aun para esos

elevados fines admite la censura impeditiva de la exhibición, sólo la acepta para regular el acceso de los menores a las representaciones..." (cons.13\*).

Los razonamientos transcritos precedentemente llevaron al juez BELLUSCIO a concluir que la decisión de Cámara era inválida:

"...la prohibición impuesta por el a quo de emitir en los programas televisivos de los demandados, imágenes o conceptos relacionados con la demandante de amparo configura inequívocamente la censura previa repudiada por la Constitución, una grosera violación de los derechos básicos, pues no sólo la censura previa o el control estatal sobre la prensa no pierden ese carácter por razón de ser ejercidos por órganos jurisdiccionales (*Fallos*, 248:664, considerando 4<sup>3</sup>) sino que resultan mucho más graves al provenir de un tribunal judicial. La pasión política o la natural vocación del poder por extralimitarse podrían explicar, aunque no justificar, que violaciones de derechos fundamentales proviniesen de los poderes políticos, pero entonces las propias instituciones suministran el remedio, pues una de las más esenciales funciones del Poder Judicial instituido por la Constitución es la de asegurar la garantía de los derechos de los habitantes contra los excesos provenientes de aquéllos. Pero es inconcebible, porque subvierte el orden institucional, que los propios órganos instituidos por la carta magna para garantizar esos derechos sean los que los atrepellen; ello implica arrasar con las garantías constitucionales, destruyendo con ellas la Constitución misma y echando así por tierra las bases fundamentales del régimen representativo republicano de gobierno que ella consagra, conquista de la civilización que ha costado y continúa costando en el mundo sangre y dolor. Nada podría esperar, en efecto, el ciudadano de una democracia, de sus jueces si en lugar de cumplir su misión esencial de defender sus derechos, fuesen ellos los que los conculcasen..." (cons.I4-J).

Por su parte, el juez BOGGIANO consideró que el honor y la intimidad de las personas -derechos/Invocados en el caso por la actora- no admitían protección judicial preventiva sino remedios reparátenos, los que debían estar previstos en la ley y ser necesarios para asegurar el respeto a tales derechos. Tal posición -fundada en el art. 13, inc.2, punto "a" de la Convención Americana- lo llevó a votar por la revocación de la sentencia de Cámara.<sup>14</sup>

14 En el voto del juez BOCCIANO se sostiene, además, que la prohibición respecto de la censura previa contenida en el art. 14 de la Constitución no tenía como obje



El juez BARRA emitió una disidencia parcial en la que sostuvo, en primer lugar, que si bien las emisiones televisivas merecían también la protección del art.14 de la Constitución, las restricciones aplicadas a aquéllas debían ser interpretadas "...según un grado de intensidad decreciente desde la televisión hasta el libro y la prensa, siempre de acuerdo con las circunstancias de la causa. La amplitud de difusión, la impresión instantánea y generalmente no reflexiva que la televisión -mucho más aun que la radio y el cinematógrafo- provoca en el espectador, como contraste frente a la idea o expresión escrita, serán elementos insustituibles en la adecuada valoración en el momento de la decisión judicial..." (cons.5<sup>B</sup>). A' continuación, el citado magistrado examinó la cuestión -ya tratada en votos anteriores- de si el art.14 de la Constitución también protegía respecto de medidas prohibitivas dictadas por jueces:

"...aun cuando la intención de nuestros constituyentes no haya estado referida de modo expreso a las decisiones judiciales que impidan o limiten la publicación de ideas -sino a las medidas de índole discrecional y política inherentes a las otras ramas de gobierno- es una interpretación conforme con nuestro sistema constitucional extender la prohibición de limitar la difusión de la expresión, aun a los jueces, salvo las excepciones que el ordenamiento admite *sin* caer en una autocontradicción funcional..." (cons.7<sup>-1</sup>).

"...sin embargo, la aludida 'censura'judicial no es equiparable cuantitativa ni cualitativamente a la censura que despertó las más vivas reacciones de los hombres libres inspirando proposiciones jurídicas análogas a las examinadas, esto es, con relación a la que pudiese provenir de los Poderes Legislativo o Ejecutivo. La hipótesis de intervención preventiva de los jueces -que sólo impropiamente podría denominarse censura-, supone siempre la existencia de un caso concreto en el que se plantee un conflicto de derechos, provocando la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta aje-

a los emisores de ideas respecto de medidas judiciales como las del caso, sino tan sólo respecto del accionar de las otras ramas del gobierno (cons.8"y 9"). Sin embargo, la interpretación conjunta de la disposición constitucional con el art.14 de la Convención llevó al nombrado a concluir que la decisión de la Cámara era ilegítima, tal como se reseñó en el texto principal.

## El derecho a la libre expresión

no a los intereses en disputa, y que toma sus decisiones observando el respeto al derecho de defensa enjuicio de los involucrados..." (cons.8<sup>9</sup>).

"...lo expuesto permite sostener un principio de amplísimos alcances y advertir, a la vez, cuál es el elemento que en grado mínimo lo restringe. El honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agravante de la noticia -incertidumbre que el juez despeja una vez sustanciado el proceso- y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta. Pero si ese margen de incertidumbre no se verifica, si la conducta de quien intenta dar a conocer sus ideas no suscita dudas sobre su ilicitud, no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión, máxime en los supuestos en que el daño al honor o la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no se estime suficiente su reparación por otros medios. Estos casos nada tienen que ver con la promoción de un debate de ideas necesario para que los miembros de una sociedad autogobernada puedan decidir y vivir mejor. No se puede hablar aquí de mutilación de un proceso de formación del pensamiento de la comunidad, pues no se ve de qué manera enriquece a la opinión pública el uso de expresiones simplemente insultantes, injuriosas o procaces, el lenguaje soez y desmedido, o la difusión de lo destructivo de un ámbito irreductible de intimidad..." (cons.9-).

Todo lo dicho le permitió concluir al juez BARRA que no era objetable el hecho de que la Cámara hubiese dictado la medida cautelar impugnada durante día y hora inhábil "...porque ella tendió inequívocamente a posibilitar el dictado de una decisión judicial eficaz..." (cons.24<sup>9</sup>). Igualmente, consideró que la citada medida tenía fundamentos suficientes y no era necesario para adoptarla la exhibición de la grabación ya que el art.1071 bis del Código Civil autorizaba a hacer cesar en las actividades vejatorias (cons.26<sup>9</sup>). Sin embargo, sostuvo que la citada medida debía limitarse exclusivamente a la prohibición preventiva de la repetición de las difusiones agraviantes y vejatorias de las normas citadas, y no sobre cualquier mención, noticia, crítica -incluso humorística, pero en el marco del respeto debido a la honra y dignidad personal- de la jueza SERVITTI DE CUBRÍA (id.). En consecuencia, el juez BARRA votó por la revocación de la medida impugnada con los alcances señalados.

Finalmente el juez PETRACCHÍ; en su disidencia parcial,

## 39

Enrique T. Bianchi - Hernán V. Gullco

consideró, en primer lugar, que la sentencia resultaba arbitraria pues ella había

"...sido dictada con absoluto desconocimiento de cuáles serían los conceptos desdorosos que, sin otras precisiones, invocó la demandante como próximos a ser difundidos, y a cuya acreditación condicionó expresamente su pedido. En otros términos, se ha omitido conocer lo que se ha resuelto impedir..." (cons. 4º).

Seguidamente, el magistrado examinó las cuestiones estrictamente constitucionales que planteaba el caso. Luego de transcribir el art. 13 de la Convención Americana, señaló lo siguiente acerca del alcance de dicha norma:

P<sup>5</sup>" "...Que resulta diáfano que el instrumento internacional impide terminantemente la censura previa de todo ejercicio del derecho de expresión, el que sólo podrá estar sujeto, y en determinados supuestos, a responsabilidades 'ulteriores'. Súmase a ello, a modo de ratificación, que el propio texto consagra una excepción a la 'censura previa', y con la expresa advertencia de que lo hace 'sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2-º, excepción ésta que, por lo demás, es ajena al debate por cuanto no está en la liza 'la protección moral de la infancia y la adolescencia' (art. 12, inc. 4, cit).

En tal sentido, cabe prestar especial atención a que precisamente un caso como el *sub lite se* halla comprendido en las hipótesis de responsabilidad 'ulterior': 'respeto a los derechos o a la reputación de los demás', lo cual confirma, si alguna duda subsistiera, la absoluta exclusión de tal circunstancia para justificar la restricción 'previa' aquí debatida..." (cons. 8-º).

En un párrafo posterior, el juez PETRACCHI insistió en la protección amplia que la Constitución y la Convención otorgaban respecto de la censura previa:

"...la expresión 'censura previa' no puede ser tomada en un sentido restringido. 'No se refiere sólo al examen previo del contenido de las publicaciones que se van a efectuar, sino también a una censura ejercida con respecto a la decisión o iniciativa de ejercitar el derecho de que se trata' (*Fallos*, 217:161); a 'restricciones de índole semejante, como fianzas, permisos, etc., de que los gobiernos han sabido hacer uso' (*Fallos*, 167:121). Por lo tanto, la protección constitucional impone un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales (*Fallos*, 311:2553)..." (cons. 14-º).

ría a un resultado "francamente paradójico", "cuando no inverosímil", aceptar la petición de la actora, lo que llevó a incluir a las medidas cautelares como la del caso en la categoría de "censura previa":

"...En efecto, si ante la inminencia, incluso enteramente cierta, de que fuesen a ser difundidas expresiones desdorosas o agraviantes contra una persona, ésta pudiese pretender, y los jueces conceder, que tal difusión sea vedada, bien pronto se advertiría que ello convertiría a los estrados judiciales en órganos llamados a librar expresas prohibiciones -por vía del acogimiento de las demandas- o tácitas autorizaciones -por la de la desestimación de aquéllas-respecto de la difusión de ideas. Y esto, inocultablemente, produciría una sorprendente y no menos deletérea metamorfosis, por la cual nuestros jueces se volverían verdaderos tribunales de censura, de una censura cuya justificación resultaría mucho más escandalosa que el propio delito que pudiese consumarse con la expresión que pretende prohibirse.

No poca sorpresa causaría este nuevo rol de la justicia, puesta a fisgonear por adelantado en las expresiones que vayan a hacer los habitantes de la Nación" (cons. 15'-').

Por las razones transcriptas, el citado magistrado resolvió que:

"...resulta contraria al Pacto de San José de Costa Rica (art. 13) y a la Constitución Nacional (art.14), toda sentencia que impida, incluso con carácter preventivo o cautelar, el ejercicio del derecho de expresión, a fin de evitar daños a la honra o reputación de las personas..." (cons.30'-').

## VII. Resumen del fallo

Se intentará, a continuación, extraer algunas conclusiones de este extenso y, por momentos, confuso fallo.

En primer lugar, todos los magistrados que intervinieron en el caso -con excepción del juez B.ARRA-coincidieron en que correspondía revocar en su totalidad la decisión de Cámara.

En segundo lugar, todos estuvieron de acuerdo en que la televisión se encontraba amparada por la libertad de expresión, tanto en la Convención Americana como en la Constitución. Sin embargo, el juez BARRA sostuvo que dicho medio merecía una protección menor que la prensa escrita.



Tres magistrados (los jueces NAZARENO, MOLINÉ O'CoNNOR y FAYT) no se pronunciaron directamente sobre los alcances de la protección respecto de la censura previa pues su decisión se basó principalmente en la arbitrariedad incurrida por la Cámara al dictar la medida cautelar.

Cuatro jueces (LEVENE, BELLUSCIO, PETRACCHI y BOGGIANO) consideraron que las medidas cautelares como las del caso configuraban un supuesto inaceptable de censura previa. Los tres primeros fundaron esa decisión tanto en la Constitución como en la Convención Americana, mientras que el último de ellos parece haberse basado únicamente en la norma convencional. Por el contrario, el juez BARRA sostuvo que no era posible considerar como "censura previa" -en los términos del art.14 de la Constitución- las medidas cautelares dictadas por los jueces para proteger el honor y la dignidad de personas afectadas. Los jueces LEVENE, BELLUSCIO, BOGGIANO, PETRACCHI y FAYT no parecen haber hecho distinción respecto del contenido que debía poseer la emisión en cuestión para merecer la protección constitucional respecto de la censura previa.

En cambio, los jueces NAZARENO, MOUNÉ O'CoNNOR y BARRA opinaron -con diferentes grados de énfasis- que el carácter claramente ofensivo de aquélla podía autorizar la adopción de medidas como las del caso.

Finalmente, el hecho de que el juez PETRACCHI haya remarcado varias veces en su voto el rechazo de la censura judicial previa en el supuesto de afectación al *honor* o a la *reputación*, permite inferir que otra podría ser la solución que dicho magistrado adoptaría en caso de ser otros los valores en conflicto, p.ej., si estuviere en juego la seguridad nacional.<sup>15</sup>

15 Un típico ejemplo de este conflicto de v

### VIII. Comentario

El voto que aparece más objetable es el del juez BARRA en tanto sostiene que, ante el carácter patentemente ofensivo de la emisión, el juez se encuentra facultado para dictar la medida cautelar prohibitiva.

En efecto, la idea subyacente a la prohibición de censura previa consiste, precisamente, en que resulta muy peligroso otorgar a los poderes públicos, en un proceso sumarísimo, la posibilidad de impedir la publicación o emisión de un mensaje debido a su supuesto carácter ofensivo o ilícito', debido a la facilidad con que tal decisión puede ser adoptada dado que en tal supuesto no existen los beneficios de la garantía de la defensa en juicio en toda su extensión. Precisamente, la finalidad de la tutela constitucional consiste en que la determinación acerca del carácter ilícito debe ser posterior a la publicación, en un proceso en el que el responsable de ésta pueda defenderse ampliamente. Si se tienen en cuenta las complejas cuestiones que presenta el tema de la libertad de expresión, parece hartamente aventurada la afirmación del juez BARRA en el sentido de que, en ciertos casos, resulta "evidente" el carácter ofensivo o hiriente del mensaje, máxime cuando -como en el caso- la persona afectada es un funcionario judicial y el tema con él vinculado es de interés público. Debe recordarse que, en tal supuesto, el derecho de la libertad de expresión a diferencia del texto constitucional, admite algunas excepciones a la prohibición de censura previa.

Sin embargo, la mayor titela que la Ley Fundamental es más aparente que real.

Así, la mención que hace la Const. Al dcho. De difundir las "ideas" parece -tal como se señaló en el voto del juez Barra- limitar su tutela a aquellas manifestaciones que puedan ser consideradas como "valiosas" y excluirla, en cambio, respecto de textos o imágenes que no posean tal calidad. Por otra parte, la circunstancia de que las disposiciones sobre libertad de expresión hayan sido sancionadas en 1853 y 1860 permitirían concluir, con base en una concepción "originalista" acerca de la interpretación de la Constitución, que el objetivo

expresión podría llegar a amparar al emisor, no ya de la censura previa, sino también de la represión posterior<sup>16</sup>.

Por otra parte, con excepción de alguna referencia sobre el punto hecha en el voto del juez BoGGIANO<sup>17</sup>, ninguno de los jueces examinó los problemas que plantea la necesidad de coordinar lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución con el contenido del art. 13 de la Convención Americana.

En efecto, la disposición constitucional parece estable-

<sup>16</sup> Ver, al respecto, capítulos 5 y 6 de este libro.

<sup>17</sup> Conf. nota *supra*.

cer una protección respecto de la censura previa mucho más absoluta que la prevista en la disposición correspondiente de la Convención, la cual

**Por otra parte, de acuerdo con la Convención, la autorización de la censura previa se limita estrictamente a los "espectáculos públicos" con el "exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia". Ello parece significar que, fuera de esos supuestos, el estado carece de facultades de aplicar controles previos, sin importar que el mensaje en cuestión sea más o menos "valioso".<sup>19</sup>**

**Finalmente, si se advierte que la Convención Americana fue sancionada en 1969, es razonable suponer que sus redactores eran conscientes de que el medio más común en aquel momento para restringir previamente la difusión de informaciones e ideas no era necesariamente -como en el siglo XIX- los controles aplicados por un consejo de censores sino también las medidas cautelares dictadas por**

un magistrado a pedido de un particular. Es por eso que resulta probable que, al hablar de "censura previa", los autores de la Convención también quisieron prohibir esa clase de medidas judiciales.

Tal fue, precisamente, el punto de vista que adoptó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso que se examinará a continuación.

**DC La prohibición de medidas cautelares judiciales para impedir la difusión de un libro. Caso "Martorell"**

11". *Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N°-11196*<sup>20</sup>

i

,

El 21 de abril de 1993, el señor Francisco MARTORELL - periodista chileno- y la Editorial Planeta publicaron un libro en la Argentina titulado *Impunidad diplomática*, sobre los

<sup>19</sup> Por tal razón, no resulta correcta la posición adoptada por el juez BARRA sobre esta cuestión en el caso "Servini de Cubría". La posición de este magistrado en este punto ya fue criticada *supra*.

<sup>20</sup> Publicado en el "Suplemento de Derecho Constitucional La Ley", 7/10/1996,

Sin embargo, el mismo día 21 de abril de 1993, Andrés LUSKIC CRAIG, empresario chileno, presentó un "recurso de protección" ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En su presentación, sostuvo que el libro violaba su derecho a la privacidad y, por tal razón, solicitó que se prohibiese su circulación. La Corte de Apelaciones dictó una "orden de no innovar" que prohibió temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro en Chile hasta que se adoptase una decisión definitiva sobre el caso. Luego de varias incidencias procesales, el 31 de mayo de 1993 la misma Corte de Apelaciones hizo lugar al recurso de protección interpuesto por el señor LUSKIC y emitió una orden de no innovar que prohibía la "internación y comercialización" del libro en Chile. Apelado este pronunciamiento, fue confirmado por la Corte Suprema de Chile en su sentencia del 15 de junio de 1993. Ante tal decisión, varios organismos de Derechos Humanos presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando que la prohibición de la entrada, distribución y circulación, en Chile, del libro en cuestión constituía una violación del art.13.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en tanto dicha norma disponía que "...el ejercicio del derecho [de libertad de expresión]...no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores". A continuación, se transcriben los párrafos más relevantes del dictamen de la Comisión.

"...La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del art.13<sup>21</sup>, es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares.

<sup>21</sup> Se refiere a la ya examinada disposición que permite regular el acceso a los espectáculos públicos con el objeto de la protección moral de la infancia y la adolescencia.

hechos que habían conducido a la partida del ex Embajador argentino en Chile, Osear SPINOSA MELÓ. El libro debía estar disponible para su comercialización en Chile al día siguiente.

Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma...

Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma...

El art.13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban.

En virtud de los razonamientos expuestos la Comisión considera que la decisión de prohibir la entrada, la circulación y la distribución del libro *Impunidad diplomática*, en Chile, infringe el derecho a difundir 'informaciones e ideas de toda índole' que Chile esta obligado a respetar como Estado Parte en la Convención Americana. Dicho en otros términos, tal decisión constituye una restricción ilegítima del derecho a la libertad de expresión, mediante un acto de censura previa, que no >•-< ' autorizado por el art.13 de la Convención...".

46

**A continuación, la Comisión analizó el argumento del Gobierno de Chile de que en el caso se producía un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión, por un lado, y los derechos a la honra y dignidad, por el otro, que también se encontraban tutelados por la Convención Americana<sup>22</sup>. En opinión del gobierno, estos últimos derechos debían prevalecer sobre el de la libertad de expresión, lo que justificaba la medida restrictiva adoptada por la justicia chilena. La Comisión rechazó esta posición con el siguiente razonamiento**

"...La Comisión considera que no le corresponde examinar el contenido del libro en cuestión ni la conducta del señor MARTORELL porque carece de competencia para pronunciarse al respecto, y porque el derecho a la honra está debidamente protegido en la legislación chilena. Además, las personas que se consideren lesionadas en su honra y dignidad cuentan, como surge de lo actuado en el presente caso, con recursos adecuados en los tribunales de justicia chilenos para dirimir esa cuestión.

Por tal motivo la Comisión no puede aceptar el punto de vista del

22 El art. 11 de la Convención establece: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3, Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Gobierno de Chile en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión. El art.29, establece que:

'Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella'. Por su parte, el art.32, párrafo 2 dispone:

'2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en esa sociedad democrática'.

La Comisión considera que la interpretación de los derechos contenidos en estos artículos no presenta, como sostiene el Gobierno de Chile, un conflicto de diferentes principios entre los que haya que escoger...

En el mismo sentido, las disposiciones del art.11 no pueden interpretarse por los órganos del Estado, de tal forma que resulten en una violación del art.13 de la Convención Americana, que prohíbe la censura previa. En el escrito de respuesta a la denuncia de los peticionarios, el Gobierno de Chile sostuvo que:

'En la especie no se ha impedido la publicación de ninguna opinión, pensamiento o idea, y solamente se ha buscado proteger la honra de las personas, como lo autorizan -más precisamente, lo ordenan- tanto la Convención, el Pacto y la Constitución Chilena, todas en esta materia en perfecta armonía'.

La Comisión no está de acuerdo con ese argumento porque la fonna de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima. Aceptar el criterio utilizado por Chile en el caso del señor MAKTORKLL implica dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión que consagra el art.13 de la Convención Americana.

Al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el art.11 de la Convención Americana -y al aplicar las disposiciones pertinentes del derecho interno sobre esa materia- los Estados Parte tienen la obligación de respetar el derecho de libertad de expresión. La censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el art.13 de la Convención.

El posible conflicto que pudiese suscitarse en la aplicación de los arts.11 y 13 de la Convención, ajuicio de la Comisión, puede solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio art.13..."

Seguidamente, la Comisión se refirió a la cuestión de las posibles "responsabilidades ulteriores", previstas en el citado artículo, que le podrían corresponder al periodista MARTORELL. Pero, dado que el nombrado ya había sido condenado civil y penalmente por la justicia chilena, la Comisión concluyó que dicho tema había perdido vigencia y que, por consiguiente, no correspondía pronunciarse al respecto. En conclusión, la Comisión recomendó al Estado Chileno, en otros puntos, lo siguiente: 1. levantar la censura que, en violación del art.13 de la Convención, pesaba sobre el libro mencionado. 2. adoptarlas disposiciones necesarias para que MARTORELL pudiera ingresar, circular y comercializar en Chile el citado libro.

## X. Comentario

Es posible extraer fácilmente las siguientes conclusiones respecto de la opinión examinada:

1. Resulta evidente que la Comisión incluyó dentro del concepto de "censura" a las medidas cautelares dictadas por los jueces con el objeto de impedir la difusión de un mensaje. A la luz de este criterio, resultan objetables los argumentos del juez BARRA en el caso "Servini de Cubría", en el sentido de que dichas medidas merecerían menores objeciones constitucionales que las ejercidas por el Poder Ejecutivo. De tal forma, la opinión de la Comisión coincide con lo afirmado por los jueces BELLUSCIO y PETRACCHI en el citado caso acerca del carácter claramente ilegítimo de las restricciones previas aplicadas por los magistrados.

2. La Comisión tampoco aceptó el criterio -expuesto en algunas opiniones emitidas en "Servini de Cubría"- de que ciertos mensajes "disvaliosos" no merecen la protección constitucional respecto de la censura previa. El criterio adoptado por la Comisión es precisamente el contrario: advertida la existencia de una censura previa, cuya legitimidad no esté prevista por algunos de los supuestos excepcionales previstos en el art.13.4 de la Convención, el tribunal carece de facultad alguna para examinar el contenido del mensaje y debe, en consecuencia,

Enrique T. Bianchi - Hernán V. Quilco

declarar la inconstitucionalidad de la restricción.

3. Dado que en el caso "Martorell" el mensaje prohibido estaba contenido en un libro, queda el interrogante acerca de qué solución hubiera dado la Comisión a un caso como "Servini de Cubría", vinculado con la interdicción de un programa de televisión. Si se advierte la literalidad con que la Comisión interpretó las garantías de la Convención en "Martorell", no es irrazonable suponer -atento a que ese documento hace expresa mención a "*cualquier otro medio de su elección*"- que la decisión de la Comisión en "Servini de Cubría" hubiera sido la misma que en "Martorell": la medida cautelar era inconstitucional por no encontrarse prevista en los supuestos de excepción -previstos en el inc.4<sup>2</sup> del art.13-que habilitan la aplicación de censura previa. Es decir, hubiera llegado a la misma solución que la Corte Suprema pero con argumentos mucho más claramente garantistas que los empleados por algunos de los jueces de ese tribunal.

4. Resulta también difícil saber, por último, cómo hubiera resuelto la Comisión el caso "Rosatti" dado que en este último, a diferencia de "Martorell", la restricción aplicada por la Municipalidad no afectaba el contenido de la publicación sino tan sólo su modo de expresión. Sin embargo, de considerarse aplicable a "Rosatti" el criterio interpretativo "literalista" utilizado por la Comisión en "Martorell", no sería aventurado sostener que la ordenanza también hubiera sido considerada como una censura inadmisibles en los términos del art.13.2. de la Convención, en tanto que dicha restricción no se encontraba prevista en los supuestos de excepción enumerados en el art.13.4. de la Convención.

## XI. Conclusión

La aplicación de las conclusiones elaboradas por la

23 En el caso "Bramajo", resuelto el 12/9/1996 (J.A.1996-IV-439), la Corte Suprema de la Nación resolvió que la opinión o "jurisprudencia" de la Comisión Interamericana



## El derecho a la libre expresión'

Comisión Interamericana en el caso "'MartoreH" a nuestro ordenamiento jurídico'^ permite proponer las siguientes pautas tentativas para resolver los problemas vinculados con la censura previa:

1. Debe entenderse por "censura previa", en los términos del art.13 de la Convención Americana, cualquier restricción previa a la difusión de un mensaje, sin importar que la medida haya sido dictada por un organismo administrativo o un magistrado judicial.
2. Es irrelevante, a los fines de otorgar la protección de la Convención, que el mensaje haya sido emitido por medio de los medios de difusión "clásicos" (libro, periódico o revista) o por aquéllos considerados "modernos" (cine, televisión, video, etc.).
3. Al determinar la legitimidad de la restricción previa, le está vedado al juez -con exclusión de los supuestos excepcionales del art.13.4 de la Convención- examinar el mensaje a los fines de determinar su licitud.
4. Por tal razón, no parecen acertados los fundamentos desarrollados en algunos fallos, en los cuales los tribunales intervinientes -si bien resolvieron en contra de la legitimidad de la medida restrictiva- lo hicieron luego de examinar el contenido del mensaje, sopesando la importancia de pro-

dL'be servir de guía para **nuestros** tribunales respecto de la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana (para un comentario crítico de este fallo, ver artículo de Néstor P. SACTÉS en "Jurisprudencia Argentina", diario del 16/4/1997, págs.2 y ss.).

24 Ejemplos típicos de esta forma de razonar se encuentran en los pronunciamientos dictados por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital y por el Juez a cargo del Juzgado Civil n°89 en los casos "Verbitsky y Dalbón" (J.A.198P-III-605 y L.L.17/4/1997 -f.95.237-. respectivamente). En "Verbitsky" la Cámara Federal empleó, como uno de los fundamentos de su decisión, el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Near v. Minnesota" (283 U.S.697 -1931-1, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de una medida cautelar que había prohibido la publicación de un periódico, considerado "difamatorio y escandaloso". La mención hecha en esa oportunidad por la Corte norteamericana a ciertos supuestos excepcionales que autorizaban la imposición de censura previa -impedir la obstrucción del sistema de reclutamiento o la difusión de la ubicación de tropas militares- no parece ser compatible con los estrictos requisitos exigidos por el art.13.4 de la Convención con el objeto de autorizar la censura previa. En "Dalbón", el juez rechazó una acción de amparo en la que se solicitaba la prohibición de exhibición de la película *Crasli, extraños placeres*, que se fundaba en que en

teger la libertad de expresión en el caso con la relevancia de los valores públicos invocados para justificar la restricción<sup>21</sup>.

Con mayor razón aun, aparece como singularmente poco afortunada la decisión del Juez Federal Edmundo J. CARBONE quien, en la causa "Arias e/Imagen Satelital Canal Space"<sup>22</sup>, hizo lugar a una medida cautelar para que se imp-diera la proyección o propalación por cualquier medio de la película *La última tentación de Cristo*. El argumento del actor consistió en que la película daba una visión sacrilega de Jesucristo, quien era o'bieto de "tentaciones diabólicas" de carácter "carnal y erótico", lo cual -en opinión del demandan-te-resultaba denigrante para los sentimientos religiosos de todos los cristianos, católicos o no.

El juez hizo lugar a la medida con el siguiente razonamiento: "...el art. 2° de nuestra Carta Magna prescribe que el Gobierno Federal sostiene el culto Católico Apostólico Romano, y toda vez que la proyección y difusión del film podría implicar una profanación de la fe católica...".

Resulta interesante observar que en esta escuetísima fundamentación *no se hace ninguna mención al derecho constitucional a la libertad de expresión*, que -obviamente-resul-taba ser el valor esencial en juego de este caso.

aquélla se; hacía "una exaltación de los accidentes de tránsito, como medio de excitación sexual, mostrando escenas de alto contenido agresivo". Luego de "observar la película", el magistrado resolvió que "...el film atacado no contiene un tono panfletario y las situaciones que describe, mediante simbología propia de la expresión cinematográfica, lejos de proponer su emulación llamarían a la reflexión individual sobre la deshumanización de las conductas y la crisis de los valores en determinada sociedad...". Por cierto, que el restante argumento utilizado por el juez -que la calificación del film era de apto para mayores de dieciocho años- era suficiente, por sí sola, para resolver que la acción de amparo era Colatoria del art. 13 de la Convención Americana. Por la misma razón, no son relevantes -a lo? fines de interpretar el citado art.13- los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de la legitimidad de la censura previa. Así, la circunstancia de que el art.10 de la Convención Europea no contenga una rechazo expreso a la censura previa, ha determinado que la jurisprudencia del Tribunal Europeo haya determinado en cada caso de restricción previa la "Yazonabilidad" de aquélla fconf. D. J. HARRIS, O'BoVLE, M. y WAMRICK, C., *La ir of the European Convention of Human líghts*, Butterworths, 1995, Cap.11).

25 Expíen" 101.692/96; resolución del 16/9/1996.

## El- derecho a la libre expresión

Ello significa que, con independencia de si la aplicación de la prohibición era válida en este caso, la resolución del juez es arbitraria pues toda decisión que al respecto se adopte debe serlo sopesando cuidadosamente los intereses de los actores a la luz del derecho fundamental a la libertad de expresión<sup>26</sup>.

El fallo del juez CARBONE fue revocado por la Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en su resolución del 6 de junio de 1997<sup>27</sup>.

Al fundar su decisión el tribunal dijo, entre otras cosas, lo siguiente: "Si bien es cierto que la diversidad de situaciones que hacen necesaria y procedente una medida cautelar dificulta la doctrina de sus presupuestos, pueden señalarse por lo menos dos de ellos cuya reunión resulta indispensable para su admisión: la existencia de un derecho garantizado por la ley (puesto que constituyen un adelanto de la garantía jurisdiccional) y un interés jurídico que justifique ese adelanto al resultado del proceso. Este interés de obrar es el 'estado de peligro en la demora' y que da características propias a las medidas cautelares. Es que la protección que se pretende otorgar con éstas no puede exceder el límite de la necesidad ni interferir derechos de terceros, por lo cual debe adecuársela a las circunstancias del caso.

En el presente, el respeto a los principios religiosos no admite, como regla, una protección judicial preventiva cuando existe un mínimo de incertidumbre sobre el presunto agravio de las imágenes a divulgarse. Lo contrario implicaría establecer la censura previa, que debe ser desestimada ya que afectaría una garantía constitucional, expresa y directamente establecida para la libertad de expresión, que cubre

<sup>26</sup> Conforme la interpretación que efectuó la Comisión en "Marlorell" acerca del alcance del art.13 de la Convención Americana, resulta obvio -por lo demás- que la decisión del juez CARBO.VE resulta violatoria de la citada norma. •

<sup>27</sup> ' Expdte. n° 51.297," Arias, Darío F. e/Imagen Satelital Canal Space s/ amparo". El fallo de Cámara no se encuentra firme porque los actores interpusieron recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación en su contra.

también las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica (art. 14 CN). Ella sólo puede admitirse como excepción respecto de la publicación de noticias en algunas y precisas circunstancias, resultando improcedente contra la divulgación de ideas y obras intelectuales (EKMEKDJIAN, MIGUEL, *En tomo a la libertad de expresión, los programas humorísticos, las censuras previas, las injurias y otras yerbas*, ED, 149, p. 245 y ss.), lo que lleva a considerar innecesaria la previa proyección del film en este tribunal, ya que en el caso se trata de impedir la divulgación de una obra intelectual por quienes se sienten agraviados 'ante tempus' por las imágenes que ella contiene. Por ello, resolver al respecto implicaría pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, que se encuentra vedado en esta etapa procesal...". La Cámara también rechazó el argumento de los actores en el sentido de que era necesario el dictado de una medida cautelar prohibitiva pues, de lo contrario, se iba a producir un perjuicio "inminente e irreparable" al derecho invocado por la parte: "...no advierte esta Sala aquel [perjuicio] que pueda autorizar la prohibición de innovar decretada. En efecto, manifiestan los actores que su petición no encuadra en la censura previa en tanto el 'contenido de la película ha sido y tenido amplia difusión' y que 'quien haya querido expresarse por ese u otro medio análogo sobre las tentaciones de Nuestro Señor, ya ha logrado su propósito'....circunstancia que excluye el recaudo exigido por el artículo 222 del código procesal. En efecto, si el contenido del film es notoriamente conocido - como sostienen los actores...- no se observa la finalidad de la cautela que se pretende toda vez que el público no se verá sorprendido ante su proyección. Ello conduce a entender que no es la medida decretada la vía idónea para evitar la frustración de la futura sentencia, en el supuesto de prosperar...".

La lectura de este pronunciamiento demuestra, en notorio contraste con el de primera instancia, una decidida toma de posición en favor de la libertad de expresión dado que la Cámara expresamente señala que el dictado en el caso de la

## El derecho a la libre expresión

medida solicitada constituye un supuesto de "censura previa". Sin embargo, esta resolución presenta un aspecto cuestionable: la Sala parece insistir -fundada en cierta posición doctrinaria- en el principio de que ciertas expresiones son más "valiosas" que otras a lo fines de resolver acerca de la procedencia de las medidas judiciales que prohíben la publicación de un libro o la difusión de una película. No obstante, tal como vimos al examinar en caso "Martorell", al cual nos remitimos en este punto, tal posición no resulta compatible con los principios receptados en el artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, y respecto del argumento de los actores de que la medida requerida no constituía un supuesto de censura previa pues la película "ya era ampliamente conocida por el público", a la respuesta del Tribunal destinada a rechazarlo cabe agregar la siguiente: la aplicación de medidas cautelares en el campo de la expresión resulta -en el supuesto de que la película ya ha sido conocida previamente por el público a través de otros medios (como parece haber sido en el caso)- una censura "posterior", igualmente inconstitucional, dada la indefensión en que se encuentra el demandado en un proceso en el cual "Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte..." (art. 198 del CPCCN). En efecto, la gran importancia que posee el derecho a la libertad de expresión en nuestro sistema de gobierno hace imprescindible que toda restricción a él se lleve a cabo luego de un proceso en el cual el autor de la información o de la idea que se pretende restringir haya tenido -a diferencia de lo que prevé la norma transcripta- las más amplias garantías para poder defender el citado derecho.

5. Cabe concluir, entonces, que la legitimidad de las restricciones previas -administrativas o judiciales- deben ser examinada en nuestro país -en épocas de normalidad institucional bajo los requisitos excepcionalísimos ipuestos por el art. 13.4 de la Convención Americana. Por cierto, que la decisión acerca de la ilegitimidad de la censura previa no supone abrir juicio alguno acerca de la admisibilidad de someter al autor de la información a "responsabilidades ulteriores", tal como autotirza el art. 13.2. de la Convención.

28 El art.27 de la Convención dispone que en caso de guerra, de peligro **público o de otra emergencia** que amenace la independencia o seguridad del Estado, éste **podrá** adop-

