Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

Augusto César Belluscio (Argentina) *

La censura judicial

1. Los textos constitucionales argentinos; sus antecedentes

La Constitución de la República Argentina, desde su texto originario de 1853-60, contiene tres disposiciones que resultan aplicables a la determinación de si es admisible la censura judicial: el artículo 14, según el cual todos los habitantes de la Nación gozan, entre otros, del "derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa" conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; el 32, que establece que "el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal", y el 33, que añade que "las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

El texto de 1853-60 reconoce como primer antecedente el Reglamento para la Libertad de Imprenta dictado por la Primera Junta de Gobierno el 20 de abril de 1811, en cuyo artículo 1.º se disponía que todos los cuerpos y personas particulares tienen libertad de "escribir, imprimir, y de publicar sus *ideas políticas* sin necesidad de licencia, revisión y aprobación alguna anteriores a la publicación". En el artículo 2.º se decretaba la abolición de los antiguos juzgados de imprenta y se disponía que los autores o editores serían responsables del abuso de aquella libertad. Finalmente, en el artículo 6.º se establecía la salvedad de que todos los escritos en materia de religión quedaban sujetos a la "censura previa de los ordinarios eclesiásticos, según lo establecido en el Concilio de Trento", en virtud del cual el papa Pío IV hizo publicar, por primera vez en 1564, el *Índex* con la nómina de las obras impresas cuya publicación y

---

* Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Ex juez de la Corte Suprema de Justicia. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. ‹acbelluscio@yahoo.com.ar›

lectura estaban prohibidas por la Iglesia de Roma. Ese texto inicial fue seguido por el decreto del Primer Triunvirato del 26 de octubre de 1811, en el que se reiteró la libertad de todo hombre de "publicar sus ideas libremente y sin censura previa", es decir, sin hacer referencia ya a las "ideas *políticas*", y manteniendo la censura previa en materia religiosa. Además, dispuso la creación de una *Junta Protectora de la Libertad de Imprenta*, cuya función era examinar los textos ya publicados para determinar si el papel que había dado lugar a alguna reclamación tenía mérito para ser remitido a los tribunales judiciales. El Estatuto provisional de 1815 y el Reglamento Provisorio sancionado por el Congreso de las Provincias Unidas del Sud de 1817 reprodujeron, a su turno, las disposiciones del decreto sobre libertad de imprenta de 1811, las que también fueron incluidas en los textos de las constituciones de 1819 y 1826, antecedentes de la Constitución de 1853-60.

2. Origen de la censura

Las modalidades con que los reyes medievales y las monarquías absolutas imponían la censura previa a las ideas eran, en resumidas cuentas, tres:

a. La licencia real previa a la instalación de imprentas y publicaciones. La corona retenía como parte de la autoridad real la libertad de permitir o rechazar la instalación y utilización de las imprentas, que conllevaba para los titulares de la licencia el poder de requisar y destruir toda imprenta o publicación hecha por terceros. Además, la corona se reservaba el derecho de censurar el contenido de las publicaciones hechas con licencia real. En Francia, la primera imprenta fue establecida en los sótanos de la Sorbona en 1470 y en Inglaterra la primera licencia fue concedida en 1476 a un grupo de aproximadamente 90 impresores de Londres. Desde los tiempos de la reina Elizabeth I nada podía ser publicado sin que previamente hubiera sido visto, examinado y admitido por el arzobispo de Canterbury o por el obispo de Londres. La prerrogativa de la censura previa que resultaba del requisito de licencia era ejercida por los reyes en nombre de la Iglesia Católica, y se hacía efectiva mediante la requisa y destrucción por medio del fuego de todas las obras no autorizadas o prohibidas, listadas en el *Índex*. El mismo método utilizó a su turno Lutero, que en 1520 quemó en la hoguera la bula que decretaba su excomunión, junto con las decretales y otros textos del derecho canónico.

b. El segundo modo de controlar el contenido del discurso oral e impreso era el ejercicio de las acciones por difamación, expresión tomada del derecho eclesiástico. La ley *De Scandalis Magnatum* (1275) imponía prisión a todo aquel que relatara historias falsas relacionadas con los prelados, duques, condes, barones y demás grandes hombres del reino, porque se consideraba que tales historias constituían motivo de discordia entre el rey y su pueblo, de la que inevitablemente provenía la subversión del orden natural de las cosas. Las leyes de esta clase, antes que defender la reputación personal de la corona y de los nobles, constituían el medio de impedir la revuelta

política y la propagación de las ideas contrarias al poder absoluto. El juicio de estos delitos correspondía a la Star Chamber, directamente dependiente del rey. En cambio, la reputación de las personas ordinarias, es decir, de los villanos, correspondía originariamente a los clérigos y, en caso de ofensas o difamación, el responsable debía retractarse públicamente en el atrio frente a los clérigos y parroquianos. Esta jurisdicción eclesiástica, relacionada con el orden y estado espiritual de los ofensores y ofendidos y la moral de la comunidad, fue paulatinamente pasando a manos de los tribunales ordinarios, que administraban justicia en nombre del rey.

c. La tercera modalidad de imponer el poder absoluto e impedir la propagación de cualquier idea contraria a él tenía lugar mediante la aplicación de las leyes de traición, que penaban con la muerte "imaginar o planificar la muerte del rey" tanto como ayudar a sus enemigos. Por aplicación de una ley de este tipo, el impresor John Twyn fue ahorcado y descuartizado en razón de haberse descubierto en su domicilio pruebas de imprenta de un libro en el que se sostenía que el rey debía ser responsable de sus actos ante el pueblo.

Sin embargo, después de las revueltas campesinas, la separación del poder temporal del espiritual, la reforma, la abolición de los monopolios y demás transformaciones políticas de la época, para 1769 Blackstone, en sus *Comentarios a las leyes de Inglaterra*, reflejaba la idea ya establecida de que la libertad de imprenta consiste en no imponer restricciones previas sobre las publicaciones. Sujetar a la prensa al poder restrictivo de una *licencia* o permiso previo, decía, es *sujetar* toda la libertad de opinión a los prejuicios de un solo hombre y convertirlo en el juez arbitrario e infalible de todos los puntos controvertidos en materia de educación, religión y gobierno.

Esta breve reseña de los orígenes de la censura pone en evidencia que el control de la prensa tuvo desde su génesis propósitos políticos, aunque a veces estuvieran encubiertos, como en el caso de la necesidad de licencia previa, la sujeción a la autoridad eclesiástica, o por la vía indirecta de la represión de los delitos de la supuesta o real afectación de la reputación de los personajes públicos. El control de la prensa en materia de "educación, religión y gobierno", como decía Blackstone, sintetiza la idea de que la censura como medida de control sobre la prensa tuvo, como aún lo tiene, el propósito de controlar y dominar políticamente el espacio de lo público, definido por oposición a lo que constituye la esfera de la vida privada de los particulares.

Esta tensión entre la libertad de prensa —entendida como prohibición de control sobre el discurso, es decir, sobre la palabra y sobre los medios alternativamente utilizados para su transmisión— y la protección del ámbito de lo privado de cada individuo —cuya libre extensión y desarrollo constituye la justificación misma de las instituciones políticas y explica la existencia de la autoridad pública como tal— constituye el tema constante de todas las decisiones que deben tomar los jueces cuando se pretende que, acción judicial mediante, censuren las palabras o expresiones concretamente cuestionadas.

Por esta razón es indispensable examinar los razonamientos sucesivamente utilizados por los tribunales en la búsqueda de reglas de decisión justas, esto es, que aseguren la vigencia efectiva de la pluralidad de opiniones inherente a toda sociedad que se pretenda democrática y garanticen el respeto, también indispensable, de la esfera de la vida privada del individuo; ya que en definitiva la democracia liberal, que es el sistema de gobierno común a todos los países de la región, es el único sistema en el cual los individuos se gobiernan a sí mismos conservando plenamente su individualidad.

3. La interpretación de los textos argentinos

Una interpretación literal y aislada del texto del artículo 14 conduciría a dos conclusiones: la primera, que el derecho se limita a la publicación de ideas u opiniones, lo que excluiría las noticias o informaciones; la segunda, que ese derecho es susceptible de ser reglamentado; la última, que solamente está protegida la prensa escrita —libros, folletos, periódicos, etcétera—, mas no los otros medios de divulgación de informaciones o ideas. Sin embargo, ninguna de esas conclusiones sería correcta. En primer lugar, porque el contenido de las normas adoptadas se explica por la preocupación de los constituyentes de desterrar la persecución ideológica que había imperado en la Argentina durante las primeras décadas de vida independiente, y, luego, porque no podían prever el ulterior desarrollo de los medios de comunicación.

Que la protección constitucional no se limita a la publicación de ideas resulta del artículo 32, que alude a la libertad de imprenta en general; de la primacía otorgada por esta disposición a dicha libertad resulta también que no es susceptible de reglamentación a pesar de la disposición general del artículo 14. Por tanto, cabe establecer, como principio fundamental del sistema constitucional argentino, que las garantías que rodean al derecho de prensa impiden a las autoridades públicas controlar las noticias, relatos, opiniones e ideas antes de su impresión, como así también toda acción u omisión que restrinja la publicación y la circulación de la prensa. Lo dicho respecto de la libertad de prensa es aplicable a la libertad de expresión en general, no sólo por el carácter enunciativo de las garantías establecido en el artículo 33 sino también porque una interpretación dinámica del texto constitucional obliga a incluir a los medios de comunicación distintos de la prensa, que no existían al tiempo de sancionarse la Constitución ni podía ser previsible para los constituyentes que apareciesen luego, y cuya importancia es similar a la de la prensa escrita. De ahí que queden comprendidos la radiofonía, la televisión, internet, los espectáculos públicos —teatro y cinematografía—, la exhibición de imágenes, las grabaciones de palabras o sonidos, etcétera.

Cabe recordar que en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia argentina ha afirmado que, entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que tienen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal. La Cons-

titución protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica.

Es posible también preguntarse si corresponde aplicar las limitaciones que resultarían del artículo 13, incisos 4 y 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen respectivamente que "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" y que "estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

A ese respecto, corresponde señalar en primer término que la reforma de 1994 estableció en el nuevo artículo 75, inciso 22, la *jerarquía constitucional* de ese y otros tratados internacionales de derechos humanos, y añadió que no derogan "artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Por tanto, en modo alguno podría aceptarse que la Convención limitase la libertad de expresión asegurada por los textos internos. De todos modos, la objeción a un espectáculo únicamente podría tener lugar una vez realizada su primera representación, con lo que la prohibición ulterior no tendría el carácter de *previa*; en cuanto a la propaganda bélica y la apología del odio, sólo podrían ser reprimidas una vez producidas.

4. La censura judicial. Los textos internacionales y la jurisprudencia europea

Los textos fundamentales a la luz de los cuales corresponde examinar la posibilidad de la censura judicial, esto es, la censura impuesta por vía de una resolución o sentencia judicial fundada en ley, son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea sobre Derechos Humanos, y, asimismo, sus interpretaciones respectivamente formuladas por la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos.

El artículo 13 de la Convención Americana dispone que el ejercicio del derecho de libertad de pensamiento y de expresión, que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole a través de cualquier procedimiento, "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores" expresamente fijadas por la ley**.** Sólo admite la censura previa en materia de espectáculos públicos con el exclusivo objeto de regular el acceso para la protección moral de la infancia y la adolescencia, aunque podría considerarse otra excepción a este principio el inciso 5.º, que prohíbe toda propaganda en favor de la guerra y la apología del odio nacional, racial o religioso que incite a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas.

Por su parte, la Convención Europea no reconoce la misma explícita prohibición absoluta de censura previa que el sistema interamericano, ya que, sin perjuicio de prohibir la injerencia de la autoridad estatal, establece que el ejercicio de las libertades de opinión y de recibir o comunicar informaciones o ideas podrá ser sometido a ciertas formalidades, consideraciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que constituyan medidas necesarias para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sido renuente a permitir restricciones previas a la libre expresión, como lo ilustran las sentencias dictadas en los siguientes casos:

4.1. Observer and Guardian contra Reino Unido *y* Sunday Times contra Reino Unido*, del 26 de noviembre y 24 de octubre de 1991, respectivamente*

Spycatcher era un libro, publicado en Estados Unidos, que contenía las memorias de un ex alto miembro del Servicio de Seguridad Británico (M15). Dicho libro versaba sobre la organización operativa, los métodos y el personal de M15 e incluía un relato de presuntas actividades ilegales del Servicio de Seguridad. Ante una orden judicial basada en fundamentos de seguridad nacional que impedía la publicación de información obtenida del libro, los periódicos ingleses denunciaron ante la Corte que aquélla constituía una restricción incompatible con la libertad de expresión. La Corte Europea llegó a la conclusión de que la orden no podía considerarse necesaria para la protección de la seguridad nacional debido a que la confidencialidad del material se había destruido por la publicación del libro en otro país; por lo tanto, era incompatible con la libertad de expresión.

4.2. Sunday Times *, también conocido como* el caso de la talidomida, *del 26 de abril de 1979*

De 1958 a 1961 una sociedad farmacéutica británica (la Distillers) comercializó un medicamento con efectos sedantes que contenía talidomida, prescrito especialmente para mujeres embarazadas; éstas dieron a luz a niños que sufrían malformaciones. Los padres de los niños malformados denunciaron al laboratorio haciéndolo responsable de negligencia en la producción y comercialización del medicamento. Muchas de las acciones emprendidas se resolvieron amistosamente mediante las negociaciones llevadas a cabo entre el laboratorio y los padres. Durante este tiempo aparecieron regularmente en la prensa y en la televisión comentarios sobre los niños víctimas de malformaciones por la talidomida. El *Sunday Times*, uno de esos periódi-

cos, publicó un artículo en el que se examinaba el problema, y muy especialmente las propuestas de acuerdo entre los padres y el laboratorio, que calificó de *grotescas* en relación con los perjuicios causados. El artículo en cuestión terminaba anunciando otro nuevo en el que se narraría la historia de la tragedia. La sociedad farmacéutica presentó una demanda contra el *Sunday Times* alegando que incurría en *contempt of court* debido a que trataba un caso que todavía estaba *sub judice*. La Cámara de los Lores prohibió la publicación del artículo señalando que impedía una administración de justicia imparcial porque las partes en litigio podían sentirse presionadas y la autoridad del tribunal menoscabada como consecuencia de la publicación. La Corte Europea dejó sin efecto la orden que prohibía la publicación, sosteniendo que en las concretas circunstancias del caso dicha orden constituía una injerencia gubernamental innecesaria para asegurar la autoridad del Poder Judicial en una sociedad democrática, por lo que violaba uno de los requisitos básicos establecidos en el artículo 10 de la Convención. En particular, tomó en cuenta que la existencia de los juicios por la talidomida era conocida desde varios años antes, que el asunto se había debatido en el Parlamento mismo y había sido seguido por diversos medios de prensa, de modo tal que el contenido específico del artículo que el *Sunday Times* no había podido publicar no constituía un peligro real para la imparcial administración de justicia. Concluyó que la injerencia no se correspondió con una necesidad social tan imperiosa como para privilegiar el interés público sobre la libertad de expresión en el sentido en que lo entiende el Convenio.

4.3. **Lingens**, *del 8 de julio de 1986*

El señor Lingens, un periodista austríaco, publicó en 1975 dos artículos en los que criticaba a Friedrich Peter, jefe del Partido Liberal, por haber sido miembro de las SS durante el nazismo (participación que Peter había admitido), y al canciller Bruno Kreisky por haber hecho declaraciones públicas en defensa de Peter frente a las acusaciones dirigidas contra éste por Simón Wiesenthal. Kreisky había dicho que Wiesenthal utilizaba “métodos mafiosos”. Lingens llamó a Kreisky “oportunista”, “inmoral” e “indigno” por haber salido en respaldo de Peter y haberse mostrado benevolente hacia los ex nazis en vísperas de una elección, en tiempos en que se hablaba de una posible alianza con los liberales. Kreisky querelló a Lingens por difamación, en los términos del artículo 111 del Código Penal austríaco. El Tribunal de Viena condenó al periodista al pago de una multa, dispuso el secuestro de los artículos remanentes y ordenó la publicación del fallo. Como circunstancia atenuante, dijo que en el caso de personalidades políticas la existencia de injurias debía juzgarse con un criterio menos estricto, pero igualmente consideró que las expresiones de Lingens habían constituido manifestaciones falsas y deshonrosas para el canciller, sin que el periodista hubiera podido demostrar la veracidad de sus afirmaciones. La Corte Europea señaló que la condena equivalía a una forma de censura en tanto amenazaba con disuadir a los periodistas de

participar en el debate político. Por otra parte, formuló una distinción entre las opiniones, entendidas como juicios de valor no susceptibles de ser verdaderos o falsos, y las afirmaciones sustentadas en circunstancias de hecho, cuya verdad o falsedad puede ser determinada. Dijo que los calificativos de *oportunista*, *inmoral* e *indigno* atribuidos por Lingens a Kreisky constituían juicios de valor, razón por la cual el imputado no había podido valerse de la defensa consistente en demostrar la veracidad de sus afirmaciones, prevista en el artículo 111 del Código Penal de Austria. Sobre la base de estos fundamentos, concluyó en que la condena impuesta a Lingens significaba una restricción innecesaria a la libertad de publicar sus ideas por la prensa, en tanto no respondía a ninguna exigencia imperativa propia de una sociedad democrática.

4.4. Prager y Oberschlick*, del 26 de abril de 1995*

En 1987 Prager, un periodista radicado en Viena, publicó en la revista *Forum*, editada por Oberschlick, un artículo titulado "¡Cuidado! Jueces brutales" (crueles, *harsh*), en el que se cuestionaba la actuación de varios jueces penales austríacos y, en particular, la actitud de nueve miembros de la Corte Regional de Viena. Las críticas decían que los jueces se comportaban de manera arrogante, que humillaban a los imputados y abogados defensores, que imponían las penas más severas que era posible, que extendían las detenciones provisionales hasta el máximo admitido y que prescindían invariablemente de la opinión de los jurados cuando no estaban de acuerdo con ella. En abril de 1987 uno de esos jueces querelló a Prager en los términos del artículo 111 del Código Penal austríaco. La corte local confirmó la condena a Prager a pagar una multa y dispuso el secuestro de los ejemplares del artículo existentes. También, por aplicación de la ley de medios de comunicación (que establece la responsabilidad objetiva del editor en caso de difamación y permite condenarlo juntamente con el autor del delito), condenó solidariamente a Oberschlick en su calidad de editor. En este caso la Corte Europea confirmó la condena, sosteniendo que no violaba el artículo 10 de la Convención, pues Prager había formulado acusaciones basadas en circunstancias fácticas cuya veracidad o falsedad no se había tomado el trabajo de comprobar, tanto como que había admitido no haber asistido a ningún juicio tramitado en el juzgado del magistrado querellante, ni lo había entrevistado ni dado la oportunidad de replicar o responder a las afirmaciones que el periodista hacía sobre el juez en su artículo, actitud que constituía una regla ética básica del periodismo.

Del examen de estos casos resulta, en primer lugar, que la Corte Europea establece una distinción entre la libertad para publicar *opiniones*, entendidas como meros juicios de valor, y la de publicar aserciones susceptibles de ser confirmadas como verdaderas o falsas mediante la comprobación de hechos objetivamente verificables. Asimismo que, sin perjuicio de que en los casos en que existió una orden judicial que preventivamente prohibía la publicación ella no estaba justificada, no considera que la prohibición cautelar de publicar un artículo periodístico esté definitivamente prohibida

por constituir una forma de censura previa. Es decir, que las leyes que permiten la prohibición preventiva de una publicación no son *per se* contrarias al artículo 10 de la Convención Europea ni, por tanto, restricciones ilegítimas de la libertad de expresión, si se cumple la exigencia de que se correspondan con una "necesidad social imperiosa" justificable en una sociedad democrática.

En este sentido, corresponde citar el caso *Mitterrand*, en el cual, en el año 1996, la Corte de Apelaciones de París confirmó la resolución cautelar por medio de la cual se había prohibido la difusión del libro *Le grand secret*. En este libro el médico de Mitterrand revelaba detalles sobre la enfermedad padecida por quien había sido presidente de Francia y había fallecido pocos días antes de su aparición.

Se sostuvo para ello que toda persona, cualquiera que sea su rango, su nacimiento, sus funciones, tiene derecho al respeto de su vida privada y que esa protección se extiende a las personas más próximas a ella, por lo que aquellas revelaciones importaban una violación del secreto profesional y una injerencia arbitraria en la vida del ex presidente Mitterrand y su familia. Asimismo, que esta prohibición —que hacía cesar una perturbación manifiestamente ilícita— no desconocía las exigencias impuestas por el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ni las de la Convención Europea de Derechos del Hombre en relación con el derecho de libertad de expresión.

En lo que se refiere a seguridad nacional**,** la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró *inadmisibles* los recursos fundados en que las restricciones a comunicadores radiales del Reino Unido por las que se les impedía irradiar entrevistas con personas vinculadas a una organización proscripta —el Ejército Republicano Irlandés y el Sinn Fein, partido político que sostiene al IRA— violaban el artículo 10.º de la Convención (casos *Purcell y otros contra Irlanda*, de 1991; *Brind y otros contra Reino Unido*, y *Mc Laughlin contra Reino Unido*, de 1994). La Comisión llegó a la conclusión de que las restricciones eran aceptables en virtud de la Convención, debido a la gravedad de la amenaza terrorista y a que ellas en realidad no restringían la información a que el público tenía acceso sino que limitaban el formato en que la información se podía transmitir.

5. La jurisprudencia americana

En lo que se refiere a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en febrero de 2001 este tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse expresamente contra el régimen de censura previa en razón de la prohibición de exhibición de la película *La última tentación de Cristo*.

En 1988, el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile había prohibido la exhibición con fundamento en el artículo 19, inciso 2, de la Constitución de Chile, que establece un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. En el año 1996 el Consejo, ante una nueva petición de la empresa

United International Pictures Ltd., revisó la prohibición de exhibición de la película y finalmente la autorizó para espectadores mayores de 18 años. Un grupo de particulares —por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos— impugnó judicialmente esa autorización y la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo, decisión que fue posteriormente confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile en 1997. Ese mismo año el presidente Frei presentó un proyecto de reforma del artículo 19, inciso 2, de la Constitución, que pretendía eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística, pero al tiempo de la sentencia de la Corte Interamericana todavía no había completado los trámites para su aprobación. La Corte sostuvo en términos concluyentes que en el régimen de la Convención Americana no es posible ninguna forma de censura previa**,** excepto la relativa al acceso a los espectáculos públicos en protección de la moral de la infancia y adolescencia y la apología del odio nacional, racial o religioso. Puso de manifiesto que el régimen adoptado por la Convención es el de las responsabilidades ulteriores a la publicación y, en consecuencia, consideró que en el caso se había violado el artículo 13 de la Convención y que el Estado chileno debía modificar sus disposiciones de derecho interno para adaptarlas al régimen de la Convención Americana.

La Comisión Interamericana también se pronunció en este sentido en el caso *Martorell*. Éste se suscitó a raíz de una acción judicial promovida por un ciudadano chileno con el objeto de impedir la circulación del libro *Impunidad diplomática* en la República de Chile, con fundamento en que afectaba su privacidad. Este libro, publicado en la Argentina y cuyo autor era Martorell, narraba hechos acaecidos en Santiago de Chile durante la permanencia en esa ciudad del embajador Spinoza Melo. El tribunal dictó una medida de no innovar, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Chile. El gobierno de Chile, en su alegato ante la Comisión, sostuvo que la decisión había sido adoptada en aras de la defensa del honor y la dignidad, derechos también tutelados por la Convención. La Comisión resolvió que la interdicción de la censura previa, dispuesta por el artículo 13 de la Convención, es absoluta; que la única excepción a ello es la contenida en el inciso 4.º de ese artículo; que el derecho al honor no tiene una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión; que la forma que había utilizado el Estado de Chile para proteger la honra era ilegítima, y que al reglamentar la protección de la honra y la dignidad los Estados parte tienen la obligación de respetar el derecho a la libertad de expresión. Concluyó que la censura previa, cualquiera que sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13 de la Convención.

Por su parte, si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos ha contemplado la posibilidad de la censura previa por razones de seguridad nacional, nunca emitió una orden judicial con estos fundamentos.

Efectivamente, en el caso *Near contra Minnesota* (1931) expresó como hipótesis que “nadie cuestionaría que un gobierno pudiera impedir […] la publicación de

las fechas de partida de los transportes o el número y la ubicación de las tropas […]".

Sin perjuicio de ello, durante la guerra de Vietnam, en el momento en que la oposición interna al enfrentamiento se encontraba en su clímax, tuvo lugar el caso conocido como *Los documentos del Pentágono* (1971) —el primero en que el gobierno federal de los Estados Unidos intentó reprimir a la prensa alegando que estaba en peligro la seguridad nacional—, en el cual la Corte dejó sin efecto la decisión judicial que impedía que dos importantes periódicos publicaran partes de un informe gubernamental clasificado en el cual se detallaban operaciones militares y negociaciones diplomáticas secretas. Ello sobre la base de que no podía inmolarse la Primera Enmienda ante la duda de la conveniencia o inconveniencia de la publicación de los documentos por *The New York Times* y *The Washington Post*.

En el caso de la *Bomba H*, un juez del Tribunal del Distrito Federal había prohibido, a pedido del gobierno y durante seis meses, a la revista *The Progressive* que publicara un artículo que contenía información sobre el diseño y la fabricación de la bomba de hidrógeno, por considerar que ello posibilitaría que otros países que no tenían tecnología nuclear pudieran hacer grandes avances basándose en la información publicada. Sin embargo, la Corte Suprema no llegó a pronunciarse porque en el momento en que debía decidir la cuestión esos detalles habían llegado al conocimiento público por diversos medios, incluso la divulgación científica.

6. La jurisprudencia argentina

6.1. Servini de Cubría

En el año 1992, una magistrada argentina promovió acción de amparo solicitando que se procediera, previa visualización, al secuestro del *tape* correspondiente a un programa del cómico conocido por el seudónimo de Tato Bores, que se iba a difundir dos días más tarde, con el objeto de que se impidiese la proyección de las partes deshonrosas hacia su persona. A tal fin, relató que en las anteriores emisiones del programa había sido gravemente ofendida —motivo por el cual sus abogados estaban preparando una querella criminal por los delitos de injuria y desacato— y que un llamado telefónico la había alertado de que, en respuesta a las querellas que proyectaba, se emitiría el domingo siguiente un programa en el cual se la injuriaría y difamaría aún más.

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. La alzada, después de considerar innecesario "visualizar" el *tape* por el carácter limitado y provisional de la medida que ordenaría, revocó esa decisión sobre la base de que el honor y la fama son derechos personales que hacen a la dignidad de la persona humana y cuya jerarquía no es menor que la libertad de prensa. Asimismo, dio intervención a la justicia penal por la supuesta comisión de los delitos de amenazas y extorsión.

La Corte Suprema no fue clara al revocar esta resolución, pues el argumento del voto de la mayoría fue que la Cámara había actuado erróneamente al resolver el caso sin haber visto el *tape* del programa, lo que genera la duda sobre cuál habría sido el resultado del proceso si, de haberlo hecho, hubiera comprobado que su contenido era injuriante para la actora.

En cambio, en mi voto reafirmé el carácter absoluto de la prohibición de censura previa. Ello debido a que el constituyente atribuyó al derecho de expresarse libremente por la prensa una importancia superior, hasta el punto de que no se conformó con consagrar en el artículo 14 el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, sino que añadió en el artículo 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa. En otros términos, la Constitución argentina 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.

6.2. Maradona

En un juicio de filiación iniciado con el objeto de establecer la paternidad del jugador de fútbol Diego Armando Maradona respecto de una menor de edad, la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión de hacer saber a los medios de prensa en general que debían abstenerse de difundir cualquier noticia o dato que involucrara a la menor, bajo apercibimiento de multa y desobediencia. Al ser apelada por la agencia Diarios y Noticias, la Cámara limitó la prohibición a la difusión de cualquier noticia relativa al juicio de filiación.

La mayoría de los integrantes de la Corte Suprema señaló que de la armonización de las garantías constitucionales en juego —la libertad de prensa y consiguiente prohibición de censura previa, por un lado, y la tutela de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad, conforme a lo establecido por el artículo 16, inciso 1.º, de la Convención sobre los Derechos del Niño, por el otro— cabía entender que la protección judicial del interés del menor debía estar estrictamente ceñida a lo que resultaba indispensable a fin de evitar una injustificada restricción de la libertad de prensa. En consecuencia, resolvió que la prohibición formulada excedía la tutela requerida por la Convención sobre los Derechos del Niño y que debía dictarse un nuevo pronunciamiento que limitase la prohibición a la difusión de cualquier dato que pudiera conducir a la identificación de la niña, debido a que ello representaba una indebida intromisión en su esfera de intimidad que podía causar un daño en su desenvolvimiento psicológico y social.

Disentí con la decisión de la mayoría debido a que la Constitución argentina 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 de la dignidad y de

la intimidad de las personas está en la responsabilidad civil y penal de quienes, desvirtuando la libertad que la Constitución les reconoce, utilizan la prensa para cometer delitos o actos ilícitos civiles. Cuanto mayor es la libertad, mayor será también la responsabilidad. Esta distinción entre la prohibición de censura previa y la responsabilidad ulterior por el abuso ha sido también recogida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, inciso 2.º. Las normas y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño dan el criterio para que una conducta se califique de acto ilícito civil, sin perjuicio de su tipificación penal si correspondiera. Coartar la libertad antes de la publicación o de la emisión de las ideas significa prejuzgar sobre la incapacidad de los medios de prensa de ejercer responsablemente su función, y entrañaría desconocimiento sobre el efecto disuasivo de la sanción ulterior que el ordenamiento jurídico prevé para quien vulnere la intimidad de un menor o tenga indebida injerencia en su vida privada y familiar. Por otra parte, nuestro país ha conocido una dramática historia de ocultamientos en la filiación de los niños como para creer que necesariamente es de su mejor interés que la prensa permanezca ajena a toda información y no sea capaz de fijar por sí los límites de su función dentro de la ley.

6.3. Verbitsky

Esta causa se inició con la solicitud presentada ante un juzgado federal por el periodista Horacio Verbitsky (el 23 de mayo de 1987) de que se adoptara una medida de no innovar tendiente a evitar la publicación de una solicitada en los diarios más importantes de la Argentina mediante la que se expresaba reconocimiento y solidaridad para con el ex presidente de facto Jorge Rafael Videla por su desempeño en la represión de la subversión. Denunció la presunta comisión del delito de apología del delito por parte de los responsables del texto cuestionado.

El juez de primera instancia entendió que la solicitada cuya publicación se pretendía importaba, en principio, la comisión del delito de apología del crimen, en grado de tentativa, cuya consumación debía impedir sobre la base de facultades legales. En su opinión, las libertades de prensa y de ideas son derechos que, aunque garantizados constitucionalmente, no son absolutos sino que reconocen límites en la ley. Como consecuencia de ello, ordenó la no publicación de la solicitada.

La cámara de apelaciones revocó esta resolución pese a considerar que ese hecho constituía una apología del crimen. Al respecto expresó: “Plantéase de este modo una situación dilemática: impedir la consumación de un delito —por lo que optó, no sin razón, el *a quo*— o consentir el sacrificio de un bien jurídico en aras de un interés superior jerárquicamente más valioso y cuya vigencia compromete la del sistema político, garantizador de libertades, por lo que esta sociedad está bregando en esta difícil transición democrática”. Al optar, en el dilema planteado, por el respeto a la libertad de expresión, manifestó: “Poco importa si para defenderla han de soportarse

algunos males, la diatriba insolente, la injuria abierta o solapada, la referencia procaz y obscena, la calumnia y hasta la apología de un crimen si es que ello puede servir para garantizar una forma de vida, en la que la mayoría del pueblo cree, y que aparece expuesta desde los albores mismos de nuestra nacionalidad".

Esta decisión fue recurrida por vía extraordinaria ante la Corte Suprema, por un lado por el fiscal de cámara y, por el otro, por varias personas que, pese a que la resolución habría sido favorable a sus pretensiones, se consideraron damnificadas al entender que sus fundamentos importaban una violación al derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, como asimismo no solamente una amenaza cierta de que, en caso de publicarse, los responsables cometerían el delito de apología del crimen, sino la afirmación de que tal delito ya se habría cometido en grado de tentativa.

El procurador general de la Nación desistió del recurso extraordinario interpuesto por el fiscal de Cámara en lo referente a los alcances de la libertad de expresión y consideró improcedentes los demás recursos extraordinarios interpuestos, por falta de un gravamen actual y concreto.

La Corte Suprema coincidió con el dictamen del procurador general en cuanto a la ausencia de gravamen actual y concreto —el cual únicamente se produciría en caso de dictarse una sentencia condenatoria— y agregó que la afirmación de la cámara en el sentido de que los autores de la solicitada se hallarían incursos en responsabilidad penal no era más que un *obiter dictum*, es decir, un razonamiento que no era relevante para la solución del caso y que, por ello, carecía de todo efecto normativo. En consecuencia, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos.

Evidentemente, la amenaza de una posterior incriminación fue un modo indirecto, pero eficaz, de censura previa, ya que los firmantes de la solicitada finalmente la publicaron dejando un espacio tachado en negro en el lugar en que se mencionaba al general Videla, con el fin de evitar una eventual responsabilidad penal.

6.4. R. R. A. contra Diario Clarín y otros

Un particular inició una acción judicial contra seis de los más importantes diarios de la Argentina con el objeto de que se ordenase el cese de la publicación de los avisos clasificados que ofrecen servicios de índole sexual mediante textos, fotos y dibujos obscenos, que consideró agraviantes a los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, en tratados internacionales y en leyes especiales. Adujo que es público y notorio que las publicaciones mencionadas están al alcance de cualquier persona, lo cual lo afectaba especialmente en su carácter de consumidor y padre de hijas menores de edad.

La defensa de los demandados se agravió de que dicha solicitud importaba requerir el dictado de una medida de censura previa.

El fallo de la Cámara Civil, dictado en noviembre de 2003, acogió el pedido condenando a los codemandados a que en el plazo de cinco días cesaran en la publi-

cación de fotografías de personas en posturas obscenas que ofreciesen servicios de prostitución, homosexualidad, bisexualidad y similares, y ordenó asimismo la limitación del texto de los avisos. Para concluir así entendió que las publicaciones atacadas encuadraban en la clase de mensajes de "menor valor", sobre los cuales puede recaer una mayor restricción a fin de evitar daños, en contraposición con los considerados "serios o valiosos" (políticos, religiosos, filosóficos o artísticos), que merecen una amplia protección y sólo pueden ser restringidos en circunstancias excepcionales, y que frente a la colisión que se plantea entre proteger la libertad de prensa admitiendo la difusión de dichos mensajes en un diario de circulación masiva y defender el derecho de los niños y adolescentes a ser protegidos, consagrados en diversas convenciones, pactos, tratados y declaraciones internacionales, han de prevalecer estos últimos. Agregó que 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 de la prohibición de censura previa, sino solamente aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas, y que habrá de ser el interés superior del niño el que guíe los pronunciamientos judiciales que lo atañen.

Asimismo, hizo mérito de que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva atento la insuficiencia de las responsabilidades ulteriores para reparar eventuales agravios. Y que la prohibición de censura previa no es absoluta, por lo que la defensa de la libertad de prensa no es ilimitada**.**

Esta decisión no fue llevada a conocimiento de la Corte Suprema, la cual no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre ella. En su caso, habría motivado grandes dudas pero, de todos modos, es obvio que el problema no guarda relación con la libertad de expresar libremente las ideas ni con la de información, sino que se trata de establecer si la moral y las buenas costumbres pueden ser un límite a las publicaciones en general, máxime cuando se trataba de un órgano de prensa que llega a las manos de todos y no está destinado a un público restringido y prevenido de su contenido.

Para concluir, citaré palabras de Alexis de Tocqueville, quien decía que quería la prensa por consideración a los males que impide, más que a los bienes que realiza. En ciertas naciones que se pretenden libres —agregaba—, cada uno de los agentes del poder puede impunemente violar la ley, sin que la Constitución del país dé a los oprimidos el derecho de quejarse ante la justicia. En esos pueblos no hay ya la independencia de la prensa como una de las garantías, sino como la única garantía que queda de la libertad y la igualdad de los ciudadanos. En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son, pues, dos cosas enteramente correlativas.

En fin, si la censura proveniente del poder político es un inadmisible riesgo para la libertad, la impuesta por los jueces es más grave aún, pues son precisamente ellos quienes deben garantizar el respeto de los derechos humanos y no desconocerlos ni atacarlos.