

Jorge Alberto Diegues (Argentina)*

¿Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano?

1. La censura previa en el sistema interamericano de derechos humanos

1.1. Antecedentes normativos

La libertad de expresión, y la censura previa como restricción a ella, ha sido bien tenida en cuenta en el sistema interamericano de derechos humanos. La censura previa se halla reglada en diversos instrumentos normativos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, *Corte IDH*, *Corte* o *Tribunal de San José*) asigna una función bifronte a la libertad de expresión: de un lado, representa el derecho de todo ser humano a comunicar el pensamiento (dimensión individual) y, del otro, el derecho de la colectividad a conocerlo (dimensión social). Ese derecho es amplio y comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. De modo que la libertad de expresión puede ejercerse individualmente, por cualquier medio técnico de comunicación social o mediante cualquiera de las formas imaginables de exteriorización del pensamiento.

Empero, como toda libertad, esta no es absoluta, y el sistema interamericano admite que pueda ser restringida, aunque exige para ello límites precisos y que toda restricción se conforme a los principios de legalidad, de razonabilidad y se enderece a “las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”.¹ La Conven-

* Profesor de Derecho Constitucional de las universidades de Buenos Aires y de El Salvador (Buenos Aires) <jdiegues@ciudad.com.ar>.

¹ Corte IDH, opinión consultiva n.º 5-1985 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas, serie A, n.º 5 § 39 y 40 (en adelante, *OC-5-85*).

ción Americana de Derechos Humanos —en adelante, *Convención* o *CADH*— proscribe asimismo cualquier medio de restricción previa a la expresión, con excepción de las calificaciones de los espectáculos públicos, las que pueden establecerse con el único objeto de la protección moral de la infancia y la adolescencia (artículo 13, inciso 4). Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores (artículo 13.2) o del derecho de rectificación o respuesta que se le acuerda al ofendido ante una información inexacta o agravante (artículo 14 *CADH*).

Empero, las restricciones a la libertad de expresión encuentran un límite propio que es la prohibición de censura previa. A diferencia de lo establecido por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos —en adelante, *Convención Europea* o *CEDH*— y del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —en adelante, *Pacto* o *PIDCP*—, en el sistema interamericano se proscribe *prima facie* con carácter absoluto toda clase de interdicción previa a la expresión.

La prohibición de censura previa se halla expresamente inserta en diversos instrumentos del sistema. El primero —y más contundente por los perfiles con que se regula—, es el artículo 13 de la Convención, que en su parte pertinente reza: “El ejercicio del derecho [a la libertad de pensamiento y de expresión] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”. Por su parte, el principio n.º 5 de la Declaración de Chapultepec, suscrita el 11 de marzo de 1994, dispone:

La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa.

Implicítamente el citado instrumento se ocupa también de la censura en los principios 7 y 8, al proscribir distintas prácticas jurisprudencialmente aceptadas como modos indirectos de censura. En este sentido, el primero de los mencionados dispone:

Las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o a periodistas.

Finalmente, el principio 8 establece:

El carácter colegiado de periodistas, su incorporación a asociaciones profesionales o gremiales y la afiliación de los medios de comunicación a cámaras empresariales, deben ser estrictamente voluntarios.

Por su parte, la Declaración de Principios Sobre la Libertad de Expresión suscripta en Washington D. C. en octubre del 2000 —en adelante, *Declaración de Washington*— estipula en su principio 5:

La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito o artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión

El principio 6 destaca:

Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

El principio 7 refiere:

Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

Finalmente, el 13 establece:

La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

A su vez, la regla n.º 1 de los Principios de Lima, del 16 de noviembre del 2000, establece:

Toda persona tiene derecho a la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones sin interferencias de las autoridades públicas, *previa censura ni restricciones indirectas por el abuso de controles oficiales*, y sin necesidad de expresar la causa que motive su ejercicio.

Aparte de este acervo normativo, constan las numerosas declaraciones de la relatoría para la libertad de expresión creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, *Comisión* o CIDH.

1.2. Jurisprudencia de los organismos internacionales de control

Con los antecedentes citados, la prohibición de censura ha sido objeto de tratamiento por los organismos internacionales de control que actúan en torno a la Convención Americana, esto es, la Comisión y la Corte. En este sentido, de entre los

pronunciamientos recaídos en materia de libertad de expresión, seis han abordado la temática de la censura previa como cuestión de fondo. Dos de ellos corresponden a la Comisión y cuatro a la Corte, los cuales definieron, estructuraron y desmenuzaron el alcance de la prohibición de censura previa en la Convención.

La primera oportunidad en que le tocó a la Corte examinar la cuestión de la censura previa fue en la opinión consultiva n.º 5, de 1985. En ella, el gobierno de Costa Rica —a solicitud de la Sociedad Interamericana de Prensa— solicitó a la Corte que se expidiera acerca de la compatibilidad de la colegiación obligatoria de los periodistas y de la ley 4420 de aquel país que la establecía. La Corte descalificó la validez de aquella norma con el artículo 13 de la Convención, desde que la colegiación obligatoria de periodistas y la consiguiente limitación del ejercicio de esa profesión a un grupo restringido de personas constituye una restricción no permitida ni justificada por el artículo 13 de la Convención.² Con motivo de ello la Corte señaló:

El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, *la prohibición de la cesura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13*, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. *En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.*³

Destacó a renglón seguido:

El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido [...].⁴

Por su parte, el juez Piza Escalante, en voto separado, agregó sobre el particular:

La Corte ha utilizado expresamente la palabra restricciones, no en el sentido estricto de limitaciones preventivas al ejercicio mismo de la libertad de expresión, que el artículo 13.2 no permite en ningún caso, sino en el general de conductas preestablecidas taxativamente por la ley como generadoras de *responsabilidades ulteriores*, derivadas del ejercicio de esa libertad, únicas que dicha norma autoriza, dentro de las condiciones formales y materiales que autoriza.⁵

En el año 1996 tocó expedirse a la Comisión en los casos *Grenada y Martorell*. En el primero de ellos descalificó la medida, adoptada por ese Estado, de secuestrar una serie de libros ingresados a aquel país, en el entendido de que tal conducta constituía un acto de censura previa vedado por la Convención. En *Martorell*, descalificó

² Ibidem, § 79 y 81.

³ Ibidem, § 38; la bastardilla no corresponde al original.

⁴ Ibidem, § 39 in limine; la bastardilla no corresponde al original.

⁵ Ibidem, § 5; el resaltado corresponde al original.

la prohibición judicial impuesta por los tribunales chilenos contra la prohibición de ingresar y vender un libro en aquel país. Refirió en esta última oportunidad:

El artículo 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.

Y agregó:

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 esta materia— los Estados Partes 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.

Destacó asimismo:

Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. 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 de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma. [...] La excepción es la norma contenida en el § 4 que permite la censura de los “espectáculos públicos” para la protección de la moralidad de los menores. La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior [...].

Recién el 5 de febrero de 2001 la Corte resolvió el primer caso contencioso sobre libertad de expresión, que se conoce como *La última tentación de Cristo*. El 29 de noviembre de 1988 el Consejo de Calificación Cinematográfica había rechazado la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*, dirigida por Martin Scorsese y basada en la novela del escritor griego Niko Kazantzakis, ante una petición de la United International Pictures. El film abordaba una historia de Jesucristo paralela a la oficialmente contada por los Evangelios, en la que, tras su resurrección, Jesús y Magdalena se habían casado en secreto, habían tenido hijos y pasado el resto de sus vidas en el anonimato. La empresa apeló la resolución del Consejo, pero esta resultó confirmada por un tribunal de apelación mediante sentencia del 14 de marzo de 1989. El 11 de noviembre de 1996 el Consejo de Calificación Cinematográfica revisó la prohibición de exhibición de la película ante una nueva petición de la United International Pictures y autorizó su exhibición para espectadores mayores de 18 años. Sin embargo, la resolución fue impugnada por un grupo de siete personas “por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos”. El 23 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección y dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica, sentencia que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 20 de enero de 1997 basándose en lo dispuesto por el artículo 19, inciso 12, de la Constitución chilena de 1980, que autorizaba expresamente al Consejo de Calificación la censura cinematográfica. El Tribunal de San José consideró que el Estado chileno había vio-

lado el artículo 13 de la Convención al impedir la difusión de la película. Señaló allí que la única excepción es la establecida en el inciso 4 del artículo 13, y destacó que “en todos los demás casos, *cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión*”.⁶ Concluyó:

[Habiendo quedado acreditado] que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película, [tal prohibición] constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.⁷

Finalmente, el último caso en que se expidió la Corte hasta el presente fue *Palamara Iribarne*, nuevamente contra el Estado chileno, oportunidad en que declaró su responsabilidad internacional por la prohibición impuesta por los tribunales militares de ese país a Enrique Antonio Palamara Iribarne de publicar un libro en el que contaba experiencias vividas como agente de inteligencia militar.⁸

1.3. Características de la censura previa en el sistema interamericano

Del acervo normativo que integra el sistema interamericano, como asimismo de la jurisprudencia que de él han construido los organismos de control, pueden señalarse los siguientes rasgos fijados en torno a la censura:

- a. proscripción absoluta de la censura previa;
- b. inclusión de la interdicción judicial como censura;
- c. prohibición expresa de vías indirectas de restricción.

La Convención recoge la doctrina de la escuela anglicana de la *prior restraint censorship* diseñada por William Blackstone en el siglo XVIII y fundamentada por John Stuart Mill en el siglo XIX. La citada doctrina fue expuesta por el profesor de Oxford en los siguientes términos:

La libertad de la prensa, es en verdad, esencial a la naturaleza de un Estado libre; pero consiste en la liberación de todo obstáculo previo a la publicación, y no de todo castigo, de toda represión posterior a la publicación, si su fin es criminal. Todo hombre libre tiene derecho perfecto de publicar las opiniones que le agraden; prohibírselo sería destruir la libertad de la prensa; pero, si lo que publica es inconveniente, perjudicial o ilegal, debe sufrir las consecuencias de su propia temeridad. Someter la prensa al poder restrictivo de un censor (*Licenser*), como se ha hecho otras veces, antes y después de la revolución, es sujetar completamente la libertad de las opiniones, de los pensamientos,

⁶ CorteIDH, *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otro vs. Chile)*, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, n.º 73, § 70. La bastardilla no corresponde al original.

⁷ *Ibidem*, § 71.

⁸ CorteIDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C n.º 135.

a las preocupaciones, a las prevenciones de un solo hombre, es constituirlo juez arbitrario e infalible en materia de ciencia, religión y de gobierno.⁹

Por su parte, la jurisprudencia de la Comisión y la Corte ha establecido inveteradamente, como quedó expuesto, el carácter absoluto de la prohibición de censura, no admitiendo cortapisas de ninguna clase más que la excepción legal contenida en el artículo 13, inciso 4 de la Convención. Es obligación de los Estados partes permitir y garantizar la difusión del pensamiento, pudiendo como única medida someter la expresión al régimen de las llamadas *responsabilidades ulteriores*.

De esta forma, la jurisprudencia interamericana ha tomado sobre el asunto de la censura una posición interpretativa con una contundencia pocas veces vista, defendiendo a capa y espada la idea del absolutismo de la prohibición de censura. La interpretación de los órganos del sistema interamericano es la sugerida por la literalidad del precepto.¹⁰ La única forma admisible para levantar la interdicción de censura previa sería al parecer mediante la suspensión de los derechos de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Convención —norma que no menciona a la libertad de expresión entre los derechos no suspendibles—. Y aun así la cuestión sería discutible por cuanto debiera compatibilizarse con las normas de derecho interno de los estados partes, que, de contemplar una situación más favorable que incluya a la libertad de expresión en el catálogo de los derechos no suspendibles, habría de estarse a las normas locales con arreglo a lo establecido por el artículo 29, inciso *b*, de la Convención.¹¹

Lo que mediante este trabajo intentaremos establecer es, en primer lugar, si el carácter absoluto de la prohibición de censura emana de la Convención o responde a la interpretación jurisprudencial que han hecho del precepto del artículo 13 sus organismos internacionales de control, y, en caso afirmativo, si los alcances asignados son ajustados.

A fin de desentrañar la inteligencia del precepto habrá que dar respuesta a los siguientes interrogantes:

⁹ William Blackstone: *Commentaries on the laws of England*, t. 2, p. 152, cit, por Manuel A. Montes de Oca: *Lecciones de derecho constitucional*, t. 1, Buenos Aires: Imprenta La Buenos Aires, 1917, p. 369.

¹⁰ Cf. P. Serna: “La llamada ‘censura previa judicial’ y el derecho constitucional argentino”, en *Liber Amicorum*, en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, vol. 2, p. 1422, San José (Costa Rica): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

¹¹ Es este el criterio del profesor de la Universidad de Buenos Aires Gregorio Badeni, quien, interpretando el artículo 23 de la Constitución de la Nación Argentina, en cuanto regula la suspensión de los derechos en casos de excepción, arriba a la conclusión de que el único derecho suspendible bajo este es la libertad física con sujeción al control de razonabilidad por los órganos judiciales, con lo que, en consecuencia, la libertad de expresión queda fuera de alcance. Cf. Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, t. II, n.º 426, Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 932. Del mismo autor: *Tratado de la libertad de prensa*, n.º 56, p. 230, y nota al pie n.º 8, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

- a. ¿Cuál es el concepto constitucional de censura previa?
- b. ¿De qué antecedentes emerge el artículo 13 de la Convención?
- c. ¿Cómo juega la prohibición en asuntos concernientes a la protección moral de la infancia y la adolescencia?
- d. ¿Autoriza la censura la prohibición del inciso 5 del artículo 13?

Al dar respuesta al primero de los interrogantes estaremos en condiciones de precisar qué acciones caen bajo la interdicción de censura previa y cuáles no, y así podremos confrontar la conducta seguida en torno a ellos por la Convención y los organismos de control. Conociendo los antecedentes del artículo 13, se estará en condiciones de conocer la voluntad de los redactores de la norma y determinar qué alcance que han querido asignarle. Finalmente, en los dos últimos interrogantes analizaremos si constituyen actos de censura, dejando en claro que únicamente una respuesta negativa permitirá sustentar el carácter absoluto de la interdicción. Son estos interrogantes los que nos darán la respuesta que estamos buscando y que constituye el objeto de estudio del presente trabajo.

2. Concepto constitucional de censura previa

No hay un solo texto de derecho constitucional y derechos humanos que no se refiera a la censura. Se dice que aquella se halla constitucionalmente proscrita, que es mala, e inclusive algunos autores llegan a enumerar actos de censura. Sin embargo, hasta el presente no se ha trabajado con profundidad el concepto constitucional de censura, a diferencia de lo que ocurre con otros, como el de propiedad, el de igualdad e inclusive el de libertad de expresión mismo. Se observa en doctrina que varios son los autores que se refieren a la censura sin conceptualizarla, pese a que realizan grandes desarrollos en torno a ella. Contamos con definiciones que en mayor o menor medida satisfacen el concepto, aunque considero que no alcanzan a delimitar su contenido constitucional. La censura —como ha quedado expuesto— goza de una fuerte prohibición constitucional. Para dar respuesta al interrogante que motiva este trabajo, lo primero que debemos saber es qué es la censura, cuáles son sus características definitorias.

Con un enfoque puramente semántico, el vocablo *censura* designa un control previo. Empero, el concepto constitucional presenta algunas particularidades que en algunos casos delimitan y en otros amplían la definición castellana del vocablo.

Tradicionalmente, los tribunales judiciales —especialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina— caracterizaron a la censura previa como “el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir”.¹²

¹² Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina —en adelante, CSJN—, en su colección oficial de fallos, t. 269, p. 189 —en adelante, *Fallos: 269:189*, como se cita a esta colección jurisprudencial.

Según el criterio de Bidart Campos, se entiende por censura previa “cualquier medida que importa un control o una revisión anticipada de la expresión”.¹³ En el mismo sentido se expiden Gregorio Badeni y Linares Quintana. Para el primero, “el concepto de censura es sumamente amplio y genérico. Abarca toda forma de control o restricción, tanto anterior como posterior a la emisión del pensamiento, incluyendo a las imposiciones ideológicas generadoras de sanciones motivadas por su incumplimiento”.¹⁴ Linares Quintana, por su parte, entiende que el concepto constitucional de censura “designa toda acción u omisión dirigida a dificultar o imposibilitar, en forma directa o indirecta, mediata o inmediata, la publicación y la circulación de la palabra impresa”.¹⁵

Ante lo expuesto, entiendo que antes de brindar una definición se hace imprescindible delinear las características definitorias que presenta el concepto de censura de acuerdo con las conclusiones vertidas por los tribunales judiciales y la doctrina sobre la materia.

En primer lugar, la censura importa un *acto de privación*. Supera el mero acto de control, aunque lo contiene. Controlar un acto implica someterlo a la consideración de un tercero a efectos de que examine si daña tales o cuales cosas. En el caso de la censura, importa someter a examen una manifestación a fin de que se otorgue el visto bueno a su exteriorización. En rigor, lo que importa la censura es un acto de privación, de supresión de la publicación. Claro está que la supresión puede ser efectiva o inminente. Una amenaza de supresión encuadra también en el concepto constitucional de censura. Es por ello que el control, desde que representa una amenaza para la publicación del pensamiento, importa una hipótesis de censura. En este sentido Barrancos y Vedia caracteriza a la censura previa como “toda amenaza, advertencia, llamado de atención, etc., que los órganos de cualquiera de los tres poderes del Estado dirijan a los medios de prensa, cuando tengan carácter intimatorio”.¹⁶

En segundo lugar, la restricción tiene que ser *anticipada*. La Constitución Argentina, como así también la Convención, se refieren no a cualquier censura, sino

dencial en el país—, considerando 4 (caso *García Mutto*); 269:195 (caso *Calcagno*); 270:268, considerando 3 (caso *Prensa confidencial*); 270:289, considerando 3 (caso *Sánchez Sorondo*); 293:560, considerando 6 y voto concurrente del juez Masnatta, considerando 6 (caso *Editorial Sarmiento*); 321:3596 (caso *Kimel*); 324:2895 (*Menem c/ Perfil*), entre muchos otros.

¹³ Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, t. II, n.º 15, p. 20, Buenos Aires: Ediar, 2005.

¹⁴ Gregorio Badeni: “Censura periodística y encuestas electorales”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, año 2005, t. D, p. 800 (en adelante, II, 2005-D, 800).

¹⁵ Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IV, n.º 3528, p. 441, Buenos Aires: Plus Ultra, 1977-1987. Esta casi impecable definición motiva una disensión personal que gira en torno a limitar el concepto a la “palabra impresa”. Con ello, lejos de consagrar el concepto amplio que pretende concebir, la última frase la convierte a mi juicio en una definición restrictiva.

¹⁶ Fernando Barrancos y Vedia: “Censura previa y advertencia previa”, *LL*, 1989-D, 183.

a la “censura previa”, concepto que comprende solo aquellas restricciones que se ejercen antes de la emisión del pensamiento, dejando fuera la llamada “censura sobreviniente”. Desde una interpretación semántica, tanto de la Convención como de la Constitución, las restricciones tienen que ser previas. Los actos que importen un control de la expresión constituyen límites, pero ejercidos con posterioridad a la manifestación del pensamiento y que encuadran por tanto dentro de las reglas impuestas para las restricciones a la libertad de expresión.

La doctrina se muestra mayoritariamente en contra de lo aquí manifestado por cuanto entiende que la censura puede ser tanto anterior como posterior a la expresión. Sin embargo, creemos que esos fundamentos desnaturalizan el concepto constitucional de censura y lo confunden con las restricciones ulteriores a la libertad de expresión. No se entienda que al razonar de este modo convalidamos esas restricciones. En modo alguno esto es así. Lo que debe comprenderse como un concepto previo de categoría lógica es que tanto la censura como las responsabilidades ulteriores constituyen restricciones a la libertad de expresión, pero ambas gozan de regímenes diferentes. Como ha quedado expresado, los diferentes ordenamientos jurídicos tienen una especial aversión por la censura previa, mientras que las limitaciones ulteriores resultan admitidas, aunque quedan sujetas a estrictos controles y condiciones de admisibilidad.

Así entonces, no puede negarse que, tanto la Convención como la Constitución Nacional argentina solamente se han propuesto englobar dentro del concepto de censura a las restricciones previas. De otro modo, la Convención habría consignado laxamente que el derecho de expresión no quedaría sujeto a censura, sin más agregados. Podrá alegarse que, aun cuando por caso ello fuera así, una interpretación dinámica de la Convención podría conducir a la solución de admitir como censura también a las restricciones sobrevinientes. Empero, la interpretación dinámica importa adaptar el texto a las necesidades humanas porque, como decía el juez Marshall, “la Constitución es un instrumento destinado a perdurar durante siglos y por lo tanto destinado a adaptarse a las diversas crisis de los asuntos humanos”.¹⁷ Pero ello presupone que a la luz de los tiempos actuales la norma se justifique porque conduzca a soluciones más justas, hecho que a mi juicio no siempre se cumple.

Con ello, las medidas de interdicción dispuestas contra publicaciones que ya vieron la luz quedan fuera del concepto constitucional de censura y constituyen restricciones ulteriores a la manifestación del pensamiento. Restricciones que, como es sabido, deberán reunir precisos recaudos para justificar su validez. La medida de secuestro de una publicación, si fue tomada con motivo de la difusión de la expresión, no constituye una medida de censura, sino más bien un límite a la expresión ya difundida. Claro está que lo más probable es que, como importará en la mayoría de

¹⁷ Cf. su voto en *McCulloch vs. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

los casos, una restricción desnaturalizadora del ejercicio de la libertad de expresión devendrá igualmente inválida.

En tercer lugar, la interdicción debe afectar el *contenido* del pensamiento. La censura implica un acto de privación de contenido. Conviene aquí traer a colación la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos en torno a las distinciones de contenido y restricciones de modalidad a la expresión.¹⁸ Por estas últimas, la expresión no se ve impedida de difundirse, sino que está sujeta a condicionamientos de modo, tiempo y lugar. A mi modo de ver, las restricciones que configuran censura son las que se ejercen directamente sobre el contenido de la expresión, privándolo de su difusión bajo cualquier modalidad. Empero, las *restricciones condicionales* —llamémoslas así— no constituyen actos de censura, pues no importan por regla una violación radical de la manifestación del pensamiento. Claro está que la conclusión que antecede está sujeta a la razonabilidad con que sean impuestas las modalidades a la difusión de la expresión. Si únicamente se me autoriza a manifestar en el Polo Sur, quedará claro que es una restricción desnaturalizadora y un acto de censura encubierto cuyo único objetivo es privarme la difusión del pensamiento. Se trata aquí de un acto que implica la aniquilación virtual de la difusión del pensamiento.

La diferencia que puede trazarse entre las restricciones de contenido y las restricciones condicionales radica en la razonabilidad. Una restricción de contenido es siempre un acto de censura, mientras que la validez de las restricciones condicionales está sujeta a que no supongan una aniquilación directa o indirecta del contenido de la expresión. Por ello entiendo que incurre en equivocidad la Convención Americana cuando en el inciso 4 al artículo 13 establece como única excepción aparente a la regla de prohibición absoluta de censura el acceso a los establecimientos públicos, fundado en la protección moral de la infancia y la adolescencia. Las restricciones al acceso a los espectáculos públicos resultan ser calificaciones, y la censura se no se configura porque todos debamos tener acceso al acto, sino que admite que algunas personas puedan no tenerlo. Empero, quienes tengan acceso a él deberán verlo en todo el contenido que fue concebido por el propietario de la expresión.

Finalmente, la restricción tiene que provenir de parte de una *autoridad*. El concepto engloba a las autoridades públicas y las privadas. Dentro de las autoridades públicas penetra aquí la cuestión de la censura judicial. Como es sabido, en un sistema constitucional de división de poderes las autoridades públicas resultan ser el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Así entonces, la censura se configura viniendo de cualquier autoridad. Tradicionalmente el concepto de censura está ceñido al control de parte del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.¹⁹ Sin embargo,

¹⁸ Cf. David Currie: *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, Buenos Aires: Zavallía, 1993, pp. 112-119.

¹⁹ Cf. Néstor P. Sagüés: “Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, t. II, p. 955. El mismo trabajo aparece publicado en *LL*, 2005-C, 1279.

ni la Convención ni la Constitución Nacional argentina hacen distingo alguno, por lo que cabe considerar que quedan incluidas también las restricciones de contenido impuestas por la autoridad judicial

Un segunda cuestión es la de si cabe considerar englobados dentro del concepto de censura los actos de autoridades privadas. La censura tiene que emanar de un organismo externo, ajeno a la persona que desea comunicar la expresión. De esta forma, entendemos que la decisión del director de un periódico de impedir la publicación en su diario de una nota periodística no ha de ser entendida como censura.

Con esta caracterización, entendemos que la prohibición constitucional de censura previa:

- a. abarca a cualquier clase de expresión;
- b. alcanza a cualquier autoridad —pública, privada o particular— e incluye también al órgano judicial;
- c. alcanza a los controles directos, como a aquellas conductas que, teniendo por objeto visible un acto determinado, importan una restricción indirecta al control de la expresión.

Con las consideraciones antes expuestas, puede definirse al concepto constitucional de censura como el *acto de autoridad que priva de contenido a cualquier manifestación del pensamiento*.

3. Génesis del artículo 13 de la Convención Americana

El profesor de la Universidad de Granada Pedro Serna afirma:

La interdicción de la censura judicial en la CADH no se determina tanto por la referencia a la censura previa, sino por la consagración de las responsabilidades ulteriores como vía exclusiva de restricción legítima de la libertad de expresión.

Veamos qué dicen los antecedentes de la Convención.

El texto de la Convención Americana fue el debatido y adoptado por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, reunida en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

En lo tocante a la prohibición de censura, constan en las actas y documentos de la Conferencia que República Dominicana propuso que se admitiera la censura.²⁰ Por su parte, el delegado de los Estados Unidos, Richard Kearney, observó que “debía evitarse la redacción de los derechos en términos absolutos”, haciendo referencia a la censura en su país. La afirmación no fue compartida por los delegados de

²⁰ Cf. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos del 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos*, OEA-Ser. K./XVI/1.2, Washington DC: OEA, Secretaría General, observaciones a la respuesta 12, p. 61.

Guatemala y Argentina, el primero de los cuales manifestó que “no podría votar por algo que restringiera la libertad, como en el caso de la propuesta norteamericana”. Finalmente, la moción del delegado de Estados Unidos fue rechazada.²¹

Se discutió también en torno a la redacción del inciso 3.º del artículo 13, la que mereció las objeciones del delegado de Chile por entender que es ajena a un pacto de derechos civiles y políticos, y por entregar “a un órgano internacional la interpretación de términos equívocos como los llamados ‘monopolios oficiales no particulares’”, lo que podía ser “fuente de dificultades”, por lo que solicitó la supresión del inciso.²²

Con relación al inciso 4, el delegado de Argentina se opuso a su redacción manifestando que su país no admite la censura previa y que no “se considera el aviso en una exhibición de una película para mayores de 18 años una censura previa”.²³ Refirió asimismo que “dicho párrafo restringe y limita en exceso el ejercicio de funciones privativas del Estado en el ámbito de la moral pública, la seguridad nacional y el orden público, por lo que se sugiere su supresión o modificación”.²⁴

Finalmente, en lo tocante al inciso 5, el delegado de Estados Unidos había sugerido su eliminación en la inteligencia de que “este párrafo encerraba ideales que todos deben apoyar, pero que carece de realidad. En cuanto a la propaganda de guerra, “quedarían prohibidas por la ley una serie de obras clásicas, tales como la *Ilíada* de Homero, buena parte de las obras de Shakespeare y de santo Tomás de Aquino”.²⁵ Tal afirmación mereció la interesante réplica del delegado de Brasil, quien afirmó que “el artículo en discusión no dice que haya que establecer la censura, sino que la ley prohibirá cierto tipo de actividad”.²⁶

4. La protección moral de la infancia

Un primer asunto que plantea la Convención es el ínsito al inciso 4 de su artículo 13, que dispone: “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”. Esta disposición está sindicada por la Comisión y la Corte como la única excepción prevista por la Convención —y por todo el sistema normativo interamericano— a la proscripción de la previa censura.

²¹ *Ibidem*, doc. 10.

²² *Ibidem*, observación del gobierno de Chile, p. 40.

²³ *Ibidem*, p. 214.

²⁴ *Ibidem*, observaciones del gobierno argentino al anteproyecto, p. 46.

²⁵ *Ibidem*, p. 215.

²⁶ *Ibidem*. Pero cabe preguntarse si la prohibición de cierto tipo de actividad —en el caso, la propaganda del odio y de la guerra— no importa, aunque en buena hora, un acto de censura.

Como previo a todo, interesará detenerse en torno a una cuestión colateral. ¿Es realmente un caso de censura la regulación del acceso de los infantes y adolescentes a los espectáculos públicos?

Como se expresó al tratar el concepto constitucional de censura previa, este presupone un acto de privación de contenido, hecho que no acontece con la calificación, la que solo representa cuando mucho una restricción a ciertas personas —en el caso, infantes y adolescentes— del acceso a ciertos espectáculos calificados por la ley para su protección moral. Queda claro, sin embargo, que la calificación que la Convención autoriza a los estados no escapa a la razonabilidad de la medida con que se la adopte.²⁷

Una segunda cuestión que instala la norma gira en torno a su alcance. La Convención aquí introduce una norma concreta de protección a los derechos de la infancia y la adolescencia. Empero, existen otros tratados que consagran disposiciones lo suficientemente genéricas como para permitir a priori protecciones todavía más amplias que la que les reconoce la Convención Americana a los derechos de los niños.

El derecho a la intimidad de los niños se encuentra tutelado por el artículo 19 de la Convención y, asimismo, por el artículo 14, inciso 1, del PIDCP, y también por los artículos 3, inciso 1, 16 y 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De conformidad con lo establecido por el artículo 19:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

A su vez, el artículo 14, inciso 1 *in fine*, del Pacto reza:

Toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

El artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone:

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2 El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Por fin, el artículo 3, inciso 1 de la Convención preceptúa:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

¿Justificarían legalmente dichas medidas, ese “interés superior del niño”, una censura previa en un asunto a ellos concerniente? Tal es a mi juicio el principal inte-

²⁷ De acuerdo con esto: Jorge R. Vanossi: “No a la censura”, en *Estudios de Derecho*, n.ºs 101-102, p. 37, Antioquia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Antioquia, 1982.

rrogante que encierra el sistema interamericano. Lo que las normas convencionales mandan a los estados es ejercer una tutela efectiva en torno a la protección de la intimidad de los niños. Por consiguiente, está claro que en ciertos supuestos la censura puede aparecer como el arma más eficaz para su protección. Empero, ¿puede ser empleado instrumento semejante teniendo en cuenta la categórica disposición del artículo 13 de la Convención Americana? ¿O el límite de la protección está dado por el respeto a la proscripción de la censura previa que ella establece?

Debe precisarse que la jurisprudencia interamericana no ha tenido oportunidad de expedirse sobre una cuestión de estas características. Según el criterio del profesor de la Universidad de Buenos Aires Gregorio Badeni, los deberes que la Convención impone a los estados parte no fijan prohibiciones o límites al ejercicio de la libertad de expresión, tanto en lo atinente al ejercicio del derecho a la información de los niños como de los adultos:²⁸

Si la Convención sobre los Derechos del Niño no contempla la censura, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos la prohíbe, la armonización de ambas disposiciones internacionales debe conducir a vedar la censura previa.²⁹

En una primera aproximación, podría afirmarse que, con una interpretación sistemática de la Convención, el niño tiene derecho a todas las medidas de protección inherentes a su condición (artículo 19), con excepción de aquellas que conlleven una restricción previa a la expresión (artículo 13, inciso 2). Y con excepción —claro está— de aquellas medidas que regulen su acceso a los espectáculos públicos (artículo 13, inciso 4). Los niños quedarían protegidos por las medidas represivas que emanen de las responsabilidades ulteriores a que está sujeto el ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Asimismo, el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño posee una redacción idéntica al 11 de la Convención Americana. Y está claro que los artículos 11 y 13.2 de la citada Convención son armónicamente compatibles. Por tanto, no habría, a mi juicio, justificación alguna para una censura fundada en el artículo 16. La colisión no se patentiza con esta norma sino, más bien, con el inciso 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁸ Gregorio Badeni: “La interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la censura previa”, en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, n.º 29-30, p. 166-167, Buenos Aires, 2003.

²⁹ *Ibidem*, p. 176. En contra de lo expuesto parece expedirse Sagüés, quien justifica la constitucionalidad de la ley 20056 de la República Argentina que prohíbe la difusión de los nombres de los menores de edad involucrados en delitos. Señala este autor que, aun cuando “impone así una especie de censura”, la constitucionalidad de la norma resulta de “una interpretación armonizante de la libertad de expresión, la prohibición de censura y las reglas de la Convención concernientes a menores, todas ellas con rango constitucional”, y que “resulta atractiva, dado que al operador jurídico le toca compatibilizar y hacer convivir tanto los derechos de quien expresa ideas como los de los menores”. Cf. Néstor Pedro Sagüés: *Manual de derecho constitucional*, § 946, pp. 701-702, Buenos Aires: Astrea, 2007. En el mismo sentido que Sagüés se endereza la opinión de Mario A. R. Midón: *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: La Ley, 2.ª ed., 2004, p. 291.

Ante un conflicto de normas, el primer mandato es proceder a su integración en cuanto sea lógicamente posible. En el presente caso, estimo a mi juicio que la colisión es insalvable, pues, así como es absoluta la interdicción de censura previa para la Convención Americana, lo es también la protección del interés superior del niño —en las medidas que a ellos conciernan o involucren— para la Convención sobre los Derechos del Niño. La norma dispone “en todas”, y es por consiguiente tan absoluta como la regla del artículo 13.

Se ha dicho que la mentada colisión ha de ceder en favor de la libertad de expresión, puesto que el interés superior del niño es una norma interpretativa que no puede autorizar a hacer tabla rasa de una norma legal expresa que prohíba la interdicción de la censura previa. Empero, la norma del artículo 3.1 no tiene un carácter puramente interpretativo. Recuérdesse su redacción:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.

Adviértase que la norma no obliga únicamente a dar sentido a lo ya escrito, sino a adecuar lo actuado en el sentido que ella dispone. Si primara la tesis que inclina la balanza en favor del artículo 13, quedaría inerte la obligación que el artículo 3 impone a los legisladores de adaptar su legislación al interés superior del niño en todo en cuanto a ellos concierna.

La propia Corte está conteste en señalar que el niño es una persona que debe merecer “cuidados especiales”. En este sentido, refirió en la opinión consultiva 17:

Conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.³⁰

El niño, desde la antigüedad, no fue considerado como un ser humano titular de derechos,³¹ sino sujeto a la patria potestad. Recién en el siglo XX comienza a cobrar fuerza la teoría de la titularidad de derechos gracias en buena medida a la Declaración sobre los Derechos del Niño, de 1959, primeramente, y a la Convención de 1989. No obstante, por su condición intrínseca de debilidad, por su inmadurez, requiere protecciones especiales de las autoridades públicas y privadas. Es en ese contexto que nace la regla del *interés superior del niño*, y es a este que se enfrenta la prohibición de censura previa.

³⁰ Opinión consultiva OC-17-2002: *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, serie A, n.º 17, § 60.

³¹ Me refiero a la titularidad de ejercicio.

La Corte entendió que “la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”³² —¿en todos salvo en su honra e intimidad?—. Y adunó:

El principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.³³

Finalmente precisó:

La verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos [...] Los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.³⁴

Ante el elenco normativo y jurisprudencial antes citado, entiendo que la *prior restraint censorship* deberá ser integrada mediante una interpretación acorde con las exigencias del interés superior de los niños, las cuales en determinadas circunstancias podrían justificar la toma de medidas preventivas sobre la expresión, siempre con arreglo a un criterio de razonabilidad dado por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Dicho estándar —ensayado primigeniamente por el Tribunal Europeo y adoptado luego por la Corte para ponderar la validez de las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión— permite dar acabada tutela a la libertad de expresión y al mismo tiempo proteger el interés superior del niño, puesto que no cabe duda de que aquel constituye una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática como para fundar la restricción a un derecho a la libertad de expresión.

Si bien la regla del artículo 3 resulta en principio ajena a la Convención Americana, considero que la Corte Interamericana queda condicionada por ella con arreglo a lo establecido por el inciso *b* al artículo 29 de la Convención, que dispone:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Con tal interpretación se armoniza lo más acabadamente posible el artículo 13, inciso 2, de la Convención con el restante elenco normativo que la integra (artículos

³² Opinión consultiva OC-17-2002, cit., § 137.2.

³³ Ibidem, § 137.3.

³⁴ Ibidem, § 137.8.

11, 16 y 29 de la Convención) y las demás normas de los tratados internacionales, concordemente con las reglas generales de interpretación y aplicación de los derechos fijadas en los artículos 32 y 25 de la citada Convención y aplicadas por la Corte, y con lo establecido por el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

5. La prohibición de la apología del odio y de la guerra

Un segundo interrogante que encierra la doctrina de la *prior restraint censorship* acuñada por el sistema interamericano estriba en la directiva inserta como inciso 5 al artículo 13 de la Convención Americana:

Estará prohibida por la ley toda propaganda a 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.

Esta disposición tiene como fuente inmediata el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que textualmente reza:

Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

¿Qué entraña la prohibición apologética que la Convención impone a los estados? Al respecto, caben dos interpretaciones posibles. Según la primera, la prohibición inserta no implica la imposición de un acto de interdicción, sino que las conductas en ella descritas solo podrían ser reprimidas una vez producidas,³⁵ lo que determinaría la conminación de una sanción ulterior contra aquellas conductas descritas en la norma. En este sentido se expiden Toller,³⁶ Asdrúbal Aguiar y Pizzolo.³⁷ Afirma el primero que, al igual que el artículo 20 del Pacto, la redacción del inciso 5 no establece un permiso de censura previa, sino la obligación para los estados de dictar normas que declaren la antijuridicidad de esas conductas. Aguiar refiere:

³⁵ En este sentido: Augusto C. Belluscio: "La censura judicial", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, t. II, p. 953. El mismo trabajo aparece publicado en *Investigaciones*, año 2003, vol. 3, Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sin embargo, más adelante el autor pone en duda su citada conclusión cuando refiere que "[la Convención] solo 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, que prohíbe toda propaganda a 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". *Ibidem*.

³⁶ Fernando M. Toller: *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, Buenos Aires: La Ley, 1999, p. 545.

³⁷ Calógero Pizzolo: "De gritos y silencios. Sobre el ejercicio de la libertad de expresión frente a las creencias religiosas", *LL*, 7/3/2006, p. 1.

Es de observar que así como la Convención le abre espacio preciso y expreso, como excepción, a la censura previa de los espectáculos públicos en su artículo 13.4, bien pudo haber previsto la figura cautelar o de censura previa o de prohibición anticipada de publicación para la referida propaganda de guerra o para la apología del odio que incita a la violencia por motivos discriminatorios, y no lo hizo. De donde cabe concluir que las mencionadas prohibiciones de ley valen para el establecimiento y eventual agravamiento de las responsabilidades ulteriores [...].³⁸

La Comisión se pronunció por este criterio en el caso *La última tentación de Cristo* al referir:

El artículo 13.5 de la Convención establece la obligación positiva del Estado de evitar la diseminación de información que pueda generar acciones ilegales [y] debe entenderse dentro del principio establecido en el inciso 1 del mismo artículo, es decir, que “quienes hagan apología del odio religioso deben estar sujetos a responsabilidades ulteriores conforme a la ley”.³⁹

Para la segunda interpretación, defendida por Sagüés, la norma sí autorizaría la censura. Ello es así —dice este autor— por lo contundente de su redacción, y porque la conclusión se ve reforzada por la circunstancia de que la regla está amparando el derecho colectivo e individual a la paz y a la no discriminación.⁴⁰

De las fuentes de la Convención, tenemos el informe del relator de la comisión de trabajo encargada de revisar el anteproyecto, en el que refiere que “el debate giró sobre aspectos de precisión técnica, más que sobre fondo”. Obran asimismo las constancias de los delegados de Honduras y El Salvador “al emitir sus respectivos votos favorables a la prescripción de la guerra y del odio nacional, manifestando ambos las mejores intenciones de sus respectivos gobiernos por consolidar la paz permanente entre todos los países centroamericanos”.⁴¹ Finalmente, consta en las actas y documentos de la Conferencia Especializada que la redacción actual del inciso 5 responde a la corrección propuesta por la delegación de los Estados Unidos en la sesión plenaria,⁴² criterio concordante con el de su país, que admite la censura contra la propaganda del odio racial o religioso. Asimismo, habiendo reconocido como fuente inmediata el artículo 20 del PIDCP, esta norma se halla inserta en un

³⁸ Asdrúbal Aguiar: “Libertad de prensa y gobernabilidad democrática en la jurisprudencia interamericana”, en Jornadas sobre Libertad de Prensa, Ciudadanía y Poder Político, General Roca-Neuquén (Argentina), 6 y 7 de junio de 2006. Hasta donde llega mi conocimiento, es inédita.

³⁹ Cf. CorteIDH, o. cit., § 61.g.

⁴⁰ Cf. Sagüés: o. cit., pp. 955, 973 y 974. En igual sentido: Midón: o. cit., p. 285, aunque este autor admite que la cláusula resulta peligrosa “en un país en donde los detentadores de turno no reparan en medios a la hora de realizar sus fines”.

⁴¹ Cf., *Actas...*, o. cit., pp. 298-299. Presumo que media un error de tipeo en el documento: donde dice “prescripción” debería decir “proscripción”.

⁴² Cf. “Actas...”, segunda sesión plenaria de fecha 20 de noviembre de 1969, doc. 86, p. 444.

instrumento que, al mismo tiempo de limitar la libertad de expresión (artículo 19), no estipula una proscripción para la censura previa.⁴³

Un tema que arrastra esta norma es la cuestión atinente a la viabilidad de la tentativa del delito de apología en aquellos países que tipifican penalmente esta clase de conductas, lo que inevitablemente supone una restricción previa a la expresión. Sobre esta cuestión, la Corte Suprema de Justicia argentina ha tenido ocasión de expedirse en una oportunidad, en el caso *Verbitsky*,⁴⁴ que fue el primer precedente en que el alto tribunal analizó la censura judicial.

En 1989 los diarios de mayor tirada de la ciudad de Buenos Aires⁴⁵ se aprestaban a publicar una solicitada suscrita por más de cien personas en la que se expresaba el reconocimiento y la solidaridad para con el ex presidente de facto Jorge Rafael Videla por su actuación durante la denominada *guerra sucia* contra la subversión. Videla y otros jefes militares habían sido juzgados y condenados por la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal en pleno por gravísimas violaciones a los derechos humanos durante su mandato. Se los encontró culpables de los delitos de tortura, desaparición forzada de personas y ejecuciones clandestinas, entre otros delitos, pero la condena quedó sin efecto en 1989 y 1990 con motivo del indulto dictado por el presidente de la Nación de aquel entonces.⁴⁶

Ante la inminencia de la publicación, el periodista Horacio Verbitsky solicitó ante los tribunales federales la prohibición de difusión de la solicitada, argumentando que con ese acto se incurriría en la figura de apología del crimen prevista por el artículo 213 del Código Penal argentino. El juez federal de primera instancia hizo lugar al pedido y prohibió la publicación de la solicitada al entender que con ella se estaría consumando el mencionado delito y dictó asimismo el procesamiento de tres de los firmantes. Recurrido el caso, la Sala I de la Cámara Federal de la Capital⁴⁷ revocó el pronunciamiento adoptado por entender que, si bien la publicación constituiría el delito de apología, había que dejar que la solicitada se conociera, puesto que

⁴³ Entiendo, en mérito al razonamiento consignado, que es errado el pensamiento de Toller sobre el particular, ya que, del mismo modo que lo establecido por el artículo 10 de la Convención Europea, no existe en el Pacto prohibición alguna de la censura. Tal circunstancia no importa —como entiende el citado autor— una proscripción de la censura, teniendo en cuenta que ambos instrumentos establecen limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión, las que no resultan incompatibles con un acto interdictorio, siempre que —claro está— medien circunstancias de excepción que justifiquen su dictado.

⁴⁴ CSJN, 13/06/89, *Verbitsky, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen*, Fallos: 312:934.

⁴⁵ Los periódicos eran *Clarín*, *La Prensa*, *La Nación*, *Ámbito Financiero* y *Crónica*.

⁴⁶ El artículo 99, inciso 5 de la Constitución de la Nación Argentina autoriza al Poder Ejecutivo a “indultar y conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.

⁴⁷ Integrada por los jueces Ricardo Gil Lavedra y León Carlos Arslanián, quienes —paradójicamente— fueron dos de los magistrados que integraban el tribunal que había juzgado y condenado a Videla en el año 1985, en lo que se conoció como *juicio a las juntas*.

de no hacerlo se estaría censurando la expresión, conducta expresamente vedada por los artículos 14 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana.

Aun cuando la resolución fue favorable a los recurrentes, estos no quedaron conformes con el fallo de la Cámara y recurrieron a la Corte Suprema, en el entendido de que, “independientemente de que la resolución sería favorable a sus pretensiones, en cuanto ha revocado el auto que impedía publicar la solicitada en cuestión, sus fundamentos involucran no solamente una amenaza cierta de que, en caso de publicarse, los responsables cometerían el delito de apología del crimen, sino que tal delito ya se habría cometido en grado de tentativa”.

Cuando el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia, esta por mayoría rechazó el recurso extraordinario incoado, por entender que la amenaza de sometimiento a proceso no causaba un gravamen susceptible de incoar un perjuicio, lo que tornaba inviable cualquier apelación por ausencia de uno de sus requisitos. En este sentido, dijo:

[...] la afirmación del a quo, en el sentido de que los autores de la solicitadas hallarían incursos en responsabilidad penal, no causa a los recurrentes [...] gravamen, el cual únicamente se produciría en caso de dictarse una sentencia condenatoria después de la tramitación de un juicio penal en el cual se hubiesen observado las formas relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales [...] La afirmación no es más que un “obiter”, es decir, un razonamiento que no es relevante para la solución del caso y que, por ello, carece de todo efecto normativo.

Agregó el tribunal:

Si bien es cierto que la posibilidad de que los apelantes sean procesados en el futuro por el delito de apología del crimen no es meramente “imaginaria ni especulativa” [...], los agravios de los nombrados, en cuanto se dirigen a impugnar la legitimidad constitucional de la censura previa, no guardan relación alguna con aquella eventualidad, por lo cual devienen claramente inactuales [...] Desde otro punto de vista, en cuanto buscan equiparar a la amenaza de sometimiento a proceso con la censura previa proscripta por la Constitución, tampoco son atendibles, ya que —como se expresó precedentemente— de aquella no derivaría un gravamen actual y concreto pues no afecta la garantía del derecho de defensa de los recurrentes en el caso eventual de ser procesados.⁴⁸

En disidencia, el juez Carlos Fayt entendió que las garantías que rodean a la libertad de prensa impiden a las autoridades públicas controlar las ideas antes de su impresión, como así también toda acción u omisión que restrinja la publicación y la circulación de la prensa. Señaló que, aun cuando la Cámara revocó la resolución que impedía la difusión de la solicitada:

[...] del contenido de la decisión del a quo se desprende que resulta claramente inescindible de la resolución el texto de sus fundamentos, pues aun cuando la pretensión última de los recurrentes —esto es, el levantamiento de la interdicción dispuesta

⁴⁸ O. cit., considerando 5 del voto de mayoría suscrito por los jueces Petracchi y Bacqué, y voto concurrente de los jueces Belluscio y Caballero, considerando 6.º.

por el juez de primera instancia— fue formalmente satisfecha en la parte dispositiva, la Cámara, en sus considerandos, ha sostenido no solo que la publicación de la solicitada constituirá una apología del crimen, sino que tal delito, aun antes de su publicación, ya ha tenido comienzo de ejecución.⁴⁹

[...] Tales apreciaciones constituyen un claro prejuzgamiento, absolutamente improcedente a esta altura de la causa, en la que solamente cabía resolver si era posible o no evitar la publicación de la solicitada.⁵⁰

Ello, a su juicio, constituía una amenaza.⁵¹

A mi criterio, los fundamentos vertidos en uno u otro sentido resultan ser lo suficientemente sólidos para justificar jurídicamente cualquiera de las soluciones propuestas. Empero, entiendo que la norma en comentario solo autoriza la sanción a posteriori de las expresiones descritas. En primer lugar, porque desde una interpretación sistemática de la Convención ha de entenderse que en una misma norma, donde se prohíbe categóricamente la censura previa y se menciona y delimita la única excepción a la mentada prohibición, no puede haber un inciso que a renglón seguido implícitamente la consagre. Con arreglo a ello, una correcta interpretación estribaría en admitir que la prohibición que la norma manda a legislar se hace efectiva únicamente contra la exteriorización del pensamiento, quedando sujeta entonces a responsabilidades ulteriores que estipulen por ley cada uno de los estados partes.

Si bien es cierto que la fuente de la norma abreva en lo dispuesto por el artículo 20 del Pato Internacional de Derechos Civiles y Políticos —instrumento que, aunque no expresamente, admite la censura entre las restricciones a la libertad de expresión—, con las modificaciones introducidas en los debates de la Conferencia Especializada entiendo que el sentido de la norma fue la represión a posteriori, la cual, por supuesto, queda condicionada a la existencia de ley previa.⁵²

La interpretación propiciada es conteste con la solución que se viene aplicando en los países que legislaron sobre la cuestión. Valga como ejemplo lo sucedido en Gran Bretaña, donde la Racial and Religious Hatred Hill reprime las conductas que exterioricen odio racial o religioso a través del uso de palabras, comportamientos o exhibición de material escrito con esa intención. Ello al extremo de que el más polémico referente del islam en aquel país, que predicaba el odio entre las religiones, fue condenado a siete años de prisión pero nunca objeto de censura previa. En el mismo

⁴⁹ Voto disidente del juez Carlos Fayt, considerando 15.º.

⁵⁰ Ibídem, considerando 16.º.

⁵¹ Cf. Carlos S. Fayt: *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo*, Buenos Aires: La Ley, 1995, p. 171.

⁵² De acuerdo con esto: Sagüés: o. cit., p. 972. Ello es así porque la norma que incoa una restricción —en este caso la censura previa— tiene que estar expresamente establecida por ley, y por ley en sentido formal. Cf. CorteIDH, opinión consultiva OC 6-86 del 9 de mayo de 1986, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, serie A, n.º 6.

sentido, en Alemania, la Ley Constitucional estipula penas de hasta 20 años de prisión para quienes nieguen el holocausto o hagan apología del nazismo.⁵³

6. Reflexiones finales y conclusión

Tal como decía Alexis de Tocqueville en un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. En una democracia republicana la censura no puede ser tolerada sino en casos de excepción. A esta altura de la civilización, nadie duda ya de los nocivos perjuicios que trae aparejados cuando se ejerce discrecionalmente. Como decía Mill:

La peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión —y yo agregaría cualquier clase de expresión— es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esa opinión, más todavía que a aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si es errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error.⁵⁴

Por otra parte, debemos subrayar que la conducta del censor se halla plagada de torpeza. Lejos de conseguir su fin, con la censura se logra exactamente lo contrario. La idea del censor es torpe, diáfana, pueril, puesto que, como enseña la experiencia, lo prohibido ejerce sobre las personas una atracción peculiar. Cuando se censura algo, lo único que se consigue es despertar el interés popular de conocerlo. Es por ello que en la generalidad de los casos en que ha habido censura lo único que se consigue es fomentar el deseo del público de conocer lo que se prohíbe, con lo que se logra el efecto opuesto al perseguido.

Sin embargo, existen situaciones de excepción que pueden justificar una medida anticipada sobre la expresión y que me llevan a concluir y defender que la prohibición de censura no debe interpretarse con carácter absoluto. Como afirma Vanossi, “la idea de un derecho ilimitado pertenece a una concepción antisocial”.⁵⁵

El carácter absoluto de la prohibición de censura reside en última instancia en la desconfianza tenida por el legislador constituyente a los órganos gubernamentales encargados de administrar las normas. Ello se da más en la América Latina, y el artículo 13 de la Convención —al contener una disposición no inserta en los demás documentos internacionales— es el fiel testimonio de que nuestro continente ha optado por una fuerte aversión hacia la censura, posiblemente debido a la gran cantidad de abusos que en nombre de ella se han cometido en estas latitudes. Mas ello no

⁵³ Cf. Pizzolo. o. cit., p. 1.

⁵⁴ John Stuart Mill: *Sobre la libertad*, Madrid: Alianza, 1997, p. 104.

⁵⁵ Vanossi: o. cit., p. 38.

debe llevarnos hacia una posición dogmática, que es la que parece predominar entre nuestros juristas. Es esta y no otra la tesis del presente trabajo.

Empero, me persuado de que esta regla que aparece hoy como una verdad revelada irá diluyéndose poco a poco con el paso del tiempo —aunque sin saber cuándo— por una concepción más flexible, menos dogmática, como la que rige en los Estados Unidos y Europa, sin que pueda afirmarse con honestidad intelectual que la censura se ejerce indiscriminadamente por aquellos lugares. Se trata a mi juicio de un devenir histórico inexorable.

Hay quienes, como Gregorio Badén o el juez de la Corte Suprema de Justicia argentina Enrique Petracchi, afirman que el propósito de admitir la censura en ciertas circunstancias excepcionales es loable, pero que en este tema “el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones”. Cuando se tolera un caso de censura —afirma el primero de los autores—, se abren las compuertas que dan lugar a las más aberrantes violaciones a la libertad. Hay mucho de verdad en esta afirmación, pero el mensaje verdadero es que debemos evolucionar hacia un estudio donde se comprenda cabalmente que la censura es una técnica no recomendable, salvo en casos de excepción, y siempre debe estar acompañada de una fuerte presunción de inconstitucionalidad, como ha dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos. Reitero, no obstante, que dicha presunción ha de admitir por la fuerza de las cosas prueba en contrario.

Ilustro con un ejemplo lo que quiero significar. Supóngase que la Secretaría de Inteligencia del Estado infiltra a uno de sus agentes en una célula terrorista de la que tiene indicios que ha colaborado en varios atentados en diversas partes del mundo. La información se filtra a un medio de comunicación, que toma conocimiento de ella y se dispone a publicarla. Advertido de tal circunstancia, el Estado recurre al Poder Judicial solicitando una interdicción al medio de prensa tendiente a que se abstenga de publicar la noticia. El juez niega el requerimiento fundándose en que la prohibición de censura previa —conforme lo establecen el artículo 13, inciso 2, de la Convención Americana y la inveterada jurisprudencia construida en ese sentido por los organismos internacionales de control— es absoluta y no admite en ningún caso restricciones previas, como no sea la calificación de los espectáculos públicos con el único objeto de regular el acceso a ellos de la infancia y la adolescencia. Con ello, el medio queda allanado para dar a conocer la información, y efectivamente lo hace. A los dos días, el cuerpo del agente infiltrado aparece colgado en un puente. ¿Ha de ser absoluta la interdicción de censura? ¿Es este el costo que debemos pagar como Estado en favor de la libertad? Cedo la respuesta a este interrogante a Néstor Sagüés:

El jurista debe recordar que toda interpretación de la Constitución o del derecho en general jamás debe ser absurda, porque el absurdo [...] no debe presumirse querido por el legislador (y menos por el Constituyente). Si en la esfera existencial del mundo jurídico político los hechos desembocasen en una situación cercana a la disolución

social, la supervivencia del sistema gubernativo [justificaría la toma de medidas de excepción].⁵⁶

La idea de una concepción absoluta de los derechos pertenece ya a otro tiempo. Me recuerda esto a lo que ocurrió en la Francia posrevolucionaria, donde caído el absolutismo de los reyes y a fin de afianzar las ideas de la Revolución Francesa que los jueces de *l'ancien régime* podían empalar, se impidió a los magistrados judiciales realizar cualquier ejercicio interpretativo de las normas, circunscribiéndolos a ser la mera *boca de la ley*. Solo así se podían cumplir cabalmente las leyes que la Asamblea Nacional sancionaba para los ciudadanos de aquella Nación. Por aquellos días Demolombe exclamaba casi como un rezo: “mi divisa, mi profesión de fe, pero los textos ante todo”. Se pasó aquí de un absolutismo a otro. Y justamente es este el desafío que enfrentan los gobiernos democráticos en nuestros días: el de cuidarse muy bien de no pasar del despotismo de la autocracia, el absolutismo de la democracia.

⁵⁶ Néstor P. Sagüés: “La censura previa judicial a la prensa. Problemática constitucional”, en *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. xxvii, Córdoba (Argentina), 1988, p. 99.