

LA LLAMADA “CENSURA PREVIA JUDICIAL” Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Consideraciones a partir de la constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pedro Serna*

1. PLANTEAMIENTO

El propósito del presente trabajo es mostrar una consecuencia particular de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH, salvo cuando se citen textos ajenos), concretamente la modificación del régimen constitucional de la libertad de prensa en Argentina¹; de manera más específica, se estudiará la viabilidad constitucional de las prohibiciones judiciales de publicar, la mal llamada censura previa judicial. Para ello, convendrá estructurar nuestras reflexiones en los siguientes apartados. En primer lugar, se examinará someramente el régimen constitucional argentino de la libertad de prensa. A continuación se estudiará el tema en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, con objeto de comprobar las diferencias entre ambas regulaciones. Finalmente se efectuarán algunas consideraciones acerca del alcance de la incorporación del Pacto de San José al Derecho argentino².

2. LA REGULACIÓN GENERAL DE LA LIBERTAD DE PRENSA EN EL DERECHO ARGENTINO

La principal disposición sobre el tema sustantivo que nos ocupa se encuentra en el art. 14 de la Constitución Nacional (en adelante, CN), superviviente del texto de

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidade da Coruña. El autor agradece los valiosos comentarios y sugerencias de sus colaboradores J. Cianciardo y P. Zambrano (Universidad de Navarra).

¹ La expresión “libertad de prensa” sigue siendo empleada por la doctrina argentina, aunque cada vez más se habla de “libertad de expresión”, término que resulta más adecuado, tanto porque se extiende a un ámbito más amplio que el de la prensa, como por su mayor precisión. En efecto, “libertad de expresión” expresa mejor la vinculación del derecho no tanto con la actividad o el medio como con el sujeto a quien se le reconoce.

² El presente trabajo debe mucho al libro, en proceso de publicación, de F. Toller, *Derecho a la tutela judicial y libertad de prensa. Estudio comparado de la prevención judicial del daños derivados de informaciones* (Pamplona, 1997). Se trata de una tesis doctoral elaborada bajo mi dirección en la Universidad de Navarra, y leída en 1997, que obtuvo por unanimidad la máxima calificación. Dejo constancia de mi deuda completa con su autor, aunque adelanto que mi posición en el tema específico objeto de este trabajo es diferente de la que él sostiene, como se verá.

1853, anterior a la reciente reforma de de 1994. Este origen explica en buena medida lo arcaico de la formulación lingüística³:

“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (...)”.

El reconocimiento de este derecho se completa con la prohibición de la censura previa que se consagra explícitamente en el art. 32 CN:

“El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

Un problema planteado por la práctica y por la doctrina es si el alcance de la interdicción a la censura previa es o no absoluto, en el sentido de si se extiende también a eventuales prohibiciones *judiciales* de publicar llevadas a cabo para proteger ciertos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, al honor, a la intimidad, o a un juicio justo; o bienes públicos, como la seguridad nacional o la administración de justicia. Dichas prohibiciones constituirían una de las formas específicas de tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, esto es, una de las formas de ejercicio de otro derecho fundamental, pilar del Estado de Derecho. No es posible ahora abordar la cuestión de la legitimidad de tales interdicciones judiciales y sus eventuales requisitos⁴. El propósito de estas líneas no va más allá de examinar si son posibles a tenor de la regulación constitucional de la libertad de expresión en Argentina.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema parece admitir que “la censura previa” comprende todo acto previo, incluso judicial⁵. Por su parte, el sector mayori-

³ En efecto, pareciera que carece de reconocimiento constitucional la protección de la libertad de expresión por medios diferentes de la prensa. Ante esta laguna, Bidart Campos ha propuesto una extensión analógica del principio jurídico constitucional regulado en el art. 14. Cfr. G. J. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo I, nueva edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, EDIAR, 1995, pp. 397 ss. Como recuerda Bidart, la Corte Suprema de Justicia de la Nación acogió esta interpretación extensiva claramente en el fallo recaído sobre *Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S. A.*, de 11-12-1984, Fallos 306:1892 (1985): «Las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidos en términos estrictamente individuales. El desenvolvimiento de la economía de la prensa y la aparición de nuevas técnicas de difusión e información —cine, radio, televisión—, obligan a un reexamen de la concepción tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de emitir y expresar el pensamiento. De este modo, se hace necesario distinguir entre el ejercicio del derecho de la industria o comercio de la prensa, cine, radio y televisión; el derecho individual de información mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen; y el derecho social a la información (...)» (cons. 7; la sentencia ha sido reproducida también, entre otros lugares, en J. Miller, M. A. Gelli y S. Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, tomo 2, pp. 976-993, de donde transcribo. La cita, en p. 980. En el mismo sentido, cfr. *Costa c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, Fallos 310:510 (1987), transcrita asimismo en J. Miller, M. A. Gelli y S. Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, cit., tomo 2, pp. 1008-1022. Cfr. especialmente cons 4 (p.1009).

⁴ Aquí no se plantearán cuestiones *de lege ferenda*, o de axiología constitucional, sino que nos limitaremos a un determinado régimen jurídico-positivo, a saber, el Derecho argentino. En general, a los efectos de este trabajo doy por supuesta la licitud de las interdicciones judiciales previas en ciertos supuestos y bajo ciertas condiciones, y me adhiero a las conclusiones del trabajo de F. Toller, *op. cit.*, *passim*.

⁵ Cfr. los fallos citados en F. Toller, *op. cit.*, p. 737, nota 203. Como señala Toller, en *op. cit.*, p. 754, el tema concreto de las prohibiciones judiciales de publicar sólo ha llegado a la Corte Suprema en dos ocasiones, los casos *Verbitsky*, en Fallos 312:916 (1989); y *Servini de Cubría*, en Fallos 315:1961 (1992), este último muy discutido, a nuestro juicio sin mérito. Toller admite que, en rigor, no es posible conocer a partir de ellos cuál sería la posición de la Corte sobre el tema. En el primero, el alto Tribunal eludió pronunciarse sobre el fondo al haber sido revocada la prohibición en segunda instancia; y en el segundo se produjo una

tario y más destacado de la doctrina se inclina también en esta dirección⁶, aunque no faltan algunos estudios que admiten la posibilidad de interdicciones judiciales a la prensa⁷.

Entre los trabajos que pueden agruparse en esta última corriente doctrinal destaca el estudio reciente de Toller, cuyos argumentos son los siguientes:

a) Aunque los derechos y libertades consagrados por el texto constitucional deben interpretarse de modo no restrictivo, no puede olvidarse que el constituyente de 1853 y 1860 se dirigió claramente contra la censura previa administrativa⁸.

b) Los arts. 14 y 32 CN no impiden las interdicciones judiciales a la prensa, sencillamente porque estas no son censura previa⁹.

c) Incluso en el caso de que fuesen consideradas como censura previa, no se sigue necesariamente la inconstitucionalidad de las interdicciones judiciales, pues los derechos reconocidos en el art. 14 CN se ejercen “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. De esta suerte, no sólo no sería inconstitucional, sino que debería considerarse bastante razonable una regulación legal que admitiese las interdicciones judiciales en orden a compatibilizar, sin restringir ni suprimir, la libertad de expresión con otros derechos y bienes públicos de naturaleza constitucional, especialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰.

d) No obstante lo anterior, para Toller la aplicación del régimen constitucional de la censura previa a las interdicciones judiciales equivale a cercenar la exigencia de “afianzar la justicia” establecida en el Preámbulo de la Constitución¹¹.

e) La libertad de prensa no es absoluta, como ninguno de los derechos constitucionales¹².

f) Si la misma censura administrativa está permitida en los casos de estado de sitio, parece razonable que, en casos concretos y apropiados pueda el poder judicial prohibir un peligro grave exterior e interno, sin un mecanismo sistemático de control y con criterios jurídicos¹³.

El valor de los argumentos que acaban de exponerse parece desigual. En mi opinión, no resulta demasiado concluyente el último de los expuestos, al menos en la forma en que se trata de argumentar, pues el estado de sitio difiere notablemente de una situación ordinaria en que, en aquél la amenaza a la seguridad exterior no sólo es actual e

dispersión muy acusada de votos (sólo tres jueces votaron de manera conjunta, otros tres aprobaron el fallo individualmente por su propio voto, y otros tres se pronunciaron parcialmente en disidencia, cada uno por sus propios fundamentos), que impide considerarlo seriamente como un *leading case*. Es de esta opinión G. J. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo I, cit., p. 406.

⁶ Cfr., además de los trabajos mencionados por F. Toller, op. cit., pp. 738-739, nota 206, G.J. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo I, cit., p. 405; y N.P. Sagüés, “La censura previa judicial a la prensa. Problemática constitucional”, en *Anales de la Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXVII, 1988, pp. 99-115.

⁷ Cfr. los trabajos citados en F. Toller, op. cit., nota 207, p. 739.

⁸ Cfr. F. Toller, op. cit., pp. 739-740.

⁹ Ibid., p. 740. En apoyo de esta opinión acude al trabajo del Juez R. C. Barra, “La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en *La Ley*, diario del 20 de mayo de 1994, p. 3.

¹⁰ Cfr. F. Toller, op. cit., pp. 741-742.

¹¹ Ibid., pp. 742 y 753.

¹² Ibidem.

¹³ Ibid., p. 743.

inminente, sino generalizada. En ese caso no basta con la censura judicial precisamente porque el riesgo es generalizado, y tal vez por eso se legitima el sistema de control previo administrativo. Al no ser éste el estado de cosas que cabe pensar en una situación ordinaria, el argumento analógico no puede aquí construirse con coherencia. Dicho de otro modo, la circunstancia que legitima el régimen de censura previa administrativa en caso de guerra origina una vulnerabilidad general que no existe en circunstancias ordinarias y, por tanto, no queda necesariamente justificada la interdicción previa judicial para estas últimas aunque lo esté la censura para la primera. Sobre el carácter no absoluto de la libertad de prensa cabe decir que no basta para convertir en constitucionalmente aceptable la llamada censura previa judicial.

Pero en realidad los dos argumentos anteriores parecen más bien *obiter dicta* en el planteamiento de Toller. De mayor interés resultan los restantes expuestos por este autor. En concreto, es inobjetable que las diferencias entre la censura previa administrativa y la prohibición judicial de publicar son de tal calibre que no es posible considerar a ésta última como una especie de la censura previa. No se trata en absoluto de dos especies de un género común denominado "censura previa"¹⁴. Por tanto, desde el punto de vista técnico-conceptual, la interdicción judicial no es censura previa.

También debe admitirse la pertinencia del argumento que apunta a la necesidad de armonizar la libertad de expresión con el derecho a la tutela judicial y, mediatamente, con los derechos sustantivos a la vida, honor, intimidad, juicio justo; y con la protección de bienes públicos como la seguridad o la administración de justicia. En efecto, en la medida que la tutela judicial preventiva puede resultar el medio más idóneo para conjurar daños graves e irreparables a los bienes y derechos citados, negar esta posibilidad supondría actuar en el sentido contrario al objetivo de "afianzar la justicia" establecido en el Preámbulo constitucional, pues impediría actuar contra cierta clase de acciones y situaciones injustas.

De la combinación de ambos argumentos se desprende la constitucionalidad de las interdicciones judiciales preventivas. Si éstas no son censura previa no pueden considerarse prohibidas por la regla del art. 14; y si constituyen en ciertos casos el único medio para obtener una solución justa a eventuales "conflictos" entre derechos o entre derechos y otros bienes de rango constitucional, pueden considerarse como permitidas tácitamente en virtud del Preámbulo constitucional¹⁵. Lo anterior debe completarse considerando la necesaria interpretación teleológica y sistemática de los derechos, que impide calificar como ejercicio de los mismos a los actos que lesionen otros derechos o bienes¹⁶.

Si se acepta lo anterior parece innecesario determinar, como trata de hacer Toller, si sería constitucional una ley que admitiese las interdicciones judiciales previas en los casos de referencia, pues la aceptabilidad de tales medidas queda establecida *ex constitutione*.

Por lo que se refiere a la determinación de la *voluntas legislatoris* que se efectúa, tampoco parece necesaria, y puede resultar perturbadora. En efecto, el texto constitucional argentino es antiguo (cerca de siglo y medio) y demanda más bien una interpretación evolutiva, dinámica, que lo acerque a la realidad de nuestros días, que una inter-

¹⁴ Resulta absolutamente contundente la demostración llevada a cabo por Toller en este sentido, en op. cit., pp. 773-824.

¹⁵ Escribo "conflictos" entre comillas por las razones que expongo en P. Serna, "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información", *Humana iura* 4 (Pamplona, 1994), especialmente pp. 223-234.

¹⁶ Sobre este punto he escrito en el art. cit. en nota anterior, loc. cit.

pretación histórica, que apuntaría a una realidad de perfiles muy distintos a los del mundo actual. Si se opta por la evolutiva, además de construirse una ciencia constitucional más moderna, se adoptará el concepto técnico de censura previa, al igual que sucedería si se recurriese a la interpretación histórica, y se podrá excluir más claramente de la misma a la interdicción previa judicial, concepto éste que, al ser actual, no es posible hallar en la ciencia jurídica ni en la legislación de la época en que fue redactado el precepto y formulada la *voluntas legislatoris*.

Sin embargo, lo dicho hasta ahora no permite todavía despejar una última incógnita, que se expondrá a continuación. Admitida la aceptabilidad constitucional de las prohibiciones judiciales en tutela preventiva de ciertos derechos cuando esto sea un medio para “afianzar la justicia”, queda pendiente saber si tales facultades judiciales vienen no sólo permitidas por el ordenamiento constitucional, sino también exigidas. La cuestión dista mucho de ser teórica, o intrascendente. En efecto, la aceptabilidad de tales medidas no está establecida por ningún precepto explícito, sino que se puede inferir de combinar el concepto técnico-restringido de censura previa, al que se llega tanto en virtud de una interpretación histórica como de una interpretación evolutiva; con el precepto de “afianzar la justicia”. Lo primero permite establecer la no-prohibición de las medidas objeto de nuestro estudio, mientras que el segundo precepto sirve como base para considerarlas autorizadas en la medida que impone un mandato constitucional, en tanto se juzgue que la solución justa de ciertos casos o grupos de casos puede venir de la mano de tales remedios judiciales. La existencia de otros derechos fundamentales en juego, en especial el derecho a la tutela judicial, sometidos a un riesgo de violación o daño, constituye el fundamento remoto del problema que aquí se maneja, la razón por la cual se deriva la injusticia cometida a través de la libertad de expresión. Pero el fundamento inmediato de la mencionada aceptabilidad proviene de un precepto expresado en forma positiva (“afianzar la justicia”) que, precisamente por eso, y por el carácter omnicomprendivo del concepto de justicia, no deja de ser genérico. Además, el verbo “afianzar” alude con claridad a una tarea positiva y necesariamente abierta. “Afianzar la justicia” no significa, pues, la imposición forzosa de un conjunto de deberes concretos a los poderes públicos, sino más bien el establecimiento de una línea programática. Además, en la medida que se trata de un precepto positivo y programático, tampoco aparece de modo necesario como comprometiendo a la Constitución con ningún acto o precepto no expresamente contenido en ella¹⁷. Por ello, si los poderes públicos deciden excluir determinados remedios o técnicas de protección de los derechos fundamentales, optando por otros, su decisión no será necesariamente inconstitucional. El hecho de que el ordenamiento jurídico prohíba ciertos remedios o técnicas que favorecerían resultados más justos que los actuales no lo convierte en un ordenamiento injusto, o inconstitucional, sino simplemente en un ordenamiento que realiza de modo imperfecto el mandato de afianzar la justicia, o que ha optado por otorgar prioridad a otras realizaciones posibles del precepto. El precepto genérico del Preámbulo excluye las decisiones legislativas o judiciales injustas, pero no aquellas que realizan imperfectamente la justicia, ni tampoco las que la realizan en menor medida que otras por las que no se opta en un determinado momento. En rigor, no puede ser de otro modo, pues ningún Estado puede asumir como fin propio la realización perfecta de la justicia. Conjurar absolutamente toda forma de injusticia exigiría un cúmulo tal de intervenciones sobre la vida de los ciudadanos que la libertad de los mismos quedaría imposibilitada prácticamente por completo. Por eso, ante la posibilidad de que la conducta libre de los ciudadanos pueda

¹⁷ Con la expresión “programático” no se quiere significar que no sea operativo, que no se trate de un verdadero precepto. En efecto, esa referencia del Preámbulo tiene carácter operativo en el Derecho argentino. Cfr. G. J. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo I, cit., pp. 104-106. El problema es que, al tratarse de una norma tan abierta no puede imponer un conjunto cerrado de comportamientos positivos.

lesionar los derechos de terceros, al Estado no se le exige necesariamente que ponga todos los medios a su alcance para prevenir este tipo de actuaciones y afianzar, en consecuencia, la justicia; antes bien, en ocasiones la actuación estatal podría causar daños mayores a esos mismos derechos, y será entonces preferible sancionar estos comportamientos a posteriori, buscando reparaciones más imperfectas del daño causado, pero evitando a la vez los daños que una justicia perfecta obligaría a infligir.

Lo anterior tiene sentido si se considera que un sistema de tutela preventiva, aunque sea judicial, también comporta riesgos para la libertad de expresión. No siendo capaz el Estado de prevenir toda forma de conducta injusta, ni siendo aconsejable intentar tal objetivo, en muchas ocasiones se tratará de elegir entre los diferentes riesgos a que debe someterse una comunidad jurídica, es decir, se tratará de elegir entre ciertos abusos cometidos a través de un ejercicio aparente de la libertad de expresión, y los riesgos de limitar ésta última a manos de un poder judicial que puede no ser tan independiente como sería de desear.

Con esto se pretende mostrar que una legislación u ordenamiento con ciertas imperfecciones en la protección y garantía de los derechos fundamentales no es necesariamente injusto, siendo en ocasiones preferible a otros más “perfectos” o previsores. Si se acepta esto se comprenderá por qué el imperativo de “afianzar la justicia”, aun sirviendo de base para aceptar la tutela judicial preventiva ante la prensa, no excluye la posibilidad de prohibirla, y no convierte en inconstitucional -en Argentina- a una norma que eventualmente la impida. Eso es lo que sucede precisamente con la CADH, que después de 1994 ha adquirido rango constitucional en Argentina, y cuyas disposiciones en la materia procede analizar a continuación.

3. LA INTERDICCIÓN DE LA CENSURA PREVIA EN EL PACTO DE SAN JOSÉ

3.1. Los textos de la Convención

Las normas relativas a la materia objeto de este estudio que cabe hallar en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se encuentran contenidas en el art. 13 CADH, donde se establece lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. 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.

5. 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 similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

La redacción de este precepto, significativamente más precisa y de mayor calidad técnica que los textos de la CN argentina, deja menos lugar a dudas que el citado texto constitucional. Por causas que no procede ahora examinar, no existe sentencia alguna de la Corte Interamericana sobre el particular. Sólo hay dos textos jurisprudenciales en los que se confirma que la interpretación de los órganos del sistema interamericano es la sugerida por la literalidad del precepto. Serán examinados aquí por orden cronológico.

3.2. La interpretación de la Corte Interamericana: la Opinión Consultiva OC-5/85

El primero de los textos es la Opinión Consultiva OC-5/85, donde la Corte se pronuncia sobre la colegiación obligatoria de periodistas, tema a propósito del cual efectúa una interpretación de los arts. 13 y 29 de la Convención¹⁸. En primer lugar, tras haber resuelto la cuestión de admisibilidad de la consulta -formulada por el Gobierno de Costa Rica- la Corte insiste en las dos dimensiones, individual y colectiva, que tradicionalmente se asignan a la libertad de expresión (n. 30), en sus exigencias respectivas (nn. 31 y 32), y en la necesidad de garantizarlas simultáneamente (n. 33). A continuación se ocupa del problema de las restricciones a la libertad de expresión, recordando que la Convención permite ciertas formas de restricción a este derecho. Por lo que interesa a nuestro tema, señala la Corte lo siguiente:

a) Las restricciones a la libertad de expresión sólo son compatibles con la Convención si se dirigen a asegurar los fines legítimos establecidos en el art. 13.2.

b) La censura previa queda prohibida en todo caso, y a ella se equipara toda medida preventiva:

“(…)En esta materia, toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.

39. 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. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas.

b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley.

c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas. Y

d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines.

¹⁸ Cfr. Corte I.D.H., La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5.

Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2”.

c) La Corte reconoce la inspiración del precepto en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las analogías con el art. 10 de la Convención Europea, que transcribe literalmente en el n. 43, para señalar a continuación (n. 45), que

“En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana, al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que él mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa”.

Finalmente, señala (n. 50) lo siguiente:

“La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al minimum las restricciones a la libre circulación de las ideas”.

De lo expuesto conviene ahora retener dos conclusiones principales. En primer lugar, en opinión de la Corte lo prohibido no es sólo la censura previa, sino cualquier medida de carácter preventivo¹⁹. En segundo lugar, se admite con claridad que el régimen de la libertad de expresión por el que opta la CADH es el menos restrictivo de los que cabe encontrar entre los sistemas más destacados de protección internacional de los derechos humanos. Podría haberse optado por una protección de menor alcance, pero se ha optado por otra máximamente comprensiva²⁰. En relación con esto, la Opinión Consultiva está plagada de referencias a la trascendencia de la libertad de expresión como elemento estructural de una sociedad política democrática²¹.

Por tanto, la Corte refrenda en el documento expuesto que la concepción de la libertad de expresión consagrada por la Convención es la tradicional *prior restraint doctrine* o regla de Blackstone, llevada hasta sus últimas consecuencias y sin dejar lugar para más excepciones que la censura previa de espectáculos en orden a calificarlos para la protección moral de los niños y jóvenes. Es cierto que el texto del artículo habla de “censura previa” (*prior censorship*), y no de “restricciones previas” (*prior restraints*), como se ha señalado contra la interpretación de la Corte, que es la sostenida aquí. Pero lo decisivo no es la expresión utilizada, sino la admisión con carácter exclusivo de responsabilidades ulteriores. En esto, más allá del rechazo de la censura previa administrativa, consiste la aludida doctrina.

¹⁹ La opinión separada del Juez R. E. Piza insiste en esta idea al afirmar: “5. 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 de la Convención 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”. Y más adelante: “8. Como se ve, el artículo 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al art. 13.2 de la Convención Americana, salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que substituyó, de modo expreso, la posibilidad de ‘ciertas restricciones’ del primero, por la de ‘responsabilidades ulteriores’, substitución que no puede considerarse accidental o semántica, sino intencional y de fondo”. (Opinión Consultiva OC-5/85, cit., pp. 67 y 69). Los énfasis pertenecen al original.

²⁰ Lo recuerda el Juez P. Nikken, en el n. 5 de su declaración: “(...) lo que es legítimo según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o según la Convención Europea de Derechos Humanos, puede ser ilegítimo en América, por apartarse de la Convención Americana” (Opinión Consultiva OC-5/85, cit., p. 78).

²¹ El horizonte de la sociedad democrática opera en la CADH como principio hermenéutico de todo su articulado (art. 29, inc. c) y como criterio para la determinación de los límites de los derechos “por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (art. 32.2).

3.3. Los conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos. La interpretación de la Comisión Interamericana: el Informe N° 11/96 (“caso Martorell”)

A pesar de la contundencia con que es protegida, la libertad de expresión no es el único derecho que reconoce la Convención Americana. Esta extiende también su protección a derechos que podrían entrar en una eventual colisión con aquélla, como la vida humana (art. 4.1), la honra y la vida privada (art. 11.1 y 11.2); además, reconoce en la seguridad nacional, el orden público, etc., bienes a proteger frente a los abusos de la libertad de expresión (art. 13.2). En general, admite que todos los derechos están limitados por los derechos de los demás y por las exigencias justas del bien común en la sociedad democrática (art. 32.2), y reconoce que junto a los derechos, todas las personas tienen también deberes (art. 32.1). Todos los derechos, también los que resultan vulnerables mediante un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, deben ser objeto de protección judicial, la cual constituye otro derecho reconocido por la Convención (art. 25.1).

A partir de aquí, en el seno del sistema interamericano de protección de los derechos humanos surge el problema de hacer compatible la tutela de los derechos que acaban de enumerarse con el carácter casi absoluto que recibe la libertad de expresión. Aunque en los artículos citados cabe encontrar algunas reglas que permiten abordar la cuestión, ésta no deja de ser espinosa, y no hay en la jurisprudencia estudiada de la Corte ningún elemento interpretativo que pueda emplearse a estos efectos. Sí cabe encontrar algunas referencias en el Informe de la Comisión Interamericana recaído sobre el llamado Caso Martorell, de 1996²².

En efecto, el tema objeto del informe era un supuesto conflicto entre la libertad de expresión y los derechos a privacidad, la honra y la dignidad. Sobre la primera, la Comisión recuerda, en el n. 55 del Informe, que a tenor de lo dispuesto en el art. 13 CADH, el principio estipulado

“es claro en el sentido de que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo. La excepción es la norma contenida en el párrafo 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”.

Tras recordar que la imposición de responsabilidades ulteriores requiere ser establecida previamente por ley y ajustarse a los fines previstos en la Convención, insiste en que la interdicción de la censura previa “es absoluta”, y en la singularidad al respecto de la CADH (n. 56):

“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”.

Finalmente, en el n. 58 se señala lo siguiente:

“El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante imposición de respon-

²² Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 11/96, Caso 11.230 (Chile), del 3 de mayo de 1996, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*, Washington D.C., Secretaría General de la O.E.A., 1997, pp. 241-263.

sabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban”.

Como puede verse, la Comisión reafirma, de manera más taxativa si cabe, la posición de la Corte en OC-5/85. ¿Qué sucede entonces con la tutela de los derechos eventualmente en conflicto? A diferencia de la posición adoptada por el Gobierno de Chile, para el cual en el *sub iudice* debía elegirse entre la libertad de expresión y el derecho al honor, resultando este último ser el derecho prevalente o de mayor jerarquía; la Comisión, tras invocar los arts. 29 y 32.2, de contenido interpretativo, entiende que en el caso no se presenta un conflicto de principios entre los que sea preciso escoger (n.71). Por eso considera ilegítima la forma de proteger la honra que ha adoptado Chile (n.73), pues

“implica dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado [nótese que no hace distinción entre órganos administrativos y jurisdiccionales] la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión”.

En consecuencia, al reglamentar la protección de la honra y la dignidad, los Estados deben tener en cuenta la interdicción de la censura previa en cualquiera de sus manifestaciones. Si se instaura un sistema adecuado de responsabilidades ulteriores, de acuerdo a lo establecido por el art. 13, concluye la Comisión, se diluye el posible conflicto entre la aplicación de los artículos 11 y 13 (n. 75).

El propósito del presente estudio no es discutir críticamente la Convención en la materia que nos ocupa, ni la interpretación que de ella han efectuado tanto la Corte como la Comisión. En este momento, se trata simplemente de determinar el alcance del art. 13, en orden a perfilar las consecuencias de su incorporación como Derecho interno en el ordenamiento argentino. Pues bien, según se desprende de lo expuesto, las medidas preventivas que suelen denominarse “censura previa judicial” o, más acertadamente, tutela judicial preventiva de daños a derechos fundamentales y otros bienes públicos de rango constitucional causados por informaciones, son incompatibles con el artículo 13 de la CADH, tanto por su tenor literal como a partir de la interpretación que del mismo han llevado a cabo la Comisión y la Corte.

3.4. Interpretaciones doctrinales discordantes

Esta conclusión ha sido discutida recientemente²³, con los siguientes argumentos:

a) Las prohibiciones judiciales no son censura previa²⁴. En este sentido, la versión oficial inglesa de la CADH emplea la expresión “prior censorship” en lugar de “prior restraint”. La expresión empleada es más estricta que la otra, y se refiere en exclusiva al sistema administrativo de censura, pero no al judicial; es más, el propio Blackstone, al formular su principio en contra de las restricciones previas, pensaba también en la censura administrativa y nada más²⁵.

b) Aunque en apariencia el art. 13.2 de la Convención instaura de manera inequívoca la regla blackstoniana de la interdicción de las restricciones previas, sea cual sea su naturaleza, al imponer el carácter exclusivo de las responsabilidades ulteriores,

²³ Cfr. F. Toller, op. cit., pp. 744-754. Conviene insistir en que suscribo la práctica totalidad de las conclusiones a que arriba el estudio de Toller. Mi discrepancia se refiere casi exclusivamente al tema objeto de este trabajo.

²⁴ Ibid., p. 748.

²⁵ Ibid., p. 749.

debe tenerse en cuenta que “la norma, adoptada en un contexto de democracias frágiles y autocracias frecuentes, fue diseñada para evitar que los gobiernos, so capa de proteger los distintos bienes jurídicos que se enuncian en el inc. 2 como merecedores de tutela a posteriori, establezcan en épocas de normalidad un sistema de censura previa administrativa y política”²⁶. Si a lo anterior se añade el hecho de que en situaciones de guerra o emergencia se admite (art. 27) la suspensión del derecho reconocido en el art. 13, puede concluirse que “es más que probable que se haya querido evitar la censura previa sistemática, que tanto daña a la opinión pública y al control ciudadano de los actos del gobierno”²⁷.

c) El art. 13.2 no dice expresamente que *sólo* sea posible imponer responsabilidades posteriores. Estas pueden considerarse mencionadas para remarcar una vía de actuación legítima opuesta a la censura previa que se prohíbe²⁸. En consecuencia, las interdicciones judiciales son una laguna de la Convención: ésta no se pronuncia sobre el particular.

d) Una interpretación sistemática obliga a tomar en cuenta que el derecho a la honra, protegido por el art. 11, no puede ser tutelado eficazmente en ciertas ocasiones si no es a través de medios preventivos diferentes de la censura administrativa. Asimismo, dicha interpretación sistemática debe tener presentes el deber de los Estados de garantizar a todos el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención (arts. 1 y 2); el derecho a la vida (art. 4.1); la existencia de deberes de todos para con la comunidad y el carácter correlativo de derechos y deberes (art. 32.1); la seguridad y el bien común como límites de los derechos (art. 32.2); y, por último, el derecho a la tutela judicial (art. 25.1), que no puede ser entendido restrictivamente y confinado al ámbito de la tutela reparatoria²⁹.

3.5. Apunte de crítica

La argumentación precedente ofrece algunas consideraciones interesantes, pero exhibe simultáneamente una extrema debilidad.

En primer lugar, como ya se ha señalado, 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.

En segundo lugar, la interpretación histórica ofrecida en b) no es muy significativa; parece más bien conjetural, pues carece de fuentes, a diferencia del proceder de la Corte y la Comisión, que explican la regla de las responsabilidades ulteriores trayendo a colación la génesis del precepto y resaltando sus diferencias explícitas con los lugares paralelos del Pacto Internacional y de la Convención Europea. Además, la debilidad de las democracias es sólo uno de los factores históricos a explorar. También debería tenerse presente el dato de la debilidad y escasa independencia del poder judicial en los mismos países. Dicho sea entre paréntesis, tal vez sea este dato lo que, en la situación dada, justifique la exclusión a priori de las interdicciones judiciales, con cuyo uso tasado estoy básicamente de acuerdo por las mismas razones que Toller.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibid., pp. 749-750.

²⁹ Ibid., pp. 750-752.

En tercer lugar, la expresión “sino a responsabilidades ulteriores” sugiere claramente que esa es la única vía de restricción aceptable. De hecho, la interpretación sistemática de la Convención exigida por Toller podrá construirse paralelamente si se desea, pero será obviando la que ya propone el propio artículo 13.2, que señala la vía de las responsabilidades ulteriores como el camino aceptable para proteger los derechos de los demás, la seguridad y el bien común. Además, ésta es la interpretación de los órganos competentes, cosa que parece olvidarse en el estudio que venimos criticando.

En cuarto lugar, es más razonable pensar que cuando un tratado sobre derechos humanos establece las posibilidades de restricción a un determinado derecho no se limite a poner un ejemplo de las formas permitidas de restricción, sino que la enumeración tenga, y así deba interpretarse, pretensiones de lista cerrada. Por el contrario, el carácter negatorio de la censura respecto de la libertad de expresión, y su consiguiente prohibición, es lo que debe considerarse puramente ejemplificativo, pues los tratados no ofrecen normalmente un catálogo de todas las violaciones de los derechos consagrados por ellos. Suelen reconocer positivamente los derechos, y sólo en algunos casos se refieren a las conductas contrarias a los mismos. Esto es lo que de hecho sucede en la Convención. Por otra parte, si se tiene en cuenta el importante principio hermenéutico, que rige para todos los derechos humanos o fundamentales, según el cual la libertad es la regla y las limitaciones son la excepción, deberá concluirse que los procedimientos y circunstancias a través de los cuales se autorizan las restricciones a la libertad de expresión han interpretarse en sentido estricto cuando el tratado se ocupa de aludir a ellos. Sería chocante que la Convención precise tan finamente con qué fines y por qué medios deben establecerse las responsabilidades ulteriores si éstas fuesen sólo una posibilidad más de “restricción” entre las admitidas por el Convenio.

En quinto lugar, y entendiéndose lo que sigue a mayor abundamiento de lo anterior, en cuanto a la posible existencia de una laguna, la Convención contiene -la interpretación sistemática sugerida obliga a referirse a ella- un precepto que permite inferir la necesidad de una interpretación amplia de los derechos (fuerza expansiva) y la protección de derechos no enumerados, lo cual obligaría a entender que lo limitado no son los derechos sino sus restricciones. Se trata del art. 29, inc. c). Tal laguna, pues, no existe. Y también se puede localizar otro precepto según el cual las restricciones a los derechos no pueden establecerse tácitamente en los ordenamientos nacionales, sino que deben efectuarse mediante el oportuno desarrollo legislativo (art. 30).

Finalmente, merece algún comentario la invocada necesidad de una interpretación sistemática para proteger los restantes derechos de los abusos de la libertad de expresión. Además de lo señalado ya al respecto, conviene tener presente que, en general, el que sólo quepa establecer responsabilidades ulteriores, y no tutela preventiva de acuerdo al art. 13.2 de la Convención, no significa que ésta no proteja a los titulares de aquellos derechos frente a los referidos abusos. De hecho, el establecimiento de responsabilidades ulteriores, que pueden llegar a ser muy onerosas para quienes incurran en ellas, posee un efecto disuasor claro y protege de modo efectivo. Si lo que se desea señalar es que no protege *impidiendo* todos y cada uno de los ataques posibles a los bienes y derechos citados, habrá de admitirse esto, pero eso es en realidad lo que sucede con todo Derecho. El ordenamiento jurídico, cualquiera que sea, es absolutamente incapaz de tutelar preventivamente cualquier derecho con una eficacia completa, del cien por cien, porque eso sólo sería posible cercenando la libertad de todos y cada uno de los posibles delincuentes, es decir, de cualquier persona normal, lo cual además de injusto no es posible. El Derecho previene con frecuencia los daños a los derechos de las personas y a los bienes públicos castigando las conductas que los lesionan y estableciendo un sistema de prevención general, pero la eficacia no es, ni debe aspirarse a que sea, completa, caso por caso. La tutela del honor mediante responsabilidades ulteriores, como la de cualquier otro derecho de los enumerados por Toller, es ya una tutela efectiva del

honor. Se podrá afirmar que en ciertos casos es manifiestamente insuficiente, o que con carácter general resulta más o menos eficaz. Se podrá decir que una tutela judicial preventiva evita los inconvenientes de la censura previa y a la vez es más eficaz que la tutela a posteriori. Con eso sólo se habrá afirmado que es lícita desde el punto de vista axiológico y de la teoría general de los derechos fundamentales, a lo cual nada hay que objetar. Pero a renglón seguido se deberá señalar que se trata de una cuestión prudencial, es decir, que la tutela judicial preventiva sea lícita no significa que sea obligatoria, ni que cometa injusticia el ordenamiento jurídico que no la permite. Este podrá ser entonces considerado más o menos perfecto, pero deberá optar por la solución legislativa que presente menos inconvenientes con carácter general; porque, a diferencia de los derechos, que corresponden a todos y cada uno de los titulares, sin que quepa hacer excepción alguna, no siempre está en las manos del legislador el diseñar técnicas de protección y garantía de aquéllos que, exentas de inconvenientes, alcancen una eficacia del cien por cien. Las técnicas de protección deben perseguir los resultados óptimos, pero su horizonte necesario no puede ser la totalidad, sino la generalidad de los casos. En el tema que nos ocupa, un factor muy importante a tener en cuenta en la decisión legislativa será el tipo de jueces disponible, su formación media, su independencia real, etc. Si esto se deja de lado, la admisión de la tutela judicial preventiva puede generar una gran inseguridad, o convertirse en un medio de control indirecto por parte del gobierno, esto es, puede llegar a cumplir las mismas funciones, ajustadas a los mismos fines, que la censura previa. Un ordenamiento que, por imperfección o por no contar con jueces aptos, dotados de competencia técnica y/o moral, deje la puerta abierta a que se inflijan ciertos daños o se cometan ciertos delitos a través de la expresión libre, determinando su sanción sólo a posteriori, no es por ello un ordenamiento injusto. No es responsable de las injusticias quien no las comete ni las permite. Y no puede equipararse a permitir las el no estar dispuesto a poner cualquier medio para impedir las. Esto, en una sociedad libre, es decir, en una sociedad donde se respetan los derechos humanos, constituye un principio fundamental que no puede ser olvidado. Las sociedades libres están más expuestas al abuso de la libertad que aquellas donde el ejercicio de la libertad se impide sistemáticamente. Ese es el riesgo de la libertad. Y ello no las convierte en responsables de los abusos.

Señalado lo anterior, se comprenderá mejor por qué la opción por las responsabilidades posteriores no equivale a la ausencia de tutela, aunque la tutela preventiva judicial pueda eventualmente resultar más conveniente. Pero éste no es el punto que se acaba de discutir, sino si el carácter exclusivo de las responsabilidades posteriores se compadece con la tutela de los derechos aludidos y, por consiguiente, resiste la interpretación sistemática propuesta.

Para finalizar la presente crítica, conviene señalar que, en efecto, la tutela de los derechos no puede quedar confinada a su dimensión reparadora, pues muchas veces será necesaria y conveniente la tutela preventiva. Eso es cierto con carácter general, pero no se ve inconveniente en que se excluya esa tutela preventiva, a la luz de las razones expuestas, cuando el vehículo del daño es la expresión, si se concluye previamente que son altos los riesgos de otra opción.

En conclusión, la propuesta de interpretación examinada, cuyo propósito apenas disimulado es evitar el escollo que supone la CADH en orden a hacer viable en Argentina la prevención judicial de daños derivados de informaciones, se asienta sobre fundamentos muy débiles, y debe ser rechazada. Esto no supone optar por la posición de fondo de la Convención -aunque se comprenden las razones de carácter sociológico que pueden hacer aconsejable la solución del art. 13.2- frente a la de Toller, sino simplemente distinguir algo que es fundamental, a saber, que una cosa es lo que resulta preferible desde el punto de vista de la justicia, y otra lo que establece el Derecho positivo en cada momento y lugar. La interpretación jurídica no puede concebirse como una

tarea de sustitución del Derecho positivo dirigida a hacerlo compatible con las particulares concepciones técnicas y/o axiológicas; es un acto o complejo de actos, de naturaleza valorativa, pero no es voluntad pura. Es preciso diferenciar ambos campos, especialmente por parte de juristas que acepten el reto de un compromiso ético. Incluso en el caso de un juez fuertemente comprometido con ciertos valores morales, cuando el Derecho positivo no establece disposiciones manifiestamente injustas, aquél deberá seguir sus dictados, aunque a su juicio sean perfectibles también de forma manifiesta.

4. LA RECEPCIÓN DE LA CADH EN EL DERECHO ARGENTINO Y SUS REPERCUSIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LAS INTERDICCIONES JUDICIALES A LA PRENSA

El paso siguiente del presente estudio será determinar las consecuencias que, en punto a nuestro tema, posee la incorporación de la CADH al Derecho argentino. Las consideraciones precedentes arrojan un cuadro general compuesto por una doble faz. Por una parte, el Derecho constitucional argentino se muestra muy abierto, de suerte que la tutela judicial preventiva resultaría constitucionalmente aceptable, aunque también podría serlo su interdicción. El texto constitucional no impone una vía concreta de tutela judicial de los derechos con carácter general. En consecuencia, y dado que pesa una grave presunción de inconstitucionalidad sobre las medidas de carácter preventivo que puedan afectar el ejercicio de la libertad de prensa, el fundamento más sólido para considerar que en ningún caso debe abandonarse por completo esa posibilidad es la existencia de otros derechos en juego, unida a un criterio programático, formulado de modo positivo y sumamente abierto, contenido en el Preámbulo: "afianzar la justicia". Por otra parte, la CADH no deja lugar para las restricciones previas al ejercicio de la libertad de expresión, ni siquiera para las de naturaleza judicial, a pesar de que reconoce simultáneamente todos aquellos derechos y protege aquellos bienes públicos que pueden ser afectados por la libertad de expresión ejercida abusivamente.

Despejar la incógnita que parece abrirse a partir de lo dicho exige determinar, en primer lugar, en qué términos está incorporada la CADH al ordenamiento constitucional argentino. La CADH entró a formar parte del Derecho argentino en 1984, tras su aprobación por la ley 23.054, de 1 de marzo de ese año, y la ratificación del ejecutivo, que tuvo lugar el 14 de agosto. En un primer momento, su incorporación al Derecho interno se realizó bajo la influencia de una línea jurisprudencial de la Corte Suprema que equiparaba los tratados ratificados por el Estado a las leyes internas, de suerte que una ley podría eventualmente derogar en todo o en parte un tratado vigente³⁰. Posteriormente cambió la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de adoptar el criterio de la superioridad de los tratados sobre las leyes. El punto de inflexión está constituido por el fallo recaído en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*,³¹ y coincide con la llegada a la Corte del Juez y ex-Presidente Dr. Antonio Boggiano, destacado internacionalista. En el citado fallo se establece, entre otras cosas lo siguiente:

17) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma los tratados (art. 86, inc. 14 Constitución Nacional), el Congreso Nacional los

³⁰ Cfr. *S.A. Martín & Cia. Ltda. c/ Nación Argentina*, Fallos 257:199 (1963), cons. 6 y 8. Puede consultarse el texto transcrito en J. Miller, M. A. Gelli y S. Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, cit., tomo 1, pp. 125-130. Los cons. aludidos, en p. 126.

³¹ He tenido a la vista el texto de la sentencia reproducido en A. Boggiano, *Ius inter iura. Teoría del Derecho Internacional. Las relaciones entre los ordenamientos jurídicos*, Buenos Aires, La Ley, 1996, pp. 507 ss.

desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19 Constitución Nacional), y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14 Constitución Nacional).

18) Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados -aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972, y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al Derecho internacional convencional sobre el Derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino.

(...)

19) Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria (...)³².

Desde ese momento la Corte admite sin ambages la superioridad jerárquica de los tratados sobre la ley interna³³. Esta doctrina, que ha sido alabada desde medios próximos a la Corte Interamericana³⁴, permite establecer con toda claridad que desde 1992 la Justicia argentina estaba en condiciones de reconocer la vigencia interna, inmune de eventuales actos del Legislativo, de la CADH. La constitucionalización de la misma no marca, pues, el punto de inflexión en nuestro tema, aunque no está exenta, como veremos, de consecuencias importantes en relación con el mismo.

La situación introducida en 1992 se consolidó definitivamente con la reforma constitucional de 1994, que introduce el nuevo art. 75, inc. 22, en el cual, tras quedar establecida la superioridad de los tratados y concordatos sobre las leyes, se otorga jerarquía constitucional a algunos tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos, lo cual supone que se incorporan al Derecho interno con la misma jerarquía que la Constitución³⁵, rango que se traduce, entre otras cosas, en el establecimiento de un procedimiento especialmente cualificado para su denuncia por parte del Gobierno de la Nación, a saber, el respaldo de una mayoría de dos tercios de cada una de las Cámaras legislativas. El texto es el siguiente:

“Artículo 75.-Corresponde al Congreso:

(...)

22.-Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y con-

³² Cfr. *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otro*, cons. 17, 18 y 19, en A. Boggiano, *Ius inter iura...*, cit., pp. 513-514.

³³ Se trata de una jurisprudencia consolidada en los últimos años por una serie de importantes sentencias, entre las que cabe destacar *Fibra Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande* (1993), especialmente cons. 3; y *Cafés La Virginia S.A. s/ apelación* (1994), especialmente cons. 9. Pueden consultarse en A. Boggiano, *Ius inter iura...*, cit., pp. 635 ss y 687 ss, respectivamente.

³⁴ Cfr. el trabajo del antiguo presidente de la Corte Interamericana T. Buergenthal, “La jurisprudencia internacional en el derecho interno”, en AA. VV., *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, ed. de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a cargo de R. Nieto Navia, 1994, pp. 67-85, especialmente 76-82.

³⁵ Cfr. G. J. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo VI, 2ª reimpresión, Buenos Aires, EDIAR, 1996, pp. 555-556.

cordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (...) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Sólo podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo nacional previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. (...)

Además de un valioso respaldo del constituyente a la línea jurisprudencial abierta por la Corte en 1992, el texto transcrito contiene dos disposiciones de notable relevancia para el tema que nos ocupa. En primer lugar, reconoce la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales que se relacionan “en las condiciones de su vigencia”; y en segundo lugar, señala que los tratados sobre derechos humanos que se constitucionalizan no derogan artículo alguno de la parte primera de la Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por ella.

Qué significa exactamente “en las condiciones de su vigencia” es cuestión discutida. En principio, podría significar que la incorporación de los tratados a la jerarquía constitucional se lleva a cabo salvando las reservas que en su día se puedan haber formulado al ratificar el tratado en cuestión³⁶. Sin embargo, importante doctrina, receptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, considera que, sin perjuicio de lo anterior, “en las condiciones de su vigencia” es sinónimo de “tal como rigen en el derecho internacional, incluyendo el modo particular de vigencia que tengan en cada Estado (v. gr. atendiendo a las respectivas reservas)”³⁷. De esta suerte, “el nuevo texto constitucional permite, a la luz de un primer análisis, admitir la doctrina de la referencia al derecho internacional, esto es, considerar que los tratados rigen en la Argentina tal como rigen en el derecho internacional y por ello en las condiciones de su vigencia, pues la vigencia de un tratado es siempre internacional. Esta es la doctrina de la Corte en el caso *Giroldi*, del 7 de abril de 1995”³⁸. Parece que esta es la interpretación que debe adoptarse, tanto por su interna plausibilidad, como por el apoyo expreso recibido de la Corte Suprema.

En el caso que nos ocupa, “en las condiciones de su vigencia” significa que, para el caso de la CADH deben aceptarse como interpretaciones vinculantes aquellas que lo sean en virtud de su propio sistema jurisdiccional. Ello significa que la interpretación de la Corte Interamericana sobre el art. 13 CADH, contenida en la Opinión Consultiva OC-5/85, que excluye toda restricción a la libertad de expresión que no sean las responsabilidades ulteriores, rige en el Derecho argentino a tenor del art. 62 CADH y del Instrumento de ratificación de la CADH y de la jurisdicción de la Corte y de la Comisión Interamericanas de 14 de agosto de 1984³⁹.

³⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 557 ss. Para el caso concreto de la Convención, en el Instrumento de ratificación se contienen una reserva y tres declaraciones interpretativas, relativas a los arts. 21; 5, inc. 3; 7, inc. 7; y 10, respectivamente. Nada, pues, relacionado con el tema que nos ocupa.

³⁷ A. Boggiano, *Ius inter iura...*, cit., p. 150.

³⁸ *Ibid.*, p. 151. El Fallo *Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación* afirma en su cons. 11 que “en las condiciones de su vigencia” significa “tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. El texto está transcrito en A. Boggiano, *Ius inter iura...*, cit., p. 738.

³⁹ Al respecto, se afirma meridianamente en *Giroldi*: “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”. Cons. 11. Puede consultarse en loc. cit. en nota anterior. El Instrumento puede consultarse en F. Salvioli (comp.), *La Constitución de la Nación Argentina y los derechos humanos*, Buenos Aires, Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos, 1995, pp. 128-129.

Señalado lo anterior, cabe todavía plantear si no existe una contradicción entre lo instaurado por la CADH en materia de libertad de expresión y la admisibilidad de la tutela judicial preventiva en la Constitución argentina considerada en sí misma. Para un enfoque adecuado de esta cuestión conviene tener presentes dos cosas. En primer lugar, que el constituyente, según se lee en el art. 75, inc. 22 transcrito más arriba, ha negado expresamente las contradicciones entre la primera parte de la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos a los que ha concedido jerarquía constitucional. Como se ha señalado, “los tratados enunciados en el inciso 22 no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución. Este es un juicio de comprobación, es decir, un juicio en virtud del cual los constituyentes han comparado los tratados y los artículos constitucionales, y han comprobado que no se produce derogación alguna. Esta es la interpretación plausible del texto, pues supone razonablemente que se ha efectuado esa comparación: por eso se ha hecho referencia a esos tratados. De aquí se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente: los constituyentes lo han juzgado así al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución, pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente mismo. En cambio, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías”⁴⁰.

En segundo lugar, y ciñéndonos al tema concreto objeto de este trabajo, debe repararse en que la regla introducida por la CADH en el interior del ordenamiento jurídico argentino no da lugar a una verdadera y propia antinomia, pues en el caso nos enfrentamos con una prohibición explícita contenida en un tratado, por una parte, y lo que la Teoría General del Derecho conoce como un permiso débil, que es sinónimo de una simple no-prohibición. El status deóntico de una conducta no-prohibida pero tampoco expresamente permitida o autorizada (permiso fuerte) no llega a entrar en colisión con la prohibición posterior de dicha conducta. Lo que sucede es, simplemente, que la conducta carecía de status deóntico definido antes de la prohibición, ocurrida la cual pasa a estar prohibida. No se ha producido, pues, antinomia o contradicción alguna. Cuestión distinta, que habría dado lugar a un verdadero conflicto de normas -una interna y otra internacional incorporada al Derecho interno-, debiéndose entonces aplicar los preceptos constitucionales y el Derecho internacional de los tratados, sería la existencia en el ordenamiento constitucional de una permisión expresa, de un permiso fuerte.

A lo anterior sólo cabe formular una objeción final, con cuyo examen se concluyen las presentes reflexiones. El art 43 CN establece el derecho a de toda persona a una forma de tutela judicial preventiva. Dice lo siguiente:

“Artículo 43.-Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

(...)

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. (...)”.

⁴⁰ A. Boggiano, *Ius inter iura...*, cit., p. 151.

En tal caso nos encontramos ante una verdadera garantía jurisdiccional, consagrada de manera explícita como tal, que sobrepasa con creces el status deóntico de la simple no-prohibición. ¿Entra en colisión con ella el art. 13 CADH, tal y como ha sido interpretado por la Corte Interamericana? No es posible acometer ahora un análisis pormenorizado del problema, ni un comentario detallado del precepto que, por lo demás, deja bastante que desear desde el punto de vista técnico⁴¹. Bastará señalar ahora lo siguiente. En primer lugar, la tutela preventiva que no admite la CADH es la dirigida a contrarrestar los abusos de la libertad de expresión, pero no cualquier forma de tutela preventiva. En segundo lugar, el supuesto contemplado por el párrafo tercero del art. 43 CN no es un caso de libertad de expresión o derecho a la información, sino más bien la consagración de un derecho de acceso a datos sobre uno mismo que consten en bancos de datos y registros, ya sean públicos o privados, *destinados a proveer informes*, esto es, a una actividad que no es la típica de los medios de comunicación, con objeto de exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los mismos cuando estos sean falsos o discriminatorios. No hay en esto restricción de la libertad de expresión porque el supuesto que se contempla no es el suyo. Más bien se reconoce a la persona sobre la que se puede informar -normalmente a través de informes privados- la garantía consistente en que pueda ésta excluir del archivo los datos falsos o discriminatorios⁴². Además, la acción de habeas data no se dirige a prohibir directamente un acto de difusión de los datos, sino a corregir o suprimir lo erróneo y *clasificar* lo privado como confidencial, en registros o bancos de datos, entre los cuales no se deben considerar incluidos los de los medios informativos, según los convencionales constituyentes que redactaron el texto del artículo⁴³. No se puede considerar una acción que tiene por objeto prohibir actos de difusión, sino simplemente tomar conocimiento del contenido de archivos en orden a modificar eventualmente el tratamiento de la información

⁴¹ En las notas siguientes se deja constancia de las razones que justifican esta afirmación. Sobre la elaboración del precepto y su carácter apresurado, cfr. N. P. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo. Ley 16.986 comentada y concordada con las normas provinciales. Amparo por mora, electoral y sindical. Hábeas data. Reforma constitucional de 1994*, tomo 3, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 677-684.

⁴² En este sentido, se ha considerado que lo protegido por la acción son los valores de verdad e igualdad. Cfr., N. P. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional...*, tomo 3, cit., p. 681. Otros autores consideran que también se estaría protegiendo el honor, la privacidad y la intimidad. Cfr. A. B. Bianchi, "Hábeas data y derecho a la privacidad", *El Derecho*, diario del 16 de febrero de 1995. No parece haber sido esa la intención del constituyente, pero debe admitirse que la redacción del precepto resulta algo imprecisa.

⁴³ El convencional Hernández, autor del art. 43, afirmó que en ningún momento la garantía estuvo destinada a restringir la libertad de prensa ni a intervenir en los archivos de los medios de difusión. La convencional Dalesio de Viola especificó que los archivos periodísticos y científicos no quedan afectados por la acción de habeas data. Y el convencional Díaz, al informar sobre el despacho mayoritario en el recinto de la asamblea, puntualizó que el habeas data no puede referirse a ninguna cuestión que pueda rozar la libertad de prensa. Cfr. N. P. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional...*, tomo 3, cit., p. 684. El problema planteado es que, si bien puede quedar muy clara la intención del constituyente, la redacción final podría haberse mejorado, a los efectos de evitar interpretaciones forzadas. Por ejemplo, Sagüés propone que la interpretación que permite excluir a los medios de comunicación de la acción de habeas data se obtiene a partir del texto final del párrafo: "no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística" (cfr. *ibid.*, p. 683). Es aceptable, pero en buena técnica constitucional, la cláusula de conciencia y el derecho a no revelar las fuentes no coinciden exactamente con la posibilidad de acceder a los contenidos de un archivo. Junto a lo anterior, este autor sugiere que una interpretación sistemática resulta clara para despejar el problema, pues "la libertad de prensa del art. 14 involucra para el medio del caso la de contar con archivos de datos no atacables por los registrados" (*ibidem*). Por nuestra parte, parece más razonable pensar que el dato que excluye la colisión con la libertad de prensa es, en primer lugar, que se trata de una acción para acceder a los archivos y registros, y nada más. Por otra, que esos archivos y registros a los que cabe acceder no son cualesquiera, sino los públicos y privados destinados a proveer informes.

recabada en ellos. En consecuencia, tanto el tenor literal del texto (archivos destinados “a proveer informes”) como la interpretación histórica resultan suficientemente explícitos al respecto, y puede concluirse que, al tener por objeto actividades diversas, no cabe hablar, pues, de antinomia alguna entre el mismo y el art. 13 CADH.

Por otra parte, el propio juicio del constituyente certifica, como se ha visto, que tal antinomia no existe, sino más bien una complementariedad general. Esto, a efectos interpretativos, debe ser adoptado como presunción *iuris et de iure*, de modo semejante a como se debe aceptar que la interpretación correcta de la CADH es la establecida por la Corte Interamericana.

En conclusión, la plausible admisibilidad constitucional de la tutela judicial preventiva de daños a derechos fundamentales y otros bienes de naturaleza pública derivados de informaciones, que cabe reconocer a partir de un análisis del ordenamiento constitucional argentino, queda impedida si se considera el bloque de constitucionalidad en su conjunto, pues dicha tutela resulta incompatible con el art. 13 CADH, tratado vigente como Derecho interno en Argentina y dotado desde 1994 de jerarquía constitucional.