

## LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO CENSURA PREVIA EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

SUMARIO: I. *Finalidad de las medidas cautelares.* II. *Transformación de las medidas cautelares.* III. *El derecho de información y la no censura del artículo 14 de la Constitución argentina.* IV. *La garantía y el derecho en la libertad de expresión.* V. *La censura previa y el control judicial.* VI. *La privacidad ante el derecho de informar.*

### I. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El moderno derecho procesal, asociado con las urgencias y realidades que muestra el desenvolvimiento de las instituciones del proceso, renueva las medidas cautelares otorgándoles una dimensión preventiva y tutelar que avanza sobre el diseño tradicionalmente conocido.

En efecto, una visión de conjunto permite advertir como el justiciable persigue la justicia rápida aún cuando no sea definitiva, por lo que utiliza las herramientas adjetivas disponibles a fin de lograr una solución provisoria, pero solución al fin, que confrontada con los tiempos, la técnica y los costos del desenvolvimiento procedimental, demuestra la diferencia cuantitativa que consigue.

En verdad, la respuesta cautelar es intrínsecamente provisional. Pero quien puede negar la eficacia que obtiene inmovilizando cosas y situaciones vaya a saber por cuanto tiempo.

La finalidad del llamado proceso cautelar, en sus orígenes —y, obviamente, en su esencia— es asegurar el resultado hipotético de una sentencia favorable.

El fundamento que las autoriza se encuentra en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual, naturalmente, ocupa un largo período hasta que llega al reconocimiento del derecho. La lentitud de la justicia se cubre, preventivamente, con estas medidas provisionales, las que

obran como paliativos de los riesgos que puede llevar la tardanza en obtener un pronunciamiento jurisdiccional.<sup>107</sup>

En la dimensión del peligro que lleva el tiempo en el litigio, puede ocurrir que sea necesario cubrir necesidades urgentes (por ejemplo: ordenando la internación de una persona para evitar que cause a otros o a sí mismo, daños irreparables), o bien, que deba lograrse una paz social inmediata, aún cuando sea provisoria (*verbi gratia* en un conflicto sobre alimentos, la cuota que se fija en tal carácter); también para resguardar la permanencia de cosas o lugares en la eventualidad de su destrucción por el no uso, la degradación posible, o la pérdida de huellas imprescindibles para tomar una pauta de acción.

En suma, el tiempo incide directamente sobre los hechos del proceso y, de alguna manera, en los derechos que se pretenden propios, porque si éstos se consiguen declarados en una sentencia favorable, y después de ello no pueden realizarse porque el objeto se perdió, ese mandato es virtualmente inútil; ha sido dictado para una situación abstracta que, oportunamente, pudo preverse.

## II. TRANSFORMACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El amplio poder de maniobra que tiene cualquier magistrado, incluye la facultad de disponer la medida que considere más apta y adecuada para el fin que se propone.

La contrapartida de estas providencias escala en las exigencias condicionantes para que prosperen. Tanto la verosimilitud del derecho (*fumus bonis juris*) como el peligro en la demora (*periculum in mora*) señalan el deber jurisdiccional de equilibrar la disposición de ellas ante un sujeto pasivo que las recibe sorpresivamente.

La ausencia de bilateralidad (se decretan *inaudita pars*) reafirma el deber de tutela, y obliga al juez a obrar interpretando no sólo el alcance de los extremos requeridos para el progreso de las medidas, sino también, la finalidad inmediata que ellas desean.

Es importante señalar esta cualidad porque cualquier disposición precautoria puede cambiar su carácter provisional, para transformarse en fuente de situaciones definitivas.

La nota de *provisoriedad* que implican las medidas, como su interinidad y resguardo hacia situaciones futuras, se difumina cuando consagran estados procesales cuasipermanentes que las vuelven en verdaderos

107 Cfr. Gozáini, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, *supra* nota 3, vol. 2, p. 161.

procesos autónomos y con pretensiones claramente dirigidas a alcanzar ese fin, para luego abandonarse a la inercia y burocracia de los procedimientos.

### III. EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y LA NO CENSURA

El artículo 14 de la Constitución de Argentina contiene el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa. A su vez, el artículo 32 del mismo ordenamiento agrega que "El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

Parece que la preocupación esencial es la garantía que tiene la prensa para difundir sus opiniones e información, sin que puedan establecerse contra ellas medidas prohibitivas o inhibitorias.

Sin embargo, aclara Bidart Campos que ese alcance dificulta la interpretación cabal de la norma, porque ella debe integrarse al concierto de las demás libertades, de modo tal que la protección asiente sobre la *libertad de expresión en todas sus formas*, esto es en el "derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, creencias, etcétera, a través de cualquier medio: oralmente, mediante símbolos y gestos, en forma escrita, a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, etcétera."<sup>108</sup>

Esta lectura corresponde al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>109</sup> permitiendo extender el derecho de no censura a todas las situaciones previstas, aun cuando nos parece necesario establecer algunas distinciones operativas que veremos más adelante.

El problema estriba en saber el alcance que tiene, es decir, ¿es un derecho absoluto?, o ¿admite restricciones basadas en intereses superiores? En su caso, ¿cuál es el límite de las potestades jurisdiccionales?.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina resulta expresiva del movimiento pendular en las ideas. En el precedente *Sánchez Sorondo*,<sup>110</sup> se dijo que los eventuales excesos de la prensa no dan motivo para el cierre de los establecimientos editoriales, porque la Constitución ha proscripto el recurso de la censura previa,

<sup>108</sup> Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. (El Derecho Constitucional de la Libertad). Buenos Aires, Ediar, 1986, t. I, p. 269.

<sup>109</sup> "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..."

<sup>110</sup> Fallos, 270:289.

“prefiriendo correr el peligro del posible abuso de la libertad de imprenta”.

De alguna manera, retornó a lo expresado *in re Calcagno*, donde se afirmó que

la verdadera esencia de este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal.<sup>111</sup>

Sin embargo, en 1963 el tribunal aceptó la prohibición de venta y circulación de una novela que fue calificada como inmoral, sosteniendo que las buenas costumbres y el poder de policía del Estado, facultaban a obrar preventivamente,<sup>112</sup> inclusive, en el caso *Verbitsky*,<sup>113</sup> donde se ventilaba la posibilidad de publicar en la prensa una solicitud de apoyo a un ex dictador, se resolvió mantener la decisión del tribunal de alzada (utilizó el standard de la actualidad del perjuicio) generando una censura encubierta.

En este fallo, la disidencia de uno de los ministros del Alto Tribunal, doctor Carlos Fayt, nos permite trazar diferencias precisas para dar una dirección adecuada a la problemática. Decía que no es conveniente confundir derecho de prensa con libertad de expresión, por cuanto la primera es una verdadera garantía constitucional y, como tal, goza de una posición de excepción, toda vez que la Ley Suprema de la Nación argentina asegura su ejercicio sin censura previa, y prohíbe al Congreso Nacional dictar leyes que lo restrinjan.

Esa área irrestricta e incoercible, sólo excepcionalmente limitada ante situaciones de emergencia nacional (artículo 23, constitucional), impide la intromisión de las autoridades públicas, debiendo reconocerse como regla que cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad.<sup>114</sup>

El nuevo pronunciamiento de la Corte, en la causa *Servini de Cubría*, pone de manifiesto el deber de los jueces de examinar aquellas hipótesis

111 CS, octubre 30/967.

112 Fallos, 257:275, reiterado luego en 282:392 y 295:15.

113 CS, junio 13/989.

114 Considerando 15 del fallo precitado.

frente a las cuales el ejercicio de publicar las ideas no admite restricción alguna, y cuando existan situaciones que admitan establecer límites "valoración que no puede ser obviada sin abdicar de la jurisdicción, lo que está prohibido conforme lo dispone el artículo 15 del Código Civil, en armonía con las garantías constitucionales de peticionar a las autoridades y del debido proceso consagradas por los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional".<sup>115</sup>

#### IV. LA GARANTÍA Y EL DERECHO EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La variable jurisprudencial tiene en el caso *Ponzetti de Balbín*<sup>116</sup> un hito fundamental para interpretaciones posteriores.

Allí quedó en claro la garantía sin censura previa, y los límites jurídicos del derecho de información respecto a la relación directa e inmediata que provoca con los derechos a la intimidad, el honor y a la propia imagen.

Lo establecido en los artículos 14 y 32 respecto a los artículos 19 y 33 era marco propicio para sugerir conclusiones.

El derecho de prensa es elevado a la categoría de un derecho individual autónomo, la legislación sobre la prensa garantizó su ejercicio estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del Estado tanto en la publicación cuanto a las empresas que realizaban la publicación, asegurando la libre iniciativa individual, la libre competencia y la libertad de empresa, considerados elementos esenciales para la autonomía humana.<sup>117</sup>

Por su parte, la libertad de expresión e información no es absoluta en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar cuando existen abusos. En este sentido, la exclusión de la censura previa no exime la responsabilidad, ni tolera el delito en que se incurre bajo el manto protector de una garantía.

Ahora bien, consagrada la garantía y determinada las responsabilidades emergentes por el uso inadecuado o directamente abusivo, conviene observar las distintas formas como el derecho aparece operativo.

La no censura del artículo 14 está dirigida a tutelar la libertad de expresión con el alcance omnicompreensivo que alertamos *ut supra*.

<sup>115</sup> CS, septiembre 8/992.

<sup>116</sup> Fallos, 306:1892.

<sup>117</sup> Considerando 6 del fallo precitado.

Pero la no censura es la garantía; el derecho propiamente dicho como es el que está sujeto a "las leyes que reglamentan su ejercicio".

Aparecen así, formas diversas de manifestar este derecho: la libertad de expresar ideas, de publicarlas en la prensa o en cualquier otro medio de comunicación, la libertad de edición, y el derecho a la información (informar y ser informado).

Esta escala o graduación jerárquica, para utilizar el esquema propuesto por Ekmekdjian,<sup>118</sup> va integrando la fisonomía de la libertad de expresión. Cada uno de ellos tiene asegurada la garantía de edición sin previa censura, pero este derecho no únicamente, significa publicación (aun cuando la Constitución expresamente lo diga) porque entonces el derecho estaría vinculando sólo a las empresas periodísticas. El derecho es de todos los ciudadanos, y la posibilidad de ser oído esta implícita en la libertad de expresarse.

Ya la Corte ha dicho que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresarse por la prensa sin censura previa cubre a las manifestaciones vertidas a través de la radio y la televisión, en tanto éstas constituyen medios aptos para la difusión de las ideas.<sup>119</sup>

A su vez, el derecho de informar puede comprenderse desde una posición amplia que la ocupe dentro de la garantía de no censura, o bien, en interpretación más acotada que admite el control previo tendiente a impedir manifestaciones incompatibles con la dignidad individual de las personas, o que directamente expresen apología de delitos, o sean ellos mismos el medio delictivo (*verbi gratia* calumnias e injurias).<sup>120</sup>

Por su parte, el derecho a ser informado exige que la comunicación sea fehaciente, precisa y veraz, admitiendo cierta vaguedad cuando ella no tiene finalidades dolosas. Es decir, toda persona tiene el derecho a informarse a través de los medios, debiendo éstos responder con lealtad a esa finalidad asociativa y cultural, porque de otro modo, cualquier información inexacta, que puede ser falsa o errónea, según haya o no mala fé del editor o su autor, origina responsabilidades y derechos de rectificación.

118 *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 78; en la nota a fallo titulada: "Otra vez se enfrentan el derecho al honor y la libertad de prensa", *La Ley*, del 19/9/92.

119 Fallos, 282:392 consid. 3.

120 En el caso *Servini de Cubria*, la Corte fija su posición, reafirmando el criterio absoluto que tiene la libertad de expresión sin censura previa, indicando el voto del doctor. Petracchi que "*debe juzgarse que resulta contraria al Pacto de San José de Costa Rica (artículo 13) y a la Constitución Nacional (artículo 14), toda sentencia que impida, incluso con carácter preventivo o cautelar, el ejercicio del derecho de expresión, a fin de evitar daños a la honra o reputación de personas*".

Los jueces tienen la posibilidad de interpretar el módulo donde se encuentran (subsunción de los hechos en la norma) y deducir desde allí las conclusiones consecuentes.

El particular, por su parte, cuenta con la posibilidad real de peticionar a las autoridades (derecho de acción) y formular pretensiones, las que en estos casos particulares, pueden ser preventivas (*verbi gratia* medidas cautelares, demandas dirigidas a lograr el cese del acto, la abstención de editar o la inhibición directa sobre la edición, circulación o distribución del medio).

En este mismo campo juega el derecho a réplica recientemente reconocido por la Corte Argentina,<sup>121</sup> entendiendo que implica permitir la respuesta o rectificación al directamente aludido, sin que por ello quede implícitamente autorizado, abrir un debate en el cual cada habitante de la Nación pueda rebatir las ideas expuestas en un medio de difusión.

## V. LA CENSURA PREVIA Y EL CONTROL JUDICIAL

En Ponzetti de Balbín, el Ministro Petracchi señala una conclusión que define la modalidad interpretativa del derecho: El derecho de prensa no es absoluto, a condición de que esto se entienda bien. Tiene un aspecto que sí es absoluto e insusceptible de reglamentación: la prohibición de la censura previa que es la esencia misma de la garantía.

Si tenemos en cuenta esta pauta, y la sumamos en sus términos al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, quedará en evidencia que la prohibición de previa censura comprende a todo el derecho de información, sin importar las formas como llegue al público.

El control preventivo que los jueces pueden ejercer, sea a través de medidas cautelares, o por las demandas directas que se formulen, los pone ante una grave encrucijada, porque han de ponderar la suficiencia de los derechos en juego frente a la supremacía de los intereses que consideren más importantes.

Leyendo únicamente la Constitución Nacional, un juez exgético diría que la no censura sólo garantiza la libertad de prensa, sobre todo si recordase la inspiración que tuvieron los artículos 72 y 85 de la Carta Magna cuando priorizan la transparencia de los actos políticos que deben publicarse en los periódicos.

121 CS, Julio 7/1992, in re: *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros.*

En cambio, quien la interpreta asociada con los demás derechos que consagra, advertiría sin hesitación que la no censura ocupa también a los derechos establecidos en el artículo 13 de la Convención Americana, porque ellos no son derechos extraños, sino normativas precisas que se han incorporado al derecho interno argentino a partir de la Ley 23.054.<sup>122</sup>

Ahora bien, tenemos por cierto que la función jurisdiccional exige observar tres cometidos principales para dar efectividad a su servicio: 1. resolver los conflictos entre los hombres o entre éstos y los derechos cuya declaración requiere para obtener un determinado estado jurídico (*verbi gratia* calidad de heredero, autorización para contraer matrimonio, etcétera); 2. Controlar la razonabilidad de los actos de gobierno a través de las declaraciones de ilegitimidad que correspondiesen cuando las resoluciones administrativas sean arbitrarias; y 3. Controlar la constitucionalidad de las leyes, incluso de oficio.

Cuando de interpretar se trata, papel trascendente y específico de todo magistrado, el problema se presenta en los efectos que continúan a la decisión judicial. Es posible que los valores analizados no tengan la misma recepción subjetiva en un juez respecto a otro. Que la misma situación encuentre perspectivas diversas entre ellos.

En Argentina dichas ambivalencias son continuas y, en materia constitucional, es posible constatar como el derecho de propiedad siempre tiene matices que lo diferencian en una u otra situación; que el derecho de enseñar y aprender, a pesar de su naturaleza operativa, repliega cuando de reglamentaciones se habla; qué decir que los derechos nuevos entrazados a partir de la emergencia del Estado que, *mutatis mutandi*, protegerían la República a partir de inconstitucionalidades manifiestas.

En fin, la necesidad de interpretar y resolver en situaciones concretas es el norte a seguir, muy a pesar de quienes se apegan a la idea de formular tendencias generalizantes desde la proyección del caso.

## VI. LA PRIVACIDAD ANTE EL DERECHO DE INFORMAR

De lo que sencillamente venimos explicando puede encontrarse una primera conclusión: la no censura del artículo 14 de la Constitución argentina se refiere a todos los derechos establecidos en el Pacto de San José de Costa Rica; de modo tal que, sin necesidad de aclararlo, está

<sup>122</sup> El Pacto de San José de Costa Rica, específicamente en su artículo 13, resulta reconocido en su absoluta dimensión, en el fallo de la Corte Suprema citado en nota 121.



consagrada la libertad de pensamiento y expresión, sin censura previa, pero sometida a responsabilidades ulteriores.

Sin embargo, la ausencia de controles preventivos obliga al intérprete a obrar con precaución, toda vez que se mueve en arenas muy inestables y ante un derecho fundamental, encuentra otro de la misma importancia que lleva a la imperiosa necesidad de equilibrar sus realidades.

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental, en esto no hay dudas. Podría hablarse también de la dignidad humana, en cuyo caso la garantía constitucional tiende a tutelar el derecho de la persona a no ser objeto de ofensas o humillaciones, condición demasiado subjetiva para leerla con una letra común.

Es evidente, y en esto coincide Pérez Luño, que la formulación moderna del derecho subjetivo surge como un intento de ofrecer un cauce técnico para el pleno ejercicio del dominio y disfrute de las cosas objeto del derecho de propiedad,<sup>123</sup> y allí fueron instalados los derechos personalísimos.

Pero cuando la intimidad se eleva a una jerarquía inédita, y aun respetando aquellas opiniones que la entronizan como valor superior de naturaleza fundamental, creemos a nadie escapa que, como derecho resultante, requiere también de específicas atenciones, porque debe comprobarse en qué casos esa intimidad, ese derecho a estar a solas es violado ilegítimamente, y cuando se lo utiliza como excusa o coartada para burlar derechos de idéntica naturaleza constitutiva.

Un autor italiano destaca que la privacidad no tiene una figura precisa que lo señale sin ambigüedades, porque tiene matices que van desde la *soledad* o ausencia absoluta de compañía, pasa por la *intimidad* en la que el individuo, sin hallarse aislado, se encuentra reducido en sus relaciones sociales y familiares sin interés en ampliarla; sigue por el *anonimato*, problema del hombre público que quiere conservar parte de ese derecho de soledad; y termina con la *reserva*, que consiste en la creación de una barrera psicológica frente a intrusiones no deseadas.<sup>124</sup>

Basados en estas cuestiones se colige que quien anticipe conclusiones necesita conocer el caso en profundidad. Nunca podría afirmarse que existe potencial peligro para la intimidad cuando el análisis es meramente superficial, conjetural e hipotético, que es el marco de atención específico que permiten las medidas cautelares.

La dificultad para intelegir en estos términos, surge cuando advertimos que nuestra legislación no cuenta con acciones de interdicción,

123 Cfr. Pérez Luño, Antonio E., *op. cit.*, *supra* nota 87, p. 320.

124 Frosini, Vittorio, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 279.

preventivas o directamente inhibitorias, de modo tal que el único camino posible lo da el proceso cautelar, o la acción de amparo con las dificultades que porta su pretensión constitucional.

En todos los casos, habrá siempre una gran dosis de apreciación personal sobre las circunstancias. Los riesgos inminentes son aquellos consecuentes del *juez legislador*, y los más graves son los que indican la absoluta inatención del fallo con las necesidades acuciantes de la sociedad.

La responsabilidad social del juez no puede quedar sin advertencia, porque la magistratura debe ser reflejo de las preocupaciones comunitarias, so riesgo de caer en aquella situación tan nefasta que hablé de los *jueces fugitivos de la realidad*.

Concluyendo, si analizamos el caso *Servini de Cubría*, con los razonamientos expuestos obtendríamos un argumento diferente.

En efecto, la Cámara argentina sostiene que se cuenta con acciones *de cese o abstención y de inhibición*, que toman rumbo a partir de las medidas cautelares, por lo cual, cuando estas tienden a impedir el abuso o violación de la intimidad que posiblemente genere un medio de comunicación, en ejercicio del artículo 1071 del Código Civil argentino sostenido por el artículo 19 de la Constitución argentina, pueden impedir la publicación ofensiva, potencialmente peligrosa para el honor de la persona.

Sin embargo, tal lectura privilegia intereses distintos cuya naturaleza fundamental no tienen el mismo desarrollo y progreso intelectual.

La no censura del artículo 14 de la Constitución argentina es una garantía absoluta, y como tal, no puede vulnerarse por mecanismos procesales de carácter sumario (por la limitación absoluta del conocimiento y la urgencia con que debe analizarse). Frente a ella, el derecho de intimidad admite un claro sostenimiento doctrinario que respetamos y compartimos, pero no es un derecho cercenatorio de otros, en tanto admite reparación ulterior, y así lo ha consagrado la jurisprudencia argentina a través de los mismos pronunciamientos que se han citado como fundamento.

Afortunadamente, la revisión efectuada por la Corte en el asunto comentado, ha trazado el papel jurisdiccional evitando complejidades que tornen figuras de jueces-legisladores.