

## ¿ESTÁ VERDADERAMENTE PROHIBIDA LA CENSURA PREVIA?

JUAN CARLOS RUA  
 Profesor Adjunto de Autonomía,  
 libertad de expresión y Democracia,  
 Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Presentación. II. Una breve crónica de la censura. III. La visión actual. IV. Reflexiones finales.

*“Una cosa es libertad y otra libertinaje”.*  
 (Señorita Alicia, maestra de cuarto grado)

### I. PRESENTACIÓN

Uno llega a la Facultad de Derecho lleno de fantasías que lo sitúan objetando enfáticamente frente a un jurado, presentando brillantes proyectos de ley que cambiarán la vida de miles o millones de conciudadanos o dirigiendo la república desde la Presidencia de la Nación. O mejor aún, en ese orden, para así cumplir el sueño de la hermosa avenida propia<sup>1</sup>.

Pero estas imágenes, que luego contrastarán con mayor o menor éxito con una vida generalmente llena de papeles inútiles, no son acompañadas de nociones jurídicas. Es decir, poco o nada sabemos de derecho cuando ingresamos a la facultad. Alguna idea sobre cómo defraudar a las empresas de seguro, la certeza de que matar a los padres es grave, de que la censura previa está prohibida y pocas otras nociones básicas.

La carrera se encarga casi por completo de nuestra formación, desbaratando los mitos sobre la fragilidad del sistema de seguros, reafirmando la idea de que es menos perjudicial trabajar e irse de casa que planificar un homicidio agravado por el vínculo, pero sin volver nunca sobre esta noción básica de que la censura previa está mal y debe ser prohibida.

Nunca se somete a reflexión o análisis esta idea. Jamás pensamos qué es la censura, en qué casos está prohibida, cuándo debe ser considerada previa o cuáles deberían ser las excepciones a la prohibición. Por el contrario, como nos ocurre con la célebre definición de ULPIANO sobre la Justicia, la prohibición de la censura

1 JOSÉ FIGUEROA ALCORTA fue sucesivamente senador, vicepresidente, presidente y juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

previa es un axioma en el que todos acordamos, probablemente porque cada uno asigna a sus palabras un significado diferente.

Este breve trabajo pretende precisar estas nociones, con una interpretación posible de las normas que regulan la cuestión.

## II. UNA BREVE CRÓNICA DE LA CENSURA

El marco normativo tradicional se limitaba al artículo 14 de la Constitución Nacional que brinda a las personas el derecho “de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”.

Éste permitió conceptualizar los primeros márgenes de esta libertad de manera tentativa, con vaivenes que dejaron poco claros sus límites. Así, bajo la premisa de que los derechos constitucionales no son absolutos, sino que pueden ser sometidos a una reglamentación razonable, la jurisprudencia históricamente ha sostenido la admisibilidad de la “censura judicial” mediante el dictado de medidas cautelares tendientes a proteger otros valores (en general honor o intimidad)<sup>2</sup>, e incluso se afirmó que otros medios distintos de la prensa merecen una protección atenuada, en función de su especial penetración en el seno del hogar<sup>3</sup>.

Sin perjuicio de ello, justo es señalar que la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y, sobre todo, los sucesivos fallos dictados por la Corte Interamericana, brindaron certeza y consistencia en la materia.

Recuérdese que el artículo 13 de ese Pacto otorga a todas las personas 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”, para concluir que “[e]l ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores...”.

De esta forma, aquella humilde redacción, pensada por nuestros constituyentes como una *coraza para el orador en la esquina de la calle*<sup>4</sup>, una protección individual de las personas que pretendía evitar interferencias por parte de los poderes públicos, fue superada, por cuanto mediante el Pacto de San José se protegen tanto la dimensión individual como la colectiva de la libertad de expresión. “En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un

2 SAGÜÉS, NÉSTOR P. “Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Ley*, AR/DOC/1572/2005, punto IV.

3 Fallos: 315:1961, caso “Servini de Cubría”.

4 Tomo esta idea de FISS, OWEN, *Libertad de expresión y estructura social*, Distribuciones Fontamara, México D.F., México, 1997, p. 25

derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno<sup>5</sup>”.

Por ello, “... la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre<sup>6</sup>”.

En este esquema es central la prohibición de la regulación preventiva de los discursos, sean estos de la índole que sean y expresados por cualquiera de los medios disponibles, por lo que aquélla distinción entre censura buena y mala<sup>7</sup>, o entre prensa escrita y medios audiovisuales<sup>8</sup>, ha perdido vigor.

Sostengo que el derecho a no ser censurado previamente debe comprender el derecho de cualquier persona –en cualquier momento– a buscar o recibir las informaciones o ideas por el medio de su elección. Por estas razones, la inclusión del adjetivo *previa* ha perdido sentido, y toda limitación de la difusión de cualquier acto debe ser considerada dentro de la prohibición general del artículo 13 del Pacto, con las excepciones que de allí surgen.

### III. LA VISIÓN ACTUAL

De la vigente jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la materia surge que “[e]s importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión<sup>9</sup>”.

5 Corte IDH, 13/11/1985, Opinión consultiva 5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas”, considerando 30.

6 Corte IDH, 31/08/2004, “Ricardo Canese vs. Paraguay”, párrafo 82.

7 Tomo esta expresión de SAGÜÉS, *op. cit.*

8 La Corte IDH expresó en “Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Caso La última tentación de Cristo”, del 05 de febrero de 2001, que “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente” (considerando 65).

9 Ídem, párrafo 70.

No se me escapan los problemas derivados de sostener esta interpretación –me ocuparé de ellos más adelante– pero creo que no sólo es compatible con la jurisprudencia interamericana ya citada, sino que es la que mejor respeta los principios democráticos que en la actualidad definen nuestra práctica constitucional<sup>10</sup>.

La regla democrática es un ideal regulativo que consiste, ante todo y más allá del voto, en una práctica comunitaria de discusión de los asuntos públicos, donde deben verse representadas la mayor cantidad de voces, en un cierto marco de igualdad. Así, lo relevante en esta postura no es la forma en que se toman las decisiones públicas, lo que inevitablemente deberá realizarse de forma agregativa o por la actuación de un funcionario electo a tales fines, sino el procedimiento permanente de formación de las voluntades que finalmente tomarán parte de la decisión<sup>11</sup>.

Piénsese que el costo de mantener indemne la noción tradicional de “censura previa” no es otro que la completa desnaturalización del ya definido alcance bidimensional del derecho protegido por el artículo 13, al privar de custodia plena a las acciones de “buscar” y “recibir”, que actualmente lo definen.

Así, nos encontraríamos frente al sinsentido de que los individuos tengan el derecho de decir o publicar sus ideas libremente, pero un funcionario cuente con la potestad de interceptarlas, evaluar su contenido, y en caso de considerarlo inadecuado, impedir el acceso a cualquier ciudadano interesado.

La forma de pensar que critico realiza una ponderación difícilmente admisible según los principios a la luz de los cuales propongo analizar el texto legal. Si derecho a la libertad de expresión comprende tanto la acción de difundir ideas e informaciones de toda índole, como la de buscarlas o recibirlas, la prohibición de regulación previa debería proteger a las tres acciones de forma inescindible. Sólo así podremos maximizar los canales de discusión de los asuntos públicos.

Consecuencia de ello es que en ningún momento un acto expresivo pueda considerarse agotado y, en virtud de los daños que cause, quitado de circulación. Así, una prohibición de exponer nuevamente una obra de arte o reeditar un libro, si bien podría parecer respetuosa con los derechos del emisor, priva a todas las restantes personas de la chance de buscarlos o recibirlos en el momento en que lo consideren oportuno.

10 Sobre la adopción de modelos democráticos basados en la deliberación, véanse en particular los artículos 2 y 6 de la Carta Democrática Americana, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001 y el fallo de la CSJN del 29 de octubre de 2013, “G. 445. XLIX. y G. 451. XLIX.,” “Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ acción meramente declarativa”, considerandos 20 a 24.

11 Puede leerse mi opinión en extenso en RUA, JUAN CARLOS, “Víctimas y publicidad del juicio penal. Algunas reflexiones democráticas”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Nº 8, Año IV.

Esto nos pone frente al problema de que si toda censura está prohibida se desvanece el sentido del término “previa” allí incorporado. Si bien no cabe presumir lisa y llanamente un error del legislador, o que los términos utilizados son superfluos<sup>12</sup>, lo cierto es que de una forma u otra debe asumirse un problema de técnica legislativa. O el convencional incluyó la palabra “previa” cuando era innecesaria, o erró el prohibir la censura previa del derecho a la “libertad de expresión” cuando debió hacerlo exclusivamente respecto del acto de “difundir informaciones e ideas de toda índole”.

Por consiguiente, frente a las disyuntiva interpretativa de considerar superflua una palabra o reformular integralmente el texto legal, sostendré que, dejando de lado la excepción del inciso 4 del citado artículo 13, en cuanto autoriza la censura previa de los espectáculos públicos con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, toda otra limitación a la circulación de los discursos públicos se encuentra vedada<sup>13</sup>.

Aun los discursos de odio, expresamente prohibidos por la Convención<sup>14</sup>, cuentan con esta indemnidad. Al respecto, la Relatoría para la Libertad Expresión de la OEA sostuvo que “... un examen exhaustivo del texto del artículo 13 puede ayudar a arrojar cierta luz sobre el significado exacto del inciso 5. En la versión en español de la Convención Americana, el inciso 4 del artículo 13 establece que los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa sólo para la protección de la moral de los niños, ‘sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2’. Esta referencia al inciso 2 es similar a la del texto en inglés que dice: ‘no obstante lo dispuesto en el párrafo 2’ (*notwithstanding the provisions of paragraph 2*), y ambos implican que el inciso 4 tenía el propósito de establecer una excepción al inciso 2. Dado que el inciso 5 no establece una excepción similar a la del inciso 2, sea en inglés o en español, de ello se deriva que las expresiones de odio están regidas por la imposición de responsabilidad posterior dispuesta en el inciso 2.<sup>15</sup>”.

No debe dejar de tenerse en cuenta que la fórmula “prohibición” que surge del inciso quinto admite diversas interpretaciones posibles, por cuanto perfectamente podría remitir a una sanción penal –esta es la fórmula que mayoritariamente

12 Fallos: 324:2153.

13 En idéntico sentido se pronunció BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS, en “Censura Previa en EEUU y Argentina”, *LL*, 1999-E, 1157.

14 “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

15 Relatoría para la Libertad de Expresión, Organización de los Estados Americanos, “Las expresiones de odio y la Convención Americana de Derechos Humanos”, 2014, puntos 28 y 29.

adoptan las prohibiciones en nuestro sistema–, a la indemnización de los afectados o a una directa limitación en la circulación del discurso.

Esta última interpretación, si bien plausible, no tiene en cuenta las diferentes redacciones de los incisos y es poco respetuosa de las ideas fuertes de autonomía<sup>16</sup> y democracia<sup>17</sup> que subyacen a toda nuestra práctica constitucional, razón por lo cual debe ser rechazada de plano.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

Sin importar los valiosos objetivos que pudieran tener en mente, legisladores y jueces no podrán válidamente evaluar de forma preventiva los discursos públicos, fuera del escaso marco tendiente a proteger la integridad moral de niños, niñas y adolescentes. En todo caso, cuentan con la posibilidad de fijar responsabilidades ulteriores para aquéllos actos que consideren dañosos<sup>18</sup>, sin entorpecer la libre circulación de ideas, precondition del “debate público desinhibido, vigoroso y completamente abierto”<sup>19</sup> sobre todos los asuntos de interés comunitario.

Llegados a este punto, bien podría preguntárseme si el honor, la intimidad o la igualdad no son valores igualmente protegidos por nuestro esquema constitucional y, en ese caso, cómo puedo sostener que debe permitirse la permanente circulación de discursos reconocidamente dañosos para las personas.

Una primera respuesta, puramente jurídica, es la siguiente. Me encuentro convencido de que la que propongo es la mejor interpretación posible de las normas en juego. Por eso, para quien la comparta pero rechace las soluciones a las que conduce, el camino es su modificación, no la creación de lagunas axiológicas que nos permitan ignorarlas bajo la fórmula “si el legislador hubiese conocido mi caso, la situación sería diferente”<sup>20</sup>.

Máxime cuando, como es el caso, se cuenta con herramientas suficientes para penalizar a quien calumnie o injurie a otro, resarcir los daños causados y responder o rectificar cualquier información inexacta o agravante.

Por otro lado, en un plano puramente axiológico, esta clase de conflictos son una gran oportunidad para reflexionar acerca del valor que damos a la autonomía

16 Véase, por ejemplo NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de derecho constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2005, capítulo primero, punto F.

17 MARTÍ, JOSÉ LUIS, “La república deliberativa. Una teoría de la democracia”, Marcial Pons, Madrid, España, 2006, p. 181.

18 Existen criterios específicos para regular la fijación de responsabilidades ulteriores en caso de difusión de expresiones de odio, cuyo desarrollo excede el objeto del presente. Algunos de ellos pueden ser consultados en el citado informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión.

19 Esta célebre expresión pertenece al fallo “New York Times vs. Sullivan” de la suprema Corte Estadounidense, 376 US 254.

20 CARLOS NINO dice que se da una laguna axiológica “... cuando un caso está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas

y asumir que las posturas maximizadoras son incompatibles con regulaciones paternalistas sobre la circulación de discursos. Sumado a ello, la coherente adopción de un modelo robusto de democracia nos obliga a centrar nuestros esfuerzos en la multiplicación de los intervinientes en el debate público.

Mantener la puerta cerrada requiere un sacrificio, por supuesto, pero abrirla no significa más que la sumisión voluntaria al mandato mayoritario que, como un padre bueno o severo, nos dirá qué leer, cuáles son las películas que debemos ver y qué afrentas a sus valores podemos oír sin ponernos en riesgo de abandonar la senda correcta.

---

pautas axiológicas”. Ver del autor *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 287.

# EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

## II

### *Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos*

Dirección

**ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA**

Prólogo

**SERGIO G. FERNÁNDEZ**

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN

AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ

PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO

GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ

CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI

ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS

CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA

AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER

LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO

EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN

MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA

LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL

JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA

JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA

GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN  
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*1ª Edición: Diciembre de 2016*

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)  
CDD 342

### **Edición:**

© Asociación de Docentes  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son  
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
Av. José Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina