

NO A LA CENSURA

Jorge Reinaldo Vanossi

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Litoral y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Profesor de Derecho Político y Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

Director del Instituto de Derecho Constitucional y Político Carlos Sánchez Viamonte.

Presidente de la Federación Argentina de Colegio de abogados.

Dir. Av. Figueroa Alcorta 3255, 1425 Buenos Aires, Argentina.

El tema de la censura —recurrentemente de moda— plantea nuevas reflexiones, encaminadas a poner de resalto la lesión que esa viciosa práctica causa a los valores culturales de la sociedad en que desafortunadamente se practica.. Primeramente, es menester recordar que la libertad de expresión **nace** antes que la expresión misma. Porque para exteriorizar algo, hay que **gestar** antes ese algo. Por lo tanto no pueden haber dudas acerca del presupuesto, o sea, que es menester la libertad para la **elaboración** o formación del pensamiento.

La experiencia histórica indica que en un ambiente coercitivo, sólo con una suerte de **heroísmo mental** se pueden forjar ideas. Ya en su época, los grandes procesos levantados contra ciertas obras del pensamiento libre, demostraron la inutilidad del esfuerzo represivo; pero no podemos ignorar que esos “procesos” de alguna manera cohibieron el desarrollo mental de todos aquellos que no estaban insuflados de suficiente “heroísmo” o que preferían —por temor— volcar sus inquietudes hacia otros terrenos culturales menos riesgosos frente al “poder de policía” del poder público. Es por ello que un autor contemporáneo, Stein, señala que hay que evitar que la voluntad del pueblo resulte **doblegada** antes de manifestarse.¹

En esta cuestión participan varios derechos que en su ejercicio hacen posible que se alcance el grado de libertad necesaria para el desarrollo mental de un pueblo que sea tal y no que quede reducido a un rebaño de esclavos. Tales derechos son, como mínimo, los siguientes: 1) el **derecho a los hechos**, que supone el amplio acceso a la información; 2) el **derecho a los juicios**, que supone la posibilidad de emitir una valoración sobre los hechos; 3) el **derecho a comunicar libremente**, que significa la libre transmisión de los hechos y de los juicios; 4) el **derecho a la discusión pública**, o sea, la posibilidad de amplio debate de las ideas, los hechos y los juicios; y 5) el **derecho a manifestar**, a través del ejercicio de la libertad de reunión, circulación, etc.

Las libertades mencionadas precedentemente abarcan un sinnúmero de manifestaciones concretas de ejercicio práctico y real. Por ejemplo: el derecho a conocer **inmediatamente** las noticias; el derecho a formar agencias de noticias; el derecho a designar corresponsales en otros lugares; el derecho a oír radios del exte-

(1) Conf., STEIN, Ekkhart, “Derecho Político”, Ed. Aguilar, Madrid, pág. 127.

rior sin interferencias; el derecho a leer la prensa opositora; el derecho a que no se vea turbado el acceso a los medios de prensa extranjera; etc.

En el derecho constitucional de la libertad está reconocido que cuanto mayor interés para la comunidad revista el tema, mayor debe ser la protección que se otorgue a la libertad de debate. De allí nace la creciente protección al **derecho de crítica**, que hace a la salud del sistema político y social, que es el presupuesto del control y de la responsabilidad, y que, por lo tanto, debe estar incluido entre los ingredientes de la libertad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha brindado expresa protección a la "crítica" estableciendo al respecto márgenes y límites que incluso van más allá de los comúnmente reconocidos para la libertad de expresión entre particulares (Fallos: 269:200, **caso Moreno**). Es que tratándose de la crítica a los detentadores (legítimos o ilegítimos) de los poderes públicos, los regímenes democráticos constitucionales ponen el acento en la mayor protección de los gobernados, aún a riesgo de sacrificar en alguna medida la susceptibilidad de aquellos gobernantes.²

Esto también se relaciona con el reconocimiento en los regímenes políticos democráticos de un verdadero **derecho a la formación de una "opinión pública"**. Sin este derecho no hay posibilidad concreta de participar de la formación de una **"opinión política"**.³ Estamos ante el ejercicio de verdaderos derechos subjetivos de las personas, de los mismos que antes eran llamados derechos públicos subjetivos o derechos cívicos. De todos modos, ya en 1860 advertía Vélez Sarsfield, que sólo con la libertad de expresión (de imprenta) "... se puede crear hoy el gran poder que gobierna a los pueblos y dirige a los gobernantes: **la opinión pública**". Las connotaciones de esta libertad con la caracterización de la estructura política, son obvias: mientras que en las autocracias

(2) La Corte Suprema declaró que es esencial manifestación del derecho a la libertad de prensa el ejercicio de la libre crítica a los funcionarios por razón de actos de gobierno. La publicación que traduce una censura áspera, una protesta vehemente contra los funcionarios judiciales que ordenaron el secuestro de una película cinematográfica ("El Silencio"), pero que sólo revela una discrepancia de criterio insusceptible de deshonrar, desacreditar u ofender en su dignidad y decoro a aquéllos, no puede fundar una condena de desacato al director de la revista. En el notable dictamen del Procurador General, doctor Ramón Lascano, se cita expresamente la doctrina jurisprudencial norteamericana en virtud de la cual esa amplísima libertad de crítica sólo cede ante los casos en que se compruebe fehacientemente un real propósito malicioso (*actual malice*).

(3) Para todos los aspectos de la formación y expresión de la "opinión política", véase: BADENI, Gregorio, "La Opinión Política", Ed. Plus Ultra, 1972.

domina el fanatismo y se extiende el miedo (aunque no haya violencia visible), en las democracias se acepta el pluralismo, se respeta el garantismo y se practica el control. La libertad de expresión es una libertad inherente a la vigencia de estas tres notas características de la democracia constitucional. Asimismo la libertad de expresión es y actúa como una **garantía mutua o recíproca** de los demás derechos (Hauriou), en el sentido de que esos otros derechos no son fácilmente practicables si no se gozan al mismo tiempo de la libertad de expresión.⁴

En la actualidad, se caracteriza al Estado democrático como el resultante del **gobierno de la opinión pública**. Así está entendido en el marco de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de las Naciones Unidas (año 1948), cuyo artículo 19 proclama: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". Las constituciones de post-guerra, empeñadas en brindar cobertura jurídico-institucional o la estrecha relación entre la libertad y las formas políticas de la democracia pluralista, han incluido cláusulas de parecido tenor.

II - La afirmación del derecho de publicar las ideas por la prensa o por cualquier otro medio de expresión y difusión, creado o a crearse, sin clase alguna de censura previa ni posterior, no empuja a la aceptación de la razonabilidad de las únicas trabas a la circulación, que deben ser las tendientes a la protección de la **juventud** y del **honor personal**. Las limitaciones legales tendientes a esa protección no están descalificadas constitucionalmente. Ello es así, por cuanto el honor personal y la protección de la juventud revisten la calidad de **"intereses públicos privilegiados"**, que se sitúan por encima de los demás intereses públicos.⁵ Con respecto a la juventud, hay que reconocer en el ámbito de los "derechos sociales" un derecho subjetivo correspondiente y perteneciente a ese sector de la sociedad, que le permita acceder a niveles satisfactorios de expresión formativa, a través del cinematógrafo, teatro, radio, televisión y otros medios. Por desgracia, en este tema, la Argentina es uno de los países más descuidados

(4) Véase: HAURIOU, Maurice, "Derecho Público y Constitucional", Ed. Reus, Madrid, 2ª Ed., s/f., pág. 120; y ROMERO, César Enrique: "Derecho Constitucional", Ed. De Zavalia, Buenos Aires, 1976, tomo II, pág. 16.

(5) Conf., STEIN, ob. cit., págs. 142 a 145.

y desubicados del mundo, a causa del desinterés de su sociedad y, por ende, de una mala política estatal que es el fiel reflejo de falta de metas de aquella sociedad.

Pero es menester puntualizar —para que no queden dudas— que sólo están constitucionalmente justificadas las limitaciones que sean realmente adecuadas (Stein) y conducentes a la preservación del honor y de la juventud. Por fuera de esos casos debe predominar el postulado de la Libertad y, en caso de duda, debe estarse en favor de esa Libertad, tal como la Corte Suprema lo ha señalado a partir del **caso Sojo** en el siglo pasado.⁶

Como es sabido, dentro de un orden constitucional, ninguna libertad es total y ningún derecho es absoluto (art. 14, C.N.). La idea de un derecho ilimitado pertenece a una concepción antisocial.

Pero hay derechos sobre los cuales la “relatividad” de su ejercicio debe ser menor, por cuanto un mayor interés social está de por medio. Este es el caso de la libertad de expresión, porque hace a la faz espiritual del individuo (que no reconoce fronteras) y al desarrollo cultural de la sociedad (que no puede tener fronteras **a priori**). Por lo tanto, se puede sostener que los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional son, en este tema las **cláusulas más directamente operativas** de ella: 1º) porque no se necesitan normas de implementación para pretender el goce de esa libertad; y 2º) porque está claramente remarcada la prohibición al poder público de sancionar normas limitativas (artículo 32).

El Estado sólo puede incriminar conductas, penando los actos, a través del Código común respectivo: el Código Penal. Y no puede avanzar más, porque el único que puede proceder es el Poder Judicial, que lo hace así para asegurar el respeto de **otros valores en juego**. Tal es el sentido de las figuras tipificadas en los artículos 114, 128, 161, 212, 213, y 244 del Código Penal.

Afirmamos pues que con el Código Penal como herramienta represiva es suficiente; por cuanto: 1) se trata de una “norma general” (con lo que se evitan los **bill of attainders**); 2) es una ley en sentido formal (con lo que se impiden las normas represivas de inferior jerarquía); 3) no puede surtir efecto retroactivo; y 4) contiene únicamente previsiones objetivas (con lo que se evitan los caprichos, las venganzas y las arbitrariedades). Mas lo fundamental radica en que un régimen del bien llamado derecho penal

(6) Sentencia del 22 de septiembre de 1887 (Fallos 32:125).

liberal, tales normas de tipicidad abstracta, están dirigidas a regular el orden general de la conducta humana en la vida comunitaria; o sea: a) que no se dirigen contra la libertad de expresión como tal o en particular; b) que resuelven la colisión de un bien jurídicamente protegido con otros intereses, pero no precisamente con la libertad de expresión; y c) que sólo afectan tangencialmente a esta libertad, en la medida que tales leyes generales también deben ser respetadas incluso por quienes ejercen la libertad de expresión.⁷

Con las reflexiones precedentes queremos significar que la libertad de expresión debe ser considerada en el conjunto de las libertades humanas como el **menos “relativo” de los derechos**. Con ésto, estamos acá parafraseando a Vélez Sarsfield, que en oportunidad de la Reforma de la Constitución Nacional, en 1860, habló de “la más absoluta libertad...”. Si se nos requiriera una difícil elección entre las protecciones que brinda nuestro régimen constitucional, no vacilaríamos en formular axiológicamente nuestra preferencia por dos de las ciento once cláusulas de la Constitución Nacional: en favor del art. 18 que protege la seguridad individual y en favor del art. 14 que preserva la libertad de expresión.

III - El recordado artículo 14 de la Constitución Nacional cubre con su protección el derecho a publicar las **“ideas”**. Discrepamos con quienes sostienen que en esa alusión a las ideas la norma se refiere a las ideas “políticas” nada más. Ese “modelo jerárquico” de las ideas fue defendido por Stevens en la Suprema Corte de los Estados Unidos: se pretendía la máxima protección al habla política y una menor protección a otros tipos de habla que no serían parte esencial de la exposición de ideas de la sociedad. Pero el aludido modelo fue rechazado por la mayoría del Tribunal.

Entre nosotros debemos extraer la misma conclusión. El art. 14 se refiere a **toda** clase de ideas. Pero: ¿qué son las **ideas**, en el lenguaje constitucional? En una obra reciente, el profesor Quiroga Lavié limita la protección a las ideas y excluye a las **imágenes**.⁸ Salta enseguida la pregunta: ¿es razonable esa separación, a los efectos constitucionales? Nuestra respuesta es terminante: se trata de una tesis liberticida.

(7) Conf., STEIN, ob. cit., págs. 145 y 146.

(8) Véase: QUIROGA LAVIE, Humberto: “Derecho Constitucional”, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, 251 a 254.

Bertrand Russell y Berkeley dan el nombre de "idea" a todo lo que es **inmediatamente** conocido como, por ejemplo, **el testimonio de nuestros sentidos**.⁹ Consultado el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, en la segunda acepción del vocablo "ideas", dice: "...Imagen o representación que del objeto percibido queda en el alma: 'su idea no se borra jamás de mi mente'". Por lo tanto, y sin perjuicio de acudir a otras referencias debemos concluir que las **imágenes** también están protegidas por la libertad constitucional. Y que el límite de esa protección está dado por la comisión del **delito** de publicaciones obscenas (artículo 128 C. P.).

Queda en pie la hipótesis de la publicación de **una imagen desprovista de ideas**. Claro está, que la Constitución no está prevista para contemplar un tipo así de situaciones.

De todos modos, para las hipótesis comunes es menester dar la respuesta acerca del ejercicio legítimo de la represión penal: ¿qué justifica la prohibición? Al respecto, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha consagrado la doctrina del **peligro claro e inminente**, que fuera elaborada hace muchos años para fundamentar la procedencia de restricciones a las libertades públicas bajo circunstancias suficientemente graves como para inclinar excepcionalmente la balanza en favor de la autoridad y en detrimento de la libertad. Claro está, que la doctrina americana del "peligro claro e inminente" no opera como un **bill** de indemnidad para convalidar toda clase de restricciones, sino que únicamente procede en aquellos casos en que la valoración general comunitaria se inclina por la salvación de la libertad de **todos** a costa de la restricción de ciertas libertades ejercidas por algunos.¹⁰

¿En qué consiste ese "peligro"? Consideramos que en materia de libertad de expresión sólo queda configurada una situación excepcional y extraordinaria de "peligro claro e inminente" cuando

(9) Conf., RUSSELL, Bertrand: "Diccionario del Hombre Contemporáneo", Ed. Santiago Rueda, Buenos Aires, 1955, pág. 153.

(10) Para las múltiples aplicaciones de la doctrina del peligro cierto y actual, puede verse: C. HERMAN PRITCHETT, "La Constitución Americana", TEA, Buenos Aires, 1965, págs. 518 a 523, 577 y 578, 589, etc. Citamos las páginas especialmente dedicadas a la aplicación en materia de libertad de expresión. Asimismo, para las dificultades prácticas que suscita la aplicación de la referida doctrina, puede consultarse: MILTON R. KONVITZ, "La Libertad en la Declaración de Derechos en los Estados Unidos", Ed. Omeba, Buenos Aires, 1959, pág. 239 y sigts. También VANOSSI, Jorge Reinaldo: "Félix Frankfurter (1882-1965) y su Aporte a la Jurisprudencia Constitucional", en "Teoría Constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, tomo II, pág. 429 y sigts.

el caso cuestionado ofrece todas las características de exhibir una mera **apelación a la irracionalidad**. No debemos olvidar que el hombre es una combinación de: **razón** (racionalidad), **sentimientos** (emocionalidad), e **instintos** (animalidad). No se puede prescindir de ninguno de esos elementos. Todos ellos existen en el ser humano: **su** afectividad, **su** intelectualidad, etc. Pero tampoco se puede unilateralizar la cuestión. Por lo tanto, se trata de enriquecer un proceso cultural, evitando la proliferación de la pura violencia, la pura obscenidad, el puro odio racial o político o religioso.

En ese camino, algunas restricciones pueden aparecer irrazonables: así, en los Estados Unidos, en el caso **Pacífica Foundation**, la Suprema Corte había autorizado a una agencia gubernamental a limitar la radiodifusión hasta el nivel apto para niños de cinco años de edad; lo que a juicio de muchos observadores significaba en sus eventuales resultados correr el riesgo de que el razonamiento del público adulto se viera reducido a las ideas y al razonamiento de un niño. Como puede verse, la permanente dificultad para equilibrar proporcionalmente los medios y los fines, asume el rango de una adecuación muy difícil de resolver en los términos del equilibrio que supone no sacrificar alguno de los valores en juego.

Todo lo dicho adquiere particular relevancia en el caso de la **cinematografía**. En primer lugar, no está demás reivindicar su pertenencia al terreno de la libertad de expresión (mundo cultural) antes que al ámbito de la industria (mundo comercial). Así quedó establecido en los Estados Unidos por la Suprema Corte, a partir del año 1947, con la decisión recaída en el caso de la película "El Milagro", colocando la cuestión decididamente en el plano de las Enmiendas I y XIV de la Constitución de Filadelfia.¹¹ Pero un año antes, en 1946, el Comité Jurídico Interamericano —que luego pasó a ser órgano de la OEA— declaró en un proyecto que "...el término libertad de expresión se extiende al uso de todos los métodos de difusión de las ideas y opiniones, tales como el teatro, el cinematógrafo y la presentación por radio de ideas y de hechos".¹²

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado el mismo criterio desde 1971, en el caso de la pelícu-

(11) Véase: ALBERT B. SAYE, JOHN F. ALLUMS, MERRITT B. POUND, "Principios del Gobierno Americano", Ed. Distribuidora Argentina SRL., Edsar, 1981, p. 115.

(12) Confr., LINARES QUINTANA, Segundo V.: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Ed. Alfa, Buenos Aires, 1956, tomo III, págs. 603 y 604.

la "Ni vencedores ni vencidos".¹³ No podría ser de otra manera, toda vez que en la Constitución Nacional los artículos 18 y 95 imponen una solución que debe guardar congruencia con los principios de la separación de los poderes, de la defensa en **juicio** de la persona y sus derechos, de la prohibición al Poder Ejecutivo de asumir facultades judiciales, y del derecho a la jurisdicción. Con normas más precisas y más categóricas aún que las contenidas en la Constitución Federal de USA, nuestro sistema constitucional no puede admitir un régimen de definición administrativa de los derechos de la persona.¹⁴ En consecuencia, estimamos que la doctrina correcta es la siguiente: el Poder Administrador no puede **prohibir** ni "**cortar**" las películas. Por sus facultades, ese Poder sólo debe "**calificar**" las películas, siempre que lo haga **razonablemente** y, dado caso, debe **denunciar** la posible comisión de un delito ante la Justicia Penal, poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Público para que éste proceda si así lo considera pertinente.

En otros países, el sistema puede tener otras modalidades, según el marco constitucional y la tradición legal. Así, por ejemplo, en la República Federal Alemana no existe la censura previa en la exhibición cinematográfica; allí hay un "autocontrol voluntario" de las empresas de cine, y ese control elimina también la represión a **posteriori** (en los Landers o provincias practican fomento sobre ciertas películas a través de ciertas medidas tributarias).

Pero también hay otro aspecto no menos relevante, que es habitualmente silenciado. Para nosotros es un aspecto preeminente. Nos referimos al tan vulnerado **derecho del autor a la integridad plena de su obra**. Del mismo modo que no es concebible que un escultor acepte la exhibición mutilada de su obra, ni que un pintor deba soportar que su cuadro aparezca en público con una porción de lienzo tapada, ni que un novelista pueda aceptar sin lesión de su misma concepción literaria que la novela se publi-

(13) *Caso Daniel Mallo* (Fallos 282:392), con citas de la Constitución Nacional, arts. 14, 32 y 33; ídem de U.S.A., Enmiendas I y XIV, caso *Burstyn, Inc. vs. Wilson*, 343 US 495.

(14) En los Estados Unidos, la decisión debe ser judicial y rápida. Los autores citados en la *nota 11* de este trabajo (*ut supra*), destacan que "el procedimiento estatal debe proveer una rápida determinación judicial acerca de si el filme cuestionado es o no obsceno. Los jueces de instrucción a menudo han ordenado la exhibición de la película para poder contar con mejores pruebas para el caso" pág. 115). Para la situación argentina, véase nuestro relatorio en las *Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo en Homenaje a Bartolomé Fiorini*, La Plata, 1981.

que trunca, tampoco parece lógico que el autor cinematográfico deba inclinarse y aceptar que su concepción artística o su idea intelectual queden sometidas a la tijera y al talante de un burócrata censor. Tamaño disparate sólo tiene andamio en los países subdesarrollados: claro está que nos referimos al subdesarrollo mental, causante de hábitos y de reacciones que no hacen otra cosa más que limitar los horizontes del pensamiento y de agudizar una cierta proclividad hacia la irracionalidad. Es por estas razones que merece admiración la actitud asumida por Woody Allen cuando se opone a la exhibición de sus obras cinematográficas en aquellos lugares donde la censura local pretende introducir alteraciones en el original. Lo que hace este autor no es otra cosa que defender el derecho a la intangibilidad de una creación, toda vez que si en la obra así creada se aceptaran las interferencias del censor, ya no se trataría de la obra original sino de un adefesio al margen del espíritu inicial. En todo caso —y dicho irónicamente— estaríamos ante un caso de co-producción, consumado fuera de toda voluntad del autor.

En muchos casos, "la tijera" del censor llega en forma indirecta: por ejemplo, cuando en las películas cuya banda sonora es "doblada" a otro idioma, la traducción no es fiel o resulta incompleta con respecto al texto original. Tampoco está demás insistir en que "la calificación" de las películas, con fundamentos que reposan en la necesidad de regular el acceso a ellas para la protección moral de la infancia y la adolescencia, debe ser efectuada **razonablemente**, ya que en caso contrario la imposición de criterios exagerados puede privar a amplios sectores de la población joven de un país de la posibilidad de gozar de obras de alto valor artístico o de esclarecedora visión política (este último caso se ha dado entre nosotros con motivo de las limitaciones impuestas al notable **film** "Mussolini: último acto", que en otras comunidades ha sido declarado de libre exhibición).

Por todas estas razones es que entendemos que la Ley 18.019, que rige la materia, es **inconstitucional**. Dicha norma no responde a la exigencia de revisión judicial mínima y suficiente, que es propia de un "estado de derecho" con los rasgos que le imprime al nuestro el régimen armónico de los artículos 14, 18 y 95 de la Constitución Nacional. Por lo demás, el artículo 2º de esa Ley, que autoriza los "cortes" y las prohibiciones de películas, entrega todo este ámbito al arbitrio del órgano administrativo, que —como bien ha señalado Germán Bidart Campos— por el casuismo de

dicha norma, así como la vaguedad de sus previsiones, significa poner en manos de la autoridad de aplicación "un elemento temible por su forma de uso".¹⁵ A las objeciones antedichas no empece la circunstancia de que las resoluciones calificadoras sean susceptibles de impugnación por la vía del amparo o por la vía de los recursos previstos en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos: el sistema de la Ley 18.019 es, en sí, insanablemente inconstitucional, y así debe ser declarado en la primera oportunidad judicial que se suscite debidamente el caso, hasta que sobrevenga la oportunidad institucional de un profundo cambio legislativo en materia de libertad cultural.¹⁶

Estas reflexiones pueden coadyuvar en la tarea de búsqueda de una solución de armonía constitucional. La pura censura administrativa no lo es. Nos permitimos recordar que la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el año 1965, en el caso **Freedman vs. Maryland**,¹⁷ a propósito de la película "Venganza al amanecer", ha sentado el criterio rotundo de que **sólo es válida en esta materia una restricción penal por vía judicial**. Entiende ese Tribunal que cualquier prohibición del censor anterior a la decisión

(15) Confr., BIDART CAMPOS, Germán J.: "La Libertad de Expresión Cinematográfica", En "Anales de Legislación Argentina", Vol. 5, año 1969, pág. 4.

(16) En nuestro Proyecto de reformas constitucionales presentado a la VIII Conferencia Nacional de Abogados, La Plata, en 1970, habíamos incluido cláusulas de reformamiento de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, sobre la base de numerosos proyectos presentados en la Convención Nacional Constituyente de 1957, en Santa Fe. Nuestra redacción incluía en el artículo 14, consagrar el derecho "... de publicar sus ideas por la prensa o por cualquier otro medio de expresión y difusión, creado o a crearse, sin clase alguna de censura previa ni posterior, sin más trabas a la circulación que las limitaciones legales tendientes a la protección de la juventud y del honor personal". En cuanto al artículo 32, la redacción propuesta decía: "Ni el Congreso Federal ni las legislaturas provinciales pueden dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa. Tampoco puede trabarse la investigación científica, la literatura, el arte y toda otra actividad espiritual creadora, ni la publicación, difusión o representación de sus resultados o comprobaciones. Los espectáculos públicos solamente pueden ser sometidos en virtud de la ley a *calificación previa*, con el único objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. No caben restricciones a la libertad de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de autorización a los canales de televisión.

"En todo el país sólo pueden calificarse como abusos de la libertad de prensa y expresión los hechos constitutivos de delitos comunes, los que quedan sometidos a la jurisdicción que corresponda. Los delitos cometidos por medio de la prensa nunca se reputan flagrantes. No se pueden secuestrar las imprentas y sus accesorios, las máquinas y demás enseres de las estaciones radiodifusoras y de televisión, como instrumentos del delito durante los procesos, ni clausurarse los locales en que están instalados. Siempre se admite la prueba como descargo cuando se trata de la conducta oficial de los funcionarios o empleados públicos, o de calumnia".

(17) Confr., US Supreme Court, 380 US 51.

judicial debe estar limitada al mantenimiento del **statu quo** por tiempo compatible con el de la resolución judicial final. Para esta Corte, la cuestión es muy clara: si no hay tal salvaguardia, le censura es inconstitucional.

En síntesis: la libertad de expresión es un derecho subjetivo de las personas, en toda sociedad pluralista y con un régimen democrático-constitucional. Esa libertad debe ser muy amplia, al punto de reconocer en su ejercicio el menos "relativo" de todos los derechos individuales (sic). Pero ello no implica la impunidad por los delitos que se pudieran llegar a cometer a través del ejercicio de esos derechos. Se trata, en tales casos, de delitos comunes cometidos por medio de la prensa, pero que —en definitiva— no tienen una sustancia distinta de la propia del mismo delito cuando es cometido por otro medio que no sea la prensa (como muy bien señalaba Carlos Sánchez Viamonte en sus clases no existen el delito de cuchillo o el delito de revólver, por lo que tampoco cabe hablar de delitos de prensa...). Hay un aspecto de esta cuestión que, sin embargo, merecería un tratamiento específico: es el del juzgamiento de las conductas presuntamente infractoras de la ley penal. Creemos que en esta materia, donde está en un derecho tan inherente a la soberanía política como es la libertad de expresión, sería conveniente y ventajoso para la sociedad argentina que la determinación de culpa o inocencia de los acusados quedara a cargo de **jurados**, cuya composición es eminentemente popular. Los "jurados" están previstos en los artículos 24 y 102 de la Constitución Nacional, aunque hasta hoy el H. Congreso Nacional no ha procedido a su implantación efectiva. No obstante ello cabe recordar que en varias Constituciones provinciales argentinas, sancionadas después de la Organización Nacional, fueron previstos los "jurados" como tribunales competentes para intervenir en los casos de denuncias por supuestos abusos de prensa. Este antecedente, debidamente actualizado, aparece **mutatis mutandis** como un valioso elemento para devolver a la sociedad la determinación final sobre el mérito de las conductas presuntamente incriminadas en relación con la libertad de expresión. En lugar del Estado propiamente dicho (a través de sus jueces) sería el pueblo directamente y sin delegación (por medio de sus "jurados") el que resolvería este tipo de cuestiones que, por su naturaleza, afecta tan gravemente a los valores y creencias compartidas de la sociedad. Más aún, en los Estados de forma **federal**, este sistema tendría la segura ventaja de permitir que la sociedad de cada Provincia expresara a través de sus respectivos "jurados"

los juicios de valor correspondientes a la sensibilidad media de cada comunidad en torno a la existencia o no de "obscenidad", de incitación al delito, o de otras conductas que la ley **nacional uniforme** tipifica como delictivas pero cuya comisión configurativa dependen en muchos casos de modalidades ambientales **locales** que son eminentemente **variables**. Un régimen como el que aquí preconizamos es el que más se adapta al carácter mixto de nuestro Estado Federal, en el que se deben armonizar adecuadamente los datos de la unidad legislativa con los de la diversidad jurisdiccional. Esto hace también a la cuestión de las valoraciones morales medias de cada ambiente, en el seno de una sociedad compleja y dispersa.¹⁸

IV - Por la vía del tema de la censura hemos arribado finalmente a la cuestión de la **moral** en el ámbito del derecho constitucional. Este punto de llegada —de forzosa llegada— nos coloca ante el artículo 19, en su parte pertinente: "Las **acciones privadas** de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la **moral pública**, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Por su parte, el artículo 58 menciona la "inhabilidad moral sobreviniente" como causal de remoción de los legisladores por el juicio de sus pares. Pero es en la primera de las dos normas citadas donde surge más claramente la distinción constitucional entre la "**moral pública**" y las acciones "**privadas**". La Constitución pone la primera cuestión en terreno abordable por la regulación estatal, mientras que reserva la segunda cuestión a la estimación meta-jurídica o a los criterios religiosos que gravitan sobre la conciencia de los individuos. La separación constitucional es precisa: lo público y lo privado, entendidos como dos mundos, que si bien se relacionan entre sí y hasta se condicionan recíprocamente para el criterio del constituyente resulta que sólo con respecto al primero cuadra admitir el ejercicio de potestades represivas, ya que con respecto al segundo queda reservado al fuero íntimo de la persona humana.

Por lo tanto, debemos entender que el Estado no puede incursionar en la moral privada, es decir, en la "virtuosidad" de las personas. Esto quiere decir que no es su tarea la de regenerar

(18) Para antecedentes en materia de "jurados" locales, véase ARTURO M. BAS, "Derecho Público Provincial", Ed. Domenici, Córdoba, 1909, pág. 427. En USA, ver ob. cit., *ut supra*, nota 11, pág. 116, en torno a la determinación local de la obscenidad en cada comunidad.

a los individuos por sus costumbres privadas. Como acertadamente señala Bidart Campos, no debemos olvidar que las exigencias de la moral pública son menores y menos severas que las de la ética individual.¹⁹

En consecuencia, en esta materia debemos manejarnos con las valoraciones medias ambientales, que pueden variar en el **tiempo** y diferir según los **lugares**. Traemos a colación un ejemplo que llegó a los estrados judiciales: el **caso Lolita** (Editorial Sur). Para la mayoría de la Corte Suprema bastaba con el contralor judicial del acto municipal (Ley 1260) para salvar el principio constitucional del artículo 95; pero quedó bien en claro en los votos de dos de los jueces de ese Alto Tribunal, que la destrucción de los ejemplares de una obra secuestrada, cuyos valores artísticos no se discuten, proyecta la decisión fuera del **ámbito territorial** dentro del cual esa decisión es válida y priva de la posibilidad de acceso al **público de otras comunidades con distintos criterios de apreciación**, o porque allí los valores artísticos prevalezcan sobre cualquier calificación desde el punto de vista ético (voto del doctor Aberastuguy Fallos 257:275). Por su parte el doctor Luis María Boffi Boggero, en su voto, consideró también que la Municipalidad de Buenos Aires al ordenar la destrucción de las publicaciones cuya inmoralidad se cuestiona, ha impedido su circulación fuera de los límites de su competencia, sustituyéndose al criterio que bajo el amparo del artículo 32 de la Constitución Nacional **cada provincia** puede ejercer en el juzgamiento de la **moralidad** de la publicación y, en su caso, a las autoridades de **otros países**.

Los argumentos de los jueces preopinantes son ciertos y muy convincentes. En esta materia, las valoraciones pueden ser muy relativas. Así, lo que para una comunidad es obscenidad para otra es indecencia...; y así sucesivamente. También es cierto que hay comunidades y personas que creen (ingenuamente) que coartando las imágenes se consiguen suprimir los hechos... De todos modos, quedan muchos interrogantes que son a su vez fuente de otras preguntas. Por ejemplo: ¿dónde termina la seriedad literaria y la calidad artística, para empezar la explotación de conductas sexuales ofensivas? ¿Cuándo queda configurada la pura obscenidad? ¿Cuándo la atracción predominante está fincada en el interés lascivo o mórbido? ¿Cuándo se dejan totalmente de lado los valores

(19) Conf., BIDART CAMPOS, ob. cit., *ut supra* (nota 15), pág. 6.

morales sociales? Estos y otros puntos han sido planteados y reflexionados por los Jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos cuando han debido afrontar la responsabilidad de decidir en este tipo de cuestiones que, al mismo tiempo, resultan intrincadas y de materia altamente opinable. Nuestros jueces tampoco pueden escapar al desafío. Y, a propósito, creemos que como en todas las grandes opciones, está presente acá también el valor de la Libertad, que adquiere particular relevancia cuando se trata de asegurar la expresión del pensamiento y de las ideas: por eso, creemos que en la duda —y siempre que no medie una situación de peligro grave, claro e inminente— debe estarse en favor de la solución que no arroje un resultado liberticida. Para superar el miedo a los riesgos de una amplia libertad de expresión, nada mejor que concientizar el paralelismo de efectos que sugiere esta sabia reflexión del juez Brandeis: la luz del sol es el más poderoso de todos los desinfectantes.²⁰ La solución contraria es la de los instintos primarios, o sea, la que brota irreflexivamente, casi siempre movida por el miedo: como advierte Bertrand Russell, se restringe la libertad de opinión cuando el gobierno no se siente seguro; a lo cual nosotros agregaríamos y cuando la pereza de la sociedad erosiona los valores del civismo, es decir, cuando se prefiere el paternalismo antes que los esfuerzos de una vigilancia permanente. Si a algún segmento de la libertad es más oportuno volcar un pensamiento del numen de la Revolución de Mayo, nosotros diríamos que es con relación a la libertad de expresión que preferimos efectivizar aquel ruego de Mariano Moreno: **Un poco más de esas libertades peligrosas...**²¹

V - El presente y el futuro de la libertad de expresión requieren que cualquier enfoque político-constitucional sea asumido con la perspectiva del Estado de Derecho en la etapa de la democracia social. Un enfoque en el marco del constitucionalismo social —en el cual estamos inmersos— sirve para recordarnos que tiene un sentido muy relativo hablar de libertad de expresión

(20) Citado por Linares Quintana, en obra indicada *ut supra* (nota 12), quien también trae a colación el pensamiento de otro gran Juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos: Oliver Wendell Holmes, para quien "la mejor prueba de la verdad es el poder que tiene el pensamiento para imponerse en la competencia del mercado" (pág. 624).

(21) En tiempos más recientes, el poeta y pensador mexicano OCTAVIO PAZ ha dicho: "La única arma eficaz contra las ortodoxias es la crítica; para defendernos de la intolerancia y de los fanatismos no tenemos más recurso que ejercer, con firmeza pero con lucidez, las virtudes opuestas: la tolerancia y la libertad de espíritu. Yo no reniego de Montesquieu ni de Hume ni de Kant".

cuando las condiciones impiden **formar las ideas racionalmente**. Como siempre el problema de la libertad condicionada por la **necesidad**. Son los condicionamientos a la libertad que nacen de las situaciones de miseria o de analfabetismo general. Por eso, no podemos evadirnos del dato de la realidad: son tan atentatorios al ejercicio efectivo de la libertad el "Estado Policial" como lo es un Estado que mantiene a su Sociedad por debajo de los umbrales del mínimo de bienestar. En una comunidad paupérrima e ignorante, el goce de la libertad es un eufemismo o, tal vez, un grueso sarcasmo.

La libertad de expresión concreta —la del período final del siglo en que vivimos— también sufre menoscabos provenientes de la acción de los monopolios de la prensa y demás medios de comunicación social, pública o privados. Acá también —y con la máxima razón comprobada— es evidente que el **pluralismo** es el "oxígeno" de la libertad de expresión. Si por causas económicas falta esa diversidad o se borra la conciencia reflexiva sobre la pluralidad, entonces sería imperioso buscar el medio de asegurar cierta **competición** dentro del propio órgano de expresión de la comunidad. Pero sin llegar a ese extremo, el ideal es que a una sociedad pluralista —con conciencia de tal— y con un Estado democrático y constitucional, debe corresponder la oportunidad a todos los sectores de opinión e intereses, de acceder a los derechos mencionados. Una vez más, el imperativo de procurar una cierta igualdad de oportunidades. Esto es particularmente destacable cuando median —ya sea de **jure** o de **facto**— verdaderos monopolios u oligopolios en materia de radiodifusión y de televisión, pues frente a situaciones tan estrechas y asfixiantes, surge la legítima invocación de una "libertad de programación" (Stein). La reciente constitución de España (año 1978) incluye entre las protecciones que su artículo 20 brinda a esta libertad, la siguiente: "La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará **el acceso a dichos medios** de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España" (inciso 3º).

La admonición sarmientina sobre la inmortalidad de las ideas tiene permanente sentido constitucional: las ideas no se matan por la mordaza de unos hombres sobre otros hombres; las ideas se superan con otras ideas o se extinguen ante el constrate de la

pérdida de su vigencia en la comunidad. Las ideas no se someten a proceso ni a represión, que en todo caso ayudan como tinglado a la prolongación de aquellas ideas que la propia competición habría devaluado ante la conciencia de la comunidad. Cuanto más, el proceso a las ideas o a las imágenes ha servido —cuando aquéllas o éstas encerraban valores positivos— a la consagración histórica de los autores acusados en los procesos a Charles Baudelaire y a Oscar Wilde no reivindicar ni a los fiscales ni a los jueces; las “astillas” de la Cátedra de José Manuel Estrada se enquistan como pólvora en los aparentes fundamentos de una cesantía como sanción por las creencias; mientras que la torpeza universal del censor abre las puertas fenicias de la chabacanería y cercena caprichosamente el derecho social de toda comunidad a que se mantengan abiertas y fluidas las fuentes nutricias del enriquecimiento cultural y del necesario debate germinador de nuevas ideas y creencias. Mientras no se lo entienda así, una sociedad que prolongue la censura no hará otra cosa que prolongar el tiempo infantil del sometimiento pasivo al “plato de lentejas” que elabora el libretista de turno.