



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“ASOCIACION CRISTO SACERDOTE Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES”, EXPTE: EXP 14194 / 1**

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2004.

**Y VISTOS:**

Estos autos, para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada —a fs. 217/227—, en relación con la medida cautelar dispuesta a fs. 169/176, cuyo traslado fue contestado en tiempo oportuno por la parte actora a fs. 240/251; y por esta última parte —a fs. 187/9—, con respecto a la procedencia y monto de la contracautela establecida en el pronunciamiento citado.

La Sra. Fiscal de Cámara dictaminó a fs. 259/262, propiciando que se confirme la medida cautelar sólo con relación a las obras artísticas cuestionadas.

**VOTO DEL DR. HORACIO G. A. CORTI**

I. La Asociación Cristo Sacerdote inicia acción de amparo con el objeto de que el Gobierno de la Ciudad se abstenga de exhibir objetos de la muestra “León Ferrari. Retrospectiva. Obras 1954-2004” que provocan (o pueden provocar) heridas en los sentimientos religiosos de los habitantes o en un grupo de ellos, entre los que se encuentra la propia Asociación. Alegan el derecho a que no se ofendan los sentimientos religiosos de los habitantes con fundamento en el derecho a profesar libremente el culto (art. 14, CN); en la libertad religiosa y en la garantía contra cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión o menoscabo (arts. 10, 11 y 12, inc. 4, CCBA) y en las limitaciones a los derechos de profesar la propia religión y la propia creencia que surjan de la ley o que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y moral públicas o los derechos y libertades de los demás (art. 12, inc. 3, CADH), todo ello según surge del punto II de la demanda, “Objeto”.

En el cuerpo del escrito se enumeran obras y describen (de forma sintética) 49 obras (punto V, “Hechos”). Luego de la enumeración se expresa que esos objetos causan una herida a los sentimientos religiosos de los creyentes, que no se encuentran obligados, a su juicio, de soportar.

Entienden también que el propio Gobierno reconoce el hecho provocador de lesión al poner carteles donde se dice que en esta exposición hay obras que pueden herir la sensibilidad religiosa o moral del visitante.-

Agregan que el artista pertenece al Club de Impíos, Herejes, Apóstatas, Blasfemos, Ateos, Paganos, Agnósticos e Infieles, en formación, circunstancia relevante, a su entender,

para atribuir potencia lesiva de los sentimientos religiosos ajenos a la exhibición que hace el Gobierno.

Citan en apoyo de su tesis disposiciones penales de otros Estados y el Código Contravencional de la Ciudad, art. 68.

Como medida cautelar se solicita (ver punto VIII de la demanda) que el Gobierno se abstenga de proveer instalaciones y recursos humanos y materiales por medio de los cuales se posibilite la exhibición de los objetos pertenecientes a la muestra que en la misma demanda fueron denunciados y descriptos como provocadores de herida en los sentimientos religiosos.

Se aclara que no se pide el levantamiento total de la muestra o que se prohíba su eventual exhibición en un lugar privado (ver el punto VIII, últimos párrafos).

II. La sentencia de primera instancia considera que se han herido sentimientos religiosos, que la Argentina es un país cuyos habitantes profesan en su mayoría el culto católico, y *“que la sociedad vive con la sensación de un sentimiento religioso lesionado y se ha acudido a este tribunal a fin de reestablecerlo”*.-

A ello añade que la libertad de expresión se encuentra limitada por lo dispuesto por el art. 1071 bis, CC y que la muestra del caso importa una intromisión arbitraria en la vida ajena.

También destaca que *“este tribunal se siente convocado a preservar la tranquilidad social”*, que a su entender se encuentra alterada.

Por dichas razones en la sentencia de primera instancia se decide suspender, de forma cautelar, los actos administrativos que dispusieron la realización de la muestra.

III. El Gobierno recurre la decisión y sostiene, en síntesis, que el art. 1071 bis, CC, nada tiene que ver con el caso, que se está ante una situación de censura judicial, y que no se han armonizado de forma adecuada los derechos constitucionales en juego.

IV. Al contestar el traslado, la Asociación actora destaca que: a) la libertad de expresión no es absoluta; b) resulta irrelevante el no estar obligado a visitar la muestra, pues *“el insulto está ahí”*; c) *“los espacios de la Ciudad de Buenos Aires no se pueden ceder para realizar 51 insultos a Jesucristo, 24 a la Virgen María, 27 a los ángeles y Santos, 3 directamente a Dios y 7 al Papa”*, y d) el Estado debe brindar acogida a todas las manifestaciones de los ciudadanos, pero no a todos los insultos.-

V. De manera previa, y recibido el expediente, se dispuso la inspección ocular de la muestra, hecho que tuvo lugar el día 24 de diciembre, con la presencia de los letrados de las partes, la totalidad de los miembros de este tribunal y la Sra. Fiscal de Cámara.



### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

VI. Corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación sobre la medida cautelar dictada. Adelanto desde ya mi opinión. Por las razones que a continuación expongo, a) por medio de la sentencia bajo examen se otorgó una medida cautelar no solicitada (porque lo dado excede el marco de lo pedido: resolución *extra petita*), b) según el análisis limitado efectuado en este estado larval del proceso (juicio de admisibilidad de la petición cautelar), los derechos invocados por la amparista carecen de verosimilitud, c) es en cambio la propia decisión recurrida la que ha afectado derechos constitucionales, al punto que se configura en el caso una inaceptable situación de censura judicial, y d) se ha comprometido el interés público, de forma incompatible con el diseño del sistema cautelar.

VII. Este Tribunal tiene una consolidada doctrina sobre las medidas cautelares, basada en la interpretación del código procesal aplicable.

Con respecto a las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo la doctrina, la jurisprudencia y la legislación tradicionalmente han exigido como recaudos de admisibilidad la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la no afectación del interés público, sin perjuicio de la complementaria fijación de una contracautela (esta Sala, *in re* “Rubiolo Adriana Delia y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, expte. n° 7; “Carrizo, Atanasio Ramón c/ G.C.B.A. s/ Medida cautelar, expte. n° 161/00; “Salariato, Osvaldo c/ G.C.B.A. s/ Impugnación de actos administrativos s/ Incidente de apelación-medida cautelar”, expte. n° 1607/01, “Casa Abe S.A. c/ G.C.B.A. s/ Acción meramente declarativa-art. 277 CCAyT) s/ Incid. apelación contra resolución de fs. 108/9 y aclaratoria de fs. 119” expte. 271, entre muchos otros precedentes).

Estos requisitos fueron receptados y regulados, con sus peculiaridades, en la ley procesal local. Así, el art. 177, CCAyT, establece que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión del acto administrativo impugnado, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción.-

El art. 177 agrega que aquel que tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas.

A su vez, la admisibilidad de la suspensión de la ejecución de un acto administrativo se encuentra condicionada a la concurrencia de los requisitos comunes de las medidas cautelares y, en particular, a los que contempla el artículo 189 del CCAyT para la procedencia de esa medida (esta Sala, autos “Ambrosetti, Alicia María y otros c/ GCBA s/ Amparo”, expte. n° 291 del 19/12/00). De modo que se requiere que la ejecución del acto

administrativo causare o pudiera causar graves daños al administrado –y siempre que de la suspensión no resultare grave perjuicio para el interés público-, o bien que ese acto ostentare una ilegalidad manifiesta o su ejecución tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión.

VIII. Surge del relato antes efectuado que la amparista no ha solicitado la clausura de la muestra sino, de forma acotada, que no se faciliten medios para exhibir una serie de obras que detalla, a su juicio hirientes de la sensibilidad religiosa. De la observación de la muestra surge que las obras individualizadas no agotan la totalidad de las exhibidas, de manera que al clausurarse la exposición se afecta una actividad cultural de la Ciudad que nadie ha impugnado. Más allá de las razones que eventualmente hubiera para no permitir la exhibición de ciertas obras, no forma parte de la litis la pretensión de clausurar la totalidad de una muestra retrospectiva que abarca 50 años de actividad, período durante el cual el artista ha utilizado diferentes técnicas y ha transitado por diferentes estilos.

Se está, entonces, ante una decisión que excede lo pedido, pues el amparo nada dice sobre la totalidad de la muestra y, por ello, se afecta sin razón la política cultural de la Ciudad y los derechos del artista a exponer y del público general en apreciar la obra. Por cierto, de haber razones que justifiquen, por hipótesis, dar una medida cautelar diferente de la pedida (según la autorización plasmada en el art. 184, CCAyT), tales razones debieron haberse expuesto en la sentencia, pues de lo contrario se está ante una decisión que carece de fundamento, generándose una situación de arbitrariedad (sentencia no justificada), que el orden jurídico procesal no tolera.

IX. En segundo lugar es preciso tener en cuenta que no es éste un proceso penal o, siquiera, contravencional.-

En esta causa no hay ningún indicio que sugiera la presencia de una conducta que pueda ser subsumida en un delito o una contravención. Sobre esto último no puede obviarse la sentencia dictada por la justicia contravencional de la Ciudad (causa “Martorell”, del 10/12/04, dictada por el juez Ricardo Baldomar).

El propio amparista reconoce esta circunstancia al destacar, de forma expresa, “*La falta de tipicidad penal o contravencional del caso específico*” (ver contestación de la apelación, punto I, fs. 245 vuelta del incidente).

Esta aclaración inicial es de importancia pues el límite central (y de mayor intensidad) que el orden jurídico le fija a la libertad de expresión se encuentra plasmado en la legislación penal, tal el caso de los arts. 109 y ss. CP (delitos contra el honor), 209 y 213 (delitos contra el orden público), o art 1, ley 23.592.

X. Al no estar en esta causa en juego un abuso en el ejercicio de un derecho, que pueda entonces ser tipificado como delito o contravención, es preciso analizar la aplicación



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

al caso de la disposición de derecho civil utilizada para fundamentar la sentencia en crisis: el art. 1071 bis, CC.

Comparto el análisis del Gobierno en su recurso: esta disposición nada tiene que ver con el caso.-

En el orden jurídico argentino, el derecho a la intimidad recibe consagración en el art. 19, CN, además de numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional (Pacto de San José de Costa Rica, art. 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; Convención de los Derechos del Niño, art. 16, entre otros). También la Constitución local reconoce expresamente *“El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana”* (art. 12., inc. 3).

Asimismo, y ya a nivel infraconstitucional, el artículo 1071 bis del Código Civil tutela ese ámbito de reserva en los siguientes términos: *“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”*.

Ahora bien, la aplicación de esa normativa se encuentra supeditada, lógicamente, a la existencia de un ataque a la esfera de intimidad de los sujetos, lo que requiere establecer en forma previa el contenido de ese ámbito de reserva.

Enseña la doctrina que la intimidad es el ámbito comúnmente reservado de la vida, de las acciones y de los sentimientos, creencias y afecciones de un individuo o de una familia. De allí que el derecho a la intimidad sea el que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas (Rivera, Julio C., *“Instituciones de derecho civil. Parte general”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 86/87). En sentido concordante lo define Cifuentes como el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones de su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos (Cifuentes, Santos, *“El derecho a la intimidad”*, ED, 57-832).

De modo que no resulta suficiente, a los efectos de la aplicación de la normativa en análisis, que el hecho que se reputa lesivo moleste o hiera la sensibilidad o las convicciones de otro u otros; si así fuera, el derecho a la intimidad podría convertirse en un peligroso instrumento para censurar críticas u opiniones ajenas que no se comparten. Por el contrario,

para que se configure una lesión de la intimidad es requisito *sine qua non*, precisamente, que la mortificación de las costumbres o sentimientos a que hace referencia el artículo 1071 “bis” del Código Civil vulnere el ámbito de reserva cuyo contenido se acaba de describir, interfiriendo en el libre desarrollo del plan vital de los afectados.-

No parece ser ésa, sin embargo –dicho esto con la provisionalidad propia de la instancia cautelar-, la situación que se presenta en autos.

En efecto, si bien los autores coinciden en general en el sentido de que dentro del concepto de intimidad se encuentran comprendidas, entre otras cosas, las creencias religiosas (Ferreira Rubio, Delia, comentario al artículo 1071 “bis” del Código Civil en Bueres, Alberto J. (dir.) – Highton, Elena I. (coord.), “Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3<sup>a</sup>, p. 131; Padilla, Miguel A., “Lecciones sobre derechos humanos y garantías”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, t. II, p. 34), ello se entiende, como bien señala Bidart Campos, como vinculado “*con ciertos aspectos de la libertad religiosa que hacen al fuero íntimo del hombre. Fundamentalmente, se trata del contenido de la libertad religiosa conocido con el nombre de libertad de conciencia*” (Bidart Campos, Germán J., “Manual de la Constitución reformada”, Ediar, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 524).

En tal sentido lo ha entendido también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la conocida causa “Ponzetti de Balbín”: “*Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas; la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad*” (Fallos, 306:1892, énfasis agregado)

Así las cosas, es claro que habría violación a la intimidad –sin perjuicio de que el hecho resultare además lesivo de otros derechos- si, v.g., se divulgaran arbitrariamente las creencias religiosas de una persona, o se le impidiera profesar libremente su culto, o pretendiera imponérsele una determinada convicción religiosa en contra de su voluntad. Pero nada de ello ocurre en el *sub lite*. La exposición organizada por el Gobierno de la Ciudad –a la que nadie se encuentra obligado a asistir- puede disgustar, irritar o incluso contrariar la sensibilidad o las creencias religiosas de quienes profesan la fe católica, pero en modo alguno les impide llevar adelante su plan vital con arreglo a los dictados de ese culto. Por el contrario, la circunstancia de que parte de la comunidad católica se haya manifestado pública y libremente en contra del contenido de la exposición, lo que incluyó actos de oración y expresiones religiosas varias frente al lugar en el que ella se desarrolla es



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

la mejor prueba de que la libertad de conciencia no se ha visto afectada ni restringida por la muestra en cuestión.

Por consiguiente y sin perjuicio de lo que se agrega a continuación, no hallándose comprometido *prima facie* el ámbito de intimidad de las personas, resulta erróneo deducir la existencia de una violación a ese derecho de la sola circunstancia de que la muestra pueda molestar los sentimientos religiosos de parte de la comunidad.-

XI. De lo expuesto ya queda en claro que no se alegan en el caso conductas tipificadas como delito o contravención y que, paralelamente, no hay violación del derecho a la intimidad, de conformidad a la legislación civil.

Dicho lo anterior, corresponde examinar con mayor atención los derechos invocados por la amparista (art. 14, CN, arts. 10, 11 y 12, CCBA y art. 12, inc. 3, CADH).

El art. 14, CN, en su parte pertinente, declara que los habitantes de la Nación gozan del derecho de profesar libremente el culto. Complementariamente, el art. 10, CCBA declara que en la Ciudad rigen todos los derechos postulados por la Constitución Nacional. El art. 12, CCBA, en su inc. 4 garantiza “*El principio de inviolabilidad de la libertad religiosa y de conciencia. A nadie se le puede requerir declaración alguna sobre sus creencias religiosas, su opinión política o cualquier otra información reservada a su ámbito privado o de conciencia*”.

Por su parte, el art. 12, CADH en un mismo artículo protege tanto la libertad de conciencia como de religión. Cito a continuación los tres primeros incisos: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás*”.

Tal como destaca Gelli en su comentario al texto constitucional: “*El art. 14 reconoce el derecho de profesar libremente el culto al que se pertenece. Es decir, en su aspecto positivo, el derecho de realizar todos los actos externos de reverencia, homenaje, veneración y participación en la libertad religiosa y en su aspecto negativo, el derecho a no ser obligado a compartir ceremonias religiosas de cualquier credo y a que la no pertenencia religiosa tenga algún efecto jurídico discriminatorio*”. Luego agrega (para conjugar las libertades de conciencia y de culto): “*Sin embargo, la libertad religiosa y de*

*culto, en el texto de la Constitución, se complementa y amplía con la libertad de conciencia amparada por el principio de privacidad, consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional* (“Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, La Ley, 2001, comentario al art. 14).-

Como ya se destacó, el sistema constitucional protege, como bien jurídico básico, la autonomía personal, y ésta incluye la posibilidad de escoger libremente las creencias sin coacción por parte de terceros (libertad de conciencia) y, luego, la posibilidad de plasmar en la realidad de la vida aquellas creencias. Es decir, la protección de la autonomía individual deriva en la postulación de las libertades de conciencia y, luego, de culto (ver, en general, Santiago Nino, “Ética y derechos humanos”, Astrea, 1989).

Paralelamente, se encuentran las reglas referidas a la igualdad, en la medida que nadie puede ser objeto de discriminación como consecuencia de sus creencias (arts. 16, CN; 11, CCBA y concordantes de tratados internacionales).

XII. De la lectura de la propia demanda no se advierte qué relación hay entre la muestra organizada por el Centro Cultural de la Ciudad y la libertad de conciencia y el derecho de profesar libremente el culto.

La actividad cultural de la Ciudad (toda, no sólo la aquí examinada) en nada afecta el derecho de cada persona a escoger sus creencias, religiosas, estéticas o de cualquier otro tipo. A nadie se lo obliga a aceptar una creencia, idea o opinión. El Gobierno no impone aceptar los criterios estéticos de las muestras artísticas que realiza. Basta considerar la oferta cultural del Gobierno a través de los diferentes años y organismos culturales (teatros, museos, centros culturales, etc.) para apreciar la pluralidad y diversidad de posiciones y actitudes estéticas que dicha oferta plasma. Así, por ejemplo, no puede entenderse que haber incluido en la programación del Teatro Colón durante el año 2002 una obra con texto de Paul Claudel implique, de por sí, imponer creencias católicas en los espectadores (“Juana de Arco en la Hoguera”, edición a cargo de Ángel Battistessa, publicada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, luego del estreno argentino del oratorio en el Teatro Colón en 1947). Lo mismo se puede predicar de este caso. Por supuesto, si toda la actividad cultural del Gobierno sólo incluyera cierto tipo de arte, sí podría pensarse que se está, al menos oblicuamente, ante una forma de imponer ciertas visiones o creencias y, a la vez, ante una discriminación. Pero no es eso lo que se denuncia, ni siquiera es lo que efectivamente sucede.

Además de no afectarse la libertad de conciencia, tampoco se encuentra *prima facie* lesionada la libertad de cultos.-

La existencia de una expresión cultural de la Ciudad no afecta el ejercicio de cada culto religioso. No hay nada en la muestra que afecte de forma directa al ejercicio del culto católico. Se trata, como se ve, de una invocación abstracta, que no tiene relación directa con el caso. El punto además debiera probarse, es decir, se debe indicar que tal o cual expresión





### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

artística de la muestra causa tal o cual hecho que interfiere de forma concreta en el ejercicio de las prácticas legítimas de la religión.

Tampoco se observa en el caso que la realización de la muestra importe una distinción ilegítima con respecto a una determinada religión. Es indudable que León Ferrari tiene una clara posición estético-política crítica con respecto a la religión católica, pero de ahí no se deduce de forma automática y lineal que el Gobierno, al organizar la muestra, discrimine a los miembros de dicha religión. Otra vez juega aquí la distinción antes efectuada, pues podría eventualmente ser diferente la situación si toda la actividad cultural estuviera concentrada en una única dirección (sólo exponen artistas críticos o sólo los pintores surrealistas o sólo los figurativos, etc.), circunstancia que no ha sido alegada.

XIII. Descartadas en principio las supuestas lesiones a la libertad de conciencia, a la libertad de cultos y a la igualdad —ver ítems a) y b) del punto II, “Objeto”, de la demanda—, que se suman a la falta de violación de las leyes penal y contravencional (cfr. reconocimiento ya citado) y al art. 1071 bis del código civil, sólo quedan en pie las referencias del amparista a que se han transgredido en el caso las limitaciones al derecho de manifestar las propias creencias (en el caso: las creencias vehiculizadas por la muestra), que son necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas. Esto significa que ya no es un derecho lesionado lo que estaría en juego, sino la existencia de una actividad que afectaría el orden y la moral públicas.

En cuanto a la moral pública, se trata, claro está, de un concepto jurídico indeterminado, que debe apreciarse con suma prudencia, pues no puede ser invocado para limitar indebidamente los planes de vida ajenos que nos molestan (planes de vida protegidos de acuerdo al art. 19, CN) o para limitar la actividad estatal que no compartimos. Tal como señala Joaquín V. González al comentar el art. 19, *“El orden y la moral públicas están resguardados por leyes, reglamentos y ordenanzas que proceden de los respectivos poderes a los que el pueblo ha distribuido su soberanía”* (“Manual de la Constitución Argentina”, Estrada, p. 111).

No advierto, en rigor, cuál es el ámbito de la moral pública, luego de sustraer las conductas tipificadas como ilícitas (derecho penal, contravencional, y sancionador administrativo en general) y las interferencias a los ámbitos de los derechos protegidos. Una conducta que no es ilícita y que no lesiona un derecho es una conducta permitida. De igual manera, una actividad estatal que no es ilícita, que es acorde al orden jurídico administrativo (legal y reglamentario) y que no lesiona derechos, también es un accionar legítimo.-

En otros términos: si la obra de León Ferrari no es un medio para incurrir en un ilícito (como es el caso), ni para lesionar derechos (como es el caso), es el resultado de una

conducta permitida, y por ello lícita y protegida por el orden jurídico (todo lo no prohibido se encuentra permitido).

Paralelamente, si el Gobierno, al organizar la muestra, no incurre en un ilícito (como es el caso), actúa de acuerdo al orden legal y reglamentario administrativo (nada se alegó de negativo al respecto), y no lesiona derechos (como es el caso), es un accionar estatal legítimo.

Es indudable que las creencias y obras de los otros pueden ser diferentes de las propias (eso es lo habitual), pero esa diversidad es la protegida en un Estado de Derecho al otorgar el derecho a escoger las creencias y desarrollar en consecuencia un plan de vida (art. 19, CN). Dicho derecho es relativo (cfr. art. 14, CN) y reglamentable (bajo el límite de la razonabilidad, cfr. art. 28, CN), pero dichas limitaciones surgen del propio orden jurídico de forma específica, no por remisión a juicios genéricos basados en el concepto de moral pública.

En cuanto a la seguridad, la muestra en sí misma no afecta la seguridad pública, más allá de la existencia de comportamientos que, basados en la intolerancia ante las creencias de otros, se traduzcan en agresiones a la obra, circunstancia que se pudo verificar en la inspección ocular, al apreciarse obras destruidas, que ahora son un testimonio de la violencia.

Pero no puede admitirse que la existencia de actos de violencia contra una muestra artística justifiquen su clausura. Sólo una sociedad articulada alrededor del miedo podría imaginar una solución de ese tipo, ya que implicaría la renuncia a ejercer la libertad ante el poder arbitrario de aquellos que atentan contra ella.-

Es por estas razones que no comparto las ideas contenidas en la sentencia que dispuso la clausura referidas a la *“paz social, ostensiblemente alterada”*. Si esta expresión se refiere al debate público hoy existente, es claro que nunca un debate entre creencias implica una alteración de la paz social (todo lo contrario: el debate revitaliza la democracia). Si, en cambio, intenta aludir a las agresiones sufridas por las obras (e indirectamente dirigidas, por ello, tanto al artista que las hizo, al Gobierno que las expone, como al público que las contempla), no es mediante la clausura de la muestra que se conserva el orden, sino por medio de la aplicación de la ley, la educación y el ejercicio mismo de la libertad.

XIV. El análisis que antecede permite analizar con mayor precisión la idea central que vertebra la demanda y el pedido cautelar: la herida a los sentimientos religiosos de los miembros de la asociación actora.

Es importante el desarrollo anterior porque a mi juicio es claro que, de existir dicha acción de herir, no se ha alegado y/o no se ha logrado argumentar adecuadamente para demostrar que: a) pueda tipificarse en términos penales o contravencionales, b) sea reprobable en los términos de la ley civil (art. 1071 bis), c) hubiese derivado en la lesión a



### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

un derecho o libertad protegida por las constituciones federal y de la Ciudad, o d) hubiera implicado, por último, una alteración de la moral o la seguridad públicas.

De esto se infiere, a mi entender (y en el limitado ámbito del análisis jurídico cautelar), que la afectación de los sentimientos alegada forma parte de las molestias que se deben tolerar al convivir en un Estado de Derecho, donde se protege la libertad de expresión y cuyo ejercicio puede derivar en la existencia de expresiones artísticas que afecten nuestra sensibilidad.-

XV. Previo a desarrollar este punto entiendo pertinente hacer una aclaración central. La asociación actora no pretende representar a la totalidad de los miembros de una religión. De hecho, como lo muestra el debate público suscitado, hay creyentes que no coinciden con ella y que, por ende, o no sienten herido su sentimiento religioso o, si efectivamente se sienten mortificados, no consideran que se está ante una actividad que deba ser prohibida. Esta situación no debe sorprender en la medida que la comunidad católica es amplia y prosperan en ella diversas corrientes, cada una con sus matices y peculiaridades. Dichas distinciones también se perciben al momento de juzgar el derecho vigente, en la medida que no todos los que comparten una creencia religiosa tienen una opinión idéntica sobre el orden jurídico o, si se quiere, sobre las actividades o políticas públicas de los Estados y los gobiernos.

Es por eso que no pueden admitirse juicios genéricos como los contenidos en la sentencia recurrida, así cuando se expresa que la mayoría de los habitantes del país profesan el culto católico o que la sociedad vive con la sensación de un sentimiento religioso lesionado.

La existencia de una mayoría católica no implica, de suyo, la existencia automática de una identidad en las ideas, juicios y sentimientos concretos de esa mayoría (me remito, sobre el punto, a las concisas reflexiones de Ramón Alcalde publicadas en el primer número de la Revista Contorno, de 1957, donde analiza el significado concreto de la expresión “*la innegable y absoluta mayoría católica del país*”, texto que ahora puede consultarse en “Estudios críticos de poética y política”, Editorial Conjetural, 1996, páginas 351/353).

Por otra parte, las decisiones judiciales deben basarse en interpretaciones racionales de los textos que expresan el derecho positivo del Estado, y no en las eventuales sensaciones de la sociedad.

Estas consideraciones se justifican a fin de disipar el equívoco, suscitado por la sentencia en crisis, de creer que en este expediente hay un litigio entre el conjunto de la comunidad católica y el Gobierno de la Ciudad. Se ve que la cuestión exige la máxima prudencia, pues no resulta sensato que la institución judicial, que tiene por fin resolver de

forma justa los conflictos mediante la aplicación del derecho vigente, cree la apariencia de una antinomia social allí donde no existe.-

XVI. Llegados a esta altura de los razonamientos es preciso considerar el derecho que ha ejercido el artista (libertad de expresión) y la potestad que ha ejercido el Gobierno (ejecutar la política cultural).

En el sistema constitucional argentino hay una amplia protección de la libertad de expresión, que a su vez ha suscitado una variada experiencia en el ámbito de la jurisprudencia (un análisis claro de diversas situaciones, así como de la jurisprudencia argentina y norteamericana, puede verse en Enrique Bianchi y Tomás Gullco, “El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros”, Editora Platense, 1997; una visión dogmática de carácter sistemático la presentan Gregorio Badeni, “Tratado de la libertad de expresión”, Lexis Nexis, 2002 y Carlos Fayt, “La omnipotencia de la prensa”, La Ley, 1994; una visión sintética la aporta Carlos Nino en su texto ya clásico, “Fundamentos de derecho constitucional”, Astrea, 1992, p. 260 y siguientes).

Me remito, en cuanto al derecho positivo, al art. 14, CN, al art. 12, inc. 2, CCBA y a las diferentes disposiciones de los tratados internacionales constitucionalizados, fundamentalmente al art. 13, CADH, que en el próximo punto se cita.

XVII. La libertad de expresión es uno de los derechos centrales de nuestro sistema constitucional. Ella es considerada uno de los aspectos fundamentales del orden político, y una de las bases de la democracia deliberativa y pluralista, al punto que ha sido calificada, en el derecho constitucional comparado, como un valor preferente. Esto conduce a evaluar con sumo cuidado sus restricciones, en la medida que excederse en su reglamentación trae efectos negativos que se extienden a todo el sistema político. Sin libertad de expresión no se puede concebir el debate, la participación, la actuación de los partidos políticos, o la crítica al gobierno y a los representantes. No se trata sólo de un derecho individual que merece protegerse, sino de un derecho que tiene implicancias políticas y sociales dilatadas. De ahí la dificultad de encuadrarlo en las clasificaciones habituales, ya que se trata de un derecho civil que hace a la autonomía de la voluntad individual (no puede escogerse y materializarse un plan de vida sin libertad de expresión), pero también de un derecho político imprescindible para el autogobierno del pueblo (democracia) y la práctica institucional deliberativa (república).

Por supuesto, dicho derecho no es absoluto, de forma que, por ejemplo, “*no pueden quedar impunes las publicaciones ... tendientes a excitar la rebelión y la guerra civil, o afectan la reputación de particulares*” (Fallos: 119:231), tampoco “*exime de responsabilidad al abuso y delito en que se incurra por este medio*”. También especifica la Corte que la libertad de expresión no implica “*la impunidad de quien utiliza la prensa*



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

*como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal” (Fallos: 293:560).-*

Estos aspectos se encuentran en definitiva sintetizados en el art. 13, CADH (que a su vez fue interpretado por la Corte Interamericana en su OC 5/85 y en la sentencia dictada en el caso “Olmedo Bustos y otros c. Chile”), en cuanto dispone: *“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. Está 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 cualquiera otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.*

Es decir: la libertad de expresión es un derecho muy amplio, fundamental en el Estado de Derecho, se encuentra prohibida la censura y, ante los eventuales abusos, juega la responsabilidad civil o penal ulterior.

XVIII. En este caso se presenta una faz muy peculiar del ejercicio de la libertad de expresión: la actividad artística.

Si bien el arte se encuentra comprendido en las disposiciones generales sobre libertad de expresión (ver sobre el punto la reseña efectuada por el Dr. Petracchi en Fallos: 306:1892, considerando 5º, fallo ya citado), él debe ser objeto de reflexiones particulares.

No cabe duda de que una de las facetas de la actividad artística es su dimensión crítica. El arte es un medio de crítica en múltiples sentidos. Es (o puede ser) crítica de las costumbres y de los hábitos. Téngase en cuenta, por ejemplo, los clásicos estudios de la teoría literaria formalista de inicios del siglo pasado, desarrollada por autores como

Shlovski, para quien el arte es un medio para romper las formas automatizadas de la percepción (por eso se refiere a Aristóteles, para quien, según se destaca, “*el arte debe tener un carácter extraño, sorprendente*”, cfr. “El arte como artificio”, ensayo incluido en “Teoría de los formalistas rusos”, siglo xxi editores, 1997, p. 69, edición preparada y presentada por Tzvetan Todorov).-

El arte es también crítica de las ideas arraigadas, de las creencias (mayoritarias o minoritarias) y, en otro nivel, de las situaciones políticas y sociales. De hecho, hay teorías estéticas para las cuales, ante las características dolorosas de la realidad existente, es parte ineludible del arte la dimensión crítica. Es por eso que, por ejemplo, Adorno cita el siguiente texto de Brecht, sin duda elocuente: “*¡Qué tiempos son estos, donde / hablar de los árboles es casi delito / porque ello es callar muchos horrores*” (“Teoría Estética”, Hyspamérica, 1983, p. 60).

Desde el punto de vista del orden jurídico, la libertad de expresión artística debe considerar esta situación y proteger al arte crítico y si es crítico no puede obviarse que es molesto, irritante o provocador. Es en el respeto de la libertad de esa forma de arte cuando una sociedad democrática prueba qué valor le otorga a la libertad de expresión artística. Allí se verifica la genuina tolerancia, que lleva a soportar la existencia de una obra artística que molesta, que irrita, que perturba o que desagrada.

XIX. Lejos de ser un aspecto marginal del arte, hay que reconocer que, al menos en el arte moderno y contemporáneo, su faz crítica o provocadora es uno de los motores para su desarrollo. Y en esa crítica juega también un papel de envergadura la visión polémica que el arte entabla con las creencias religiosas, morales, sociales o políticas.

Basta considerar, por ejemplo, los textos decisivos de la modernidad poética (“Las flores del mal”, de Charles Baudelaire; “Una temporada en el infierno”; de Arthur Rimbaud; “Los cantos de Maldoror”, de Lautremont o, en este siglo, el “Van Gogh” de Antonin Artaud) para advertir dicha cualidad del arte. Tampoco puede obviarse el carácter polémico y provocador de la literatura nacional, desde “El matadero” de Esteban Echeverría, hasta “La fiesta del monstruo” de Borges y Bioy Casares, “El fiord” de Lamborghini o “El frasquito”, de Luis Gusmán (texto éste que, según relata su autor en el prólogo de una de sus últimas ediciones —Alfaguara, 1996—, fue objeto de censura en los años setenta).

Hago estas rápidas referencias de obras ya clásicas y suficientemente conocidas para destacar que una obra como la de León Ferrari se enmarca en una larga tradición, que ya forma parte esencial de nuestro mundo moderno y para la cual es medular la relación compleja, provocadora y polémica con las creencias más arraigadas o difundidas.

XX. Ante la dimensión crítica del arte es posible una diversidad de reacciones emocionales e intelectuales, pero ninguna justifica impedir la expresión artística del otro.



### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Cuando se prohíbe dicha expresión se entra al ámbito de la censura, que no es más que una forma de violentar la libertad de conciencia y, en definitiva, de imponer al otro una creencia, una idea o un valor.

En este caso, dadas las exclusiones indicadas en los puntos precedentes (no hay alegación de un ilícito, no hay invasión de la intimidad, no hay lesión a derechos, no hay lesión a la moral y seguridad públicas), coincido con la Procuración de la Ciudad cuando expresa que se está en presencia de un acto de censura judicial.

Se verifica en la causa una situación en extremo singular, pues a la falta de verosimilitud del derecho invocado, se le suma la lesión del derecho generada por el dictado de la medida cautelar. Es decir: la medida cautelar, sobre la base de un derecho que, en este limitado análisis preliminar, se muestra sin verosimilitud, lleva a lesionar derechos de terceros (el derecho de un artista a exponer su obra y el del público a contemplarla) y a perturbar la actividad pública del Gobierno local.

La censura que el sistema constitucional racionalmente interpretado prohíbe es tanto la previa como la posterior. Como señala Badeni, el concepto de censura, en el sistema constitucional *“Es sumamente amplio y genérico. Abarca toda forma de control o restricción, tanto anterior como posterior a la emisión del pensamiento, e incluye a las imposiciones ideológicas generadoras de sanciones motivadas en su incumplimiento. Es que la censura fue, es y será el instrumento más denigrante para desconocer la libertad de expresión y las más audaces obras del intelecto humano”* (obra citada, página 215 y siguientes, capítulo referido a la censura). Es preciso, más allá de la letra del texto constitucional, efectuar una lectura que asegure la libertad de expresión, objetivo que se logra, como indica Badeni, al considerar como censura las prohibiciones, o restricciones tanto anteriores como posteriores a la emisión del pensamiento.

XXI. Que se presente una situación de censura de una exposición de León Ferrari organizada en el año 2004 por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires es un hecho tristemente significativo, que perjudica el interés público.

Para que quede claro el fundamento jurídico de este voto entiendo apropiado considerar, de forma sumaria, una obra en particular de esta muestra, la primera de las individualizadas por la amparista en su demanda: “1) En el centro del local hay colgado un avión de guerra que sirve de soporte a un Cristo crucificado”.

La obra se titula “La civilización occidental y cristiana”, está hecha de plástico, óleo y yeso, y data de 1966.

Según se relata en una documentada historia del arte argentino, en 1965, Romero Brest invita a León Ferrari a participar en el Premio Nacional del Instituto Torcuato Di Tella. Mientras que se esperaba que Ferrari enviara una obra del estilo de las que había

hecho hasta entonces (escrituras, grafismos o esculturas con alambres), él envió esta obra (Andrea Giunta, “Vanguardia, internacionalismo y política. Arte argentino en los años sesenta”, Piados, 2001, p. 351). Su título, en dichos años, coincidía con frases hechas del autoritarismo argentino. Así, por ejemplo, cabe recordar que entre los “objetivos políticos” de la autodenominada “Revolución Argentina” se encontraba el de “*Promover la consolidación de una cultura nacional inspirada esencialmente en las tradiciones del país, pero abierta a las expresiones universales propias de la civilización cristiana occidental de la que es integrante*” (Andrés Avellaneda, “Censura, autoritarismo y cultura: Argentina 1960-1983/1”, CEAL, 1986, p. 78, donde también se refiere la censura de la ópera “Bomarzo” y el proceso judicial que derivó en la censura de un texto ahora juzgado central de la literatura argentina del siglo pasado, “Nanina”, de Germán García, ver p. 102; sobre la época y sobre su constitución cultural, me remito al ilustrativo texto de Tomás Abraham, “Historias de la Argentina deseada”, Sudamericana, 1995).

El hecho para destacar es que la obra no llegó a exponerse (p. 354). Es decir que, en definitiva, actuó allí una actitud de autocensura de los entonces organizadores del Premio, situación a la que se es proclive en una sociedad basada más en el miedo que en la tolerancia, más en la violencia que en el respeto.

La historia de esta obra echa luz sobre la importancia simbólico-cultural de la muestra organizada por el Gobierno de la Ciudad, que posibilita exponer una obra en su origen censurada. Mientras que la decisión de las autoridades administrativas de la Ciudad que ejecutan la política cultural porteña muestra el arraigo de las convicciones democráticas, la necesidad de proteger el arte crítico y la realidad concreta de la tolerancia (no como valor ideal sino como práctica de gobierno), la orden judicial de censurar la exposición nos retrotrae a un pasado que es nuestra obligación, tanto como ciudadanos como funcionarios del Estado, impedir que vuelva a ocurrir.

Quiero decir: veo, dentro de este acotado examen jurídico, la existencia de un interés público en mantener abierta la exposición de León Ferrari, en la medida que es un interés esencial del Estado local mantener viva la memoria sobre las injusticias del pasado, memoria que resulta indispensable para evitar su futura repetición. Y me ha bastado tomar conocimiento de la historia cultural de una de las principales piezas expuestas para apreciar, dada la larga y oscura historia de la censura artística en la Argentina, la dimensión simbólica de la decisión del Gobierno de efectuar esta muestra retrospectiva.

XXII. Esta obra que estoy sumariamente considerando me suscita una segunda reflexión. Al conversar con personas que conocen la escultura, percibí la existencia de diversas interpretaciones, que difieren de la lectura del propio artista. Mientras que para León Ferrari la escultura expresa, a su juicio (o según su intención), la realidad mortífera de “la civilización occidental y cristiana” (la guerra, la represión, la opresión y la muerte dada al otro), ella puede verse, en cambio, como una crítica cristiana a la civilización actual, o a





### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

los aspectos mortíferos (y crueles) de la sociedad. Según esta lectura, es Jesús mismo el que es una y otra vez crucificado por las acciones crueles de hoy. Allí cuando una avión ataca con crueldad la vida humana, allí está Jesús sufriendo una crucifixión.

Esta lectura, suscitada por la obra misma, muestra algo tal vez paradójico, pero que un poco de reposada reflexión puede llegar a considerar evidente: la escultura “La civilización occidental y cristiana” podría verse como expresión de los valores cristianos de paz, de piedad por el otro, de amor y de rechazo de la violencia y la crueldad. Se estaría ante una crítica cristiana a la sociedad actual, que en general se dice cristiana, pero que quizás, según esta visión, lo sea menos de lo que pretende.

También debo decir que al ver la escultura (y luego de observar un grafismo basado en poemas de Borges) me vino a la mente uno de los últimos poemas del propio Borges, “Cristo en la Cruz”, donde se discurre sobre la crucifixión. El poema concluye de esta forma: “*¿De qué puede servirme que aquel hombre / haya sufrido, si yo sufro ahora*” (Jorge Luis Borges, “Obras completas III 1975-1985”, Emecé, 1991, p. 457). Quiero decir: la obra de Ferrari puede ser un testimonio sobre el sufrimiento humano (y sobre el sufrimiento de Dios devenido hombre). Y en esta línea interpretativa, o de pronto, diría yo, la escultura deviene enigmática. Esto es por cierto sorprendente (porque sorprende cómo deviene enigmática una obra excesivamente sumergida en su pretendido mensaje), pero deja de serlo en la medida que se trata de una obra de arte y, como tal, o por ser tal, tiene un inevitable espesor de enigma. Como señala Adorno, en el texto citado, página 162: “*Todas las obras de arte, y el arte mismo, son enigmas; hecho que ha vuelto irritantes desde antiguo sus teorías. El carácter enigmático, bajo su aspecto lingüístico, consiste en que las obras dicen algo y a la vez lo ocultan*”.

XXIII. Estas últimas reflexiones, que tienen su punto de partida en la escultura de Ferrari, revelan una cualidad del arte: su ambigüedad. Una obra es susceptible de diversas lecturas, de variadas interpretaciones. Ella no dice algo claramente determinado, sino que expresa una multiplicidad de sentidos. Por eso tampoco una obra de arte suscita sentimientos unívocos, es una multitud de sensaciones, impresiones y sentimientos los que genera en el espectador, emociones que, a la vez, no pueden desligarse de aspectos cognitivos, de ideas o pensamientos, también diversos.

De aquí dos consecuencias. Resulta demasiado simplificador vincular a una obra artística la generación de un único sentimiento en el espectador, así “la mortificación” o “el sentirse herido”. Como lo prueba lo dicho anteriormente, una obra como “La civilización occidental y cristiana” suscita una pluralidad de ideas y sentimientos, algunos de ellos, incluso, propios del cristianismo. Es por ello que no toda persona con sentimientos religiosos se ha sentido herida por contemplarla (o en otros términos: el hecho de profesar

una religión no implica, de forma lineal, una única lectura y una interpretación predeterminada de esta obra).

En segundo lugar, la intención y lectura del autor es una entre otras, que tiene su relevancia (desde ya: quienquiera estudiar la obra de Ferrari o de cualquier otro artista, debiera conocer las tesis que sobre el arte en general y sobre sus obras en particular tiene Ferrari o el artista estudiado), pero que no es dicha intención “la clave” de la obra. Y es que siempre un artista dice más de lo quiere decir e, incluso, otra cosa de la quiso decir (se trata, claro, de un lugar común de la crítica artística y de la filosofía contemporánea; remito a la ya clásica conferencia de Foucault, que relativiza el lugar del autor de un texto o de una obra en general, “¿Qué es un autor?”, conferencia que puede verse en “Dits et écrits 1954-1988”, Gallimard, 1994, p. 789, texto número 69).

XXIV. Lo dicho nos lleva a ver la paradoja de detectar cómo un artista que, en sus tesis o manifiestos, se declara hereje o blasfemo (términos que en la demanda se refieren como indicios para evaluar la muestra), puede crear obras susceptibles de ser interpretadas en términos religiosos.

Debo decir que esta situación no es tan extraña. Doy como rápido pero significativo ejemplo la interpretación que hace Gadamer de un poema, “Tenebrae”, de Paul Celan. En dicho poema hay un verso que dice “*Reza, Señor / rézanos, / estamos cerca*”. Ante él la pregunta del intérprete es nítida: “*El poema representa un reto. ¿Cómo hay que entenderlo? ¿Es un poema blasfemo o cristiano? ¿No es blasfemo que el poema diga claramente a Jesús agonizante: No es a Dios, que te ha abandonado, a quien tienes que rezarle, sino a nosotros?*”. Luego de diversos análisis Gadamer señala: “*Y ahora vuelvo a formular la pregunta del principio. ¿Es esto blasfemia? Aunque hay que guardarse mucho de atribuir a un enunciado poético una univocidad que no tiene, hay que decir que el aspecto de blasfemia que presenta el conjunto se transforma en casi todo lo contrario*” (ver Hans-Georg Gadamer, “Sentido y ocultación de sentido en Paul Celan”, ensayo incluido en “Poema y diálogo. Ensayos sobre los poemas alemanes más significativos del siglos XX”, Gedisa, 1993, p. 118).

XXV. Por supuesto, la ambigüedad de la obra de Ferrari también es posible como consecuencia de la riqueza del propio cristianismo, cuya historia y enseñanza no pueden reducirse a una visión monolítica, uniforme y única. Si bien en los textos del artista (alguno de ellos figuran en el catálogo de la muestra) el cristianismo es ciertamente monolítico, son sus obras las que dicen lo contrario, al aportar el matiz que su discurso no incorpora. Desde otro ángulo puede decirse que si las obras de Ferrari pretenden enjuiciar la historia de la Iglesia desde la perspectiva de los derechos humanos, esos derechos tienen origen, al menos en parte, en la tradición intelectual y cultural del propio cristianismo (así, por ejemplo, el énfasis en la idea de igualdad, cfr. Gál I 3,23).



### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

XXVI. No es cuestión aquí de analizar de forma pormenorizada cada una de las obras. Sólo me limito a destacar que, más allá de las diferentes sensaciones que generan, se trata de productos artísticos que expresan ideas que dan lugar a la reflexión del espectador. Por lo demás, los debates y polémicas que pretenden, según el autor, suscitar las obras, son también habituales en el arte y la reflexión contemporánea. Así, por ejemplo, las obras que se reproducen en las páginas 185 a 187 del catálogo, pueden vincularse a lo dicho por Primo Levi (apéndice de 1976 a “Si esto es un hombre”, Muchnik Editores, 2002, p. 331), George Steiner (en el ensayo “El escándalo de la revelación”, incluido en la revista “Confines”, nº 1, p. 65), o Edgardo Cozarinsky (texto incluido en “El pase del testigo”, Sudamericana, 2001, p. 103) o, para no exceder las referencias, pueden verse las afinidades entre el collage de la página 179 del catálogo y las reflexiones de John Berger sobre Miguel Ángel (“El tamaño de una bolsa”, Taurus, 2004, p. 105).

XXVII. De todo lo expuesto se desprende que las molestias causadas a la amparista por la muestra resultan, *prima facie*, consecuencias del ejercicio de la libertad artística que deben ser toleradas y cuya prohibición implica un acto de censura.

Queda por considerar, finalmente, un argumento de la amparista, en cuanto señala que lo ilegítimo no es la exposición en sí misma, sino que ella sea organizada por el Gobierno de la Ciudad.

Sobre el punto cabe destacar, en primer lugar, que si bien al solicitar la medida cautelar la amparista aclara que no estaría prohibido efectuar la muestra en un lugar privado, al contestar la apelación del Gobierno efectúa en cambio una argumentación que contradice lo anterior, al decirse que resulta indiferente que no sea obligatorio asistir a la muestra, pues “el insulto está ahí”. Resultaría entonces que si las obras son en sí mismas hirientes, es independiente el lugar en el cual se encuentren (incluso sería hiriente su reproducción en un periódico).

Dado que las obras son el resultado lícito del ejercicio de la libertad de expresión, ellas pueden ser expuestas en lugares públicos o privados. Y nada impide que sus reproducciones sean editadas bajo la forma de libro (así el catálogo) o que, como ha sucedido en estos días, ellas figuren en medios de prensa de difusión masiva y nacional (vía que de forma paradójica ha permitido reproducir, incluso más allá del ámbito de la Ciudad, obras que al momento de editarse los periódicos se encontraba prohibido observar en su formato original).

XXVIII. El Gobierno de la Ciudad debe ajustar su política cultural a lo dispuesto por la Constitución local, que dispone, cfr. art 32: “*La ciudad distingue y promueve todas*

*las actividades creadoras. Garantiza la democracia cultural; asegura la libre expresión artística y prohíbe toda censura; facilita el acceso a los bienes culturales; fomenta el desarrollo de las industrias culturales del país; propicia el intercambio; ejerce la defensa activa del idioma nacional; crea y preserva espacios; propicia la superación de las barreras comunicacionales; impulsa la formación artística y artesanal; promueve la capacitación profesional de los agentes culturales; procura la calidad y jerarquía de las producciones artísticas e incentiva la actividad de los artistas nacionales; protege y difunde las manifestaciones de la cultura popular; contempla la participación de los creadores y trabajadores y sus entidades, en el diseño y la evaluación de las políticas; protege y difunde su identidad pluralista y multiétnica y sus tradiciones. Esta Constitución garantiza la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la ciudad y sus barrios”.*

Esta disposición plasma la voluntad del constituyente local de valorar en forma positiva la actividad artística y creadora. No se trata sólo de una actividad lícita, que pueden realizar los habitantes, sino de una labor que la Ciudad “*distingue y promueve*”. Para la concepción moderna de la democracia que sustenta a la Constitución local es un aspecto esencial la promoción artística. De ahí la importancia que tiene en el ámbito porteño la política cultural, con su red de museos, bibliotecas, centros culturales y órganos administrativos de fomento y promoción.

En la realización de dicha política constitucional debe actuar de forma pluralista, acogiendo la diversidad estética y sin incurrir en discriminación. De tal forma, el art. 32, CCBA, articula un sistema de política cultural que está basado en la prohibición de la censura, en el respeto de la libertad creadora y en la diversidad estética (este es el “sistema liberal” de regulación jurídica del arte, cfr. lo expuesto, para el ámbito norteamericano, por Arthur Danto, en su ensayo “Censura y subvención en el dominio de las artes”, incluido en “Après la fin de l’art”, Seuil, 1996, p. 221, donde se refiere al *National Endowment for the arts* y a debates suscitados por las conocidas obras de Mapplethorpe y Serrano).

Esto significa que en esa diversidad estética pueda estar legítimamente incluido el arte crítico, provocador o que hiera la sensibilidad de algunas personas.

En otros términos, la actividad artística no es un elemento accidental de la forma política diseñada por el constituyente local, sino un elemento básico de su adecuado funcionamiento. Como señala Martyniuk, el arte “*extiende los límites de la expresión. Obliga a que se permita lo impensado, lo irrepresentable. En especial la literatura, la fotografía y el cine a lo largo de este siglo han desafiado el orden de lo narrable, la política de la visión y el derecho de la censura. Han cumplido una tarea de liberalización de conciencias, sexualidades, imaginarios y potencialidades inexistentes en formas de subjetividad no acostumbradas a experimentar con sus límites. Obligaron a que retrocedieran las trincheras del orden las prohibiciones estético-morales. Es decir que no sólo pusieron a prueba el constitucionalismo liberal, sino que le dieron —y aún le*



### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

*continúan dando— real y continuada efectividad*”. Y se señala más adelante, luego de recordar a John Rawls, que “*sobre esta base se puede fundar un ideal político de la ciudadanía democrática, cuyo contenido abarca, inclusive, las expresiones artísticas innovadoras, las cuales tienen derecho a exigir ser toleradas*” (en “Wittgenstenianas. Filosofía, arte y política”, Biblos, 1997, p. 78).

XXIX. Que el Gobierno de la Ciudad, al organizar la muestra, incluya carteles que adviertan sobre los eventuales efectos en el espectador de alguna de las obras, revela la prudencia de las autoridades administrativas. Su único objetivo es advertir al público que se está ante obras provocadoras, que pueden herir los sentimientos religiosos. Pero como ya se destacó, este efecto debe ser tolerado, más allá de que los organizadores de la muestra prevengan a las personas que no conozcan de antemano al autor, o a su obra, a fin de que no tengan que soportar una imagen (y un mensaje) que nadie los fuerza a percibir. Es decir: el Gobierno ha dado las informaciones suficientes para efectuar una elección responsable y racional.

XXX. Por las razones expuestas, corresponde revocar la decisión recurrida en cuanto dispuso la clausura de la muestra examinada. Sin costas, cfr. art. 14, CCBA.

Esta conclusión vuelve abstracto expedirse con respecto al recurso de apelación deducido por la parte actora con relación a la contracautela y, por lo tanto, nada cabe resolver sobre dicho aspecto.

Horacio G. A. Corti

#### **VOTO DEL DR. CARLOS F. BALBIN**

I. En la presente causa la “Asociación Cristo Sacerdote” inició una acción de amparo con el objeto de que la justicia revoque la decisión del gobierno local de autorizar la exhibición pública de algunos de los objetos de la muestra “León Ferrari. Retrospectiva. Obras 1954-2004” en el Centro Cultural Recoleta. Ello así toda vez que, según su criterio, ciertas obras “*configuran menosprecio, menoscabo, alteración, desfiguración o transformación o cualquier otra forma de agravio a los objetos o representantes del culto que en la muestra se exhiben*” en un espacio que depende del Gobierno de la Ciudad.

A fs. 163 la jueza de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar “suspendiendo los actos administrativos emanados de la Secretaría de Cultura del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Centro Cultural Recoleta, relativos a las

autorizaciones, permisos y demás resoluciones administrativas tendientes a llevar a cabo la muestra “León Ferrari. Retrospectiva. Obras 1954-2004”. Para así resolver la jueza *a quo* sostuvo que, de acuerdo a los tratados internacionales, la libertad de expresión “*entraña deberes y responsabilidades especiales, por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos .... En nuestro país, esa ley resulta ser la ley 21.173 que introduce en el Código Civil el artículo 1071 bis, el que establece que la mortificación a otros en sus costumbres o sentimientos constituye una intromisión arbitraria en la vida ajena*”.

Posteriormente el Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de apelación contra la decisión cautelar de la jueza expresando que el artículo 1071 bis del Código Civil – fundamento de la resolución de primera instancia- no tiene relación con el planteo de los actores y que la decisión judicial desconoce el derecho a la libertad de expresión y a la libre circulación de las ideas.

Al contestar el traslado, los actores sostuvieron que existe un derecho lesionado a que se respeten y protejan los sentimientos religiosos y que, en consecuencia, la medida cautelar debe ser confirmada.

II. Ante todo, cabe señalar que con respecto a las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo la doctrina, la jurisprudencia y la legislación tradicionalmente han exigido como recaudos de admisibilidad la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la no afectación del interés público, sin perjuicio de la fijación de una contracautela (esta Sala, *in re* “Rubiolo Adriana Delia y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, expte. n° 7; “Carrizo, Atanasio Ramón c/ G.C.B.A. s/ Medida cautelar, expte. n° 161/00; “Salariato, Osvaldo c/ G.C.B.A. s/ Impugnación de actos administrativos s/ Incidente de apelación-medida cautelar”, expte. n° 1607/01, “Casa Abe S.A. c/ G.C.B.A. s/ Acción meramente declarativa-art. 277 CCAyT) s/ Incid. apelación contra resolución de fs. 108/9 y aclaratoria de fs. 119” expte. 271, entre muchos otros precedentes).

Estos requisitos fueron receptados y regulados, con sus peculiaridades, en la ley procesal local. Así, el art. 177, CCAyT, establece que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión del acto administrativo impugnado, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción.

El art. 177 agrega que aquel que tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas.



### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Asimismo, es oportuno señalar que el dictado de las providencias precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido; aun más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (C.S.J.N., doct de Fallos: 316:2060, entre otros precedentes). En efecto, la verosimilitud del derecho sólo requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor (esta Sala, in re “García Mira, José Francisco c/ Consejo de la Magistratura s/ Impugnación de actos administrativos”, exp. n° 8569/0, pronunciamiento del 3/3/04).

El peligro en la demora, por su parte, se identifica con el riesgo probable de que la tutela jurídica definitiva que aquél aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. VIII, págs. 32 y 34; esta Sala, in re “Ortiz Cécica y otros c/ GCBA s/ Amparo s/ Incidente de apelación”, expte. n° 2779).

III. Sentado lo anterior, y con respecto a la situación planteada en autos, corresponde resaltar que el conflicto se suscita entre, por un lado, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del Sr. León Ferrari y de terceros y, por el otro, el derecho a profesar las creencias religiosas del amparista y, en particular, el respeto de los símbolos y sentimientos religiosos de los creyentes católicos representados por la Asociación Cristo Sacerdote. En los puntos siguientes analizaré por separado los derechos en conflicto y su alcance, en el marco del presente proceso, y según el ordenamiento jurídico vigente.

IV. En lo que se refiere a la libertad de expresión, la Constitución Nacional dispone en su artículo 14 que todos los habitantes de la Nación gozan , entre otros, del derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa y, a su vez, el artículo 32 establece que el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta.

Por su parte, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantiza el derecho a comunicarse, requerir, difundir y recibir información libremente y expresar sus opiniones e ideas, por cualquier medio y sin ningún tipo de censura (artículo 12, inciso 2) y, en igual sentido, el artículo 32 dispone que la Ciudad “*asegura la libre expresión artística y prohíbe toda censura.*”

En particular, entre los tratados con jerarquía constitucional de acuerdo al inciso 22 del artículo 75 de nuestro texto constitucional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “*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*". Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una referencia similar a la transcripta del Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 19.

V. Expuesto el marco normativo que rige la libertad de expresión, creo necesario resaltar, en primer lugar, que se trata de uno de los derechos esenciales en una sociedad pluralista y en un estado democrático. Así lo ha señalado la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuyo desarrollo de los derechos constitucionales ha sido seguido desde siempre por nuestro Más Alto Tribunal (entre otros, *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell* (485 US 55-56), *City Council of Los Angeles v. Traxpayers for Vincent* (466 US 789, 804), *Bolger v. Youngs Drug Products Corp* (463 US 60, 65, 72). Más aún, en el precedente *Texas v. Johnson* (491 US 397) llegó a sostener que cuando el ejercicio de la libertad de expresión constituye una ofensa en virtud de su falsedad o intencionalidad, el remedio no es la censura sino la discusión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha dicho que *"la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse"* (Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985).

La libertad de expresión promueve, entre otros valores: a) la autonomía individual, y b) el enriquecimiento del debate público.

En segundo lugar, el derecho a la libre expresión de las ideas comprende dos aspectos, a saber, por un lado, el derecho de expresar libremente nuestras ideas y, por el otro, el derecho a conocer el pensamiento de los demás. En consecuencia, tal como ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos *"cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas."* (Opinión consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985).

En este contexto cabe destacar también que la libertad de expresión y, en particular, la posibilidad de acceder a la información, es ciertamente una garantía con respecto al derecho de todos los individuos de pensar de determinada manera y de creer, conservar o modificar sus propias ideas y convicciones acerca de un tema. En efecto, la libertad de expresión es un instrumento necesario para que cada individuo pueda ejercer su libertad de formarse una opinión y, en su caso, de cambiarla, de lo contrario, la persona no tendría acceso a todas las corrientes de opinión y, en consecuencia, no podría valerse de ellas con el propósito de mantener o cambiar sus creencias.

Desde otra perspectiva, cabe agregar que la legitimidad del poder estatal está fundada en la posibilidad de que los individuos accedan a la información para formarse su





### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

propio juicio a través de la más amplia libertad de expresión. En tal sentido, la elección y materialización de planes de vida requiere la mayor amplitud informativa posible.

Ciertamente y, en lo que aquí nos interesa, la libertad de expresión comprende la manifestación de las ideas a través del arte. En consecuencia, el deber de no interferir con el ejercicio del derecho de expresión comprende la exhibición de obras artísticas.

VI. Ahora bien, cabe preguntarse cuáles son los límites a la libertad de expresión.

Ante todo cabe aclarar que el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a censura previa, tal como establecen las normas vigentes ya citadas. Así, el derecho a la libre expresión tiene una protección especial en nuestro ordenamiento jurídico, de allí que esté prohibida la censura previa con respecto a la expresión de las ideas o pensamientos, sin perjuicio de la responsabilidad ulterior.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que *“el artículo 10.2. [de la Convención Europea de Derechos Humanos] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática.”* Y agregó que *“Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.”*

En efecto, en un estado democrático no puede existir censura previa porque éste supone una sociedad pluralista con libre intercambio de ideas, críticas, opiniones e información.

Sin embargo la libertad de expresión está sujeta a ciertas restricciones mínimas, esto es, la protección de los menores y la responsabilidad ulterior por los daños causados. Ahora bien, tales daños no pueden consistir en la simple difusión de ideas o pensamientos considerados falsos, nocivos o que merecen moralmente rechazo o resulten estéticamente repugnantes. Así, la interpretación de los daños a terceros debe revestir carácter restrictivo y sólo estar vinculados al modo de expresión y no al contenido.

En tal sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que *“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 la reputación de los demás o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.”* (artículo 13.2.) Así, la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo y, eventualmente, su abuso sólo puede ser fundamento de responsabilidad ulterior en los casos de excepción que prevé el ordenamiento jurídico. En

este contexto cabe aclarar que el supuesto previsto en el apartado 5 del artículo 13 de la Convención, esto es, la prohibición de toda propaganda *“a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”* debe incluirse en el inciso 2, es decir, entre las responsabilidades ulteriores pero, en ningún caso, como un supuesto de censura previa.

En efecto el ordenamiento jurídico excluye la censura previa con el fin de disminuir los riesgos de abusos contra la libertad de expresión. Más aún, el ejercicio de la libertad de expresión no puede quedar sujeto a la dirección judicial, con carácter previo, toda vez que ello supone un caso de censura estatal. Así, ha dicho la Corte que *“los Constituyentes proscribieron toda clase de censura en resguardo de aquella libertad prefiriendo correr el riesgo del posible abuso, ya que sin dicho resguardo existiría una democracia desmedrada o puramente nominal”* (Fallos 248:291). En efecto, cuando el Poder Judicial prohíbe con carácter preventivo la exhibición de una obra porque daña la honra de determinadas personas, incurre en un acto claro de censura.

VII. Expuesto el alcance del derecho a la libertad de expresión, según el marco normativo vigente, cabe ahora analizar el derecho de los actores.

Así las cosas, el derecho a profesar sus creencias religiosas y, en especial, el de adherir a un culto determinado está previsto expresamente en el artículo 14 de la Constitución Nacional. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza la libertad religiosa y de conciencia contra cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. En igual sentido el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, establece la más amplia libertad para profesar, manifestar y practicar creencias religiosas, sin ningún tipo de restricción coercitiva y, a su vez, el artículo 12 de la Convención Americana dispone que *“toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.”* El mismo artículo en su apartado 2 dispone que *“nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias”*.

Asimismo, y tal como lo sostienen los actores, el derecho antes descripto, esto es, el de profesar las creencias religiosas, supone el derecho de que otros respeten sus creencias y, en particular, sus sentimientos religiosos que, en el presente caso, podrían verse vulnerados por la exposición de algunas de las obras artísticas del Sr. León Ferrari.



### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

VIII. Expuesto el marco normativo que rige los derechos en conflicto, cabe analizar si se configura en la especie la verosimilitud del derecho que exige el código contencioso para la procedencia de las medidas cautelares.

Al respecto, debe señalarse que –tal como se desprende de la documental incorporada a la causa- algunas de las obras expuestas podrían considerarse lesivas de los sentimientos religiosos de la amparista y, en consecuencia, podría configurarse una ofensa a las creencias religiosas de un amplio sector de la sociedad.

Esta circunstancia –siempre con la provisionalidad propia de esta instancia- resultaría suficiente para tener por acreditada la verosimilitud del derecho.

En este sentido, debe tenerse presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la existencia de un derecho subjetivo al respeto de las creencias religiosas que puede verse afectado por *“una ofensa de gravedad sustancial, es decir, no una mera opinión disidente con la sostenida por el afectado, sino una verdadera ofensa generada en una superficial afirmación, sin siquiera razonable apariencia de sustento argumental... [que] ...invade, como ya se dijo, los sentimientos más íntimos del afectado, convirtiéndose así –y tratándose de un sentimiento o creencia de sustancial valoración para el derecho- en un agravio al derecho subjetivo de sostener tales valores trascendentales frente a quienes sin razón alguna, los difaman hasta llegar al nivel del insulto soez, con grave perjuicio para la libertad religiosa”* (CSJN, “Ekmedjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 7/7/1992, LL, 1992-C, 543).

Por ello, el derecho invocado por la actora en sustento de su pretensión aparenta, *prima facie*, verosimilitud, a tenor de los argumentos expuestos precedentemente

IX. En lo que se refiere al peligro en la demora y tal como lo ha puesto de relieve anteriormente esta Cámara, los requisitos de procedencia de las medidas cautelares se encuentran de tal modo relacionados que, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable el rigor del *fumus* se debe atemperar, e inversamente, a mayor verosimilitud del derecho es menor la exigencia del peligro del daño (esta Sala, *in re* “Ticketec Argentina S.A. c/ GCBA”, resolución del 17/7/01; Sala II *in re* “Tecno Sudamericana S.A. c/ GCBA s/ Impugnación de actos administrativos”, resolución del 23/5/01, entre muchos otros precedentes).

X. No obstante lo sostenido en los párrafos anteriores, cabe destacar que –tal como se ha puesto ya de resalto en los puntos IV, V y VI- la libertad de expresión goza de una protección especial, máxime si se considera que en autos se cuestiona el contenido de una muestra artística –tal como surge de los antecedentes del artista y de su obra-. Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde analizar si la clausura de la muestra resulta ser una medida

legítima a los fines de salvaguardar los derechos de la amparista, máxime cuando esta última sostuvo expresamente que no pretende “*impedir al autor que en general el mismo exhiba su obra...*”.

En ningún caso es admisible la censura previa y ello podría ocurrir si la difusión de las ideas, en este caso, la exposición de la obra del artista León Ferrari, fuese prohibida antes del vencimiento del plazo original de su exposición, es decir, el 27 del año 2005.

En virtud de lo expuesto, considero que es posible encontrar una solución que concilie, *prima facie*, los derechos en conflicto, esto es, el respeto a las creencias religiosas y la libertad de expresión. Tal solución importa la adopción de medidas positivas que alerten a la población de manera expresa y notoria acerca del contenido de la exposición y de los daños que los objetos expuestos podrían causar en los sentimientos religiosos de las personas.

De las constancias del expediente, se desprende que el Gobierno de la Ciudad adoptó medidas tendientes a poner en conocimiento de la población el contenido de la exposición y limitó el acceso a los menores. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “*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*”. Asimismo, la exhibición se desarrolla en un lugar cerrado de modo tal que nadie está obligado a ver la muestra.

XI. Sin embargo, todas estas medidas no resultan suficientes. Es por ello, que corresponde que el Gobierno mantenga la restricción al ingreso de los menores y los carteles ya existentes, y que a ello añada un cartel visible en la puerta de acceso al centro de exposiciones en donde expresamente se alerte a los potenciales visitantes del contenido de la muestra y de la posible afectación que algunas obras pueden generar en sus sentimientos religiosos. Asimismo, la advertencia deberá estar impresa en toda publicación que se refiera a la muestra.

XII. Además de lo expuesto, este Tribunal considera necesario resaltar que el Estado debe garantizar la pluralidad de ideas y pensamientos y, en tal sentido, es razonable que autorice expresiones artísticas religiosas y no religiosas, e inclusive críticas a las diferentes religiones, siempre -claro está- en un marco de respeto y tolerancia entre los actores sociales.

El Estado no puede expedirse sobre la materia o el contenido de las ideas sino sólo sobre el tiempo o lugar de expresión del pensamiento a través de los recursos o medios estatales por razones de conveniencia u oportunidad. Es cierto que los amparistas cuestionan tales circunstancias, esto es, el tiempo de la exposición – el festejo de la navidad – y el lugar de la muestra artística – junto a un templo católico-, pero ello, más allá de la inconveniencia o inoportunidad de la decisión del gobierno local y de su eventual



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

responsabilidad posterior, no justifica en modo alguno el cierre de la exposición. Por ello, es dable advertir que el Gobierno debe actuar con suma prudencia al distribuir espacios tratando de no provocar situaciones que puedan afectar de alguna manera la paz social.

La decisión del Estado local de asignación de espacios para la expresión de ideas, en este caso artísticas, debe tener por objetivo el enriquecimiento del debate colectivo, por ello, es de esperar que el Gobierno actúe democráticamente mediante una distribución igualitaria y pluralista de oportunidades de expresión en la concesión de espacios para expresar opiniones.

XIII. Por todo lo expuesto, en virtud de lo dispuesto en el art. 184 del CCAyT, corresponde 1) Revocar la medida cautelar en tanto dispone la clausura de la muestra; 2) Dar cumplimiento al punto XI de la presente. Con costas de la Alzada por su orden toda vez que existen vencimientos parciales y mutuos.

XIV. La conclusión expuesta en el punto 1 del apartado precedente vuelve abstracto expedirse con respecto al recurso de apelación deducido por la parte actora con relación a la contracautela y, por lo tanto, nada cabe resolver sobre dicha cuestión.

Carlos F. Balbín

**VOTO DEL DR. CENTANARO**

I. Que a fojas 1 a 12 se presenta el señor Xavier Ryckeboer, en su carácter de apoderado y miembro de la asociación privada de fieles clerical ASOCIACIÓN CRISTO SACERDOTE, y por derecho propio, con el patrocinio letrado de los Dres. Joaquín Otaegui, Pedro Javier María Andereggen, Francisco J. Roggero y Pablo Falabella, a fin de promover la acción de amparo prevista en el art. 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y 43 de la Constitución Nacional, contra la Secretaría de Cultura del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por cuanto que uno de sus organismos dependientes —el Centro Cultural Recoleta— con ilegalidad y arbitrariedad manifiesta lesiona, en forma actual el “derecho a que no se ofendan o menoscaben los sentimientos religiosos de los habitantes o de un grupo de ellos” (fs. 1 vuelta, el destacado se corresponde con el original), al haber autorizado y facilitado la exhibición pública en sus instalaciones, de algunos objetos de la muestra "León Ferrari. Retrospectiva. Obras 1954-2004" y haberse utilizado recursos humanos, financieros y económicos de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires.

Posteriormente, (fs. 9 vuelta y siguientes), peticiona una medida cautelar —conf. Art. 177 y siguientes del CCAyT— a fin de que se haga saber a la Secretaría de Cultura del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que *"...deberá abstenerse de brindar o facilitar por cualquier título, sea en forma directa o indirecta, instalaciones pertenecientes a la Ciudad de Buenos Aires como así recursos humanos, materiales y económicos, por medio de los cuales se exhiban, o se posibilite la exhibición, de los objetos pertenecientes a la muestra del Sr. León Ferrari que actualmente se lleva a cabo en el Centro Cultural Recoleta denunciados y descriptos en aulas como provocadores de herida/ menoscabo o lesión en los sentimientos religiosos"*.

Seguidamente, el peticionante formula una aclaración expresando que *"Queda claro V.S. que con esta acción no se pretende impedir al autor que (...) exhiba su obra ni si tiene derecho a exhibirla públicamente en un lugar privado de la ciudad, lo que no es materia ni del litigio ni eje la cautelar solicitada, sino que el Gobierno cese en su accionar, que se ha demostrado arbitrario e ilegítimo, de en concreto provocar lesión a los sentimientos religiosos por la facilitación de recursos e instalaciones de modo de dar carácter público a actos que conforme a legítimas creencias del suscripto y (su) mandante, y de los cristianos en general, configuran menosprecio, menoscabo, alteración, desfiguración o transformación o cualquier otra forma de agravio a los objetos o representantes del culto que en la muestra se exhiben..."* (fojas 10, la negrita corresponde al original).

El amparista se funda —en torno a la verosimilitud de su petición cautelar— en la prueba que surge de (a) un Acta Notarial con la descripción de los objetos considerados lesivos, (b) recortes del diario La Nación de fecha 1 de diciembre de 2004, con declaraciones efectuadas por el Cardenal Jorge Mario Bergoglio, Arzobispo de la Ciudad de Buenos Aires y (c) las declaraciones testimoniales efectuadas ante Notario Público por parte de cuatro personas, destacando que uno de los testigos pertenece a la religión Ortodoxa.

Asimismo, sostiene a fojas 11 que la cautelar que solicita no afecta a terceros ni el funcionamiento de servicios públicos y que, en el caso de que no se decrete la medida, los perjuicios serán irreparables o de difícil reparación toda vez que en modo alguno se persigue una compensación pecuniaria, y que la exhibición, en caso de sentenciarse definitivamente en contra de la parte actora, puede reanudarse o volver a realizarse en cualquier otra oportunidad.

II. La jueza de primera instancia resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada, suspendiendo los actos administrativos emanados de la Secretaría de Cultura del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Centro Cultural Recoleta, relativos a las autorizaciones, permisos y demás resoluciones administrativas tendientes a llevar a cabo la



### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

muestra "León Ferrari. Retrospectiva. Obras 1954-2004". Agregó que la medida de suspensión se decreta bajo caución real a prestar por la actora en la suma de CIENTO SETENTA MIL (170.000) PESOS, importe que podrá ser depositado en estos autos y a la orden del Juzgado, en efectivo o bien mediante la constitución de pólizas de caución de empresas de primera línea o dando a embargo bienes inmuebles a su nombre en jurisdicción de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Para así decidir, la magistrada de grado sostuvo que —de acuerdo a la prueba aportada en autos— vastos sectores de la comunidad argentina se están expresando en igual sentido que la parte actora, sobre la existencia de una lesión a un sentimiento religioso. A su vez señaló, con fundamento en el art. 1071 bis del Código Civil, que la mortificación a otros en sus costumbres o sentimientos constituye una intromisión arbitraria en la vida ajena. Asimismo, entendió, con apoyo en el art. 189 inc. 1 y 2 CCAyT, que de seguir cumpliéndose el acto administrativo de autorización acarreará —como efectivamente está ocurriendo según hecho públicos y notorios— mayores perjuicios que su suspensión provisoria.

III. La apelante sostiene, en síntesis: a) que la jueza de primera instancia privilegió una norma del Código Civil (art. 1071 bis) —referida en general al derecho a la intimidad— por sobre precisos y claros mandatos emanados de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la Constitución Nacional y de tratados internacionales. Entiende que dicha norma resulta inaplicable al *sub lite*; b) que la medida cautelar dictada resulta manifiestamente violatoria de expresas garantías constitucionales referidas a la libertad de expresión artística y a la libre circulación de las ideas; c) que la resolución apelada configura un caso de censura judicial; d) que la medida judicial impugnada constituye una interferencia ilegítima al derecho de mantener o cambiar las propias convicciones o creencias y afecta, *per se*, el derecho a la libertad de conciencia de las personas agraviadas por la prohibición; e) que la jueza de grado en lugar de armonizar los dos derechos constitucionales en juego, dio preeminencia a la libertad de culto —supuestamente afectada— por sobre el derecho a la libertad de expresión; f) que en lo que hace a la repercusión pública que tuvo la medida, la prensa nacional ha reaccionado repudiando la medida adoptada, interpretándola como una violación a la libertad de expresión.

IV. A fs. 259/262 dictaminó la señora Fiscal de Cámara, propiciando la confirmación de la medida cautelar sólo con relación a las obras artísticas cuestionadas.

V. Entrando al análisis del caso *sub exámine*, cabe señalar que el proceso cautelar es

como sostiene Palacio *aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva* (Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998 y conf. art. 177 Código Contencioso Administrativo y Tributario). De modo que, las medidas cautelares —y entre ellas la prevista en el artículo 189 del C.C.A. y T.— tienen por finalidad garantizar la inalterabilidad del objeto de la *litis* hasta el dictado del pronunciamiento judicial definitivo.

Sin perjuicio de ello se ha sostenido en relación con lo planteado, que *“la suspensión de la ejecución del acto administrativo no depende del peligro que sobre la eficacia de la sentencia pueda representar el mantenimiento de la situación de hecho o de derecho que motiva el pleito. En realidad, la suspensión del acto no está condicionada a los efectos de la sentencia a dictarse sobre la cuestión que se discuta en el pleito, tampoco a la modificación de la situación de hecho o de derecho, ni a ningún peligro futuro. Es independiente de todas estas circunstancias, sin perjuicio de que en algún caso concreto (...) haya coincidencia de situaciones* (Barra, Rodolfo C., *Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración; suspensión de la ejecutoriedad y medida de no innovar*, ED, 107-419).

En este sentido, se debe destacar que el derecho a la tutela cautelar implica correlativamente el deber tanto de la administración como de los tribunales, de acordar la suspensión cuando sea necesario para asegurar la plena efectividad de la sentencia. Esta imperiosa necesidad de garantizar la plena eficacia de la decisión judicial del conflicto obliga a abandonar el principio de protección a ultranza del interés público del que se considera portador el acto recurrido (Conf. Gallegos Fedriani, Pablo, *Suspensión de la aplicación de las sanciones impuestas por el Banco Central de la República Argentina en los términos del artículo 42 de la ley 21.526*, *El Derecho*, 19.09.2000, García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 579 y ss, y jurisprudencia concordante, por todos, "Banco Peña SA (el) y otros c/ BCRA - Resol 213/98, Sala Contencioso Administrativo N° 5, 12.04.2000).

Si la mera existencia del acto, con independencia de su legitimidad y del consentimiento o discrepancia de los administrados, es la que determina sus efectos, su presunción de legalidad crearía complejos y delicados problemas, al llevar adelante las decisiones administrativas sin siquiera poder cuestionar aquella ( Conf. Muñoz, Guillermo Andrés, *"Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo"*, en *Fragments y Testimonios del Derecho Administrativo*, Muñoz, Guillermo Andrés y Greco, Carlos Manuel, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 620).

Como ya se expuso en otra oportunidad, el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé como medida cautelar específica la suspensión del acto administrativo en los siguientes términos: cuando la ejecución o





### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo pudiere causar graves daños al administrado, el tribunal, a pedido de aquél, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público; y cuando el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión. A su vez, prevé in fine el citado artículo que la autoridad administrativa correspondiente puede solicitar el levantamiento de la suspensión en cualquier estado del trámite.

En virtud de lo expuesto, se advierte que el Código local regula de forma separada del resto de las cautelares la medida de suspensión del acto administrativo, la cual posee regulación específica en el artículo 189 citado. Ello sin perjuicio de la aplicación analógica de la normativa vigente en materia de medidas cautelares, la cual procederá sólo ante vacíos legales y no por subsidiariedad (Conf. Cassagne, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo*, La Ley, 28.03.2001).

Continuando con tal razonamiento, es dable resaltar que las medidas cautelares en el contencioso administrativo tienen un fundamento que en alguna medida difiere del que tiene en el proceso civil. Guardan similitud en el sentido de que traducen una garantía jurisdiccional que tiende a mantener la igualdad de las partes en el proceso con el fin de resguardar la inalterabilidad del objeto de la *litis*. Pero debe subrayarse que en el contencioso administrativo ellas deben servir para compensar el peso de las prerrogativas del poder público y así asegurar el principio de la tutela judicial efectiva (Conf. Cassagne, Juan Carlos, op. cit.; ver también en sentido similar, Muñoz, Guillermo Andrés, op. cit. pág. 623/624, quien sostiene que las medidas cautelares en el proceso civil están montadas sobre la figura del embargo).

Por lo tanto, su procedencia queda supeditada a la verificación de al menos uno de los extremos previstos en el artículo 189 citado, con prescindencia de analizar los requisitos comunes a las demás medidas cautelares, a saber, verosimilitud en el derecho y peligro en la demora.

De lo expuesto se colige que, en autos, corresponderá adentrarse en el estudio de los supuestos contenidos en el artículo 189, cuya concurrencia permitirá pronunciarse sobre la medida solicitada.

VI. Previo a analizar la cuestión, es del caso tener en cuenta lo dificultoso de la resolución dado que en principio se podría conculcar alguna libertad.

Pero debe tenerse presente que el análisis a efectuarse debe ser entendido dentro del limitado marco cognitivo propio del instituto cautelar y sin perjuicio de lo que pueda corresponder decidir en el curso de este amparo, por lo que lo que no implica de modo

alguno entrar a analizar el fondo del litigio.

Ahora bien, cabe recordar que la Constitución Nacional, en su preámbulo establece como una obligación de las autoridades “...*constituir la unión nacional (...) y consolidar la paz interior.*”-

Con respecto al primero de los requisitos del artículo 189 del CCAyT, o sea, que la ejecución causare o pudiere causar graves daños al/la administrado/a, el tribunal, a pedido de aquel/lla, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente la suspensión del cumplimiento de hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público.

Como bien sostiene la señora Fiscal de Cámara debe evitarse el conflicto social originado en las reacciones de violencia de grupos enfrentados que la muestra ha provocado (ver publicaciones obrante a fs. 46/47 de los autos principales obrante en sobre n°740).

Es cierto también, que se atenta contra la paz social cuando se facilitan enfrentamientos evitables a raíz de los contenidos de esta muestra que muchos juzgan ofensivos a sus creencias.

Teniendo en cuenta asimismo la brevedad de los plazos del amparo incoado y de la celeridad dada al trámite del mismo la suspensión que se decreta tiene menores perjuicios que el cumplimiento del acto, hasta que a la brevedad se resuelva en definitiva el fondo de la cuestión

V. Sin perjuicio de que lo hasta aquí dicho resulta suficiente para mantener la cautela decretada en la instancia de grado, cabe poner de resalto que en el limitado marco de esta medida cautelar debe juzgarse como valioso pero no como suficiente el esfuerzo efectuado por el Gobierno de la Ciudad, al colocar al ingreso de la muestra y de los espacios mas cuestionados sendos carteles que advierten que la muestra puede herir sentimientos religiosos e impiden su acceso a menores que no estén acompañados por sus padres.-

VI. Por estas razones, sólo parcialmente coincidentes con las expuestas en la instancia de grado, habrá de confirmarse la medida cautelar allí decretada. No debe olvidarse, al respecto, que en virtud del principio *iura novit curia*, el juez actúa con independencia de las partes en la determinación de la norma aplicable, por lo que puede aplicar una norma que aquéllas no hubieran invocado (Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942, t. II, pág. 560; esta Sala, autos “Complementos Empresarios S.A. c/ GCBA s/ Impugnación actos administrativos”, expte. n° 2237, del 10/5/02).

Por ello, y habiendo dictaminado la sra. Fiscal de Cámara, considero que corresponde rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de grado en todo cuanto ha sido objeto de apelación y agravios por parte de la accionada. Costas por su



### *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

orden (art. 14, CCABA).

VII. Ahora bien, sin perjuicio de dejar establecido mi criterio del modo expuesto, dado que este voto es minoritario la conclusión de la mayoría de los miembros del Tribunal —levantamiento de la medida cautelar apelada— vuelve abstracto expedirse con respecto al recurso deducido por la parte actora con relación a la contracautela y, por lo tanto, nada cabe resolver sobre dicha cuestión.

VIII. No obstante todo lo aquí expuesto, existiendo consenso entre mis colegas respecto de la procedencia de reabrir la muestra del sr. León Ferrari, pero subsistiendo disparidad de criterios en cuanto a las condiciones en que ello debe tener lugar, considero necesario expedirme al respecto al único fin de dotar de validez al pronunciamiento formando mayoría con relación al aspecto indicado.

En cumplimiento de ese cometido, me inclino por la solución propuesta por el Dr. Balbín en el considerando XI de su voto, dado que las medidas allí propuestas resultan un modo conducente y proporcionalmente adecuado para la coordinación racional de los derechos en juego.-

Esteban Centanaro

Por ello, y oída la sra. Fiscal de Cámara, el Tribunal **RESUELVE:**

**1) Por mayoría de votos**, hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada, y en consecuencia revocar la resolución apelada en tanto ordena la suspensión de la muestra del sr. León Ferrari.

**2) Por mayoría de votos**, disponer que el Gobierno mantenga la restricción al ingreso de los menores y los carteles ya existentes, y que a ello añada un cartel visible en la puerta de acceso al centro de exposiciones en donde expresamente se alerte a los potenciales visitantes del contenido de la muestra y de la posible afectación que algunas obras pueden generar en sus sentimientos religiosos. Asimismo, la advertencia deberá estar impresa en toda publicación que se refiera a la muestra.

**3) Por unanimidad**, declarar abstracto el conocimiento del recurso interpuesto por la parte actora en lo atinente a la contracautela fijada en la instancia de grado y, como consecuencia del progreso parcial del recurso de la parte demandada, disponer la restitución de las sumas dadas en garantía.

**4) Por unanimidad**, imponer las costas en el orden causado (art. 14, CCABA).

Notifíquese, y a la sra. Fiscal de Cámara en su despacho. A efectos de notificar a las partes, habilitanse horas inhábiles, designándose oficial notificador *ad hoc* al Sr. Luis Ricardo José Sáenz.

Carlos F. Balbín

Horacio G.A. Corti

Esteban Centanaro