

en Víctor Abramovich, Alberto Rosaino y Christian  
Courts (Camp), la aplicación de los tratados sobre  
derechos humanos en el ámbito de la Convención de  
CABA, CELS - CANARIAS DEVELOPMENT AGENCY, editores del  
libro, octubre de 2002.

Aplicación de los principios de libertad de expresión  
del artículo 13 de la Convención Americana  
sobre Derechos Humanos

Damián Loretti

Puestos a pensar sobre la aplicación por los tribunales argentinos de los términos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debemos analizar no sólo los distintos incisos que lo conforman, sino los estándares de interpretación que surgen de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que dictó la Comisión Interamericana en su 108 período de sesiones, en octubre de 2002.

En este orden de ideas, repasaremos diversas sentencias en el orden que nos propone el texto de la Convención y, cuando quepa, lo relacionaremos con la Declaración de Principios.

Por supuesto, en estas páginas no habremos de agotar el recorrido completo de resoluciones judiciales que interpretan los estándares de la libertad de expresión en la Argentina, pero sí intentaremos indicar algunas aristas pocas veces indagadas sobre la materia, generalmente analizada a la luz de las responsabilidades penales y civiles de la prensa.

1. Artículo 13.1: el principio de universalidad de sujetos y medios

El inciso primero del artículo 13 reconoce el principio de universalidad de los sujetos del derecho a la información y a la libertad de expresión, en tanto implica el derecho de recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones por cualquier medio o soporte.

Citaremos, entonces, algunos fallos que recogen este principio de universalidad.

Una de las actividades en las que predominantemente este derecho venía y sigue siendo violentado es en la radiodifusión. Por mandato del artículo 45 de la heredada ley 22.285 de la dictadura, una de las condiciones ineludibles para ser licenciatario es ser sociedad comercial regularmente constituida.

Esta condición fue declarada inconstitucional en dos oportunidades por

la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar en los casos "Asociación Mutual Mujica" y "Cooperativa Santa Rosa Río Primero" que:

"Según el marco normativo en materia de radiodifusión, para poder concursar a fin de ser prestadora legalmente autorizada de una estación de radiodifusión sonora con modulación de frecuencia, se requiere necesariamente ser persona física o sociedad comercial, legalmente constituida, lo que excluye a las sociedades civiles, cooperativas y asociaciones mutuales sin fines de lucro (...). Tal legislación no puede ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia de radiodifusión por no haberse constituido en una sociedad comercial, pues ello importa, en definitiva, una irrazonable limitación al derecho a expresarse libremente y de asociarse o no hacerlo (...). Si bien el incremento de la demanda informativa, la extensión de la zona de influencia del medio, la modernización de los medios materiales a utilizar y social determinaron la organización comercial y empresarial de la radiodifusión para lograr mayor efectividad y eficiencia del servicio, ello no desplaza la posibilidad de que personas jurídicas sin fines de lucro, que contribuyen al desarrollo del bien común, puedan tener acceso a tales medios de comunicación, con sujeción a las normas reglamentarias (...). La participación de una asociación mutua en un concurso público para acceder a una licencia de radiodifusión, en el supuesto de ser seleccionada, facilita el pluralismo de opiniones que caracteriza a las sociedades democráticas, e importa un verdadero contrapeso o poder equilibrador de los grupos económicos. Por lo que la limitación que establecen las normas impugnadas no tiene fundamento alguno e importa una clara violación al derecho de asociarse con fines útiles, pues impone cuál debe ser el espíritu que ha de animar a quienes conforman tal organización colectiva, sin que se sustente en un motivo suficiente que justifique que ciertas entidades de bien público no puedan desarrollar una actividad que es cultural por esencia (...). No se advierte la existencia de un interés superior que autorice a prohibir que la actora intervenga en un concurso público para realizar su situación legal y poder, en el caso de ser seleccionada, ejercer su derecho a la libre expresión. Por lo que el párrafo primero del art. 45 de la ley 22.285 y las normas dictadas en su consecuencia, en cuanto impiden que la demandante participe en concursos para la obtención de una licencia por no constituirse en una sociedad comercial, resultan violatorias de los arts. 14, 16, 28 y 75, inc. 23, de la Constitución nacional y del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

Antecedentes previos existen en varios juzgados y cámaras de apelaciones en el interior del país.

<sup>1</sup> CSJN, A. 215, XXXVII, "Asociación Mutual Carlos Mujica c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - COMFER) s/amparo", 1/9/2003.

En idéntico sentido, el Juzgado Federal de Río Cuarto garantizó el derecho a recibir informaciones y opiniones a los habitantes de dos poblaciones pequeñas del sur de Córdoba en el caso "Borio, Américo José y otros c/COMFER y otros - Acción de Amparo Ley 16.986"<sup>2</sup>, en el que tras la orden de cierre del Comité Federal de Radiodifusión contra un canal codificado por aire en UHF que había solicitado la licencia pero aún no contaba con ella y que irregularmente funcionaba vinculado a una cooperativa de servicios públicos. Allí se dejó sin efecto la orden de cierre por petición de los vecinos con el argumento de que "impedir que los habitantes de Mattaldi y Nicolás Bruzone accedan a la información televisiva importa una sanción arbitraria porque la empresa cumple con los requisitos exigidos por la ley y su reglamentación, debiendo el COMFER respetarla y hacerla respetar (...). Las sucesivas suspensiones de los concursos para otorgar las frecuencias implica matar el derecho de acceso a la información de las personas de aquellas poblaciones del interior del país en donde la carestía o escasez es de oferentes para la explotación de frecuencias y no de superposición de empresas (...). La actividad del Estado Nacional y sus organismos especializados en materia de radiodifusión no debe propender por la legislación reglamentaria a limitar groseramente el derecho al acceso a la información, provocando la denominada 'autocensura', por la falta de cumplimiento de algún requisito formal para el otorgamiento de frecuencias UHF, que en la especie no se da".

Este fallo, aun cuando lo hace de modo oblicuo, reconoce tanto el derecho a la información en una comunidad pequeña, como la obligación de los Estados de administrar correctamente el espectro de frecuencias, de acuerdo al mandato del artículo 13, inciso 3, de la Convención Americana.

También en materia de libertad de expresión y el reconocimiento de la universalidad de su goce y ejercicio, una reciente sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de Santa Cruz<sup>3</sup> explicita el derecho de los dirigentes sindicales de los periodistas a hacer uso de sus derechos de libertad de expresión en su aspecto de la libertad de expresión sindical en el propio medio en el que trabajan. En el caso, la Cámara revocó una sentencia haciendo lugar al desahucio ordenado en primera instancia basado en que el demandado (secretario general del Sindicato de Prensa de Santa Cruz y de Asuntos Profesionales de la FATPREN) había insertado una declaración sindical crítica de la empresa en la que trabajan y de otros medios de la ciudad de Río Gallegos.

<sup>2</sup> Resolución del 4/7/2003.

<sup>3</sup> L.J.K., Editorial S.A. c/Granero, Raúl Gustavo s/exclusión de tutela sindical", Expte. L-18.450/01.

Sostiene el fallo que la garantía de libertad de expresión sin censura previa del artículo 14 de la CN debe ser complementada con las de los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las de los artículos 11, 12 y 13 de la Constitución provincial. En la misma inteligencia, al analizar el conflicto de derechos trabado en la litis, la Cámara afirmó que "frente a la protección del honor de la persona jurídica" empresa editorial y la protección de la libertad de expresión, el derecho de representación gremial y la libertad de expresión sindical, me inclino por estos últimos, ya que el goce de los derechos sólo queda garantizado a través de la efectiva protección, sin tutela efectiva del ejercicio, no hay derecho, se ha escrito con toda razón".

De tal modo, se enfatiza el alcance universal del derecho a la libertad de expresión, tanto para quienes difunden, como para quienes reciben. Quiéramos agregar, por último, que consideraciones sobre la libertad de expresión de los trabajadores de los medios respecto a sus empresas reconocen pocos antecedentes jurisprudenciales. Uno de ellos es "Fuentes Bobo c/España"<sup>4</sup>, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En mérito al derecho a investigar informaciones, además del cada vez más reconocido derecho de acceso a la información pública, se desprende del derecho a investigar<sup>5</sup> - el derecho al secreto periodístico, no sólo sobre la identidad de las fuentes sino sobre la documentación, información no publicada y las comunicaciones y los soportes de los periodistas y comunicadores sociales. Este punto forma parte de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión en el apartado 8<sup>6</sup>.

En el fallo recaído en "Thomas Catan s/recurso de queja", la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal<sup>7</sup>, tras indicar que entre los aspectos fundamentales de la libertad de expresión se destaca el acceso libre a las fuentes de información, la posi-

<sup>4</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de febrero de 2000.

<sup>5</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos consagró la tutela amplia del derecho de libertad de prensa en cuanto sostuvo que "el artículo 13 (de la Convención Americana) señala que la libertad de pensamiento y expresión (...) comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole" (Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal, Sala II, "Ordoñez, Matías s/quejela por calumnias e injurias c/Verbitsky", causa 12.439, 4/3/197).

<sup>6</sup> "8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales".

<sup>7</sup> Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal, Sala II, "Incidente de Thomas Catan en autos 14.829/2002", Registro 20.377, 28/10/2002.

bilidad de recoger noticias, transmitir las y difundirlas, y de resguardar razonablemente en el secreto la fuente de donde esas noticias se han obtenido, indica que este paradigma "también se observa en los artículos 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen que la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones".

En el caso, el juez federal Claudio Bonadio había ordenado a Catan entregar sus números telefónicos a fin de coleccionar por pedido a las prestadoras telefónicas las llamadas entrantes y salientes del periodista. La Sala observó en ese sentido que "se advierte que el juez con el objeto de establecer la identidad de las personas que habrían comunicado los hechos investigados a Catan solicitó el listado de llamados de su abonado telefónico. De allí que, aun cuando no se haya obligado al periodista a revelar personalmente esa circunstancia, se ha producido indefectiblemente un conflicto con su interés de mantener el secreto en ese aspecto". Finalmente, ordenó la destrucción de los legajos confeccionados con los listados: "En conclusión, aquí resulta innecesario afectar el secreto de las fuentes de información de Catan con el objeto de reunir elementos útiles para la causa, ya que existen otras alternativas probatorias que permiten perseguir ese mismo fin. En el marco de esa situación, la medida cuestionada constituye una restricción irrazonable a la libertad de expresión y, por ende, ilegítima, por lo que se declarará la nulidad de la providencia de fs. 74 del principal en la que ella se dispuso toda vez que afecta las garantías constitucionales ya reseñadas (arts. 14 de la Constitución nacional, 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y arts. 168, segundo párrafo, y 172 del Código Procesal Penal de la Nación)".

## II. Artículo 13.2, primer párrafo: prohibición de la censura previa

Tomando como corpus de análisis el inciso segundo del artículo 13 de la Convención Americana, haremos de desagregarlo.

En primer lugar, consideraremos algunos fallos vinculados a la prohibición de la censura, sin perjuicio de la tensión que surge de la contraposición de los términos contendidos de la Convención, que la prohíbe y sujeta los contenidos a la aplicación de responsabilidades ulteriores y de la admisión de medidas restrictivas de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así también, debemos mencionar que la imposibilidad de realizar actos de censura aparece en varias resoluciones judiciales como introducción al



tratamiento de las responsabilidades, en orden a reconocer que la libertad de expresión no es absoluta.

Sin embargo, nuestro interés es reconocer aquellos fallos en los que el tema de la censura previa es considerado como corpus principal o tema de fondo, y no sólo en materia periodística sino de la totalidad de las expresiones que el artículo 13.1 reconoce. Más aún en sociedades tan imbricadas por los medios de comunicación como la nuestra.

En materia de limitaciones basadas en el respeto a principios religiosos, "afegado como fundamento de la solicitud de una medida que tiende a evitar la divulgación de una obra cinematográfica, no puede llevar a admitir, como regla, una protección judicial preventiva sobre presuntos agravios. Lo contrario implicaría establecer la censura previa, que debe ser desestimada, ya que afectaría una garantía constitucional expresa y directamente establecida para la libertad de expresión, que cubre también las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica (art. 14 de la Constitución Nacional). Ella sólo puede admitirse como excepción respecto de la publicación de noticias en algunas y precisas circunstancias; resultando improcedente contra la divulgación de ideas y obras intelectuales"<sup>8</sup>

Una de las formas en las que la cuestión de la censura es introducida en los tribunales es la solicitud de una medida cautelar presentada por una persona que cree o sabe que será citada en una publicación periódica, libro o en un programa de un medio electrónico. Aún sin citarlo, el antecedente "Martorell" de la Comisión Interamericana es habitualmente seguido por los tribunales argentinos en los casos que no involucran niños, ya que generalmente se rechaza la solicitud sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores.

En este orden de ideas, es sumamente ilustrativa esta cita: "La libertad de expresión, garantizada por el art. 14. Constitución nacional y el 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos quedaría claramente vulnerada no sólo si se impide la difusión del programa, sino si este tribunal de justicia interviene para limitar, condicionar o imponer modalidades a la forma en que las imágenes o los nombres hayan de ser publicados (...). Los valores que el actor intenta preservar, tales como su reputación o el principio de la inocencia (que, según dice, podría ser conculcado por la difusión de los hechos que determinaron la filiación), no son susceptibles de protegerse mediante la censura previa. La Convención Americana de Derechos Humanos recién citada deja a salvo las "responsabilidades ulteriores" (art. 13, Inc. 2) y a éstas deberá acudir el demandante si se cree con dere-

8 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, "Diario Imagen Satelital Canal Space s/amparo", 6/6/97.

cho", que señaló la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en "Salvo Aragón"<sup>9</sup>.

Uno de los problemas más complejos de dilucidar sobre el establecimiento de límites previos a la difusión de informaciones y opiniones es la resolución de las tensiones que surgen en épocas electorales. Tanto por la llamada *veda electoral* como por la prohibición de la difusión de *encuestas de boca de urna*<sup>10</sup>.

Fue el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires quien consideró el tema en una acción de amparo promovida por la Asociación de Tele radiodifusoras Argentinas pidiendo la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del artículo 5 de la ley 268 de la ciudad, referido a estas limitaciones.

La demanda fue rechazada por el Máximo Tribunal porteño. Apuntamos algunas de las cuestiones más relevantes en aquello que hace a la libertad de expresión:

"El Pacto de San José de Costa Rica exige que los ciudadanos puedan votar y ser elegidos en elecciones periódicas y auténticas. La autenticidad de una elección implica no sólo la ausencia de fraude y de coacción electoral sino, también, de toda manipulación del ciudadano antes, durante e inmediatamente después de que haya emitido su voto"<sup>11</sup>

"El art. 5º de la ley 268 lejos de restringir la libertad de expresión en todas sus formas, la asegura en un sentido más amplio que el señalado por quienes ven restringida su actividad empresarial, pues tiende a garantizar durante el proceso electoral una libertad de expresión inherente a la organización democrática del poder y del Estado, que es la que desarrolla el pueblo en su conjunto, cuando vota, (...). No restringe la libertad de prensa. Los medios de radiodifusión, prensa escrita, etc., continúan antes y durante el comicio con sus actividades. Es decir, los periódicos se publicarán, las radios y los canales de televisión emitirán sus programas informativos habituales, sin que exista censura alguna sobre sus contenidos, adecuándolos a las limitaciones del Código Electoral Nacional, de la Ley de Partidos Políticos y, en esta Ciudad, de la ley 268. Incluso las encuestas son empíricas y realizables; sólo existe un lapso en el cual no se admite la difusión de sus resultados"<sup>12</sup>.

9 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, "Salvo Aragón, Leopoldo Vicente c/ARTEAR S.A.: canal 13 s/amparo", 15/9/97. Con cita de CSJN. Fallos: 248:664, cons. 4.

10 Art. 5 de la ley 269 de la Ciudad: "Artículo 5 - Desde las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio y hasta tres (3) horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, de los resultados de encuestas electorales."

11 Del voto de Maier y Ruiz.

12 Del voto de Maier y Ruiz.

"El art. 5 de la ley 268, que veda la difusión -por cualquier medio- de las encuestas electorales durante las 48 horas previas y las 3 horas posteriores al comicio, tiene por finalidad tanto la de mantener la tranquilidad pública como la de asegurar a la población la certeza de la información que recibe. Por ello, sólo veda la difusión de las encuestas mas no la propagación de los resultados electorales a partir del momento en que se los obtiene del escrutinio y tampoco prohíbe la formulación de proyecciones razonables sobre la base de resultados oficiales. (...) El cuestionado art. 5° de la ley 268 no prohíbe la realización de encuestas, ni la difusión de los datos que surjan de ellas; sólo establece un breve lapso de interdicción para esta actividad. Es que en la confrontación entre la legítima expectativa empresarial y el adecuado ejercicio de los derechos electorales de la población, aquélla debe ceder ante éste; máxime cuando tal preferencia se encuentra acotada en el tiempo en forma precisa".<sup>13</sup>

En materia de restricciones previas por la difusión de noticias sobre niños, ello puede llevarse a los estrados judiciales por diversos motivos. Uno de ellos se basa en razones de protección a la vida privada, sobre todo cuando se trata de cuestiones vinculadas a juicios de filiación, por ejemplo. Otro aspecto que es llevado a instancia judicial es el relativo a la identificación de niños como autores, víctimas o testigos de delitos.

Sobre la primera de las circunstancias apuntadas, existe jurisprudencia en la que se debatió la aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño y cómo armonizarla con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, en "S. V. c/M., D.A."<sup>14</sup>, la Corte Suprema registró una votación dividida en este sentido.

La resolución previa de la Cámara Nacional de Apelaciones limitó una resolución del juez de Primera Instancia, en el marco de un juicio de filiación, la decisión de "hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia". Esta medida fue apelada por la agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN), tras lo cual la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la modificó "limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados".

La apelante promovió el recurso extraordinario sobre el que la Corte se expidió con -como dijimos- votación dividida.

<sup>13</sup> Del voto de Conde.

<sup>14</sup> CSJN, Fallos: 324-975, 3/4/2001.

En la posición de la mayoría (Nazareno, Bossert, y luego por sus votos, Moliné, López, Boggiano, Vázquez y Fayt) debía modificarse la sentencia de Cámara por su alcance, debiendo limitarse la medida.

Para las disidencias individuales de Belluscio y Petracchi correspondía la revocación de la sentencia y el rechazo de la medida solicitada por la actora.

En la posición mayoritaria, se dilucidó el tema entendiendo que corresponde al Tribunal armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de la censura previa -con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad-, ya que así lo prevé el artículo 16, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Allí se plantean diversas posturas para llegar a una solución que se entienda compatibiliza los derechos en conflicto. Por supuesto, se alega que "la protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable".

La mayoría sostiene que "la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de la menor que en un juicio civil en trámite reclama el reconocimiento de la filiación de su presunto padre, representaría una indebida intromisión en su esfera de intimidad, que puede causar, conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en el desarrollo/ambiente psicológico y social de la niña".

Sin embargo, la prohibición de proparlar "cualquier noticia vinculada a la filiación de autos" excede la tutela que requiere la intimidad de la menor, ya que la medida dispuesta conduciría al extremo de impedir la difusión de noticias relacionadas con el juicio de filiación.

También se apunta en los votos que conforman la mayoría que "la Convención Americana confiere un lugar especial, en su jerarquía interna, a los derechos del niño", los que -entre otros derechos fundamentales de la persona- no pueden ser suspendidos siquiera en caso de guerra, peligro público o de otras emergencias que amenacen al Estado (arts. 27 y 19) suspensión que sí podría alcanzar -en las condiciones de marcada excepción previstas- a los derechos reconocidos en el artículo 13 del Pacto.

En los distintos votos que conforman -asimismo- la mayoría, se intenta homologar el principio de la censura para el acceso a los espectáculos públicos (el tratado admite la censura previa -en desmedro de la libertad de expresión- en materia de espectáculos públicos, "para la protección moral de la infancia y adolescencia") y lo extienden como protección a los derechos de la infancia frente a una concreta colisión con otros derechos también reconocidos.

En virtud de esa especial tutela entienden que corresponde hacer lugar a la demanda, aunque limitando su alcance teniendo como Norte que la solicitud de protección judicial encuentra sustento en tratados internacio-

nales<sup>15</sup> y sobre todo teniendo en cuenta que tratándose de un niño se encuentra en plena formación y no tiene discernimiento como para disponer de un acto tan íntimo de su personalidad.

Finalmente destacan que una resolución judicial rodeada de las garantías necesarias no puede ser considerada censura.

Aun cuando comparte la decisión de fondo, el Dr. Fayt reconoce una etiología distinta en sus fundamentos. Indica que la protección al niño que ordena la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a resguardarlo de un perjuicio o peligro; de modo tal que sólo un desconocimiento de ese podrá justificar una conclusión que limitara a una reparación ulterior el alcance de esa protección. Dice: "Nada más desacertado: proteger al niño es preservarlo, no indemnizarlo".

De allí que pone en cuestión que las reparaciones ulteriores que la Convención establece para el ejercicio inadecuado de la libertad de prensa, porque resultan, ante un niño vulnerado en el libre desarrollo de su personalidad, irremediablemente antifuncionales.

Se cuestiona si de la prohibición de censura previa que establece la Convención no se sigue, sin más, que otros derechos quedan anulados o reducidos a meras arrojaciones declamatorias<sup>16</sup>, por lo que revoca la medida limitándola en su alcance.

Formularon disidencias Belluscio y Petracchi.

El primero comparte con la mayoría cuál es el tema de fondo, pero entiende que el derecho a expresarse libremente por la prensa no admite cortapisas de ningún tipo. Tanto es así para él que sostiene que el constituyente no se conformó con consagrar en el artículo 14 el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino que, añadió en el artículo 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa.

Seguidamente distingue los alcances de la censura, las responsabilidades ulteriores y la limitación de acceso a los niños que plantea la Convención en el artículo 13, y agrega que "ni aun para esos elevados fines admite la censura impeditiva de la exhibición, sólo la acepta para regular el acceso de los menores a las representaciones"<sup>16</sup>.

15 Citari el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece como regla que toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, y sienta una expresa excepción "en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a tutela de menores" (art. 14, punto 1); a la vez que la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza a los menores "en las actuaciones penales que los involucran" el respeto pleno de su vida privada en todas las fases del procedimiento (art. 40, punto 2, inc. b, ap. VIII).

16 CSJN, Fallos: 315:1943, voto del juez Belluscio, cons. 13.

Más adelante señala que la imposibilidad de prohibir una información o idea antes de que se imprima o emita no significa abrir juicio sobre el carácter lícito o ilícito de los actos que realicen los medios. Coartar la libertad antes de la publicación o de la emisión de las ideas significa prejuzgar sobre la incapacidad de los medios de prensa de ejercer responsablemente su función, y entrañaría desconocimiento sobre el efecto disuasivo de la sanción ulterior que el ordenamiento jurídico prevé para quien vulnere la intimidad de un menor o tenga indebida injerencia en su vida privada y familiar. Sobre la Convención sobre los Derechos del Niño señala que "el art. 3, ap. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño orienta la interpretación y aplicación de todo el plexo normativo, tarea en la cual se ha de tener como consideración primordial el interés superior del menor. Nuestro país ha conocido una dramática historia de ocultamientos en la filiación de los niños como para creer que necesariamente es de su mejor interés que la prensa permanezca ajena a toda información y no sea capaz de fijar por sí los límites de su función dentro de la ley". Con esos fundamentos revoca la sentencia de Cámara y rechaza la totalidad de la pretensión de la actora.

En su disidencia, el Dr. Petracchi sostiene que es categórica la prohibición de la censura previa y sólo cabe la admisión de las responsabilidades ulteriores y que esa prohibición alcanza también a los órganos judiciales, que no pueden alzarse contra aquella invocando su facultad de dictar medidas cautelares o preventivas.

Luego se pregunta en el voto si esa prohibición de censura establecida en el artículo 13.2 del Pacto y el 14 de la Constitución encuentra cortapisas al ser enfrentada con la Convención sobre los Derechos del Niño. A criterio de Petracchi, esta norma internacional "sólo impone -en lo que interesa- el criterio inspirador que deberá guiar la actuación de los órganos de los distintos poderes del Estado, que -como se indica- tendrán que atender primordialmente al "interés superior del niño". Asienta allí su convicción en cuanto a que "no podría considerarse a la citada norma como una autorización para hacer tabla rasa con cualquier institución jurídica so capa de que así se tutelarían mejor los intereses del menor" y que "en el caso específico de los tribunales, casi es innecesario puntualizar que el citado art. 3.1. no puede ser leído como si concediera una implícita y genérica habilitación para fallar siempre contra *legem* (menos aún si la ley es -como en el caso de San José- también de jerarquía constitucional). Su alcance es el de priorizar el mentado "interés superior" en el marco de interpretaciones y aplicaciones jurídicas posibles. No, en cambio, el de subvertir todo derecho (público o privado) en aras del aludido interés".

También al comparar las convenciones entiende que "la gran semejanza permite afirmar que, en el ámbito de las responsabilidades ulteriores, ambas convenciones (no una sola, sino las dos) estatuyen sistemas



similares y persiguen tutelar parecidos derechos. Empero, la diferencia decisiva aparece en el ámbito de la censura previa; aquí, contrariamente a lo que sucede en los otros textos internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; por ejemplo), la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una prohibición categórica, ausente en aquéllos. Ello debe ser reconocido y responde a una singularidad propia del derecho constitucional latinoamericano y a la expresa voluntad de quienes concurren a la redacción del art. 13 del Pacto de San José. Desconocer los alcances que en esta materia tiene la Carta Regional de los Derechos Humanos trayendo a colación la permisividad censoria que se advierte en otras latitudes— no sólo reflejaría una hermenéutica errónea sino que borraría uno de los rasgos más peculiares del sistema americano, en aras de no se sabe qué vaga homogeneización”.

Y finaliza diciendo que “en materia de censura, el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. La aversión a los sistemas de censura no se basa en la presunta deshonestidad o ignorancia de quienes los ejercen. Los probos y los doctos han sido, históricamente, los censores más eficazmente represivos al momento de ejercer la actividad censoria. La propia dinámica del sistema de censura es la nociva: —con su tutela paternalista que controla anticipadamente lo que se puede decir, oír o ver— no las personas llamadas a ejecutarlo”. Pese a ello estima innecesario —o, más bien, impropio— considerar si el concreto acto de censura importó un ejercicio *bueno o malo* de la facultad censoria. Es ésta la que no existe como posibilidad jurídica.

Esto concluye la cuestión. No hay que formular ninguna elección, por que ésta ya ha sido hecha. Puede también aquí decirse que “esta es precisamente la clase de opciones [que la ley constitucional] hizo por nosotros”<sup>17</sup>.

### III. Artículo 13.2, segunda parte: responsabilidades ulteriores

Este párrafo del artículo 13, en su segundo inciso se refiere a la atribución de responsabilidades ulteriores como mecanismo de la protección de derechos y reputación de los terceros, el orden y la moral públicos o la defensa nacional.

Dicha atribución de responsabilidades puede corresponderse al derecho civil al derecho penal o al derecho administrativo. Y deben, por mandato del propio artículo de la Convención, cumplir con tres requisitos: deben cumplir con el principio de legalidad, y la ley debe ser clara y precisa además de ser dictada con anterioridad a los hechos. En este plano, si

17 Con cita de la Corte Suprema estadounidense, 425 U.S. 748, 770 - 1976.

### principios de libertad de expresión.

bien no es un mandato explícito de la Convención, parecería obvio que dicha norma debe estar publicada.

En las especificidades de la actividad de la comunicación social y el ejercicio de la libertad de expresión encontramos un fallo que advierte sobre las consecuencias del incumplimiento del requisito de legalidad.

En “Gartner, Angel Eduardo c/Comité Federal de Radiodifusión”<sup>18</sup>, la Corte declara la nulidad de una resolución sancionatoria de la autoridad de aplicación en materia de radiodifusión en la medida en que la norma de alcance general que dispone el régimen de sanciones no fue publicada en el Boletín Oficial ni comunicada con anterioridad a la emisora sancionada.

En particular, la Corte señala que “la falta de publicidad hizo que en el caso la disposición no adquiriese obligatoriedad y, por tanto, que no resultase el derecho vigente al que la administración debe sujetar su conducta, y frente a ello es irrelevante, tanto el conocimiento que de su sanción hubiese tenido el interesado como su adhesión al sistema que gobierna el otorgamiento de los permisos para las emisoras radiales (...) Ausente la publicidad, cualquiera sea la bondad de la nueva disposición con relación a la anterior, tratándose de un requisito que hace a la obligatoriedad de la ley, la sanción que contempla la norma, causa lesión a la garantía constitucional de la defensa en juicio, en cuanto exige que aquélla se encuentre prevista por la ley con anterioridad al hecho del proceso (art. 18 de la Constitución nacional y Fallos: 298:717)”.

Otro de los requisitos específicos que reclama la literalidad de la segunda parte del artículo 13.2 es que se cumpla el principio de necesidad. Aspectos que deben cumplimentarse en los distintos casos de legítimos fines que contempla.

### IV. Artículo 13.2, segunda parte: protección de los derechos de terceros

En palabras de la Comisión Interamericana<sup>19</sup> y la Corte Europea<sup>20</sup>, en el campo del análisis de las responsabilidades por ejercicio de la libertad de expresión *necesario* “debe considerarse como algo más que ‘útil’, ‘razonable’, o ‘conveniente’”. Para que una limitación sea *necesaria*, “debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión.

18 CSJN, Fallos: 325:1808, 18/7/2002.

19 CIDH, Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1994.

20 Casos “Lingens”, “Castells” y otros post-efiores.

(...) La necesidad comporta la existencia de una 'necesidad social imperiosa'. De manera que los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del 'orden público', como medio para suprimir un 'derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real'. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima.

En los estándares promovidos en la Declaración de Principios de Libertad de Expresión de la CIDH en octubre de 2000, los principios 10 y 11 permiten bosquejar una interpretación correcta de la necesidad de la atribución de las responsabilidades<sup>21</sup>.

Es, entonces, desde ese contexto, que debemos analizar la aplicación de la Convención Americana en los fallos que resuelven sobre la aplicación de responsabilidades ulteriores.

Una de las líneas a analizar se refiere a la doctrina de la *real malicia*, que la Corte dice tener como posición mayoritaria a partir del fallo "Morales Sola"<sup>22</sup> y luego fuera citada nuevamente en diversas resoluciones como "Menem, Eduardo c/Tomás Sanz"<sup>23</sup>, "Díaz c/Ed. La Razón"<sup>24</sup>, "Perini c/Herrera de Noble", "Amarilla, Juan H. s/Recurso Extraordinario en autos: 'Gorverin, Diego Rodolfo s/querrela p/calumnias e injurias c/Amarilla, Juan H. Expte n° 797792"<sup>25</sup>, "Menem, Amado Calixto c/La Voz del Interior s/sumario"<sup>26</sup>, "Ramos, Juan J. c/Radio Belgrano y otros"<sup>27</sup>, "Pandolfi

<sup>21</sup> Principio 10: "Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en esos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condejo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o la verdad de las mismas".

Principio 11: "Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como leyes de desacato atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información".

<sup>22</sup> CSJN, Fallos: 319:2741.

<sup>23</sup> CSJN, Fallos: 321:2848.

<sup>24</sup> CSJN, Fallos: 321:3170.

<sup>25</sup> CSJN, Fallos: 325:2188.

<sup>26</sup> Publicado en LL 10069/2003.

<sup>27</sup> CSJN, Fallos: 319:3428.

c/Rajneri"<sup>28</sup>, "Suárez c/Cheransy"<sup>29</sup>, "Abad"<sup>30</sup>, "Gesualdi c/Cooperativa Periodistas Independientes y otros"<sup>31</sup>, "Rodríguez Daniel"<sup>32</sup>, "Bruno/Arnaldo c/La Nación"<sup>33</sup>, "Rovitalta, Huberto c/Editorial Tres Puntos S.A. s/daños y perjuicios"<sup>34</sup>, "Guérineau, Horacio Laurindo c/La Gaceta S.A. s/daños y perjuicios"<sup>35</sup>.

Aunque sólo en escasas oportunidades se menciona explícitamente la Convención Americana y su artículo 13, entendemos que es relevante esta compilación de casos que cuentan con invocación de la doctrina basada en la ampliación del margen de crítica a funcionarios públicos, personalidades públicas o que aquellas que no teniendo este carácter se involucran en cuestiones de interés público, toda vez que se ha transformado en un estándar interpretativo de la aplicación de responsabilidades ulteriores por su inclusión en la Declaración de Principios de sobre libertad de Expresión de la Comisión Interamericana (Principios 10 y 11) y ser reconocida recientemente en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los casos "Herrera Ulloa"<sup>36</sup> y "Canese"<sup>37</sup>.

En particular, la doctrina "se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querrelantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria desocupación sobre si eran o no falsas. El punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional. Se suma la misión de la prensa, su deber de informar a la opinión pública proporcionando el conocimiento de qué y cómo actúan sus representantes y administradores; si han cometido hechos que deben ser inves-

<sup>28</sup> CSJN, Fallos: 320:1272.

<sup>29</sup> CSJN, Fallos: 318:823.

<sup>30</sup> CSJN, Fallos: 315:632.

<sup>31</sup> CSJN, Fallos: 319:3085.

<sup>32</sup> CSJN, Fallos: 319:2741.

<sup>33</sup> CSJN, Fallos: 324:2419.

<sup>34</sup> Resolución del 30/3/2004.

<sup>35</sup> Resolución del 15/4/2004.

<sup>36</sup> Corte IDH, "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2006, párrafo 127 y ss.

<sup>37</sup> Corte IDH, "Ricardo Canese vs. Paraguay", sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafo 97 y siguientes.



Figados o incurren en abusos, desviaciones o excesos y si en esos hechos han intervenido funcionarios o figuras públicas, incluso particulares —que han adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que trata la información— su situación los obliga a demostrar la falsedad de la noticia, el dolo o la inexcusable negligencia de la prensa. Entonces, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideren afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar, es decir con conocimiento de que era falsa —with knowledge of its falsity— o con negligencia culpable sobre si era falsa o no lo era —or with reckless disregard of whether it was false or not—.

Este amparo, que aparece inicialmente como destinado a la prensa, es luego extendido para favorecer a cualquier persona que haga ejercicio de la libertad de expresión a partir de las consideraciones recaídas en "Pandojñ c/Rajneri s/inf. art. 110"38.

Y la evaluación de los hechos que se lleven a conocimiento de los tribunales debe ser necesariamente cumplida a la luz de esta doctrina, según opinión de la Procuración General de la Nación, que sostiene: "Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios ocasionados por una publicación si —más allá de si el actor es o no una figura pública o si, en definitiva, resulta o no aplicable la doctrina de la 'real malicia'— el juzgador desechó el estudio del caso a la luz de dicha doctrina, soslayando el hecho de su admisión por la Corte Suprema y su reiterada invocación por el recurrente"39.

#### V. Artículo 13.2, apartado b; orden público

Respecto a este párrafo del articulado, nos parece interesante destacar la resolución adoptada en la causa "Vita, Leonardo G. y otro s/procesamiento" de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal40.

En este caso, la Sala interviene por asignación de la causa por la Cámara de Casación, que declarara la nulidad de un sobreseimiento dictado por

la Sala I con anterioridad en orden a la investigación de los delitos previstos y tipificados por los arts. 12; inc. a, y 28, primer párrafo, de la ley 23.73741, en concurso ideal, por los que los recurrentes fueran procesados.

Si bien sobre el fondo de la cuestión la Sala II entiende que los actos son atípicos para configurar las conductas imputadas, a nuestro criterio la resolución realiza aportes de suma importancia a la aplicación de la Convención Americana en nuestros tribunales.

Para ello, al analizar las tipificaciones penales aplicadas en el caso, enfatiza la Sala en que las interpretaciones no deben ser literales sino dejar en claro qué es aquello que se intenta prohibir. Recalca la resolución que "si no se fijara límite alguno, y la cuestión quedara circunscripta a la mera determinación del significado de los términos escogidos por el legislador, deberíamos concluir en que prácticamente toda manifestación efectuada en forma pública, relativa al consumo de drogas y que adoptara una postura disidente con la línea que orienta la política criminal estatal en la materia, acabaría siendo penada, lo que resulta francamente inadmisible a la luz de las normas constitucionales que consagran la libertad de expresión en tanto derecho estructural y estructurante de todo sistema democrático".

Entonces, al agudizar la observación al contenido de la libertad de expresión, señala que "se encuentra consagrada en el artículo 14 de nuestra Constitución nacional así como también en diversas normas de derecho internacional que —en la actualidad y a partir de la reforma constitucional de 1994— detentan en nuestra pirámide jurídica esa misma jerarquía (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 13; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19; Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 4; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 19)".

Recoge los alcances que la Corte Interamericana de Derechos Humanos asigna a la libertad de expresión en la OC-5/85 al indicar "que la libertad de expresión comprende no sólo el derecho y la libertad de expresar el propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Y, por tanto, cabe entender que cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo vio-

38 CSJN, Fallos: 320:1272, 1/7/97.

39 Dictamen de la Procuración General de la Nación, al que remitió la Corte Suprema en "Rovimalta, Huberto c/Editorial Tres Puntos S.A. s/daños y perjuicios", 30/3/2004.

40 Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal, Sala II, "Vita, Leonardo G. y otro s/procesamiento", causa 20.336, 29/08/2003.

41 Se trata de un procesamiento por precontizar y difundir públicamente el uso de estupefacientes, en concurso ideal con el de impartir instrucciones acerca de su producción, fabricación, elaboración o uso mediante la publicación de una página de Internet que posea links a distintos sitios en los que se hacía referencia a la *cannabis* y al cáñamo con distintas posiciones que promovían la despenalización del consumo de marihuana.

lado, sino también el derecho de todos a recibir información e ideas y a conocer el pensamiento ajeno... y que constituye "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática: es indispensable para la formación de la opinión pública; es *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente; representa también el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad".

Tras ello, afirma la Sala que la eminente posición que ocupó la libertad de expresión en el régimen republicano obliga a una particular cautela cuando se trata de deducir responsabilidades de su ejercicio, agregando mientras recoge la posición de la CIDH en su Informe del año 1994: "luego que "la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que existe una amenaza evidente y directa de violencia anárquica".

Fijado el marco interpretativo, la Sala indica que el juzgado al decretar el procesamiento realizó una exégesis de la tipificación, incompatible con las convenciones internacionales que protegen la libertad de expresión y que el examen debe ser más cauteloso cuando como en el caso, el acceso al contenido cuestionado "se logra a partir de una conducta activa de búsqueda por parte del receptor".

Cuando considera las consecuencias de la crítica a la penalización del consumo, la Sala señala "la imposibilidad de que la crítica política en sí misma, por apasionada, por encendida, por caústica que sea, pueda constituir ilícito alguno pues ello importaría, lisa y llanamente, consagrar un delito de opinión, retrotrayendo así las instituciones de la democracia a las bases mismas del totalitarismo y la intolerancia ideológica"; y agrega: "En esta dirección, cobra inusitada actualidad el pensamiento de Julio Herrera, quien ya a principios del siglo pasado advertía que la norma penal no incrimina las opiniones, juicios o teorías sobre la dañosidad o beneficencia de las incriminaciones hechas por ley, pues por laudables que sean para las conductas que el legislador castiga como delitos, no dejan de ser expresiones lícitas de las propias ideas. En el ámbito de las ideas, el razonable derecho de expresarlas no puede estar configurado por la posibilidad de que sean socialmente peligrosas o contrarias a lo dispuesto por el legislador, porque, precisamente, los beneficios que resultan del conflicto de ellas no son ajenos a la justificación de esa libertad (Herrera, Julio, 'Anarquismo y defensa social', citado por Ricardo C. Núñez, ob. cit., p. 99)".

#### VI. Artículo 13.3: mecanismos de censura indirecta. Administración de frecuencias

La importancia del artículo 13.3 sí fue reconocida por la justicia. Sin embargo, los criterios de administración de frecuencias fueron entendidos por varias cámaras de apelaciones y la CSJN como patrimonio del Poder Ejecutivo, aun cuando no se realizaran las actividades apropiadas para establecer los planes técnicos que permitirían nuevas asignaciones.<sup>42</sup>

En este punto, resulta de importancia recordar el punto 12 *in fine* de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión: "Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos".

En ciertos casos, en que se objetaba la falta de llamado a concursos para la instalación de más medios de comunicación electrónicos de radiodifusión, y se argumentaba que ello era un mecanismo de censura indirecta, se resolvió: "... es indudable que compete al Comité Federal de Radiodifusión la realización de los concursos para proveer a la adjudicación de las estaciones del servicio de radiodifusión con modulación de frecuencia. Pero no menos discutible es que, de acuerdo al art. 1 del Decreto 1357/89, dicha convocatoria debe sujetarse al Plan Técnico que aprueba el Poder Ejecutivo Nacional, a la fecha, como sustituto oportuno de la demandada. En otros términos, toda convocatoria debe responder al mencionado plan. Este constituye un recaudo impuesto por el legislador para conferir al acto que la dispone el sustento técnico adecuado que permita el ejercicio ordenado del servicio de radiodifusión (art. 27, ley 22.285 y cap. III, del Decreto 286/81)".<sup>43</sup>

En el mismo sentido, "el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación, debe ser ejercido conforme a las leyes que lo reglamentan y dentro de los límites que imponga la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público"<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Corresponde señalarse que entre los considerandos del Decreto 1.144/1996 se menciona que "con el dictado del Decreto N° 1151/84 se limitó la libertad de prensa y de elección, por cuanto se suspendió *in eternum* la aplicación del Plan Nacional de Radiodifusión, lo que derivó en un verdadero congelamiento de la cantidad de prestadores (...) tal congelamiento llevó a numerosos tribunales de justicia del país a hacer lugar a los recursos de amparo interpuestos por prestadores de servicios de radiodifusión hasta tanto el Estado Nacional llamara a concurso público para adjudicar las licencias con sus respectivas frecuencias".

<sup>43</sup> CSJN, Fallos: 318:1409, del 10/8/95.

<sup>44</sup> CSJN, Fallos: 322:2750, "Ríos, Rubén Francisco c/Estado Nacional - COMFER - Dirección Nacional de Telecomunicaciones s/ordinario - acción de inconstitucionalidad", Resolución del 1/11/99.

Finalmente, cuando el plan fue confeccionado para las áreas con mayor demanda de frecuencias que oferta, el concurso fue llamado y sus reglas fueron sistemáticamente alteradas e incumplidas. Ello se concluye de lo dicho por la CSJN en el caso "Miragaya"<sup>45</sup> al reseñar la irregularidad de los actos de adjudicación de licencias para emisoras de baja potencia en la Ciudad de Buenos Aires, considerándolos nulos de nulidad absoluta por omisión del respeto del principio de igualdad en la adjudicación de las licencias y la insuficiente motivación de los actos de adjudicación.

Y, en cuanto a los actos del Poder Ejecutivo, o sus organismos, que generan limitaciones al acceso a las licencias para la prestación de servicios de radiodifusión, aun cuando no se realiza a través de frecuencias radioeléctricas, sino por tendido de cable, la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial de Córdoba, el 14 de septiembre de 2004, en los autos "Coop. De Servicios Públicos. De Villa Santa Rosa c/Comité Federal de Radiodifusión - amparo" resolvió la inconstitucionalidad de una serie de resoluciones del Comité Federal de Radiodifusión.

La Sala entiende que existía "manifiesta ilegitimidad de las Resoluciones 1172/2003 de fecha 3 de noviembre de 2003, 241/2004 de fecha 11 de marzo de 2004 y 1202/2004 de fecha 3 de septiembre de 2004 (BO 6/9/04), dictadas por el señor Interventor del Comité Federal de Radiodifusión, que continuando con la tesitura adoptada desde el mes de septiembre de 2000 en forma sucesiva e interrumpida, ha mantenido suspendida la venta de los pliegos de Servicios Complementarios de Radiodifusión, aniquilando el ejercicio por parte de la actora de diversos derechos de raigambre constitucional, tales como el de asociarse con fines útiles (art. 14); el derecho de igualdad ante la ley y no discriminación (art. 16); el derecho a la propiedad (art. 17); libertad de imprenta (art. 32); al de calidad y eficiencia de los servicios públicos, defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales (art. 42), a que se provea la conducente para el progreso del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración (art. 75, inc. 18), al desarrollo humano (art. 75, inc. 19); a la igualdad de oportunidades y de trato (art. 75, inc. 23) y demás garantías concordantes incluidas en los Tratados Internacionales que a tenor del art. 75, inc. 22, integran el bloque de constitucionalidad federal".

Estas resoluciones disponían la suspensión de la venta de pliegos de servicios complementarios de radiodifusión, es decir, de las carpetas por

<sup>45</sup> CSJN, "Miragaya, Marcelo Horacio c/Comité Federal de Radiodifusión s/amparo por ley 16.986", resolución del 08/09/2003.

las que se tramita la solicitud de la instalación de licencias para la instalación, funcionamiento y explotación de servicios de TV por cable y otros llamados *servicios complementarios*.

**VII. Artículo 13.5 de la Convención: prohibición de la apología y de la incitación de la violencia racial, nacional o religiosa**

Si bien no hay una cita explícita al texto de la CADH, en la resolución de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal del 10/9/2004 aparecen cuestiones relacionadas con el uso de expresiones que constituye una incitación a la violencia contra grupos de personas por motivos religiosos.

En la causa 35.776, "Cherasny, G. s/procesamiento", la Sala confirmó el procesamiento dictado por infracción al artículo 3 (segundo párrafo) de la ley 23.592<sup>46</sup> dictado en las actuaciones iniciadas por el presidente y el secretario del Centro Islámico de la República Argentina.

Ante expresiones que se formulan el 16 de setiembre de 2002, y que la Sala entiende incursas en el tipo penal imputado, la resolución se avoca a considerar si tal tipo de dichos "se encuentran amparados por la garantía de la libertad de expresión -y, en tal caso, pertenecen a un ámbito exento de intervenciones estatales- o, por el contrario, tienen características que los sitúan dentro de la materia que el Estado puede prohibir y castigar legítimamente".

Con cita del caso "Vita" y de la jurisprudencia estadounidense "del peligro claro y actual" del caso "Schenk vs. US"<sup>47</sup>, citada por Gulco<sup>48</sup>, la Sala entiende que "debe contextualizarse la oportunidad y la calidad de los dichos". Eran cinco días después del atentado a las Torres Gemelas.

En este marco, la Sala considera "la sensación de terror que se propició por la población mundial como producto de las miles de víctimas fatales del atentado -y la identificación de los autores, o encubridores, del acto terrorista con un régimen islámico radical- son aspectos insoslayables al

<sup>46</sup> Art. 3: "Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio, alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas".

<sup>47</sup> Corte estadounidense: 249 US 47, 1919.

<sup>48</sup> Gulco, Hernán V., *La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso*, en Maier, Julio B. J. (comp.), *Libertad de prensa y Derecho penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 47.



momento de determinar si los dichos de Cherasnhy tuvieron entidad para alentar o incitar la persecución o el odio de un grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas (...) las palabras de Cherasnhy cobraron aptitud para incitar o generar la persecución o el odio contra la comunidad islámica. Esto es, las palabras del imputado habrían fomentado la desvaloración del islamismo, generando un clima en el marco del cual los destinatarios de su discurso pudieron verse incitados a cometer actos de violencia o discriminación contra el grupo religioso en cuestión".

Por tanto, estaríamos ante una resolución que aplica los estándares de las responsabilidades ulteriores previstas en el artículo 13.2, en el contexto específico del mandato conferido a los estados en el inciso 5 del mismo.

#### VIII. Breves conclusiones

La interpretación del artículo 13 de la Convención recién ha recibido sus primeras resoluciones por la Corte hace pocos años. Los antecedentes "Ivcher", "Olmedo Bustos", "Herreira Ulloa" y "Canese" aún no se han corporizado en citas concretas de nuestros tribunales.

Escasamente lo ha sido la OC-5/85 que no sólo se refiere a la inadmisibilidad de la colegiación de periodistas sino que fija estándares de interpretación de los alcances de la libertad de expresión.

No obstante, si encontramos con mayor frecuencia citas a la Convención. Pero esto, a nuestro criterio, no es suficiente. Y ello en orden a que sobre todo por las implicancias que tiene "Canese" para el estudio de la compatibilidad de nuestra legislación penal en materia de delitos contra el honor— es imprescindible fomentar su invocación en las distintas causas. En términos de perspectivas, ése es un camino a seguir.

Otra senda abierta es la que impone con suma urgencia la modificación de la ley 22.285. Su palmaria violación del artículo 13 ya ha sido declarada. Pero, de subsistir, la paradójica situación de inmovilidad que tiene el Estado por no poder aplicar la ley vigente se mantendrá. Y esa inactividad sólo lleva a la negación del ejercicio del derecho humano a la información.