

## PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA

Por JOSÉ MIGUEL ONAINDIA \* y ADELINA LOIANNO \*\*

### **Resumen:**

*Este artículo analiza una sentencia de un tribunal uruguayo que pone en conflicto la libertad de expresión y los derechos personalísimos de los padres de una víctima de violencia de género. Los progenitores piden y logran que toda referencia que permita identificar a su hija en un texto, luego llevado al teatro, sea excluida. Sin embargo, cuando solicitan revisar la totalidad de la obra, surge la controversia sobre el alcance de las restricciones a la libertad de expresión y la prohibición de censura.*

### **Palabras clave:**

*Libertad de expresión, derechos personalísimos, restricciones, censura.*

## PROTECTION OF FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION

### **Abstract:**

*This article analyses a ruling by a Uruguayan Court that brings into conflict the freedom of expression and the highly personal rights of the parents of a victim of gender violence. The parents requested and obtained the exclusion of any reference that would identify their daughter in a text that was later taken to the theatre. However, when they request (check) a review of the entire play, controversy arises over the scope of the restrictions on freedom of expression and the prohibition of censorship.*

\* Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas de la UBA y de la UCES. Director del Programa de Especialización en Derecho del Arte y Legislación Cultural de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor Titular de Política y Legislación de Comunicación en la Universidad del Cine.

\*\* Profesora de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos, UBA, UNLZamora, UCES, UAI. Coordinadora de la Especialización en Derecho Constitucional, UBA, y Sub-Directora del Curso de Perfeccionamiento en Derecho del Arte y Legislación Cultural, UBA.

**Keywords:**

*Freedom of expression; personal rights, restrictions, censorship.*

## INTRODUCCIÓN

Para el constitucionalismo iberoamericano, la libertad de expresión ha sido desde sus orígenes un derecho preferido, esencial para el desarrollo de la vida democrática. Esa percepción de la importancia que tiene la libre circulación de ideas y otras expresiones humanas en la construcción de la cultura ha sido siempre la razón que justifica una especial protección frente a toda interferencia arbitraria que impida u obstaculice la comunicación de pensamientos e ideas.

La importancia de la expresión y su diversidad en la construcción de una sociedad democrática se manifiesta en el reconocimiento casi unánime de la imposibilidad de censura previa, sin perjuicio de reconocer responsabilidades cuando, ejercida esa libertad, se hubieren generado daños que deban ser reparados.

No cabe duda de que la palabra impresa fue la que permitió la expansión del conocimiento y las ideas, pero el impacto de la literatura en el desarrollo de las sociedades y su influencia en la conformación de las diferentes concepciones políticas tardaron más en ser reconocidos y, consecuentemente, aparecieron nuevas formas de cercenamiento de la libertad de expresión más sutiles que la censura: restricciones solapadas, imposición tributaria, control del papel, entre otras.

La gravitación actual de la tecnología y su influencia en los procesos masivos de comunicación no ha superado, sin embargo, el valor de la literatura como modulador de la convivencia, impulsando el cambio de paradigmas en la conformación del Estado y de las reglas de convivencia humana. El soporte ha variado, incorporando al tradicional libro de papel otras formas de transferencia de la literatura, a través del *e-book* o la web.

El teatro fue hasta comienzos del siglo XX la otra forma de transmitir pensamiento a través de la ficción representada. Luego, el cine y las formas audiovisuales que le siguieron le quitaron este privilegio de la representación de historias, pero continúa siendo un medio de expresión de impacto en la formación de opinión. Desde “El casamiento de Fígaro”, de Beaumarchais, que en la Francia prerrevolucionaria anticipó los cambios de régimen político hasta el presente, el teatro es una expresión artística que anticipa cambios y despierta debates.

El caso que presentamos se origina en la pretensión de control previo de una obra teatral inspirada en casos reales que dieron origen a la causa más importante de explotación sexual en Uruguay, denominada “Operación Océano”. Los jueces tuvieron que resolver un conflicto entre derechos humanos protegi-

dos por el ordenamiento jurídico: libertad de expresión artística versus derecho a la intimidad y reputación <sup>1</sup>.

## 1. LOS HECHOS DEL CASO

La dramaturga y directora de escena uruguaya Marianella Morena, al leer una noticia policial sobre la aparición del cadáver de una menor acaecida el 20 de marzo de 2020, comienza a seguir el caso, que le despierta su interés creativo. Ese hecho da origen a una investigación penal, a la que se pone el nombre antes indicado y en la que hay casi veinte víctimas y una treintena de acusados.

Durante un año, la dramaturga se entrevista con la fiscal de la causa, con miembros de Interpol y con víctimas y acusados, y con esos materiales crea una ficción dramática que titula “Muñecas de Piel”. El caso tiene un gran impacto mediático tanto en medios gráficos como audiovisuales, es motivo de debates y comentarios, provoca la escritura de dos ensayos realizados por periodistas y publicados por destacadas editoriales.

Cuando se anuncia el estreno definitivo de la obra, que se había pospuesto por razones sanitarias de marzo a julio, los padres de una de las víctimas —la única fallecida— deducen una acción de amparo, que tuvo por objeto impedir que se usara el nombre de la hija, pero también solicitaban leer el texto y ver un ensayo de la obra para controlar que además del nombre tampoco pudiera identificarse ningún hecho o elemento que aludiera a la víctima.

Desde el comienzo se accedió a no mencionar el nombre de la menor fallecida, pero no se accedió al control previo del material por considerarlo contrario a la garantía de la censura previa contemplada tanto en la Constitución Nacional del Uruguay como en los múltiples pactos de derechos humanos que el país ha ratificado e integran su ordenamiento jurídico.

## 2. LOS LÍMITES IMPRECISOS ENTRE LA REALIDAD Y LA FICCIÓN

En todas las expresiones narrativas que involucran la imaginación de sus creadores, la representación se diferencia del hecho en el que puede basarse. La ficción siempre implica una fuga de la realidad, la intención del creador de tomar un hecho como disparador de su imaginación, al que intenta dotarse de un sentido dentro de una forma de expresión que no es un ensayo histórico. La mayor o menor cercanía con la realidad es determinada por el artista, pero en cualquier caso siempre hay elementos que lo distancian del hecho en el que se funda.

<sup>1</sup> Caso del Tribunal Apelaciones Familia 1ºT Montevideo, República Oriental del Uruguay, septiembre de 2021. En autos caratulados: REGÁLADO, ALEJANDRA y otro c/ MORENA, MARIANELLA y otros s/ AMPARO. Ficha 2-29017/2021.

En el caso que motiva el fallo, la dramaturga, si bien parte de hechos reales, como expresamente indica la publicidad de la obra, no sigue el código del realismo: la restringe a tres actores, que no representan un personaje único, sino arquetipos de víctima, victimario y fiscal, y en este último caso se desdobra la misma actriz en otros roles dramáticos, como madre de la víctima y esposa de un acusado, entre otros. Los hechos de la escena no son reales; los textos citados como cartas o diarios son creación de la dramaturga; los elementos escenográficos no aluden a ningún escenario real, sino a elementos simbólicos sobre la explotación sexual.

La autora tiene una sólida carrera internacional con obras que parten de personajes reales, pero a los que les dio un tratamiento dramático absolutamente alejado de lo biográfico y de la ficción histórica. Desde la poetisa del novecientos Delmira Agustina, que murió asesinada por su exmarido en el cuarto de pensión donde se encontraban como amantes, hasta Elena Quinteros, maestra víctima de la dictadura militar uruguaya, una galería de mujeres relevantes del Uruguay le dieron inspiración a su obra de contenido cuestionador a la posición de inferioridad de la mujer y los valores que le dan sustento.

### 3. LOS DERECHOS ENFRENTADOS EN EL CASO

Los accionantes defienden en este caso la intimidad de la menor fallecida como un freno a la libertad de expresión artística de la creadora. Es interesante destacar que en primer lugar se puso en discusión en la causa si los derechos personalísimos son transmisibles, como los patrimoniales, y se extinguen con la muerte del titular. Los jueces intervinientes, si bien decidieron el fondo del asunto en igual sentido, difirieron al opinar sobre la materia.

El juez redactor del fallo del Tribunal de Apelación sostuvo que la doctrina tiende hoy a admitir que los derechos personalísimos tienen por fin proteger los intereses morales y sobreviven, como esos intereses, a la vida del causante. “¿No existe solamente una herencia patrimonial, sino que hay también una herencia moral, que aplicaría el principio de continuación de la personalidad del difunto a sus derechos? Algunos derechos subsisten y otros subsisten modificados; pero en general, se puede decir que los derechos de la personalidad sobreviven al difunto”. Y hace una salvedad: los derechos patrimoniales tienen en cuenta el interés del heredero, mientras que los derechos de la personalidad tienen en cuenta el interés del causante, en preservar su vida privada, respecto de su obra y de su nombre.

Indica con precisión el conflicto de derecho planteado en los autos entre el derecho de los padres de una niña, que ha tenido una existencia que culminó en forma trágica, a que se conserve su honor, y la libertad de expresión. Pero como en todo conflicto de derecho hay una base fáctica que condiciona su interpretación. Por las circunstancias del caso, la menor fallecida cuyos derechos se pretenden proteger mediante la acción ya es conocida por la sociedad, por lo que

la obra de teatro cuestionada no será la que vulnere su derecho al anonimato, interesante concepto que introduce el sentenciante en este momento de explosión de la exhibición de la intimidad en las redes sociales. Y destaca que basta con poner en el buscador de Google el nombre de la persona que se intenta proteger para que emerjan miles de páginas y archivos informáticos que la refieren.

También destaca que la protección del derecho al honor conculcaría en este caso la libre comunicación de pensamientos, la protección legal del trabajo intelectual, los derechos del autor, del inventor y del artista, máxime en este caso, donde la obra que se intenta prohibir o cercenar es una pieza artística que denuncia la trata y la violencia sexual.

Las obras artísticas de cualquier naturaleza son poderosas herramientas para colaborar en un proceso de concientización social de la violencia que implica la explotación sexual de niñas y niños. Cita un caso de la literatura uruguaya, “El huevo de la serpiente” (Urruzola, María, Planeta, 1992), llevada luego al cine por la directora Beatriz Flores Silva bajo el nombre “En la puta vida” (2001), que posibilitó el conocimiento del drama que sufrían mujeres uruguayas explotadas sexualmente en el extranjero.

Destaca que prohibir a través de sentencias del Poder Judicial expresiones artísticas que militan a favor de los derechos de la mujer implicaría una fuerte contradicción con el cumplimiento de los deberes asumidos por el Estado uruguayo.

#### 4. EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE LA LIBERTAD DE PRENSA

Las Constituciones en la región tomaron originariamente en su mayoría el concepto clásico de libertad de expresión y su garantía, la prohibición de censura previa. Los primeros textos constitucionales utilizaron el término “prensa”, que abarca los diarios y las publicaciones periódicas, por ser los medios de comunicación utilizados en la época y respecto de los cuales era necesario establecer los resguardos necesarios para facilitar el acceso a la información con libertad. Es evidente que desde siempre se ha reconocido la trascendencia de la expresión libre de las ideas como elemento esencial en la formación del pensamiento crítico y el desenvolvimiento de la cultura universal.

En la Constitución argentina la referencia es simple y escueta, pero abarcativa de los tres elementos que definían a mediados del siglo XIX el derecho a la expresión libre: universalidad, soporte (restringida a la prensa escrita) y garantía (la prohibición de censura). Esa tipificación limitada fue superada por la jurisprudencia a otros canales idóneos para la transmisión de las ideas <sup>2</sup>. Cabe señalar, tratándose en este trabajo de una decisión judicial de tribunales urugua-

<sup>2</sup> Ver MANILL, Pablo L., *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters-La Ley, 2021, t. II, pp. 453 y ss.

yos, que la Constitución del país vecino es más amplia, porque no solo alude a la “prensa”, sino a “cualquier otra forma de divulgación”<sup>3</sup>.

Actualmente el significado de los vocablos “prensa” e “imprensa” ha cobrado una nueva dimensión por efecto de las nuevas tecnologías que introdujeron otros medios para la transmisión del pensamiento y las ideas: web, Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp.

Pero entre la inicial protección constitucional de la “prensa” como expresión humana hasta la incorporación de los modernos medios de comunicación, cabe preguntarnos cómo se fueron sumando otras manifestaciones de la cultura que se vinculan directamente con la expresión: el teatro, el cine, las expresiones artísticas como la pintura, la escultura, la música, la fotografía. En tal sentido, es evidente que las diferencias técnicas o el soporte no impiden reconocer igual tutela a toda manifestación de opiniones, sentimientos y creencias<sup>4</sup>.

No obstante, el recorrido no ha sido fácil ni exento de obstáculos. Que las diferentes expresiones de la cultura, en particular las que se relacionan con lo artístico, deben ser resguardadas bajo la poderosa garantía de la prohibición de censura, ha sido —y en algún sentido lo es aún— un espacio plagado de impedimentos, escollos y muros.

Las Constituciones, más allá de los términos empleados, no pueden ser hoy interpretadas como restrictivas de los modos y mecanismos en que se expanden las ideas y se manifiesta el pensamiento. La palabra escrita en un periódico o un libro no es más que una de las bases materiales donde pueden explayarse los sentimientos, las convicciones, las valoraciones, los juicios, las propuestas y críticas en una sociedad plural y diversa.

En ello no parece haber grandes diferencias conceptuales, pero a la hora de evaluar si alguna de esas modalidades de expresión excede los límites compatibles con el marco constitucional y establecer en consecuencia responsabilidades ulteriores, aparecen los mitos, los prejuicios, las restricciones o las sanciones justificadas en supuestas competencias del Estado para resguardar la moral, las buenas costumbres o el orden público<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Art. 14 de la Constitución Argentina: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos [...] de publicar libremente sus ideas por la prensa sin censura previa [...]” Art. 29 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay: “Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren”.

<sup>4</sup> BADENI, Gregorio, *Libertad de Prensa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 41; MANILI, Pablo L., op. cit., pp. 455 y ss. y citas jurisprudenciales; CAYUSO, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2021 pp. 112 y ss.; ONAINDIA, José M. y SABSAY, Daniel A., *La Constitución de los Argentinos*, Buenos Aires Errepar, 2009, pp. 51 y ss.

<sup>5</sup> Como ejemplo, dos casos, en Argentina: “Asociación Cristo Sacerdote y otras c/ gobierno de la CABA” (Caso León Ferrari) 27 de diciembre de 2004 Cámara en lo Contencioso Administrativo de la CABA; “Servini de Cubría María Romilda s/ Amparo”, CSJN 8 de diciembre de 1992.

## 5. LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

La regulación de la libertad de expresión en el derecho interno de los Estados no ha sido uniforme y en la actualidad se observan diferencias sustanciales, provocadas tanto por las asimetrías constitucionales como por el diverso nivel de acatamiento de los principios contenidos en los tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales supranacionales.

El sistema de garantías de la libertad de expresión se sustentó básicamente en la prohibición de censura previa, pero sin desconocer responsabilidades ulteriores en caso de haberse producido daños a terceros o a la sociedad. El constitucionalismo clásico en general no avanzó más, salvo algunas precisiones sobre dichas responsabilidades a partir de mediados del siglo XX, con las reformas más proclives al denominado *constitucionalismo social*.

El derecho internacional, por el contrario, fue más allá y en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (1948) se establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio” (art. IV). La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 18, dice: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Es decir que los dos instrumentos internacionales preanuncian la regulación internacional, si bien como “Declaraciones” destacan que la protección no distingue cuál es el medio de transmisión del pensamiento y las ideas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, casi veinte años después, toma el mismo rumbo y dispone:

“... Toda persona tiene derecho a la libertad 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 a su elección” (art. 19.2).

Pero precisa que ese ejercicio:

“[E]ntraña 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: a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás. b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Se evidencia una evolución que supera las dudas sobre el alcance del derecho y la medida de las responsabilidades, a saber:

a. La libertad de expresión comprende el derecho a buscar, recibir y difundir.

b. Pueden ser informaciones o ideas de toda índole.

c. Sin consideración de fronteras.

d. Oralmente, por escrito, en forma impresa o artística.

- e. O por cualquier otro procedimiento a elección del emisor.
- f. Las restricciones deben ser expresamente formuladas por ley.
- g. Necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de terceros.
- h. Necesarias para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) reproduce ese texto y agrega que “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores” (art. 13.2), lo que resulta más específico que el art. 19.1 del PIDCP, que solo indica: “Nadie puede ser molestado a causa de sus opiniones”. En otras palabras, la prohibición de censura se consolida en el Tratado regional con una clara prohibición, sin perjuicio de reconocer responsabilidades ulteriores y restricciones solo para proteger la moral de la infancia y la adolescencia en los espectáculos públicos (art. 13.4, CADH). Cabe señalar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) omite toda consideración a la censura <sup>6</sup>.

La normativa internacional coincide en señalar que las responsabilidades deben estar expresadas en una ley, excluyendo toda posibilidad de reglamentación por vía de otros documentos o decisiones emanadas de órganos ajenos a la función legislativa. El art. 30 de la CADH es contundente al expresar que toda restricción de derechos solo puede establecerse por ley <sup>7</sup>. Asimismo, respecto a qué debe entenderse por ley, a través de la Opinión Consultiva 6/86 dispuso la Corte IDH: “... las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo” <sup>8</sup>.

<sup>6</sup> CEDH, art. 10 “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la parcialidad del poder judicial.

<sup>7</sup> CADH, art. 30 “Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

<sup>8</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 6/86 “La expresión leyes en el art. 30 de la CADH” 9 de mayo de 1986 solicitada por la República Oriental del Uruguay, párr. 35. En el párrafo 36 se acepta la delegación legislativa en estos términos “Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de



La protección de la libertad de expresión, como vemos, parece estar suficientemente asegurada en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) por la prohibición de censura y por límites estrictos cuando se establezcan responsabilidades una vez expuestas las ideas por cualquier medio.

La censura es la restricción más grave, porque implica toda forma de control o prohibición previa o posterior a la emisión del pensamiento y anula definitivamente la expresión, cualquiera sea el medio empleado, la cantidad o calidad de los receptores. La variedad de medidas que pueden provocar ese efecto anulatorio pleno va desde la mera prohibición hasta otras formas más sofisticadas, pero con igual resultado cancelatorio.

Respecto de las responsabilidades ulteriores, son varios los supuestos. Entre ellos, la afectación de los derechos de terceros ha sido preservada en todos los textos convencionales, lo cual resulta totalmente razonable, porque quien ejerce su libertad de expresarse debe responder ante quien se sintiere perjudicado por tales afirmaciones. Pero no resulta tan evidente la eficacia de la tutela en los casos en que la afectación lo sea al *orden público, la moral pública o las buenas costumbres*, términos vagos y ambiguos si los hay y que, por otra parte, han sido y son la justificación de la mayoría de las violaciones a la libertad de expresión. Estos supuestos *intereses superiores* pueden resultar tan arbitrarios, autoritarios u opresivos como la propia censura <sup>9</sup>.

Incluso la prohibición de censura requiere actualmente de una comprensión amplia del concepto que no se restringe únicamente a la *etapa previa* a la emisión de la expresión, porque se manifiesta de modo más sutil, como ser a través de los controles al papel, la imposición tributaria a los enseres necesarios para las emisiones radiales y televisivas, la adjudicación arbitraria o selectiva de pauta oficial, la distribución de señales u ondas radioeléctricas o los controles excesivos sobre los medios electrónicos, las restricciones discrecionales a la exhibición cinematográfica o teatral, entre muchas otras <sup>10</sup>. Estos mecanismos de intervención en etapas previas o posteriores a la manifestación de ideas, opiniones o pensamientos, se identifican también con la censura en la medida en que supriman o neutralicen definitivamente el derecho a *buscar, difundir y recibir informaciones e ideas de toda índole*.

manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.

<sup>9</sup> “¿Seguridad nacional según quién? [...] ¿Orden público entendido cómo? [...] ¿Moral pública rondada por quién? ¿Cuáles son sus guardianes? [...]” (LOZANO RAMÍREZ, Juan, “Límites y controles a la libertad de expresión” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos X*, IIDH y fundación Ford, Costa Rica, 2000, p. 252.

<sup>10</sup> Denominados *vías o medios indirectos* por el art. 13 inc. 3 CADH. Ver Corte IDH, *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 367, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 161.

## 6. LA DOCTRINA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el ámbito interamericano es necesario completar el marco interpretativo del art. 13, CADH, con dos Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la Opinión Consultiva 5/85, la Corte IDH se refirió a las dos dimensiones de la libertad de expresión:

“En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”, y “En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos”<sup>11</sup>.

A su vez, en la OC 7/86, la Corte IDH analizó el derecho de rectificación o respuesta regulado en el art. 14 de la CADH. Entre otras consideraciones sobre la reglamentación de la réplica se refirió a las obligaciones del Estado en estos términos:

“[L]os Estados partes están obligados a asegurar el goce de las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades, incluidos los derechos a la protección judicial y a los recursos legales (arts. 8º y 25 de la Convención)”<sup>12</sup>.

En el ejercicio de la función contenciosa, la Corte IDH ha elaborado progresivamente varios estándares que definen convencionalmente la libertad de pensamiento y expresión, integrando a través de tales criterios jurisprudenciales —juntamente con la normativa internacional— el *corpus iuris* interamericano.

La primera sentencia relativa a la libertad de expresión fue “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos) vs. Chile”, en febrero de 2001. El caso trata sobre la responsabilidad internacional del Estado debido a la censura impuesta a la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, por parte del Consejo de Calificación Cinematográfica. Se estableció la responsabilidad del Estado y se sostuvo: “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que esta esté suficientemente informada”<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la CADH)*, Solicitada por la República de Costa Rica, 13 de noviembre de 1985. Párr. 31 y 32 conjuntamente con la normativa internacional, respectivamente.

<sup>12</sup> Corte IDH, Opinión consultiva 7/86, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 29 de agosto de 1986, Serie A Nro. 7, párr. 33.

<sup>13</sup> Corte IDH, *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 63.

La mayoría de las sentencias relativas a la libertad de expresión corresponden a la labor periodística individual y de los medios de comunicación <sup>14</sup>.

No obstante, en varias sentencias, la Corte IDH se ha pronunciado sobre el contenido de libros u otras publicaciones no periodísticas, reafirmando la tutela de la expresión cualquiera sea el soporte. Ha dicho la Corte IDH:

“A pesar de que el libro se encontraba editado y que el señor Palamara Iribarne contaba con casi 1000 ejemplares y con panfletos de promoción, no pudo ser efectivamente difundido mediante su distribución en las librerías o comercios de Chile y, por consiguiente, el público no tuvo la opción de adquirir un ejemplar y acceder a su contenido”.

Entre los argumentos, destacó el Tribunal la necesidad de establecer equilibrios para evitar que las restricciones a la libertad de expresión signifiquen “...una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática...” <sup>15</sup>.

En relación con la afectación de los derechos de terceros, especialmente la honra o la dignidad, hay escasos pronunciamientos, pero siempre ponderando el equilibrio entre ese derecho personalísimo y la libertad de expresión: “... tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, derechos ambos protegidos por la Convención, revisten suma importancia, por lo cual es necesario garantizar ambos derechos, de forma que coexistan de manera armoniosa” <sup>16</sup>. En el mismo sentido, y sobre el contenido del libro “La Masacre de San Patricio”, expresó el Tribunal:

“[L]a razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho [libertad de expresión], por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos

<sup>14</sup> Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293; *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238; *Caso Carvajal Dánico y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352.

<sup>15</sup> Corte IDH, *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135 párr. 74 y 88.

<sup>16</sup> Corte IDH *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 103. También en *Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207; *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248; *Caso Carvajal Usan y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352; *Caso Mémoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.

bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido <sup>17</sup>. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención” <sup>18</sup>.

Resumiendo los estándares desarrollados sucesivamente por la Corte IDH, se evidencia que en la opinión del Tribunal la libertad de expresión no puede sacrificarse en aras de proteger la honra o la dignidad, sin ponderar minuciosamente el efecto que toda restricción a la circulación de ideas pueda tener en una sociedad democrática.

## 7. LA SOLUCIÓN JUDICIAL Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La solución otorgada al caso por la justicia uruguaya, más allá de los fundamentos disímiles que tuvieron los jueces intervinientes, sopesó con rigor los derechos en juego y los estándares internacionales, destacando la necesidad de la defensa de la libertad de expresión artística como un requisito básico para la eficaz protección de los derechos humanos.

La expresión artística como fruto complejo de la inteligencia humana no solo no puede cercenarse en forma previa, sino que históricamente ha sido un poderoso instrumento generador de conciencia respecto de las injusticias y desigualdades. La garantía contra la censura previa no solo protege a quien se expresa, sino a toda la sociedad, que necesita la libre circulación de pensamiento para la efectiva existencia de un Estado democrático.

Frente al panorama actual, donde, en defensa de buenas causas, se plantean posiciones extremas que tienden a uniformar la expresión, es necesario que los jueces estén alertas para resolver de acuerdo con el complejo entramado de derechos cada caso concreto. La pluralidad de opinión y la diversidad cultural son valores básicos de nuestro ordenamiento jurídico y de una democracia del siglo XXI.

La principal norma de derecho internacional adoptada por la UNESCO durante el presente siglo es la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales (2005), que tiene por objeto que los Estados ratificantes asuman el compromiso de impulsar medidas que protejan las diferencias de expresión en todos los ámbitos de expresión humana.

La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión es fuente de conflicto permanente, pero debe destacarse que según la normativa vigente no

<sup>17</sup> Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 77.

<sup>18</sup> Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 112.

admite el control previo de los materiales y a lo sumo solo el juzgamiento de las responsabilidades ulteriores, como claramente lo establece el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

## CONCLUSIONES

La crisis sanitaria y el confinamiento derivado de ella han traído como consecuencia el resurgimiento de corrientes intolerantes en muchos países del mundo. Mientras en Uruguay se suscitaba el caso referido en este artículo, en la Argentina se producía una queja en igual sentido por una agrupación religiosa respecto de los contenidos de la miniserie “El Reino”, y en la actualidad se debate también sobre una ópera representada en el Teatro Colón de Buenos Aires.

Pareciera que hay un clima de época que se ensaña nuevamente contra la expresión artística e intenta, como antaño hicieran los autoritarismos imperantes, poner límites a la creación y difusión de las ideas. Las sentencias como las que hemos comentado ayudan a abrigar esperanzas en los instrumentos jurídicos vigentes para poner freno a cualquier rebrote autoritario y defender el ejercicio pleno de la libertad de pensamiento y expresión.

## BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, Gregorio, *Libertad de prensa*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1991.
- CAYUSO, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters-La Ley, 2021.
- LOZANO RAMÍREZ, Juan, “Límites y controles a la libertad de expresión”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos X*, Costa Rica, Ed. IIDH y Fundación Ford, 2000.
- MANILI, Pablo L., *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters-La Ley, 2021.
- ONAINDIA, José M. – SABSAY, Daniel A., *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, Ed. Errepar, 2009.

Recepción: 14/10/2021

Aceptación: 18/10/2021