

FERNANDO M. TOLLER

**EL FORMALISMO
EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

**Crítica de la distinción absoluta
entre restricciones previas
y responsabilidades ulteriores**

Prólogo de
Alberto B. Bianchi

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA

2011

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| PRÓLOGO DE ALBERTO B. BIANCHI | 11 |
| NOTA PRELIMINAR DEL AUTOR | 15 |

I. LA DOCTRINA CLÁSICA: NO PROHIBIR EXPRESIONES FUTURAS, SINO SANCIONAR MANIFESTACIONES PASADAS

| | |
|---|----|
| § 1. BLACKSTONE Y LA <i>PRIOR RESTRAINT DOCTRINE</i> | 19 |
| § 2. JUSTIFICACIONES PARA LA PREFERENCIA POR EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES ULTERIORES | 21 |
| A) La teoría del mercado de las ideas: que toda expresión sea expuesta «al menos una vez»..... | 22 |
| B) Es mejor penalizar a los pocos que abusan que sofocar de antemano a todos..... | 23 |
| C) Sumario de las argumentaciones anteriores | 25 |
| § 3. VIRTUALIDAD Y ACTUALIDAD DE LA DISTINCIÓN ENTRE RESTRICCIONES PREVIAS Y RESPONSABILIDADES <i>EX POST FACTO</i> | 26 |
| § 4. LAS ÓRDENES JUDICIALES DE NO EXPRESARSE O DE NO PUBLICAR Y UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LA DIFERENCIACIÓN ABSOLUTA ENTRE MEDIDAS PREVIAS Y POSTERIORES | 29 |
| A) Las «externalidades negativas» de la universalización del principio de BLACKSTONE..... | 29 |
| B) Las posibilidades preventivas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el «fantasma» de la censura previa..... | 30 |

- C) Tres temas que sólo se mencionarán: razonabilidad de algunas medidas judiciales de no publicar, interpretación de una norma internacional y metodología de armonización de los derechos fundamentales 32
- D) El objeto de este trabajo: analizar si la tradicional distinción descansa siempre sobre una diferencia sustancial o si se relativiza frente a las órdenes judiciales 35

II. MODUS OPERANDI Y EFECTOS DE LA PREVENCIÓN JUDICIAL Y DE LA TUTELA POSTERIOR: ¿LAS DIFERENCIAS SIEMPRE JUSTIFICAN SU DISTINCIÓN?

- § 5. HACIA UNA REVISIÓN DE LA FÉRREA DISTINCIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE MEDIDAS PREVIAS Y SUBSIGUIENTES..... 37
- A) La mirada en el funcionamiento efectivo de cada medida..... 37
- B) «Previo» y «posterior»: conceptos elusivos..... 39
- C) Realizar un análisis simétrico: norma con norma, sentencia con sentencia 42
- D) Conclusión del apartado 43
- § 6. *CHILLING EFFECT* DE LAS RESPONSABILIDADES ULTERIORES Y CONSECUENCIAS DE LAS ÓRDENES JUDICIALES PREVENTIVAS. 44
- A) La visión general: las responsabilidades ulteriores enfrían la expresión, pero las medidas previas la congelan 44
- B) Las prohibiciones judiciales también se apoyan en un sistema de responsabilidades ulteriores 46
- C) El impacto disuasivo de las normas que establecen responsabilidades 47
- § 7. LAS RESPONSABILIDADES CIVILES O PENALES TAMBIÉN TIENEN FINES PREVENTIVOS 52
- A) La prevención general de conductas antijurídicas como principal propósito de las leyes civiles y penales 52
- B) Una distinción sin una diferencia: las finalidades preventivas en la tutela legal subsiguiente ante daños mediante expresiones abusivas. 53

- C) La similitud entre orden judicial y norma penal 55
- D) Corolarios interesantes 56
- § 8. LAS CONDENAS DE EJECUCIÓN CONDICIONAL: ¿*PRIOR RESTRAINTS* O *SUBSEQUENT PUNISHMENTS*?..... 56
- A) El funcionamiento de una condena de ejecución condicional es similar a una intervención previa judicial..... 56
- B) La hipótesis de condenas condicionales a no reiterar el mismo tipo de delito..... 57
- C) La hipótesis de condenas condicionales a no reiterar la misma expresión delictiva 59
- D) Casos de aplicación de los argumentos anteriores.... 60
- E) Conclusiones del apartado..... 61
- § 9. EL ESPECIAL FUNCIONAMIENTO DE ALGUNAS NORMAS SOBRE INFORMACIONES RELATIVAS A PROCESOS 62
- A) Las hipótesis de prohibición general de difundir informaciones salvo permiso del juez 62
- B) Los casos de libertad de expresarse y de informar, salvo prohibición judicial 65
- § 10. LAS ÓRDENES DE CESACIÓN O DE NO REITERACIÓN PARA EVITAR EL AGRAVAMIENTO DEL DAÑO. 67
- A) Las medidas judiciales dictadas cuando ya se produjo el daño, ¿son restricciones previas? 67
- B) La doctrina judicial estadounidense sobre la legitimidad de prohibir una reiteración de expresiones ya juzgadas como antijurídicas..... 70
- § 11. ANALOGÍA ENTRE LAS MEDIDAS JUDICIALES PREVENTIVAS Y LAS RESPONSABILIDADES *EX POST FACTO* Y DIFERENCIA DE AMBAS CON LOS SISTEMAS DE CENSURA PREVIA 72
- III. TRASCENDENCIA DE ABANDONAR LA DENOMINADA *COLLATERAL BAR RULE***
- § 12. INCIDENCIA DE UNA REGLA JURISPRUDENCIAL ESTADOUNIDENSE EN LA DISTINCIÓN ENTRE RESTRICCIONES PREVIAS JUDICIALES Y RESPONSABILIDADES ULTERIORES..... 77

| | |
|---|----|
| A) Los especiales riesgos de expresarse o publicar en violación a una orden judicial | 77 |
| B) Qué es la <i>collateral bar rule</i> | 78 |
| C) La <i>collateral bar rule</i> y su relación con la <i>prior restraint doctrine</i> | 80 |
| § 13. LOS LEADING CASES SOBRE LA REGLA QUE PROHÍBE EL ATAQUE COLATERAL | 81 |
| A) Fundamentos y primeros casos en aplicar la regla ... | 81 |
| B) La aplicación de la regla en los ámbitos de las libertades de expresión y de información | 83 |
| C) Fallos disidentes y otras excepciones a la <i>collateral bar rule</i> | 85 |
| § 14. PROPUESTAS SOBRE LA <i>COLLATERAL BAR RULE</i> , LA ÚNICA DIFERENCIA IMPORTANTE ENTRE UNA MEDIDA JUDICIAL PREVENTIVA Y UNA LEY CON RESPONSABILIDADES <i>EX POST FACTO</i> | 89 |
| A) Considerar que todo se resuelve en escoger desafiar una norma penal con sanciones ulteriores | 89 |
| B) Abandonar la regla en el Derecho estadounidense y no incorporarla en otros ordenamientos | 90 |
| C) Sin la regla, hay una similitud substancial en la operación de una orden inhibitoria y en la de una ley con responsabilidades subsiguientes | 92 |
| D) Considerar que todo se resuelve en escoger desafiar una norma penal con sanciones ulteriores | 94 |
| § 15. INEXISTENCIA EN EL DERECHO INGLÉS Y EN EL DERECHO CONTINENTAL DE LA REGLA QUE VEDA TODA DESOBEDIENCIA A UNA ORDEN JUDICIAL..... | 96 |

IV. LA VERDADERA TUTELA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ALGUNAS CONCLUSIONES RELEVANTES

| | |
|---|-----|
| § 16. EL REAL PROBLEMA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: EVITAR LA SUPRESIÓN DE EXPRESIONES LEGÍTIMAS | 99 |
| A) Las medidas judiciales inhibitorias pueden respetar la protección constitucional de las expresiones legítimas. | 99 |
| B) Una prohibición judicial puede ser más conveniente que una sanción subsiguiente para quien se va a expresar o publicar | 100 |

| | |
|---|-----|
| C) La libertad de expresión como régimen general de libertad de restricciones arbitrarias | 102 |
| D) Sumario sobre la relación entre la tutela a las expresiones protegidas y las medidas judiciales de no difundir | 104 |
| § 17. COROLARIOS SOBRE EL DIFERENTE RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LAS RESTRICCIONES PREVIAS Y LAS RESPONSABILIDADES ULTERIORES EN EL ÁMBITO DE LA EXPRESIÓN | 104 |
| A) Las diferencias no siempre justifican diferenciar su régimen jurídico-constitucional | 104 |
| B) Los riesgos de las prohibiciones judiciales de expresarse no pueden impedir que sean aplicadas cuando fuere adecuado | 107 |
| BIBLIOGRAFÍA | 109 |
| JURISPRUDENCIA | 117 |