



FERNANDO M. TOLLER

**EL FORMALISMO  
EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

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

Prólogo de  
Alberto B. Bianchi

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA

2011

*A Celestino Toller, mi padre,  
porque, como dijo el poeta,  
«lo que el árbol tiene de florido,  
vive de lo que tiene sepultado»,  
y porque, en el atardecer de su vida,  
nos continuó regalando  
su entusiasmo por nuevos amaneceres.*

«[Existe una] distinción honrada por el tiempo  
entre prohibir una expresión en el futuro  
y penalizar una expresión pasada.  
La doctrina de la restricción previa  
se originó en el common law de Inglaterra,  
donde no eran permitidas las restricciones previas a la prensa,  
sino solamente la penalización después de la publicación».

REHNQUIST, *Justice, lead opinion*,  
United States Supreme Court,  
*Alexander v. United States*, 509 U.S. 544, 553 (1993).

«En la actualidad, en muchísimos casos,  
si queremos saber por qué una regla de Derecho  
ha tomado su forma particular,  
y si queremos saber en definitiva por qué existe, vamos a la tradición. (...).  
[É]ste es el primer paso hacia un escepticismo iluminado, esto es,  
hacia una deliberada reconsideración del valor de esas normas. (...)  
Es aborrecible que no haya mejor razón para un principio de Derecho  
que haber sido establecido en el reino de Enrique IV.  
Esto es aún más repulsivo si los argumentos por los cuales  
fue establecido han desaparecido hace mucho tiempo  
y la regla persiste simplemente por una ciega imitación del pasado».

Oliver Wendell HOLMES, «The Path of the Law»,  
*Harvard Law Review* 10 (1897) 457, 469.

## PRÓLOGO

*Escribir la página introductoria de un libro es —y debe ser— una invitación a su lectura y debo confesar que, en este caso, la tarea con que Fernando M. Toller me ha honrado me resulta muy simple. El lector comprobará inmediatamente que la obra que tiene en sus manos se lee por sí misma.*

*El autor no sólo ha abordado aquí una cuestión apasionante, sino que ha volcado en ella una combinación de talento y experiencia que dan un fruto de excelencia. Quienes conocemos a Fernando —y lo conozco desde hace muchos años— sabemos que su energía intelectual es multifacética y tanto puede volcarse en la encendida defensa de un caso, como en la serena demostración de una tesis.*

*Precisamente esto último es lo que define a este libro. No se encontrará aquí el lector con la descripción fría y formal de un sistema. Encontrará, en cambio, algo mucho más atractivo intelectualmente: este libro se ocupa de demostrar que, en el terreno de la libertad de expresión, la distinción tradicional entre restricciones previas y sanciones ulteriores no debe ser rígida, sino que admite excepciones, cosa que ocurre cuando la restricción proviene de una orden judicial tendiente a evitar la producción de un daño. Dicho de otro modo, ¿por qué esperar a que el ejercicio de la libertad de expresión produzca un perjuicio, si éste puede ser evitado mediante una orden judicial preventiva?*

*Tal es, en muy apretada —y espero que respetuosa— síntesis, el contenido de la tesis que Fernando M. Toller desarrolla y demuestra con solidez. Se trata, como puede verse, de una propuesta que trae a nuestro Derecho una antigua discusión que en*

*el mundo anglosajón ha sido ardua desde el siglo XVIII, cuando la libertad de expresión quedó fundada en la ecuación de la permisión previa con responsabilidad posterior, doctrina que, anticipada por LOCKE en 1694, fue luego desarrollada por BLACKSTONE en sus célebres Commentaries on the Laws of England. El capítulo I está dedicado, precisamente, a explicar el desarrollo de esta teoría.*

*Sin lugar a dudas, este principio fue y sigue siendo extraordinariamente valioso, pues ha permitido construir el ideal de sociedad democrática en la cual todos deseamos vivir. Pero, al mismo tiempo, no debemos olvidar que, en su momento, constituyó una reacción natural al sistema opresivo de la licencia, imperante en Inglaterra hasta el siglo XVII, que condenaba a quienes lo violaban a las penas rigurosas impuestas por los jueces de la Star Chamber. Parece obvio, entonces, que quien ha vivido bajo un régimen de censura previa esté ávido de publicar sin restricción alguna y sin preocuparse demasiado por los daños que ello pueda ocasionar, pues éstos, en todo caso, serán reparados económicamente.*

*Debemos preguntarnos, sin embargo, y en ello consiste la propuesta que nos ofrece Fernando Toller, si ello puede erigirse en un principio absoluto. En otras palabras, si lo que parecía suficiente para el mundo del siglo XVIII, es suficiente también para el mundo de hoy, mucho más complejo, donde el impacto de la libertad de expresión es singularmente mayor y donde el libelo sedicioso de aquella época parece un juego de niños comparado con los medios electrónicos e informáticos actuales, que están en permanente colisión con la intimidad y con otros derechos cuyo respeto, junto con el de la libertad de expresión, también contribuye a formar una sociedad democrática.*

*Ciertamente, las soluciones que pueden darse a estos conflictos no permiten ejercicios de anticipación ni soluciones mágicas. Me atrevo a decir, incluso, que en ellos la reflexión de Oscar WILDE sobre la verdad parece cierta: «truth is never pure and rarely simple»<sup>1</sup>.*

*Toller nos invita entonces a que meditemos sobre la insuficiencia y los riesgos de la ecuación clásica y nos preguntemos*

---

<sup>1</sup> *The Importance of Being Earnst*, acto primero.

si no es necesario agregarle alguna sutileza en aras de prevenir daños que luego tendrán que ser reparados. En esta dirección su propuesta consiste en que «lo importante, el verdadero y real problema de las libertades de expresión y de prensa, no es el momento o tiempo de la medida, sino que se supriman expresiones o informaciones legítimas o constitucionalmente protegidas». Así, aún las expresiones que poseen protección constitucional pueden ser impedidas, en forma preventiva, por medio de una orden judicial, si con ello se evita la producción de daños que luego tendrán que ser reparados.

Obviamente con ello se corre el riesgo de que el juez, al emitir la prohibición, se equivoque, pero Toller a esta observación responde: «Lógicamente, que un juez puede equivocarse cuando actúa de modo preventivo, prohibiendo una información constitucionalmente protegida por considerar erróneamente que dañará de modo antijurídico, grave e irreparable un derecho fundamental o un bien público. Pero lo propio puede ocurrir, y de hecho ocurre, cuando un juez actúa a posteriori, decidiendo que el haber difundido determinada información es merecedor de responsabilidad civil o de sanción penal».

A esta altura parece innecesario recordar, que la crítica a la versión clásica sobre la libertad de expresión que Fernando Toller nos ofrece de la mano de un cuidadoso estudio de los antecedentes del Derecho norteamericano, nos pone ante un problema que es propio de las sociedades libres. En las sociedades carentes de libertad la vida es simple. Curzio MALAPARTE decía que el fascismo es un régimen en el cual todo lo que no está prohibido es obligatorio<sup>2</sup>. Esta observación, aplicable a cualquier sistema totalitario, indica que en estas sociedades la vida es terrible, pero sencilla. No hay nada que elegir ni pensar, pues ya todo está elegido y pensado de antemano.

Por el contrario en las sociedades democráticas la vida es tanto más placentera cuanto compleja. Tenemos derecho a elegir y ello genera responsabilidad y nos plantea dificultades. Y en el terreno de la libertad de expresión, uno de los problemas centrales es el de los alcances de la prior restraint doctrine, pues está visto que una interpretación rígida de la misma puede ser tan peligrosa como su abandono.

---

<sup>2</sup> La Pelle (1949).

*Tal es el dilema, y Fernando Toller encara su explicación con pluma experimentada.*

*No es la primera vez que se ocupa de esta temática y ello se advierte inmediatamente, pues la explicación de cada aspecto del problema revela un conocimiento detallado del mismo, lo que le permite explicarlo con sencillez. Pongo por ejemplo la concreción y profundidad con que trata los llamados «chilling effects» de las responsabilidades y sanciones posteriores a la expresión o publicación que describe en el capítulo II, y la exposición sobre los problemas que presenta la «collateral bar rule» en el capítulo III.*

*En definitiva, éste es uno de esos libros que nos invitan a reflexionar. Asimismo, constituye un testimonio cabal de que, en el conflicto de la libertad de expresión con otros derechos, es válida la máxima que George BERNARD SHAW establecía para los revolucionarios: «the golden rule is that there are no golden rules»<sup>3</sup>.*

Alberto B. Bianchi  
Buenos Aires, 12 de mayo de 2011

---

<sup>3</sup> *Maxims for Revolutionists* (1903).

## NOTA PRELIMINAR DEL AUTOR

Abordé por primera vez los temas específicos que aquí se tratan en mi libro *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, La Ley, Buenos Aires, 1999, pp. 578-601. Esas pocas páginas se encontraban dentro de las más medulares de ese trabajo, un libro con el que tuve la fortuna de ser honrado con el *Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires 2002* por ser considerada la mejor obra jurídica publicada en el país en el bienio 1999-2000.

Años después retomé la cuestión y la reescribí. Esa nueva discusión llevó por título «Una distinción honrada por el tiempo. Revisión crítica de la diferenciación entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores en el ámbito de la libertad de expresión». Fue publicada en Guillermo A. TENORIO CUETO (coord.), *La libertad de expresión y sus fronteras contemporáneas*, Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2007, pp. 51-116, y reimpressa en *Jurisprudencia Argentina* 2007-IV, pp. 1411-1449, y en *Revista de Direito do Estado* 6 (2007), pp. 3-65.

Con diversas modificaciones, ampliaciones y actualizaciones, esas ideas ven ahora la luz como libro en castellano en editorial Marcial Pons, luego de haber sido publicadas en 2010 en portugués en editorial Saraiva (*O formalismo na liberdade de expressão. Discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*, São Paulo, trad. de Frederico Bonaldo).

Quiero agradecer especialmente a Pauline Casaux Alsina y Agustina Hermida, ambas pertenecientes a la Escuela de Ayu-

dantes de Derecho de mi Facultad. Ellas me brindaron la inestimable ayuda de realizar una cuidadosa correlación entre los borradores de las versiones castellana y portuguesa. De esta manera, me preservaron de extraviar cosas, tras las idas y las vueltas de los arreglos y traducciones a y desde ambos idiomas por los que pasó este libro, que empezó en español, luego se tradujo y se terminó de escribir en portugués, y finalmente se completó en su lengua original.

En otro orden, es preciso señalar que, salvo que se lo indique expresamente, he realizado todas las traducciones de las citas de textos doctrinales, legales o jurisprudenciales.

En cuanto a las citas a pie de página, si bien se reenumeran desde el principio en cada capítulo, conviene advertir que no se vuelven a introducir los datos completos de cada autor o texto que ya fueron incluidos en las notas de anteriores capítulos. El lector cuenta, además, con sus datos completos en la bibliografía final.

Por último, una aclaración importante. El lector comprobará que, en la larga discusión en que consiste este libro, se alude repetidas veces a las «restricciones» previas a la libertad de expresión. Sobre las mismas, se las considera aquí ilegítimas o legítimas, según sea el concreto instituto en análisis, y se sostiene que en ocasiones son más benignas a la libre expresión que las responsabilidades ulteriores. Sin embargo, no soy partidario de utilizar el concepto de restricciones, o de límites, para significar ninguna medida estatal sobre derechos fundamentales que sea constitucional o legítima. De esta manera, en la teoría de interpretación y de toma de decisiones sobre derechos fundamentales que postulo he mantenido reiteradamente que toda limitación o restricción de un derecho es ilegítima e inconstitucional por alterar o violar su contenido esencial o ámbito de funcionamiento razonable. Por el contrario, sostengo que el accionar público es legítimo o constitucional cuando en rigor lo que se realiza es la mera delimitación, determinación, formalización, modelización, regulación o reglamentación de un derecho. No es del caso explicar aquí las razones para considerar ilegítima e inválida a toda restricción, y el fundamento de las distinciones apuntadas. Puede verse al respecto, en especial, mi trabajo «La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación

constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*», en Eduardo FERRER MC-GREGOR (coord.), *Interpretación constitucional*, Porrúa-UNAM, México, 2005, II, pp. 1199 y ss., en pp. 1260-1262. Pese a lo expuesto, y según ya se ha dicho, en esta obra he utilizado profusamente la locución «restricciones». La razón estriba en que, en el contexto de la problemática que aquí se aborda, es la palabra empleada una y mil veces por la doctrina y la jurisprudencia, a partir de la utilización primigenia que hizo BLACKSTONE en este ámbito del sintagma *previous restraint* y del consiguiente nacimiento, desde mediados del siglo XVIII, de la «doctrina de las restricciones previas».

Buenos Aires, 1 de mayo de 2011