

EL FORMALISMO EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. CRÍTICA DE LA DISTINCIÓN ABSOLUTA ENTRE RESTRICCIONES PREVIAS Y RESPONSABILIDADES ULTERIORES*

Guillermo A. TENORIO CUETO¹

El trabajo del profesor Toller escrito en lengua castellana se encuentra ceñido a uno de los temas torales de los sistemas democráticos: la libertad de expresión. El trabajo se fue gestando de manera evolutiva, empezando como un apartado de su tesis doctoral que poco tiempo después fue publicado como libro en Argentina bajo el sello editorial de La Ley, en el año 1999, denominado *Libertad de Prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones* y que ganó el *Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* en 2002. Años más tarde, ese pequeño apartado sería repensado y reescrito por el profesor Toller con motivo de la invitación que se le hizo a formar parte de una obra colectiva que publicarían la Universidad Panamericana de México y editorial Porrúa, que tendría como punto de partida una entrevista realizada a Noam Chomsky y que reuniría a diversas plumas para tratar el tema de las *Fronteras contemporáneas de la libertad de expresión* en el año 2007. El artículo del Dr. Toller llevó el título de “*Una distinción honrada por el tiempo. Revisión crítica de la diferenciación entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores*”. Luego de publicado, el autor actualizó, modificó y amplió el contenido para ser publicado en editorial Saraiva en Brasil, en lengua portuguesa en el año 2010.

El libro es sugerente desde el título pues pocos o casi ningún autor se ha atrevido a impactar de frente en la consagrada fórmula “no restricciones previas, sí

* TOLLER, Fernando, Prólogo de Alberto Bianchi, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, 125 pp.

¹ El autor de la reseña es Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho a la Información en la Universidad Panamericana en México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores y actualmente se desempeña como Director General del Centro de Estudios Superiores del Tribunal Federal de Justicia Administrativa en México.

responsabilidades ulteriores” que baña el quehacer legal, doctrinal y jurisprudencial de todo sistema democrático. El Dr. Toller es preciso con el título al referir que la crítica versará sobre la “*distinción absoluta*” poniendo énfasis en el adjetivo pues la tesis central del libro girará en torno a excepciones que permitirán observar el tema desde otra perspectiva.

En no pocas ocasiones la consagrada fórmula ha permitido la llegada de expresiones ilegítimas que potencian daños irreparables, impidiendo controles para su arribo, por el temor siempre al fantasma de la llamada censura que tanto espanta a los demócratas. La teoría desarrollada por *Blackstone* en el siglo XVIII, y que será potenciada gracias a la famosa teoría del mercado de ideas de un siglo después, refiere el profesor Toller, ha sido “tremendamente influyente, en especial en los Estados Unidos.”, y es que en la lógica democrática las opiniones de todos aportan para el descubrimiento de la verdad y en todo caso aquellas que no nos conducen a la misma serán desechadas, pero antes, escuchadas, pues como bien refiere el autor citando a la corte norteamericana, “es mejor penalizar a los pocos que abusan, que sofocar de antemano a todos”. El primer capítulo del libro adelanta lo que veremos en los subsecuentes al referir como la consagrada fórmula ha sido superada en no pocas ocasiones rompiendo la absolutización de la misma. El autor propone el análisis desde las órdenes judiciales que impiden la expresión de manera previa tratando de demostrar que dicha tutela judicial no es censura previa sino descansa en una diferencia sustancial en el tratamiento de la libertad de expresión.

Es claro que el autor, al aproximarse al núcleo central de la tesis propuesta en el libro, robustezca su dicho con criterios jurisprudenciales que lo soportan, así primero desmitifica la idea de que el término “restricción previa” se expande ilimitadamente, sugiriendo al lector con ello un ejercicio necesario de rompimiento con la absolutización del concepto, proponiéndonos un caso maravilloso donde ejemplifica y queda demostrado que no toda restricción previa es ilegítima. Posteriormente abre el debate sobre la “absoluta distinción” en donde de manera inteligente el au-

tor nos sitúa en la posibilidad de no poder distinguir si la opresión de la expresión tendrá una aparición *a priori* o *a posteriori*, destacando con ello la segunda parte de su tesis: No es tan evidente la distinción o mejor dicho no podemos seguir hablando de una distinción absoluta.

En este segundo capítulo el autor arriba a la médula de la libertad de expresión respecto al tema de las restricciones previas y las responsabilidades ulteriores al tratar de manera, diría yo impecable, asuntos tan relevantes como la doctrina del enfriamiento –*chilling effect*- la doctrina de la vaguedad –*vagueness effect*- y la teoría de la sobrecomprensión de la norma –*overbreadth*- destacando en cada uno de ellos las consecuencias respecto a las restricciones previas y las responsabilidades ulteriores. Aunado a ello, el autor abre una segunda parte en dicho capítulo para explicar un catálogo de posibilidades respecto a casos de carácter judicial en donde la absolutización de la distinción se desdibuja plenamente.

El trabajo del profesor Toller no deja resquicios en el tratamiento del asunto pues abarca un tema no menor acerca del desacatamiento de las órdenes judiciales cuando el afectado siente, piensa o cree que el fallo es violatorio de sus derechos fundamentales. Los casos expuestos en el libro son seleccionados adecuadamente pues permiten entrar de lleno a la discusión de la llamada *collateral bar rule* –regla que prohíbe un ataque colateral-. El libro aborda las restricciones producidas por mandato judicial a expresiones que tiene por objeto inundar el espacio público. ¿Está habilitado el ciudadano a desobedecer el mandato aún y cuando el fallo es violatorio de la constitución? ¿Será lo mismo el desacato judicial que el desacato a la ley que igualmente puede ser inconstitucional? Estas preguntas son respondidas de manera categórica y precisa por el autor haciendo un tratamiento “quirúrgico” de distinciones totalmente adecuado. Este tercer capítulo es por decir poco, excepcional pues nuevamente el autor nos evidencia su profundo conocimiento del tema al exponer los casos disidentes de la *collateral bar rule* jugando nuevamente con el lector en esta dinámica dialéctica de tesis, antítesis y síntesis para justamente terminar en esta última refiriendo el toque adecuado para reafir-

mar la tesis central del trabajo acerca de la eliminación entre medidas judiciales preventivas y la ley que contempla la responsabilidad ulterior.

No podíamos esperar menos del trabajo en su capítulo de cierre, cuando el autor lanza una flecha al centro del problema, es decir “el real problema de la libertad de expresión [es]: evitar la supresión de expresiones legítimas” y con ello vuelve a desafiar toda la construcción absolutista de libre mercado de ideas donde la legitimidad o no de las expresiones es desechado en función de la propuesta que conduce a que todas ellas, legítimas o no, inunden el espacio público siendo el mercado el que las deseche. El autor es enfático al referir que “lo importante, por ello, no es si una intervención judicial es previa o posterior, sino la razonabilidad de la misma, su no arbitrariedad...”, lo que en ningún caso constituirá un ejercicio que busque menoscabar la libertad de expresión sino por el contrario, proteger el derecho que potencialmente será aniquilado con esa expresión.

Sobra decir, pues el lector ya lo intuirá, que el aparato crítico es impecable. Su bibliografía constituida por 123 fuentes bibliográficas, todas ellas de primera línea y 56 fuentes jurisprudenciales de Estados Unidos, Reino Unido, Argentina, España, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana hacen del trabajo una excepcional obra de consulta obligatoria para todos aquellos que pretendan profundizar en las libertades informativas. El Dr. Toller de manera generosa comparte en este libro años de investigación y profundización en el tema en donde con maestría nos muestra su vocación investigativa que lo ha llevado a volverse un invitado obligado en diversos países de América Latina, participando como profesor visitante.

Esperemos que en el futuro el Dr. Toller siga regalándonos estas piezas de estudio que propician, sin lugar a dudas, el crecimiento de la ciencia jurídica.