



## ÍNDICE GENERAL

Prólogo (Ramón D. Pizarro)	IX
Presentación (pedro serna)	XI
Abreviaturas	XXVII
Introducción	1

## PRIMERA PARTE ASPECTOS PROCESALES DE LA PREVENCIÓN JUDICIAL DE DAÑOS DERIVADOS DE INFORMACIONES

### Capítulo I MEDIDAS CAUTELARES Y SENTENCIAS DEFINITIVAS EN LA TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA ANTE LA PRENSA

A) Medidas cautelares y sentencias definitivas: bosquejo de sus funciones en la prevención de daños derivados de informaciones	
§ 1. Razones de este binomio	17
§ 2. La tutela cautelar anticipadora	20
§ 3. La tutela preventiva del agravamiento del daño	22
§ 4. Dos casos especiales de relación entre medidas cautelares y sentencias sobre el fondo	24
§ 5. La sentencia definitiva de condena a abstenerse de publicar	26
 b) <i>Fumus Boniuris y periculum in mora</i> en la tutela cautelar ante la prensa	
§ 6. Requisitos procesales y libertad de prensa	27
§ 7. El <i>fumus boni iuris</i> en las medidas cautelares de no difundir	28
a) Introducción	28
b) Posibilidad, probabilidad o certeza en el derecho invocado	29
§ 8. El <i>periculum in mora</i> en las medidas cautelares de no difundir	33
a) Introducción	33
b) Posibilidad, probabilidad o certeza en el <i>periculum in mora</i>	34
c) Peligro en la demora y peligro a evitar en el proceso preventivo	38
§ 9. Recapitulación sobre las exigencias de prueba	40

### Capítulo II LAS PROHIBICIONES JUDICIALES DE PUBLICAR

A) Estudio comparado	
§ 1. Derechos inglés y estadounidense: las <i>injunctions</i>	43
a) Orígenes	43
b) Las <i>prohibitory injunctions</i> . La <i>injunction</i> como medida cautelar y como sentencia sobre el fondo	46
§ 2. Derecho español	49
a) Las prohibiciones de publicar como medidas cautelares	49
b) Las prohibiciones de publicar como sentencias definitivas	54

§ 3. Derecho argentino	56
a) Las prohibiciones cautelares de publicar: prohibición de innovar y medidas genéricas	56
b) Las prohibiciones de publicar como sentencias definitivas	58
B) Medios jurídicos para la eficacia de las prohibiciones judiciales de difundir	
§ 4. La compulsión a obedecer mediante la amenaza de prisión o de sanción pecuniaria	61
a) Derechos inglés y estadounidense: el <i>contempt of court</i> por desobedecer <i>injunctions</i>	62
b) Derechos español y argentino	64
i) El delito de desobediencia	64
ii) La amenaza de sanción pecuniaria	66
§ 5. Imponer el secreto sobre la orden y sobre algunos aspectos del proceso	69
§ 6. El sujeto pasivo de la medida	71
§ 7. El secuestro y otras medidas auxiliares de la prohibición de publicar	75

## SEGUNDA PARTE

### EXAMEN DE LA TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y BIENES PÚBLICOS ANTE DAÑOS DERIVADOS DE INFORMACIONES

#### Capítulo III TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA DE LOS DERECHOS AL HONOR Y A LA INTIMIDAD

§ 1. Introducción	83
A) Estudio comparado	
§ 2. Convenio Europeo de Derechos Humanos	85
a) El derecho al respeto de la vida privada y familiar	85
b) El derecho al honor y su tutela judicial preventiva	87
§ 3. Derecho inglés	91
a) El derecho a la reputación y su protección	91
i) Las interdicciones judiciales de reiterar una difamación y una regla centenaria	93
ii) Las <i>quia timet injunctions</i> contra <i>difamaciones</i>	100
iii) Cinco vías alternativas al <i>defamation law</i>	101
iv) Los <i>gagging writs</i>	104
b) La privacidad, un derecho sin carta de ciudadanía	105
i) <i>Injunctions</i> en tutela de la privacidad de involucrados en procesos judiciales	107
ii) Virtualidades preventivas del <i>breach of confidence law</i>	109
§ 4. Derecho estadounidense	114
a) Sobre el derecho a la reputación	114
i) Órdenes judiciales de no difamar y libertad de prensa	114
ii) Prohibiciones de difamar y reglas de <i>equity</i>	117
b) El derecho a la privacidad: partida de nacimiento y tutela preventiva	120
§ 5. Derecho español	126
a) Reconocimiento normativo de los derechos al honor y a la intimidad	126
b) La tutela preventiva prevista en el art. 9.2 de la L.O. 1 /1982	127
c) El art. 3.2 de la ley 62/1978	136
d) Las posibilidades de la vieja acción de jactancia	137
§ 6. Derecho argentino	139
a) Los derechos al honor y a la intimidad: reconocimiento normativo	139
b) La tutela judicial preventiva de los derechos al honor y a la intimidad	141
c) El caso <i>Servini de Cubría</i>	153

§ 7. La tutela preventiva del honor y de la intimidad en otros ejemplos del Derecho comparado	156
a) Derecho francés	156
i) Tutela judicial preventiva del derecho a la intimidad	156
ii) Tutela judicial preventiva del derecho al honor	170
b) Derecho italiano	173
c) Derecho alemán	176
d) Derecho suizo	180
B) Valoración: la tutela judicial preventiva del derecho al honor	
§ 8. Cuatro deberes que puede engendrar un derecho	183
§ 9. Daño al honor y función de las prohibiciones de difamar	185
§10. Las medidas judiciales que impiden la continuación o la reiteración de una difamación	190
§11. Las prohibiciones de publicar por primera vez una difamación	195
§12. Propuesta de un test de constitucionalidad para la tutela judicial preventiva de difamaciones	197
a) Cuestiones probatorias con relevancia para la libertad de prensa	197
b) Aplicación matizada de la regla inglesa relativa a la defensa de <i>justification</i>	206
c) Medidas contra imputaciones de hecho y medidas contra opiniones	210
d) Las demandas de funcionarios, políticos y otras figuras públicas	212
C) valoración: la tutela judicial preventiva del derecho a la intimidad	
§13. Daño a la intimidad y función de las prohibiciones judiciales de agraviarla	216
§ 14. Privacidad e interés público en la información	221
§ 15. Prohibiciones de publicar sobre la intimidad de políticos y otros personajes públicos	225
§16. El posible <i>plus</i> de una obligación de confidencialidad.	227
<b>Capítulo IV</b>	
<b>TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO</b>	
§ 1. Planteamiento: Los secretos de estado y sus alternativas de tutela	233
A) Estudio comparado	
§ 2. Convenio Europeo de Derechos Humanos y Derecho inglés	236
a) Derecho inglés: Falta de acceso a la información gubernamental	236
b) Derecho inglés: Prohibiciones judiciales de difundir informaciones de seguridad nacional	237
i) Los orígenes	237
ii) La defensa de interés público ( <i>iniquity rule</i> )	239
iii) La prueba del interés en la prohibición	242
iv) Las prohibiciones de publicar que no se apoyan en el Derecho de confidencialidad	244
c) Doctrina del TEDH sobre las <i>injunctions</i> en tutela de la confidencialidad y de la seguridad nacional	244
i) La saga judicial del libro <i>Spycatcher</i> : procedimientos en sede inglesa	245
ii) El caso <i>Spycatcher</i> ante la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos	250
iii) El caso <i>Vereiniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands</i>	254
§ 3. Derecho estadounidense	255
a) La <i>national security exception</i> a la libertad de prensa	255
b) <i>New York Times Co. v. United States</i> : la seguridad de una nación en guerra	258
i) Los hechos y las decisiones de los tribunales inferiores	259
ii) Los Papeles del Pentágono ante la Corte Suprema	262
iii) Balance del caso de los Papeles del Pentágono	266

c) <i>United States v. Progressive, Inc.</i> : la libertad de prensa en la era nuclear	267
i) Las prohibiciones judiciales de publicar en la <i>Atomic Energy Act</i>	268
ii) Los hechos del caso <i>The Progressive</i>	270
iii) La decisión del juez Warren	271
iv) Balance	273
d) La protección de la seguridad mediante la ejecución judicial de contratos de secreto	274
i) <i>United States v. Marchetti</i>	275
ii) El caso <i>Alfred A. Knopf, Inc. v. Colby</i>	277
iii) <i>Snepp v. United States</i>	278
§ 4. Derechos español y argentino	280
a) La publicidad como principio y el secreto como excepción	280
b) Otros argumentos para una tutela judicial preventiva de la seguridad	285
i) Seguridad nacional, bien común y poderes implícitos	285
ii) Obligaciones internacionales	287

#### B) Valoración

§ 5. Derecho a la información gubernamental, principio de publicidad de los actos de gobierno y secretos de Estado	288
§ 6. Las prohibiciones judiciales de publicar en tutela de la seguridad nacional	292
a) ¿ <i>Fiat informatio et pereat mundus</i> "	292
b) Los fundamentos para una prohibición judicial	293
c) Qué secretos pueden y qué secretos no pueden justificar ser preventivamente protegidos por la jurisdicción	296
i) Asuntos de seguridad exterior	296
ii) Asuntos de seguridad interior	297
iii) Asuntos relativos a las relaciones exteriores	298
iv) Otros secretos	299
d) Parámetros jurisprudenciales de constitucionalidad de las prohibiciones de publicar en materia de seguridad	301
e) Test de constitucionalidad que se propone	304
§ 7. La obligación de guardar secreto en materia de seguridad	306
a) Clasificación de informaciones, libertad de expresión de los funcionarios y renuncia a la inmunidad de censura previa	307
b) La prohibición judicial a la prensa de difundir lo conocido a través de un funcionario obligado a guardar secreto.	311

### Capítulo V

## TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEL DERECHO A UN JUICIO JUSTO

§ I. Planteamiento	313
A) Estudio comparado	
§ 2. Convenio Europeo de Derechos Humanos y Derecho inglés	314
a) Derecho inglés	314
i) Publicidad de los procesos y <i>contempt of court</i>	314
ii) La <i>Contempt of Court Act</i>	317
iii) Prohibiciones judiciales de difundir con base en el <i>contempt of court</i>	319
b) Doctrina del TEDH sobre las prohibiciones judiciales basadas en el <i>contempt of court</i>	324
i) El caso <i>Sunday Times</i> : los hechos y las sentencias de primera y segunda instancia	325
ii) La decisión de la Cámara de los Lores	328
iii) El levantamiento de la prohibición y la sentencia del Tribunal Europeo	329

iv) Otras decisiones del TEDH sobre las prohibiciones de publicar para tutelar la autoridad del poder judicial	333
§ 3. Derecho estadounidense	334
a) El conflicto fair <i>trial-free press</i>	334
b) Un derrotero distinto para el <i>contempt of court</i>	336
c) Restricciones previas judiciales en tutela del derecho a un juicio justo	337
i) Los hechos del caso <i>Nebraska Press</i>	338
ii) La decisión de la Corte Suprema	340
iii) El legado de <i>Nebraska Press Assn. v. Stuart</i>	343
iv) El caso <i>Oklahoma Publishing</i>	344
v) El caso <i>Noriega-CNN</i>	345
§ 4. Derechos español y argentino	346
a) Información sobre tribunales y principios de publicidad e imparcialidad de los procesos	346
i) España	347
ii) Argentina	349
b) El secreto del sumario	351
c) La STC 13/1985: prohibiciones judiciales de publicar con base en el secreto sumarial	354
i) Hechos y decisiones judiciales recurridas	354
ii) Sentencia del Tribunal Constitucional	355
iii) Significación de la STC 13/1985	358
d) Jurado y derechos del justiciable	360

#### B) Valoración

§ 5. La libertad de información sobre el poder judicial	361
a) La publicidad, custodia de la Justicia.	361
b) Crítica a la protección del poder judicial mediante el <i>contempt of court</i> o el delito de desacato	363
c) La publicidad procesal no es absoluta	367
§ 6. Examen de las prohibiciones judiciales en tutela de la Justicia y del justiciable	368
a) Las prohibiciones de publicar sobre procesos penales	369
b) Las prohibiciones de publicar sobre juicios civiles	372
c) Cuándo el interés de la justicia podría legitimar una prohibición de publicar	373
d) Prohibiciones de informar sobre procesos en tutela de otros derechos	375
§ 7. Restricciones judiciales a la expresión de los involucrados en el proceso	378
§ 8. Cómo reconciliar los derechos a la información y a un juicio imparcial	380
a) La apelación al núcleo esencial de estos derechos	380
b) La conciliación por medios alternativos	383

### Capítulo VI

#### TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA

§ 1. Introducción	387
§ 2. Un ejemplo aclaratorio	388

#### A) ESTUDIO COMPARADO

§ 3. El reconocimiento constitucional de los derechos a la vida y a la integridad física en los ordenamientos estudiados	389
a) Convenio Europeo de Derechos Humanos	390
b) Derecho inglés	390
c) Derecho estadounidense	391
d) Derecho español	391
e) Derecho argentino	392

§ 4. La STEDH <i>Open Door and Dublin WellWoman v. Ireland</i>	393
a) El caso en sede irlandesa	393
b) El caso ante la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos	393
§ 5. El caso <i>Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. v. Stephen Grogan</i> , del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	395

#### B) VALORACIÓN

§ 6. La posición del derecho a la vida en el elenco de los derechos del hombre	396
§ 7. Vida y ejercicio del derecho a la información	398
§ 8. Examen de la tutela judicial preventiva de la vida y la integridad física ante daños derivados de informaciones	400
§ 9. Apuntes críticos a la sentencia <i>Open Door</i>	404

### TERCERA PARTE ANÁLISIS GENERAL EN PERSPECTIVA AXIOLÓGICO-CONSTITUCIONAL

Introducción a la tercera parte: Propuesta de un modelo hermenéutico alternativo para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales

§ 1. Introducción	411
§ 2. ¿Existen los conflictos de "derechos"?	412
§ 3. Jerarquizar y contrapesar los derechos: dos métodos poco apropiados	414
§ 4. Los derechos no tienen límites	416
§ 5. Hacia un modelo hermenéutico que armonice los derechos	419
§ 6. Los conflictos entre derechos individuales e intereses generales	424
§ 7. Algunas precisiones	425

#### Capítulo VII

### EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA

A) el derecho a la tutela judicial efectiva: contenido y fundamentos

§ 1. Los derechos al proceso, a una sentencia justa y a la tutela judicial, pilares del Estado de Derecho	427
a) Explicación	427
b) Recepción jurisprudencial de estas ideas	428
c) ¿El Estado es titular del derecho a la tutela judicial?	429
§ 2. Del <i>due process of law</i> al derecho a la tutela judicial efectiva	431
§ 3. Derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a una sentencia favorable	432
§ 4. Efectividad de la tutela y proscripción de la indefensión	436
§ 5. El derecho a la tutela judicial es un derecho tutelado	438
§ 6. Otras implicaciones del derecho a la tutela judicial para la Teoría del Derecho	440
a) Positivismo judicial y vocación de eficacia de los derechos subjetivos	440
b) La justicia, fin social del proceso	442

B) El derecho a la tutela judicial: estudio comparado

§ 7. Convenio Europeo de Derechos Humanos: los derechos al proceso y a un recurso efectivo	443
§ 8. Derechos inglés y estadounidense	446
a) Breves apuntes sobre la acción en el <i>common law</i>	446
b) La ausencia del derecho a la tutela judicial y sus consecuencias	447
§ 9. Derecho español	451
a) El derecho a la tutela judicial efectiva en el contexto de la polémica sobre la acción	451
b) Posición que se sustenta	454

§ 10. Derecho argentino	458
a) El derecho a la jurisdicción como derecho al proceso	458
b) El derecho a la jurisdicción como derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución	459
c) El derecho a la tutela judicial efectiva en los tratados internacionales con jerarquía constitucional	466
C) Los derechos fundamentales a la tutela judicial preventiva y a la tutela judicial cautelar	
§ 11. El derecho a la tutela judicial preventiva	468
a) La tutela preventiva como exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva	468
b) Todo derecho debe tener un cauce procesal de protección, y en ciertos casos esta protección debe ser preventiva	472
§ 12. El derecho a la tutela judicial cautelar	474
a) La tutela cautelar como exigencia de los derechos a la tutela judicial efectiva y preventiva	474
b) Consagración jurisprudencial del derecho fundamental a una tutela cautelar adecuada	476
i) Unión Europea: el caso <i>Factortame</i>	477
ii) Decisiones en Francia y en Italia	479
iii) Jurisprudencia española	480
iv) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un retroceso	482
c) El derecho a una tutela cautelar anticipadora	483
§ 13. Recapitulación e importancia de lo afirmado para la prevención judicial de daños derivados de informaciones	484

### Capítulo VIII

## ENTRE LA LIBERTAD DE PRENSA Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL DISCUSIÓN GENERAL DE LA PREVENCIÓN JUDICIAL DE DAÑOS DERIVADOS DE INFORMACIONES

§ 1. Breve reseña histórica	485
a) Los orígenes de la censura previa	485
b) Milton: los albores de la impugnación a la censura	488
c) Blackstone y la <i>prior restraint doctrine</i>	490
A) estudio comparado	
§ 2. Convenio Europeo de Derechos Humanos	493
a) Licitud de las restricciones previas.	493
b) Otras decisiones del TEDH sobre restricciones previas judiciales a la difusión	496
§ 3. Derecho inglés	499
a) La expresión, entre libertad residual y principio de interés público	499
b) La <i>prior restraint doctrine</i> , hoy	501
§ 4. Derecho estadounidense	504
a) El significado de la Primera Enmienda	504
i) La influencia de Blackstone	504
ii) El caso <i>Near v. Minnesota</i>	506
iii) La visión de Cooley	508
iv) Primera Enmienda y libertades absolutas	510
b) <i>Injunctions</i> y <i>prior restraint doctrine</i>	511
i) La firmeza pragmática de la Corte Suprema	511
ii) Las restricciones previas a expresiones constitucionalmente no protegidas	514
iii) Las prohibiciones de publicar en otras áreas: copyright, derecho de propiedad y publicidad comercial	515

§ 5. Derecho español	517
a) Censura previa y prohibiciones judiciales de publicar	518
b) El secuestro judicial de publicaciones	521
c) Addenda: las medidas de las leyes 22/1987y34/1988	523
§ 6. Derecho argentino	523
a) Los arts. 14,32 y 43 de la Constitución	523
i) ¿Qué implica la prohibición de censura previa?	525
ii) ¿La prohibición de censura previa es reglamentable?	528
iii) La acción de habeos data y su relevancia para la constitucionalidad de las prohibiciones judiciales de informar	531
b) Los tratados con jerarquía constitucional, y en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos	537
i) El art. 13.2 de la Convención Americana: opiniones de la Comisión y de la Corte	538
ii) Apuntes para una nueva interpretación del art. 13.2 de la Convención Americana.	541
iii) El art. 13.2 a partir de una visión sistemática de la Convención	544
c) La tutela judicial preventiva ante la Corte Suprema	547
d) Derecho de autor y publicidad comparativa	550
B) Valoración	
§ 7. ¿Libertad de prensa versus derecho a la tutela judicial preventiva?	551
a) Una armonización posible y necesaria	551
b) Indefensión ante la prensa y derecho a la tutela	554
c) ¿Pueden los jueces detener a la prensa?	558
d) Difusión y derecho a la información	559
§ 8. Censura previa administrativa y "censura previa judicial"	561
a) El sentido de las <i>previous restraints</i> en <i>Blackstone</i>	561
b) Significado del sintagma "censura previa"	562
c) Fundamentos de la prohibición de censura previa y de la preferencia por el sistema de responsabilidades subsiguientes	563
d) La prohibición de censura previa como "garantía" de la libertad de prensa	567
e) ¿La tutela judicial preventiva es censura previa?	568
f) Llamar a las cosas por su nombre	575
§ 9. Restricciones previas y responsabilidades ulteriores: ¿las diferencias siempre justifican la distinción?	578
a) El modus operandi y los efectos de las prohibiciones judiciales y de la usual tutela a posteriori brindada por las leyes	581
i) <i>Chilling effect</i> y órdenes judiciales	581
ii) El punto central: evitar la supresión de expresiones legítimas	585
iii) La responsabilidad civil o penal también tiene fines preventivos	586
iv) Condenas en suspeso y otros institutos que ponen a prueba la aplicación de la <i>prior restraint doctrine</i> a las órdenes judiciales	588
v) Corolario	592
b) La trascendencia de abandonar una regla jurisprudencial estadounidense	593
i) La <i>collateral bar rule</i> y su incidencia en la distinción entre restricciones previas judiciales y responsabilidades ulteriores	593
ii) Los <i>leading cases</i>	595
iii) Propuesta sobre la <i>collateral bar rule</i>	597
iv) La cuestión en Inglaterra, España y Argentina	601
§10. Propuesta de un test general de constitucionalidad para la tutela judicial preventiva ante la prensa	602
a) Características del daño	603
b) El derecho o bien protegido	607
c) La prevención de la consumación de delitos	608

d) Un debido proceso para la prensa	614
i) Concreción, necesidad y otras particularidades de la medida	615
ii) Legitimación	618
iii) Audiencia al demandado y desdoblamiento de la fase cautelar	620
iv) Duración de las medidas cautelares y del proceso	626
v) Preservación del <i>statu quo</i> , medidas cautelares y libertad de prensa	629
Conclusiones	633
Bibliografía	649
Índice de jurisprudencia	689
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	689
Comisión Europea de Derechos Humanos	690
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	690
Inglaterra	691
Estados Unidos	694
España	699
Argentina	701
Otras jurisdicciones	704
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	706
Índice sumario	707
Índice general	709