



El que suscribe, Miguel Díaz y García Conlledo, como Director de la tesis doctoral “**Bases para la interpretación y aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión**”, presentada por el Sr. D. Juan Pablo Uribe Barrera en el Programa de Doctorado “Responsabilidad Jurídica. Estudio Multidisciplinar” de la ULE, autoriza el depósito de la citada tesis y el comienzo de su tramitación para su defensa.

En León, a 9 de septiembre de 2019

Fdo.: Miguel Díaz y García Conlledo



universidad
de león

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

Programa:

Responsabilidad Jurídica. Estudio Multidisciplinar

TESIS DOCTORAL

**BASES PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL
DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN**

Doctorando: D. JUAN PABLO URIBE BARRERA

Tutora: Prof. Dra. Da. ISABEL DURÁN SECO, Profesora Titular, Facultad de Derecho Penal de la Universidad de León

Director: Prof. Dr. Dres. h. c. D. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León

León – 2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN.....	10
<u>PRIMERA PARTE: ¿POR QUÉ PROTEGER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?</u>	
CAPÍTULO I: ¿UNA LIBERTAD PARA EXPRESAR LO QUE SE QUIERA, DÓNDE SE QUIERA Y CUÁNDO SE QUIERA?	19
1. Planteamiento del capítulo	19
2. Enfoque conforme al lenguaje ordinario.....	20
3. Interpretación conforme al lenguaje jurídico.....	32
4. Recapitulación	45
CAPÍTULO II: ¿QUÉ TIENEN DE ESPECIAL LAS “EXPRESIONES”?	46
1. Planteamiento del capítulo	46
2. Los criterios básicos para identificar una buena teoría sobre los principios subyacentes a la libertad de expresión	47
3. Las justificaciones de un <i>principio de la libertad de expresión</i>	56
A. La creación de nuevo conocimiento	63
B. Tolerancia, pluralismo, identidad, autonomía y libertad de expresión.....	90
a) Pluralismo, tolerancia y libertad de expresión.....	96
b) Identidad, diferencia, reconocimiento y libertad de expresión.....	115
c) Autonomía, libertad de pensamiento y libertad de expresión.....	126
C. La libertad de expresión y las democracias modernas.....	134
a) Libertad de expresión, autogobierno y participación	139
b) Libertad de expresión, controles y contrapesos.....	158
4. Recapitulación	198

SEGUNDA PARTE: ¿CÓMO PROTEGER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

CAPÍTULO III: LAS FORMAS DEL DERECHO	200
1. Planteamiento del capítulo	200
2. La forma del derecho	202
A. Otras formas del derecho.....	208
B. Cuestiones sociojurídicas que afectan las formas del derecho	212
C. Los costos y beneficios de las diferentes formas.....	213
3. Cómo hacer cosas con la forma del derecho	224
4. Recapitulación	234
CAPÍTULO IV: ¿CÓMO IMPLEMENTAR EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?	236
1. Planteamiento del capítulo	236
2. Factores que dificultan o impiden la implementación del derecho constitucional a la libertad de expresión	237
A. Las fuerzas en conflicto.....	242
B. Las dificultades prácticas en la formulación de limitaciones	247
C. El aparato estatal necesario para hacer cumplir las limitaciones.....	254
D. La posibilidad de distorsionar las limitaciones para lograr otros propósitos	258
E. El impacto de todo el proceso de limitaciones en las posibilidades que tenemos de alcanzar un sistema efectivo de libre expresión	260
3. Planes o estrategias para ayudar a la implementación del derecho constitucional a la libertad de expresión	265
A. El componente eminentemente jurídico de los planes o estrategias para la implementación de la libertad de expresión	269
B. Las doctrinas o estándares de revisión que hacen parte de los planes o estrategias jurídicas para la implementación del derecho constitucional a la libertad de expresión	279
4. Recapitulación	316

CONCLUSIONES	317
BIBLIOGRAFÍA	323

ABREVIATURAS

ADP	Anuario de Derecho Penal
Admin. L. Rev.	Administrative Law Review
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
Ala. L. Rev.	Alabama Law Review
Am. B. Found. Res. J.	American Bar Foundation Research Journal
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
Am. Political Sci.	The American Political Science Review
Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.	The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science
Annu. Rev. Polit. Sci	Annual Review of Political Science
Ariz. St. L.J.	Arizona State Law Journal
art., arts.	artículo, artículos
Azafea. Rev. filos.	Azafea: Revista de Filosofía
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cap. U. L. Rev.	Capital University Law Review
Cardozo Arts & Ent. L.J.	Cardozo Arts & Entertainment Law Journal
Cardozo Stud. L. & Lit.	Cardozo Studies in Law and Literature
Cas. W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
CConst.	Corte Constitucional de Colombia
CE	Constitución Española
cfr.	Confróntese
COIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review

comp., comps.	compilador, compiladora, compiladores, compiladoras
Conn. L. Rev.	Connecticut Law Review
Const. Comment.	Constitutional Commentary
coord., coords.	coordinador, coordinadora, coordinadores, coordinadoras
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Creighton L. Rev.	Creighton Law Review
CP	Código Penal de España
CPCol	Constitución Política de Colombia
Democratic	Democratic Citizen
Dem. and Soc.	Democratic and Society
Diálogos	Revista Diálogos de Derecho y Política
dir., dirs.	director, directora, directores, directoras
Doxa	Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
Duke L.J.	Duke Law Journal
ed., eds.	edición. editor, editora, editores, editoras
etc.	Etcétera
Ethics	Ethics. Journal of Social, Political, and Legal Philosophy
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
Geo. Wash. L. Rev.	The George Washington Law Review
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
Harv. J.L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Ind. L.J.	Indiana Law Journal

Inquiry	Inquiry. An Interdisciplinary Journal of Philosophy
Int'l J. Const. L.	International Journal of Constitutional Law
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J.	Juez, Jueza
J. Contemp. Legal Issues	Journal of Contemporary Legal Issues
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law & Criminology
J. Legal Analysis	Journal of Legal Analysis
J. Legal Stud.	The Journal of Legal Studies
J. Philos.	The Journal of Philosophy
J. Political Philos.	The Journal of Political Philosophy
J. Soc'y Pub. Tchrs. L.	Journal of the Society of Public Teachers of Law
J. Sup. Ct. Hist.	Journal of Supreme Court History
Law & Contemp. Prob.	Law & Contemporary Problems
Law & Phil.	Law and Philosophy. An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy
LEHR	Law & Ethics of Humans Rights
LH-Mir Puig	Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado honoris causa por la Universidad de Alcalá, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid-Las Rozas, 2010
LH-Roxin (Barcelona)	Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997
L. Q. Rev.	The Law Quarterly Review
Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review

Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
n.	nota al pie
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
núm.	Número
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
p., pp.	página, páginas
p. ej.	por ejemplo
PG	Parte General
Pepp. L. Rev.	Pepperdine Law Review
Phil. Pub. Aff.	Philosophy & Public Affairs
RAE	Real Academia Española
RCP	Revista de Ciencia Política
Revista de Derecho	Revista de Derecho de la Universidad Centroamericana (UCA)
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
ref., refs.	referencia, referencias
s., ss.	siguiente, siguientes
San Diego L. Rev.	San Diego Law Review
SCOTUS	(<i>Supreme Court of the United States</i>) Corte Suprema de los Estados Unidos de América
St. John's L. Rev.	St. John's Law Review
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

Sociol. Compass	Sociology Compass
Soc. Theory Pract.	Social Theory and Practice
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
Sw. U. L. Rev.	Southwestern University Law Review
TC	Tribunal Constitucional español
trad.	Traducción, traducido
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tenn. L. Rev.	Tennessee Law Review
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
TS	Tribunal Supremo español
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
U.C. Davis L. Rev.	UC Davis School of Law
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
v.	Véase/Cuando se citen sentencias: versus
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
Vt. L. Rev.	Vermont Law Review
VVAA.	Varios autores
Wash. L. Rev.	Washington Law Review

Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
Widener L. Symp. J.	Widener Law Symposium Journal
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
Wm. & Mary Bill Rts. J.	William & Mary Bill of Rights Journal
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
Yale J. L. & Human.	Yale Journal of Law and the Humanities
Yale L.J.	Yale Law Journal

INTRODUCCIÓN

La presente tesis aborda principalmente dos temas: la libertad de expresión y el derecho constitucional que la protege en cada una de nuestras sociedades. Su principal objetivo es el de acercar al lector (que no tiene que ser un experto en el tema) una serie de materiales prácticos –de preguntas, de teorías, de técnicas– que puedan ayudarle a estructurar y defender propuestas de interpretación, aplicación o implementación de esta libertad y/o de este derecho que se caractericen por ser inteligentes, sensibles, atractivas y, sobre todas las cosas, bien argumentadas.

En otras palabras, quizá más simples e ilustrativas, el objetivo perseguido con esta tesis es el de hacer una investigación interdisciplinaria que pueda acompañar y apoyar – así sea de forma introductoria– a aquel juez, abogado, político, policía, activista, periodista, bloguero, ciudadano, académico, investigador, etc., que se ha visto de alguna manera desconcertado o agobiado con preguntas tan interesantes pero, al mismo tiempo, tan difíciles de encarar como las siguientes: ¿Qué es la “libertad de expresión”? ¿De qué nos sirve –tanto a mí como individuo como a la sociedad de la que formo parte– el hecho de que en la Constitución esté consagrado un derecho a la libertad de expresión? ¿Cuáles son los propósitos u objetivos que se persiguen con esta libertad y con la mencionada consagración jurídica? ¿Cómo debe interpretarse ese lenguaje general, vago, impreciso en que nuestros constituyentes decidieron hacer tal consagración? ¿Cuáles son los límites que la consagración de este derecho constitucional impone al poder público? ¿En qué circunstancias mi expresión, o la de cualquier otro miembro de la sociedad, debe permanecer libre y protegida? ¿En qué circunstancias una expresión puede ser regulada por las autoridades sin ir en contra de los mandatos de la Constitución? ¿Cómo proceder cuando el derecho a la libertad de expresión de X entra en conflicto con el derecho al honor de Y –o con el derecho a la intimidad de Z, o con intereses sociales como el “orden público”, o la “paz pública”–? ¿Qué hace atractiva a una sociedad que toma la decisión política de sacrificar –parcialmente– otros valores, derechos o intereses con el propósito de que exista una verdadera libertad de expresión para sus diferentes integrantes? ¿Cómo se podría implementar o llevar a la práctica este derecho sin sacrificar excesiva o innecesariamente otros valores e intereses que también son de suma importancia para cualquier sociedad?, etc.

Con la mente puesta en tratar de alcanzar tan ambicioso objetivo, de poder ir recopilando y ordenando la heterogénea serie o conjunto de materiales prácticos que puedan hacer que cada una de estas preguntas empiece a lucir cada vez menos desconcertante para nosotros –para el lector y para quien escribe–, he trazado una estrategia o plan metodológico que me ha llevado a organizar el texto final de la tesis de la siguiente manera.

Al principio, en los dos capítulos que forman la primera parte, la tesis reúne unos ensayos en los que –en compañía de autores como MILTON, KANT, MILL, HOLMES, NICKEL, KARST, RAZ, BALKIN, SCANLON, STRAUSS, NAGEL, MEIKLEJOHN, POST, WEINSTEIN, SHIFFRIN o BLASI, entre otros– nos vamos a mover por las aguas más profundas, abstractas, teóricas, densas, etc., del estudio de la libertad de expresión. Esta visita la haremos con la intención o finalidad de que, al finalizar este recorrido, podamos tener una imagen mucho más clara, completa y fiable de los diversos propósitos u objetivos que se persiguen con esta libertad –y con su consagración al más alto nivel jurídico-constitucional–.

Posteriormente, cuando ya hayamos abandonado esas aguas más profundas para instalarnos en la segunda parte de la tesis –que está formada por los capítulos tercero y cuarto–, veremos cómo el acento pasa rápida y decisivamente de lo eminentemente teórico a lo puramente práctico. Ello, pues de estar reflexionando en torno a la pregunta: *¿Por qué proteger la libertad de expresión?*, durante toda la primera parte de la tesis, pasaremos a preguntarnos: *¿Cómo proteger jurídicamente la libertad de expresión?* Precisamente en atención a esa naturaleza puramente estratégica de este nuevo interrogante, nuestros esfuerzos se centrarán en abrir unos espacios desde los cuales podamos empezar a pensar en cómo podríamos llegar a interpretar y aplicar este derecho de una manera en la que, avanzando sistemáticamente hacia los fines sociales que subyacen a la libertad de expresión, no afectemos de forma excesiva o innecesaria esos otros derechos, valores o intereses que también son de gran importancia para nuestras sociedades.

Concluida esta presentación inicial de la tesis –con la que espero haber ofrecido al lector un panorama general de lo que podrá llegar a encontrarse en ella–, me gustaría, antes de concluir esta breve introducción y pasar a lo verdaderamente importante –el texto

principal de la investigación–, hacer algunas indicaciones que pueden servir para facilitar la lectura del texto:

- Aunque he tomado la precaución de poner en primera persona algunas de las conclusiones que he podido sacar, el texto está generalmente escrito en plural de modestia o sociativo –o, para ponerlo en términos más sencillos, en *nosotros*–. Ese *nosotros* lo formamos usted –como lector interesado en reflexionar sobre la libertad de expresión y el derecho constitucional que la protege– y yo –quien escribe estas líneas para proponerle cierto recorrido y, principalmente, para acompañarlo–.

- Como cada lector puede tener un grado diferente de conocimientos previos en esta materia, o puede estar interesado en hacer una incursión más o menos profunda en estos temas, he procurado que el texto principal sea lo suficientemente ameno, claro, sencillo, fuerte, directo, completo y breve como para mantener activo el interés del lector que goza de menos tiempo para hacer este recorrido o, simplemente, tiene menos paciencia. En las notas o referencias a pie de página, en cambio, he tratado de conseguir un nivel mucho mayor de profundidad, por lo que el lector que pueda y quiera hacer un recorrido más extenso encontrará allí una serie de complementos, comentarios, reflexiones, ejemplos, explicaciones adicionales o referencias que van a ir formando lo que el director de esta tesis doctoral, el Prof. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ha denominado “otra tesis doctoral”¹.

- Como habrá visto el lector en el índice general, cada uno de los capítulos se abre con un planteamiento del capítulo y se cierra con una recapitulación. Esto nos sirve para garantizar que en ningún momento del recorrido vayamos a perder el hilo conductor que guía y conecta las diferentes –y en ocasiones extensas– reflexiones que haremos sobre estos temas. En estos dos apartados, tendremos entonces no solo la oportunidad de ver qué función cumple cada capítulo dentro del esquema general de la tesis, sino también la de sintetizar, aterrizar y articular las ideas principales que hemos visto hasta ese preciso momento.

- Para facilitar el tema de la cita de referencias he empleado el sistema que usualmente usa el recién mencionado director de la tesis. Este sistema –que, con algún

¹ Adicionalmente, es importante indicar que el lector que no domine el idioma inglés encontrará, también en esas notas o referencias, traducciones de extractos de libros, artículos o sentencias que pueden servirle mucho en el momento de desarrollar sus reflexiones sobre estos temas.

matiz de escasa importancia, es el que generalmente utilizamos todos los miembros de la escuela científica liderada por el Prof. LUZÓN PEÑA— se rige básicamente por los siguientes parámetros:

i) Para referenciar libros, monografías y manuales, siempre se empieza individualizando el autor o los autores al indicar sus apellidos en versalitas. Seguidamente se van agregando: el título de la obra en cursiva —en caso de que se trate de un título relativamente extenso, se utilizará un título abreviado en las n. y, ya en la bibliografía, se indicará el título completo de la obra y se indicará con negrita cuál fue la parte del título que se utilizó como abreviación en las n.—; el número de edición —si viene al caso—; la fecha de publicación —en las ocasiones en que se ha estimado necesario se agrega, entre paréntesis, justo al lado de la fecha de publicación de la edición a la que se ha podido acceder, la fecha de publicación original de la obra—; y, finalmente, la página o las páginas que son objeto de referencia².

ii) Para referenciar artículos publicados en revistas también se va a empezar siempre indicando cuáles son los apellidos del autor del artículo en versalitas. Luego se sigue la referencia con los siguientes datos: la abreviatura de la revista —que se ha indicado previamente en el listado general de abreviaturas—; los datos relevantes que identifican la publicación —generalmente su número y, seguidamente, su año entre paréntesis—; y, finalmente, la página o las páginas que son objeto de referencia³.

iii) Para referenciar libros colectivos también se empieza con los apellidos del autor del capítulo en versalita. Posteriormente se completa la referencia indicando: los apellidos del responsable de la obra —seguido de una indicación que señala si se trata de uno o varios editores, directores, coordinadores o semejante—; el título de la obra —que, en caso de ser extenso también se abrevia tal y como se indicó atrás —; el número de la edición —

² Considere el lector los siguientes ejemplos: MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 71; RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 303 s.; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 925; TWINING/MIERS, *Rules*, 5.^a, 2010, 80, 90 ss.

³ Considere el lector los siguientes ejemplos: HOLMES, *Harv. L. Rev.* 12 (1899) 417; HART, *J. Soc'y Pub. Tchrs. L.* 4 (1957), 144 ss.; RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 303 s.; TUSHNET, *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 25 (2017), 1073 s.

si es del caso—; el año de publicación; y, finalmente, la página o las páginas que son objeto de referencia⁴.

iv) Para referenciar jurisprudencia se identifica inicialmente el tribunal juzgador – en algunas ocasiones con la abreviatura indicada en el listado de abreviaturas– y posteriormente se indican, primero, el número y el año de la sentencia separados por una línea oblicua y, segundo, el día y el mes en que está fechada⁵.

v) Para hacer referencias internas, esto es, para remitirnos a otras reflexiones que hechas dentro de la propia tesis –y teniendo en cuenta que, buscando que el texto sea menos farragoso, en cada capítulo se ha reiniciado la enumeración de las notas– se ha procedido de la siguiente manera: para referenciar notas o apartados que están dentro del mismo capítulo se indica simplemente el número de la nota; para referenciar notas o acápites que están ubicadas en un capítulo diferente se indica primero el capítulo al que debe irse y, luego, el número de la nota (o las notas) o el acápite (o los apartados) que son objeto de referencia⁶.

vi) En la bibliografía final se elabora una relación exhaustiva –ordenada alfabéticamente– de las diferentes obras, artículos y sentencias que fueron citadas en las notas. En cada caso se brinda al lector una referencia completa y detallada de los datos bibliográficos que permita una fácil y rápida identificación de los trabajos empleados. Para que sea más fácil ubicar la información que resulta de interés, este listado bibliográfico se ha dividido en dos grandes bloques: en el primero, denominado “Doctrina”, se relacionan libros, capítulos de libros, artículos y, en general, todo tipo de

⁴ Considere el lector los siguientes ejemplos: WROBLEWSKI, en MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 259; NUSSBAUM, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 109; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 564-567.

⁵ La excepción a esta regla la constituyen las referencias que se han hecho a las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. En este caso, he decidido emplear el formato oficial de citación que todos los jueces y teóricos siguen en este país. Aunque este método puede resultar poco familiar para lectores de otras latitudes, lo cierto es que, adoptando este formato, se facilita mucho la confrontación de la referencia tanto en buscadores virtuales como en bases de datos especializadas y, justamente, por ello lo he elegido. Como un ejemplo de la citación de jurisprudencia ordinaria, que se ha explicado en el texto original observemos el siguiente: STC 6/1981, de 16 de marzo; STC 77/2009, 23 de marzo. Como ejemplo de citación de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América consideremos los siguientes: *Abrams v. US* 250 U.S. 616 (1919); *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

⁶ Como ejemplo de citación dentro del mismo capítulo consideremos el siguiente: “Para más ejemplos, no en el campo específico del DP sino en general, v. los autores referenciados al final de la n. 11.”. Como ejemplo de citación de una n. o acápite de otro capítulo consideremos el siguiente: “En cualquier caso, sobre este asunto volveremos en: Cap. IV., n. 1 s. y en el texto principal ligado a ellas.”.

obras de corte académico; posteriormente, en el segundo bloque, denominado “Jurisprudencia”, el lector encontrará referenciadas todas las sentencias que fueron utilizadas en el transcurso de la tesis.

* * * * *

This thesis is about freedom of expression and the constitutional right that protects it in our societies. Its main porpoise is to give the reader (who doesn’t have to be an expert in the subject) a series of practical materials –of questions, theories, and techniques- that can help him to structure and defend his own intelligent, sensitive, attractive and reasoned interpretations, applications or implementations of this freedom and/or of this right.

In more simple and illustrative words, the pursued objective with this thesis is to carry out an interdisciplinary investigation that can bring companionship and support to that judge, lawyer, politician, police, activist, journalist, blogger, citizen, academic, researcher, etc., that feels baffled or overwhelmed with interesting but difficult questions as: Why we protect the "freedom of speech"? Why it is a good thing to live in a society that protects the free speech? What is the purpose or objective behind that protection? How to work with the general, vague or imprecise language of this right? How to draw the limits that this constitutional right imposes on public power? In what circumstances is it permissible for the law to suppress the freedom of speech? What we should do when the free speech conflicts with the right to honor –or with the right to privacy, or with important social interests such as “public order”, or “public peace.”–? Why a society that makes the political decision to sacrifice –partially– other values, rights or interests so that there is a true freedom of expression for its members is so attractive? How to implement this right without sacrificing *excessively* or *unnecessarily* other rights, values and interests that are also important to any society?

To reach that ambitious goal, to be able to collect the heterogeneous series of practical materials that makes each of these questions look less puzzling for *us* –the reader and me–, I have designed an strategy or methodological plan that has driven me to organize the final text of the thesis as follows.

At the beginning, in the two chapters of the first part, the thesis brings together some essays that make us move -in the company of authors such as MILTON, KANT, MILL, HOLMES, NICKEL, KARST, RAZ, BALKIN, SCANLON, STRAUSS, NAGEL, MEIKLEJOHN, POST,

WEINSTEIN, SHIFFRIN or BLASI, among others— through the deeper, abstract, theoretical, dense, etc., waters of the study of the freedom of speech. We will make this tour with the purpose that, at the end, we can get a more clear, complete and reliable image of the different objectives pursued with this constitutional freedom.

Later, when we have already abandoned those deeper waters to get to the second part of the thesis —formed by the third and fourth chapters—, we will see how the accent has passed quickly and decisively from the eminently theoretical to the purely practical. That is because we are no longer thinking in the question: *Why* protect free speech? Instead, we will be asking ourselves, in this second part, *how* to protect the free speech? Following the strategic nature of this new question, our efforts will be focused in create the spaces from which we can think in how we could interpret and apply this right in a way that move us systematically towards the social ends behind the free speech without an *excessive* or *unnecessary* sacrifice of those other rights, values or interests that are also of great importance to our societies.

Once this initial presentation of the thesis is done —and the reader has a panoramic view of what she can found in it—, before concluding this brief introduction and move on to the really important thing —the main text of the investigation—, I would like to make some indications that can be used to facilitate the reading of the text:

- Although I take the caution of put in first person some of the main conclusions that I have been able to draw, the text is generally written in an associative plural. That plural is formed by *you* —a reader that wants to think about the freedom of speech— and *me* —a researcher who writes this text to propose certain route to you—.

- Each reader has a different degree of prior knowledge in this area. Each reader may be interested in making a different kind of incursion into these issues. That is why I have tried to make a main text that is enjoyable, clear, simple, strong, direct, complete and short enough. In that way, I hope that I can keep the interest of the reader who does not have the time or the patient that is necessary to do the longest incursions in this area. In the footnotes or references, on the other hand, I have tried to achieve a much greater level of depth, so that the reader who can and wants to make a more extensive tour will find there a series of complements, comments, reflections, examples, additional

explanations and references that forms what the director of this doctoral thesis, Prof. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, has called “another doctoral thesis”.

- As we can see in the general index, each chapter begins with an introduction and ends with a summary. This helps us to avoid the risk of losing the common thread that guides and unites the different (and sometimes extensive) reflections that we will make on these issues. In these two sections –introduction and summary–, we will have the opportunity to: i) see what function each chapter plays within the general scheme of the thesis; and ii) synthesize and articulate the main ideas that we have seen until that precise moment of the thesis.

- To make references I use the same system that the director of the thesis use. This system –the one that all the members of the scientific school led by Prof. LUZÓN PEÑA usually use– is governed by the following parameters:

i) For the reference of books, monographs and manuals, we start with the author (or authors) last names in small caps. Next we add: the title of the work in italics –in the case of an extensive title, we use a short title in the note and, in the final bibliography, we show the complete title of the work and indicate, with bold letters, the part of the title that was used as an abbreviation in the note–; the number of the edition –if necessary–; the date of publication –if we feel that is necessary, we add, in parentheses, the original date of publication–; and finally the page or pages that are referenced.

ii) To reference articles published in reviews, we start with the last names of the author (or authors) of the article in small caps. Then the reference is followed with the following information: the abbreviation of the journal –which has been previously indicated in the general list of abbreviations–; the relevant data that identify the publication –generally its number and, then, its year in brackets–; and, finally, the referenced page or pages.

iii) To reference collective books, we start with the last names of the author (or authors) of the chapter in small caps. Subsequently, the reference is completed by indicating: the last names of the person (or persons) in charge of the work –editors, directors, coordinators, etc.–; the title of the work –which, if it is extensive, is also abbreviated as specified above–; the edition number –if necessary–; the year of publication; and, finally, the referenced page or pages.

iv) To reference jurisprudence, we start with an indication of the trial court – sometimes with the abbreviation indicated in the general list of abbreviations– and subsequently we put, first, the number and year of the sentence –separated by an oblique line– and, second, the day and month the sentence is dated. For the citation, of the SCOTUS, we use the official format of reference.

v) To make internal references, that is, to refer to other reflections in the thesis – taking into account the fact that the notes restarts its enumeration in each new chapter– we proceed as follows: to reference notes or sections that are within the same chapter, we simply make an indication of the number of the note; to reference notes or sections that are located in a different chapter, first we indicate the chapter to which we should go and, then, the number of the note (or notes) or the referenced section (or sections).

vi) In the final list of bibliography, we can find an exhaustive relationship - alphabetically organized– of the different works, articles and sentences that were cited in the notes. In each case, the reader can find a complete reference of bibliographic data that drives to an easy and quick identification of the works used. To make it easier to locate specific information, this bibliographic list is divided into two large blocks: in the first, called "Doctrine", we can find books, book chapters, articles and, in general, all kinds of academic works; later, in the second block, called "Jurisprudence", we can find all the sentences that were used in the course of the thesis.

PRIMERA PARTE: ¿POR QUÉ PROTEGER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

CAPÍTULO I: ¿NECESITAMOS UNA LIBERTAD PARA DECIR LO QUE SE QUIERA, DÓNDE SE QUIERA Y CUÁNDO SE QUIERA?

1. Planteamiento del capítulo

En este primer capítulo, todavía muy introductorio, vamos a empezar a preparar el escenario sobre el que va a girar nuestra discusión acerca del derecho a la libertad de expresión. Con ese fin se han recolectado una serie de ideas generales que representan una buena muestra de la clase de preguntas y temáticas que serán abordadas a lo largo de la tesis. La idea no será entonces la de comenzar con una exploración exhaustiva, sino con una presentación más sugestiva que nos lleve a ir reflexionando sobre ciertas preconcepciones de las que quizá no deberíamos fiarnos.

Para plantear de forma más concreta los asuntos que abordaremos, empecemos considerando lo siguiente. Cuando discutimos sobre el derecho a la libertad de expresión tendemos a hacerlo en torno a la relación conflictiva que mantiene con otros derechos como el honor o la intimidad. O, también, con otros intereses estatales de gran importancia como la paz pública o el orden público. Si voy a insultar a alguien, ¿Dónde “acaba” mi libertad de expresión y “empieza” su honor? ¿Hasta qué punto me protege a mí el derecho a la libertad de expresión? ¿Hasta dónde pueden llegar mis comentarios en una red social, un artículo periodístico, una canción de rap, una obra de títeres, una marcha estudiantil, etc., sin que puedan traerme problemas legales? Este tipo de preguntas interrogan principalmente sobre el *grado de protección jurídica* del derecho a la libertad de expresión. Bien vistas las cosas, ellas terminan señalando las dificultades con las que nos enfrentamos los juristas para encontrar, en ciertos casos, los criterios que deben aplicarse cuando el sistema jurídico propone dos soluciones o *consecuencias jurídicas* diferentes, a veces incluso opuestas, para un mismo supuesto de hecho.

Estas preguntas y estas situaciones, que en el Derecho se suelen denominar antinomias o contradicciones normativas, no son las que, de manera directa, se van a enfocar en este primer capítulo. Si observamos con atención, a estas las precede lógicamente una cuestión, también de suma importancia, de la que deberíamos ocuparnos

primero: ¿Está acaso involucrado el derecho a la libertad de expresión? En otras palabras, ¿Está, antes que nada, determinado *supuesto de hecho* dentro del *alcance* de este derecho? Nótese que ya aquí no nos estamos preguntando en dónde acaba mi derecho a la libertad de expresión –porque empiece p. ej. el honor de otra persona–, sino en dónde empieza. Estamos contemplando la posibilidad de que, al menos en alguna ocasión, quizá no se trate tanto de una excepción al derecho a la libertad de expresión, ni tampoco de tener que solucionar un conflicto entre derechos o intereses, sino que más bien se trate de que, ya de entrada, el derecho a la libertad de expresión sencillamente no llega a hacerse presente. No aparece siquiera en la escena.

¿Y por qué prestamos menos atención a este segundo tipo de preguntas? Quizá ello sea así, y esto no es más que una intuición, porque nos parezca apenas obvio que, así como la libertad de *empresa* recae sobre la *empresa*, y el libre *comercio* sobre el *comercio*, la libertad de *expresión* recae sobre las *expresiones*. La pregunta de la que nos ocuparemos ahora es: ¿Lo hace? En otras palabras, ¿El derecho fundamental a la libertad de expresión se refiere a lo que ordinariamente entendemos por “expresión”?

2. Enfoque conforme al lenguaje ordinario

Vamos a iniciar nuestro recorrido, a ver si esa obviedad resiste un examen crítico. Este será entonces el punto inicial de la estrategia que seguiremos para *delimitar el alcance*¹ del derecho a la libertad de expresión. Acogeremos, así, los principios de

¹ Se ha venido empleando, desde el planteamiento del capítulo, cierto lenguaje técnico sobre el que cabe hacer ahora una precisión. Hemos distinguido, hablando del derecho constitucional a la libertad de expresión, entre su *supuesto de hecho* y su *consecuencia jurídica*, o, lo que va a ser lo mismo para nosotros en esta tesis, entre su *alcance* y su *grado de protección*. Asumir esta distinción supone replantear el derecho constitucional a la libertad de expresión bajo la estructura propia de los enunciados condicionales compuestos –aquellos en los que se ata cierta consecuencia a la previa comprobación de determinado supuesto de hecho (*Si A, entonces B*)–. La idea de hacer este replanteamiento se ha tomado principalmente de TWINING/MIERS, *Rules*, 5.^a, 2010, 80, 90 ss., quienes plantean que: “Para nuestros propósitos, *cualquier regla, sin importar como esté expresada, inclusive si no ha sido expresada, puede ser analizada y replanteada como un enunciado condicional compuesto* de la forma «Si X, entonces Y». La primera parte («Si X»), que se suele denominar como *prótasis*, describe un tipo de situación –indica el *alcance* de la regla, designando las condiciones bajo las cuales la regla resulta aplicable. La segunda parte («entonces Y»), conocida como la *apódosis*, es prescriptiva –indica si el tipo de comportamiento que se rige por la regla está prohibido («no», «no debe»), requerido («debería» o «debe»), permitido («puede») y así sucesivamente.” (cursivas propias). Se emplea la fórmula de estos autores porque, de manera deliberada, no prejuzga la discusión *reglas v. estándares* a la que llegaremos en el Cap. III, pues la consecuencia a considerarse, una vez que la regla entre en juego, se flexibiliza o modula de tal manera que no pueda hablarse necesariamente del “todo-o-nada” del que hablan algunos autores para apuntar a las reglas. También se ha tomado nota de GUASTINI, *Distinguiendo*, 1999, 105, quien señala que: “un enunciado sintácticamente condicional es un enunciado de la forma: «Si ..., entonces ...». Se llama *prótasis* la parte del enunciado que formula la condición («Si ...»); se llama *apódosis* la parte que formula la consecuencia

(«entonces ...»). Muchas normas jurídicas –aunque sea con una variedad de formulaciones («si», «siempre que», «cuando», «a condición de que», etcétera)– presentan una estructura sintáctica condicional. (...) Pero, de hecho, no todas las normas exhiben esa estructura. No obstante, según una tesis bastante difundida, todas (o al menos casi todas) las normas están provistas de una estructura condicional latente. En otras palabras: *también las normas que no están formuladas mediante enunciados sintácticamente condicionales pueden ser reformuladas útilmente –reconstruidas por el intérprete– en forma condicional*. Por ejemplo (...) no es condicional la estructura manifiesta de la norma «Los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas» (art. 17.1, const. it.); sin embargo, podría ser reformulada en forma condicional más o menos así: «Si alguien es ciudadano, entonces tiene el derecho constitucional de reunión», o «Si una reunión de ciudadanos es pacífica y sin armas, entonces es libre». Desde este punto de vista, toda norma –o al menos la mayor parte de las normas puede ser analizada en dos componentes: (a) la *prótasis*, que establece una circunstancia o (como sucede a menudo) un conjunto de circunstancias condicionantes; (b) la *apódosis*, que establece una *consecuencia jurídica*. La *consecuencia jurídica* en cuestión puede ser: la adquisición o el ejercicio de una posición jurídica subjetiva (un derecho, un poder, etcétera), la validez de un acto, la imposición de una sanción, etcétera. La circunstancia, cuya verificación es condición de una consecuencia jurídica, se llama «*supuesto de hecho*» (cursivas propias). Y, por fin, hemos seguido, también de cerca, a SCHAUER, *Las reglas*, 2004, 81 s., quien nos dice que: “una parte de toda regla, que algunos autores llaman *protasis* y otros denominan *hechos operativos*, especifica su *alcance*, *las condiciones fácticas que dan lugar a la aplicación de la regla*. Este componente de las reglas, al que me referiré como su *predicado fáctico*, puede ser interpretado como su hipótesis, puesto que las reglas prescriptivas pueden ser formuladas de tal modo que comiencen con un «si x», donde x es un enunciado descriptivo cuya verdad es condición necesaria y suficiente para la aplicabilidad de la regla (...) Las reglas también contienen lo que llamaré *consecuente*, que prescribe lo que habrá de ocurrir cuando se verifiquen las condiciones especificadas en el *predicado fáctico* (...) *cualquier regla puede ser reformulada de manera que asuma la forma canónica de un predicado fáctico hipotético seguido de un consecuente*” (cursivas propias). De forma complementaria se consultaron también: FRIEDMAN, *Stan. L. Rev.* 19 (1967), 786 s.; GOTTLIEB, *Logic of choice*, 1968, 38 ss.; MACCORMICK, *Legal Reasoning*, 1978, 19-52; *Legal Stud.* 2 (1982), 287 s., quien, por lo general, se refiere al *supuesto de hecho* como “hechos operativos”; LARENZ, *Metodología*, 2.^a, 1980, 204-208, 243ss.; SCHLAG, *UCLA L. Rev.* 33 (1985) 379; SCHAUER, *Yale L.J.* 97 (1987-1988), 534 s.; Cardozo *L. Rev.* 14 (1992), 866; *Harv. L. Rev.* 117 (2003-2004), 1769; HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, 1989, 93s.; *Razonamientos*, 2013, 18; PRIETO SANCHÍZ, *AFD* 13 (1996), 133; ALEXANDER, *U. Chi. L. Rev.* 66 (1999), 541; GUASTINI, *Estudios*, 2001, 47, 106, 133; *Otras distinciones*, 2014, 376, 506; MIR PUIG, *Introducción*, 2.^a, 2003, 20, quien además de formular el asunto con gran precisión: “En la definición propuesta de derecho penal se parte de normas que asocian determinadas *consecuencias jurídicas* (penas, medidas de seguridad y responsabilidad civil) a ciertos *presupuestos* (delito, estado peligroso, desequilibrio patrimonial). Al mismo tiempo que el contenido diferencial de la norma penal, ello describe su estructura, *que no es específica de ella sino común a toda norma jurídica formalmente completa*. *Supuesto de hecho* o *presupuesto*, por un lado, y *consecuencia jurídica*, por otro, *constituyen los dos momentos esenciales a la estructura de toda norma de derecho*.” (cursivas propias), hace una aclaración muy pertinente frente a la terminología dominante en el DP, “Supuesto de hecho: Así suele traducirse, en este contexto, la palabra alemana *Tatbestand* (...), la cual se traduce, en cambio, «tipo» cuando se emplea como categoría de la teoría del delito.”; *DPPG*, 10.^a, 2016, 2-15; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante*, 2003, 185; BAYÓN, *Doxa* 24 (2004), 11; MORESO/VILAJOSANA, *Introducción*, 2004, 73 s.; ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas*, 2.^a, 2012, 6, 66, *passim*., quienes restringen “el uso del término «norma» a las expresiones que correlacionan casos con soluciones”; TARUFFO, *Verdad*, 2013, 13; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a, 2016, 5/3, quien enfatiza, acertadamente, que, en el derecho, el lazo que ata al *supuesto de hecho* y a la *consecuencia jurídica* es normativo o deóntico; ATRIA, *La forma*, 2016, 204; GARCÍA AMADO, *Razonamiento*, 2017, 31-47, cuya exposición es especialmente clara y amena. Esta separación entre alcance y grado de protección no ha sido extraña para quienes se han enfocado en el estudio del derecho constitucional a la libertad de expresión. Dentro de esta área jurídica, explicando o simplemente trabajando con esta distinción tenemos: FRANTZ, *Yale L.J.* 71 (1962), 1443; KALVEN, *Sup. Ct. Rev.* (1967), 267, 278, 290; FUCHS, *Wm. & Mary L. Rev.* 18 (1976), 358; SHIFFRIN, *UCLA. L. Rev.* (1978), 916; BEVIER, *Stan. L. Rev.* 30 (1978), 301; SCHAUER, *Geo. L. J.* 67 (1978-1979), 905 s.; *Sup. Ct. Rev.* (1979), 227-229; *Vand. L. Rev.* 34 (1981) 265-307; *Phil. Q.* 31 (1981), 225, 227; *Free speech*, 1982, 89-92; *Sup. Ct. Rev.* (1982), 285, 287; *Nw. U. L. Rev.* 83 (1988-1989), 562s.; Cardozo *L. Rev.* 14 (1992), 866 s.; *Colum. L. Rev.* 94 (1994) 1331; *Harv. L. Rev.* 117 (2004); *Minn. L. Rev.* 89 (2005), 1256 s.; *Harv. L. Rev.* 128 (2015) 346-353; *Wm. & Mary L. Rev.* 56 (2015), 1617-1621; GREENAWALT, *Am. B. Found. Res. J.* (1980), 645-786; *Nw. U. L. Rev.* 78 (1983-1984) 1081-1124; *Speech, Crime*, 1989; EMERSON, *Cal. L. Rev.* 68 (1980), 431-444; REX/NICKEL,

economía en el método que suelen recomendar las diversas metodologías jurídicas², y avanzaremos llevando hasta el límite esta posibilidad –la de hacer una interpretación de este derecho a partir del lenguaje ordinario–. Veremos entonces qué clase de problemas o dificultades encontraremos en el camino, qué alternativas ofrece este método para encararlas, y, finalmente, qué nuevas herramientas o qué nuevas aproximaciones interpretativas van resultando necesarias para seguir avanzando.

Iniciaremos este recorrido examinando el texto del enunciado jurídico que va a ser el objeto de interpretación³. Este modesto punto de partida, recomendable hasta para el

APQ 17 (1980), 173, 176; FAIGMAN, Va. L. Rev. 78 (1992), 1522 ss.; Hastings L.J. 44 (1993) 829-842; DEUTSCH, Akr. L. Rev. 39 (2006), 483-539; BLOCHER, N.Y.U. L. Rev. 84 (2009), 375; TUSHNET, Colum. J.L. & Arts. 35 (2012) 169-220; J. Legal Analysis 4 (2012) 103- 130; Harv. L. Rev. 127 (2014), 2234-2258; Wm. & Mary Bill Rts. J. 25 (2017), 1073- 1120.

² Es difícil encontrar actualmente metodologías jurídicas que propongan un mismo proceso interpretativo para encarar cualquier clase de caso. Cfr. HART, *Essays*, 1983, 21; CARRIÓ, *Notas*, 3.^a 1986, 61; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 167; FAIGMAN, U. Pa. L. Rev. 139 (1991), 542 ss. Más común es encontrarnos con propuestas que diseñan estructuras mixtas o complejas, en las que los diferentes tipos de casos solo se encausan metodológicamente una vez se han conocido sus particularidades, su nivel de complejidad y la existencia o no de determinados *problemas interpretativos*—piénsese p. ej. en las diferentes propuestas que utilizan distinciones como caso fácil/caso difícil—. Cfr. MACCORMICK/SUMMERS, en MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 511-544; MACCORMICK, *Doxa* 33 (2010) 65-78. Son muchos los consejos que pueden extraerse de este tipo de aproximaciones. De momento, la primera lección que tomaremos es que sigue siendo útil tomar como un punto de partida modelos tan frecuentemente denostados como los literalistas. Cfr. WROBLEWSKI, en MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 259; SUMMERS, *Essays*, 2000; TWINING/MIERS, *Rules*, 5.^a, 2010, 122-125, 220, 250. Tanto en consideración de los principios de economía metodológica —que operan como una navaja de Ockham—, como de las funciones sociales que debe cumplir el derecho —para las que necesita operar con una buena dosis de previsibilidad—, maximizar la simpleza, en la mayor medida que las circunstancias de un caso lo permitan, sigue siendo una gran virtud. Por ello, siempre será prudente que, cuando uno está pensando en proponer un modelo de interpretación, persiga la meta de hacer fácil lo difícil —y no al contrario—. En otras palabras, y dicho muy coloquialmente, uno debería hacerse a la idea de que, generalmente, las mejores interpretaciones son las que casi no se notan, las que fluyen de tal manera que pasan desapercibidas. En este sentido, aunque los referentes principales de estas afirmaciones han sido CARRIÓ, *Notas*, 3.^a, 1986, 49-72; FALLON, Harv. L. Rev. 100 (1986-1987), 1194; SCHAUER, *Const. Comment.* 6 (1989), 70-75; HART, *El concepto*, 3.^a, 2011, 155-191, además de los trabajos ya citados, me parece pertinente citar las reflexiones presentadas en MACCORMICK, *Doxa* 33 (2010), 75s. Este autor va a hablarnos, descriptivamente, de la “regla de oro”. Esta, que, sin embargo, no debe tomarse como una “regla”, sino como una “máxima de sabiduría práctica interpretativa” que sirve para orientar esta tarea: “en todos los sistemas existe una tendencia a comenzar con los argumentos lingüísticos, luego continuar con los sistémicos, y solo recurrir a la argumentación teleológico/deontológica cuando los argumentos de las otras clases continúan siendo problemáticos. Una relevante doctrina de derecho positivo en este asunto es la suministrada por lo que los abogados escoceses e ingleses llaman «la regla de oro». Esta es una formulación clásica: «Debemos tomar la ley como un todo e interpretarla conjuntamente, dando a las palabras su significación ordinaria, a menos que cuando sean aplicadas de esta forma produzcan una inconsistencia, un absurdo o un inconveniente tan grande como para convencer a la corte de que la intención podría no haber sido usarlas en su significado ordinario y justificar que la corte les asigne alguna otra significación, aunque menos adecuada, sea la que la corte crea que tienen las palabras»” (se han omitido las referencias internas).

³ Como se ha anunciado arriba, las reflexiones que siguen pretenden presentar y evaluar la posibilidad de enfocar la determinación del alcance del derecho a la libertad de expresión conforme a una interpretación lingüística-literal del mismo. El ejercicio que vamos a presentar a continuación ha sido elaborado, por consiguiente, tomando como referencia aquellas directivas constitucionales en las que es más plausible, al

más sofisticado de los aparatos metodológicos⁴, es un dogma innegociable cuando se parte de un enfoque lingüístico como el literalista. Pues bien, siguiendo esta línea, notaremos de entrada que, cuando leemos el enunciado jurídico en el que se consagra el derecho a la libertad de expresión, efectivamente el texto empieza a darnos información valiosa. A situar las fronteras del territorio en el que vamos a movernos.

Comprenderá el lector que no estamos ante un enunciado normativo que establezca determinada pena de prisión para aquel que matare a otro. Ni ante uno que determine a los cuántos años se adquiere la mayoría de edad. Ni uno que fije la velocidad máxima con la que se puede circular por determinada vía. Tampoco ante uno que consagre la libertad de empresa o la de acción, comercio o locomoción. Estamos, en cambio, ante una cláusula constitucional que afirma reconocer y garantizar a todo ciudadano la libertad de realizar algo que denomina “expresión”.

Descubrir el término que denota la acción o conducta sobre la que recae la libertad estudiada, para lo que basta con la lectura más somera del texto normativo, nos brinda ya una pista muy valiosa. Una que podremos aprovechar sin importar el enfoque interpretativo por el que finalmente optemos. Así como las palabras “empresa”, “acción”, “comercio” o “locomoción” van a ser claves para quienes estén preocupados por la interpretación y aplicación de estas libertades, para nosotros será de gran importancia la palabra “expresión”, que es la que le da la singularidad, la nota característica, el objeto a la regla jurídica bajo examen.

Para hacernos una idea de la importancia que puede tener la palabra “expresión” en el desarrollo de nuestra empresa interpretativa, pensemos en lo siguiente. Sí logramos

menos en principio, una interpretación y aplicación más literalista o, si se quiere absolutista, de la palabra “expresión”, pues es justamente en estos términos que se consagra el derecho. Por eso pido a los lectores colombianos y, muy especialmente, a los españoles –quizá más familiarizados con el lenguaje más preciso y delimitado de las formulaciones del art. 20 de la CCol y del art. 20.a de la CE– que hagan el esfuerzo de acompañar la presente discusión sobre el lenguaje constitucional al hilo de directivas constitucionales que literalmente protegen la “libertad de expresión” tales como: la Primera Enmienda de la CEEUU; el art. 35 de la Constitución de la República de China de 1982; el art. 50 de la Constitución de la Unión Soviética de 1977; el art. 19.2 de la Constitución de Eritrea de 1997; el art. 67 de la Constitución de la República Popular Democrática de Corea (Corea del Norte) de 1998; el art. 20.1 de la Constitución de la República de Kazajistán de 1998. A este respecto cfr. SCHAUER, en Nolte (ed.), *European and US*, 2005, 49 s.

⁴ Cfr. SCHAUER, UCLA L. Rev. 29 (1982), 797; MOORE, S. Cal. L. Rev. 58 (1985), 313; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 167 s.; FAIGMAN, U. Pa. L. Rev. 139 (1991), 542; Va. L. Rev. 78 (1992), 1530; FALLON, Cal L. Rev. 87 (1999), 544 s.

definir esta palabra, estaremos muy cerca de poder aplicar satisfactoriamente esta regla jurídica a casos particulares, de poder establecer cuándo una conducta cualquiera llega a estar dentro del conjunto de conductas a las que esta se refiere específicamente, a las que esta ofrece su protección. Dicho con mayor claridad, si queremos comprobar que una conducta está dentro del alcance del derecho a la libertad de expresión vamos a necesitar siempre: i) afrontar una *cuestión semántica*: ¿Cuál es la definición de la palabra “expresión” a la que se refiere este derecho? y ii) conforme a esta definición, afrontar luego una *cuestión fáctica*: ¿Tiene la conducta bajo examen las características o atributos necesarios para ser catalogada como un ejemplo o un caso particular del tipo de conductas generales a las que se refiere la palabra “expresión”?⁵.

Establecida la necesidad de definir la palabra “expresión”⁶, debemos ahora continuar con nuestro recorrido, que en este punto se hará más complejo. Debemos ahora preguntarnos cómo es que vamos a enfocar el proceso de determinación de esa cuestión semántica. ¿Podremos definir esta palabra conforme al sentido que habitualmente se le otorga en el lenguaje ordinario? ¿Será suficiente entonces con ir a un diccionario y buscar la definición de la palabra “expresión”? ¿Sería esta una buena fuente para extraer nuestra

⁵ Para apreciar la diferencia entre este par de cuestiones, y el orden en que deben considerarse, se consultaron diferentes fuentes. En la teoría general del derecho resultaron sumamente inspiradoras las ideas de: ROSS, *Sobre el Derecho*, 1963, 108; GOTTLIEB, *Logic of choice*, 1968, 36; CARRIÓ, *Notas*, 3.^a, 1986, 26-36; WROBLEWSKI, en MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 258 ss.; MIR PUIG, *Introducción*, 2.^a, 2003, 311 s.; GARCÍA AMADO, ADP (2005), 46 ss.; TWINING/MIERS, *Rules*, 5.^a, 2010, 126 s., quienes distinguen entre un escenario en el que estemos meramente frente a una *cuestión de hecho* –refiriéndose a lo que nosotros denominamos arriba *cuestión fáctica*–, otro en el que estamos ante una *cuestión de derecho* –refiriéndose a lo que denominamos arriba *cuestión semántica*– o, finalmente, en un escenario en el que hay “una mezcla de *cuestiones de hecho y de derecho*”. Exponer este último escenario, a la luz del ejemplo que estos autores utilizan, resulta muy ilustrativo para percatarse del valor de estas ideas: “Un ejemplo clásico sacado del Derecho Penal es el de la pregunta, en un juicio por asesinato, de si el acusado mató «intencionalmente» a la víctima. Esta pregunta combina en una, dos cuestiones bastante separadas: primero, ¿Cuál es la definición de «intención» en el delito de homicidio común (una *cuestión de derecho*); y, en segundo lugar, dada esa definición, ¿Muestra la evidencia (directamente o por inferencia) que efectivamente el acusado sí «intentó» matar? (una *cuestión de hecho*).” (cursivas propias). Tras poner este ejemplo, y otros más, los autores terminan por dar una conclusión que ya se incorporó en el texto principal, “antes de que podamos responder la pregunta fáctica, necesitamos clarificar la cuestión definicional”; ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas*, 2.^a, 2012, 47-51; NINO, *Consideraciones*, 1984, 9; *Fundamentos*, 1992, 81 ss.; SOLUM, *Const. Comment.* 27 (2010), 95 s.; FALLON, *U. Chi. L. Rev.* 82 (2015), 1237. En la propia doctrina del derecho constitucional a la libertad de expresión, también seguida de cerca para plantear estas cuestiones, pueden verse: FRANTZ, *Cal. L. Rev.* 51 (1963) 750-753, *passim*.; SCHAUER, *UCLA L. Rev.* 29 (1981-1982), 806 s.; Cardozo *L. Rev.* 14 (1992), 872 s.; FISS, *Stan. L. Rev.* 34 (1982), 739-743; SOLUM, *Nw. U. L. Rev.* 83 (1988-1989), 58; POSNER, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 122.

⁶ En este sentido, TIERSMA, *Wis. L. Rev.* (1993), 1530, es bastante claro: “Independientemente de qué punto de vista se tome, no hay escapatoria a la palabra «expresión» en la Primera Enmienda”. Asimismo: SIMPSON, *Can JL & Jur* 29 (2016), 457.

definición? ¿Podría esto bastarnos para poder determinar de forma satisfactoria el alcance del derecho a la libertad de expresión?

Acercándonos a estos interrogantes desde los principios de economía metodológica que hemos acogido, ninguna forma de responder es tan prometedora como la que, al unísono, contesta afirmativamente cada una de las cuestiones planteadas. Ello es así porque, desde esta perspectiva, ningún enfoque da menos rodeos que el que nos propone partir de la siguiente premisa: la definición de la palabra “expresión” es igual en el lenguaje jurídico-constitucional de la disposición examinada y en el lenguaje ordinario⁷. En ambos contextos nos estaríamos refiriendo, al menos en lo esencial, a lo mismo. En otras palabras, valiéndonos de la esclarecedora tipología de MACCORMICK/SUMMERS, digamos que ninguna aproximación es tan sencilla y directa como la que supone que se podría, y debería, interpretar la palabra “expresión”, “de acuerdo con el significado que un hablante ordinario del lenguaje le adscribiría como su significado obvio”⁸.

Pues bien, si seguimos este sugestivo enfoque, y además acordamos que el diccionario de la RAE es una buena fuente para captar el significado de esta palabra en el lenguaje ordinario, tendríamos ya, como respuesta definitiva a la *cuestión semántica* que nos preocupaba, una definición de la palabra expresión como la que sigue: “1. Acción de expresar. 2. Especificación, declaración de algo para darlo a entender. 3. Palabra, locución o conjunto de palabras sujetas a alguna pauta. 4. Efecto de expresar algo sin palabras. 5. Manifestación de los afectos y de las emociones por medio de la gesticulación. 6. Cosa que se regala en demostración de afecto a quien se quiere obsequiar”⁹.

⁷ FALLON, U. Chi. L. Rev. 82 (2015), 1245, realiza una síntesis muy interesante de este enfoque: “Los participantes en el discurso legal a menudo asumen o argumentan que el significado semántico o literal de una disposición legal determina su significado legal. Por ejemplo, casi todos asumen que cuando la Constitución dice que el presidente «debe haber alcanzado la edad de treinta y cinco años», «treinta y cinco años» significa treinta y cinco años. Los textualistas a veces dicen que otros factores, que de otro modo serían pertinentes para la interpretación legal, no pueden contradecir el significado simple o literal de una disposición. Otros sostienen aun más categóricamente que el significado puro o literal de un estatuto constituye su significado legal”.

⁸ MACCORMICK/SUMMERS, en MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 512 s. En un sentido muy similar v. también: BREST, B.U.L. Rev. 60 (1980), 204; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 167 s.; WROBLEWSKI, en MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 270.

⁹ Se han omitido las referencias al “nombre femenino” que con una “f.” marca la RAE al comienzo de cada acepción. Igualmente, se omitieron en el texto principal las demás acepciones, pues la misma RAE explica que no son de uso común sino del lenguaje técnico de ciertas disciplinas, que no nos interesa ahora. En cualquier caso, para facilitar el trabajo al lector más curioso, las acepciones restantes, esta vez sin omitir la referencia inicial al femenino –“f.”–, son las siguientes: “.7. f. *Ling.* plano de la expresión. 8. f. *Ling.* En algunas corrientes de la fraseología, combinación fija de palabras que permite escasa variación morfológica

Hemos llegado así, rápidamente, como resultado del proceso metodológico por el que hemos optado inicialmente, a la definición del término sobre el que recae la libertad estudiada. Es momento entonces de evaluar esta definición, de ver si hemos encontrado una interpretación por la que vale la pena apostar. Aunque no exista una receta aceptada de forma unánime para comprobar la solidez de una interpretación literal, parece que el método de reducción al absurdo¹⁰ puede cumplir esa tarea evaluativa en nuestro caso¹¹.

y que tiene valor de enunciado. 9. f. *Mat.* Conjunto de términos que representa una cantidad. 10. f. p. us. Acción y efecto de exprimir. Zumo obtenido por expresión de plantas medicinales. 11. f. pl. memorias (l saludo por escrito o por medio de tercera persona).

¹⁰ Sobre este método y su función meta-interpretativa, en general: MACCORMICK, *Doxa* 33 (2010), 75s.; MORESO/VILAJOSANA, *Introducción*, 2004, 168-171; GARCÍA AMADO, *ADP* (2005), 58; GARCÍA AMADO, *Razonamiento*, 2017, 189. En cualquier caso, mucho más llamativa es la formulación del famoso J. MARSHALL, en *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 4 Wheat. (1819), 202 s.: “Aunque el espíritu de un instrumento, especialmente de una Constitución, debe ser respetado no menos que su letra, incluso el espíritu se debe recoger principalmente de sus palabras. En extremo sería peligroso inferir de circunstancias extrínsecas que un caso para el cual las palabras de un instrumento expresamente prescriben estarán exentas de su operación. Cuando las palabras entren en conflicto entre sí, cuando las diferentes cláusulas de un instrumento se contradigan y sean inconsistentes, a menos que varíe la importancia natural y común de las palabras, la construcción se vuelve necesaria y se justifica una desviación del significado obvio de las palabras. Pero si, en cualquier caso, no se tiene en cuenta *el significado obvio* de una disposición, que no se contradice con ninguna otra disposición en el mismo instrumento, *porque creemos que los redactores de ese instrumento no podían pretender lo que dicen, debe ser una en la que el absurdo e injusticia de aplicar la disposición al caso sería tan monstruoso que toda la humanidad se uniría sin dudarle en rechazar la aplicación.*” (cursivas propias).

¹¹ Este método, como muestra, SIEGEL, *Minn. L. Rev.* 92 (2007), 389, ha sido comúnmente empleado por los juristas desde hace varios siglos. Este autor nos dice que su empleo se remonta al menos a BLACKSTONE, que en 1765 sostenía que “el poder judicial debía alejarse del texto del estatuto que le dicta un resultado absurdo”. Yendo incluso más allá en su afán de precisión histórica, SIEGEL enseña que esta idea no es original de BLACKSTONE, sino que éste la había tomado de PUDENDORF, que había escrito sobre ella ya en 1688: “Cuando las palabras, si se toman en su sentido más simple y básico, producirán un efecto absurdo o incluso ningún efecto, se debe hacer alguna excepción sobre su sentido más generalmente aceptado, de manera que no pueden conducir a ninguna parte o al absurdo”. Más allá de su historia general, cabe resaltar que este es el método favorito de la doctrina estadounidense de la primera enmienda para poner a prueba su interpretación literal. Como en tantas otras cosas, el primer referente de este tipo de ejercicio argumentativo en este campo es el Juez HOLMES, quien en *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919), 52, decía: “la protección más estricta de la libertad de expresión no protegería a un hombre al gritar falsamente «fuego» en un teatro y causar pánico.”. Y, tan solo unos días más tarde, repetiría esta clase de argumentación en *Frohwerk v. United States*, U.S. 204 (1919), 249: Respecto a este ejercicio argumentativo apuntan BOLLINGER/STONE, en *Bollinger/Stone* (eds.), *Eternally*, 2002, 2, que: “Holmes empezó su investigación sobre el significado de la Primera Enmienda buscando un simple ejemplo de lo que la garantía de la libertad de expresión *no* protegía. De cierta manera, esto es lógico. Dado el aparente lenguaje absoluto de la Primera Enmienda («El congreso no hará una ley... que restrinja la libertad de expresión, o de prensa»), tiene sentido que evaluemos su potencial alcance buscando un hipotético limitante. De allí el ejemplo del «falso aviso de incendio»”. Más allá del J. HOLMES, también hay muestras muy interesantes de este ejercicio en: NIMMER, *Cal. L. Rev.* 56 (1968), 936 s.; BORK, *Ind. L.J.* 47 (1971), 21; HART ELY, *Harv. L. Rev.* 88 (1974-1975), 1501s.; FUCHS, *Wm. & Mary L. Rev.* 18 (1976), 349 s.; VAN ALSTYNE, *Cal. L. Rev.* 70 (1982), 113 s.; STEPHAN, *Va. L. Rev.* 68 (1982), 211; SCHAUER, *Cardozo L. Rev.* 14 (1992), 872; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 122; CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 925; FALLON, *Dynamic Constitution*, 2013, 2.^a, 54, 59; TUSHNET, *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 25 (2017), 1073 s.

Teniendo esto en cuenta, lo que tendremos que hacer, siguiendo este método argumentativo, es muy simple. Vamos a observar las consecuencias prácticas de nuestra interpretación, para ver si esta nos puede llevar a sostener algún absurdo. A la luz de diferentes casos, que utilizaremos a modo de ejemplo, iremos observando si alguna conducta o acción podría ser (o no ser) insatisfactoriamente subsumible en un derecho constitucional a la libertad de expresión aplicado conforme a esta definición de diccionario¹². Para decirlo con la fórmula conceptual que antes propusimos, veremos, tras haber definido ya la *cuestión semántica*, como queda el asunto mirado desde la *cuestión fáctica*.

Empecemos por las buenas noticias. Teniendo en cuenta el radio total de acción que se ha abarcado con esta definición, no hay posibilidad alguna de que algún caso central, claro o paradigmático de libertad de expresión quede fuera del alcance del derecho así interpretado¹³. Un lector puede pensar en los discursos, las marchas, las sentadas, o, en general, todas las formas de protesta pacífica impulsadas por líderes como Martin Luther King o Mahatma Gandhi. Todos estos tipos de conducta estarían dentro de la cobertura del derecho sin lugar a duda. Otro lector puede recordar en cambio las reivindicaciones de diferentes grupos sociales como la comunidad LGTBI, el movimiento feminista, los movimientos antibélicos o, más recientemente, en España, el movimiento 15-M o de los Indignados. Cualquiera de estas acciones reivindicativas estaría, también claramente, dentro del alcance de la norma constitucional. Incluso habría algún lector que pudiera pensar, como ejemplo de caso paradigmático, en la manifestación pública más bella y significativa que alguna vez se realizó en Colombia: la denominada “marcha del silencio” llevada a cabo el día 7 de febrero de 1948 bajo el liderazgo de Jorge Eliecer Gaitán. La cuarta acepción de nuestra definición –“*Efecto de expresar algo sin palabras*”– va a arroparla por completo dentro del ámbito de regulación de este derecho. Los ejemplos podrían multiplicarse hasta el infinito, pero lo cierto es que dentro del alcance delimitado por nuestra definición no se escapará ni tan siquiera un ceño fruncido, un pulgar arriba, o

¹² Esto quiere decir que aceptamos regirnos por la idea, no siempre compartida, de que “cualquier aproximación interpretativa debe ser defendida, al menos en parte, por referencia a sus consecuencias”. SUNSTEIN, Yale L.J. 107 (1997), 564. En un sentido muy similar FALLON, Cal L. Rev. 87 (1999), 539, plantea que las aproximaciones interpretativas a las constituciones “deben juzgarse por sus frutos probables. Para determinar qué teoría sería la que mejor promueve los objetivos finales, es crucial evaluar qué tipos de decisiones judiciales son las que probablemente se tomarían si se adoptara una teoría particular.” También cfr. SUNSTEIN, U. Chi. L. Rev. 33 (1999), 640.

¹³ Aunque no en su contexto exacto, empleamos aquí la conceptualización y la terminología propia de: HART, *El concepto*, 3.^a, 2011, 155-191.

un guiño, siempre que estos pequeños gestos sean realizados de forma voluntaria y con intención de comunicar. No hay que decir mucho más, pues es claro que por esta vía no encontraremos consecuencias absurdas, sino todo lo contrario.

Hemos empezado por las buenas noticias. Sigamos ahora con las malas, que no son pocas. La definición conforme al lenguaje ordinario nos lleva a incluir, dentro del alcance del derecho a la libertad de expresión, conductas que no suelen ser consideradas, ni tan siquiera remotamente, como ejemplos admisibles de esta. Piénsese si no sería una “expresión”, en el sentido denotado por al menos un par de las acepciones de nuestra definición, aquella conducta de quien, para manifestarle a alguien todo el odio que le tiene, no escoge las palabras, sino el muy elocuente gesto de darle varias puñaladas hasta quitarle la vida. En un sentido similar, acaso no serían las conductas genocidas la muestra más suprema y aberrante de la “expresión” del odio hacia determinadas personas por su raza, religión, ideología, etc. Considérese también si no son conductas que, conforme a nuestra definición, entenderíamos como expresión las de: el que contrata a un sicario para que mate a otro; el político corrupto que pide alguna prebenda a un particular a cambio de favorecerle; el empresario que pacta los precios de venta de un producto en determinado mercado con sus pares, que junto a él son los únicos oferentes; el mismo empresario que le dice a una empleada que para conservar su puesto de trabajo debe tener sexo con él; el pedófilo que busca persuadir a un niño para tener relaciones sexuales con él; alguien que comete perjurio; el que extorsiona a otro; el que da la clave de una bóveda para facilitar un hurto; las varias personas que se ponen de acuerdo en el plan que van a llevar a cabo para cometer un delito. O si, ya para abandonar los más dramáticos ejemplos del DP¹⁴, no serían al fin y al cabo “expresiones” las del visitante que grita de forma descontrolada en la sala de pacientes de un hospital; el abogado que cuenta los secretos de su cliente; las de aquel vecino que pone música a lo más altos decibeles en medio de la noche; las de quien se compromete en un contrato jurídico a realizar una acción y luego no la realiza. Como antes, ahora también podríamos seguir multiplicando los ejemplos

¹⁴ Para más ejemplos, todavía en el campo del DP, v. GREENAWALT, *Speech*, 1989, 6 s.; Rutgers L. Rev. 42 (1990), 290.

hasta el infinito¹⁵, pero consideremos justo parar aquí, ya que el punto parece más que probado.

Volvamos atrás, nuevamente a la *cuestión semántica*, de manera que podamos revisar lo que ha sucedido. Nuestras expectativas eran las de encontrar una definición que nos ayudara a establecer una línea que dividiera el conjunto universal de las actividades humanas en dos¹⁶: aquellas que están dentro del alcance del derecho a la libertad de expresión y aquellas que no lo están. Nuestra definición efectivamente trazó una línea fronteriza. De un lado quedaron la sudoración normal, el parpadeo habitual, la respiración ordinaria, el estornudo imprevisto, los tropiezos accidentales, los movimientos reflejos y otro puñado de acciones similares con las que no le expresamos nada a nadie sobre nosotros mismos. Del otro quedaron conductas como matar, saludar, corromper, perfumarse, acosar sexualmente, fruncir el ceño, hacerse un corte de cabello, practicar determinado deporte, afeitarse y dar un discurso al mundo entero titulado “Yo tengo un sueño”. A primera vista, siendo honestos, no parece que nuestra distinción, basada en criterios literales, nos haya llevado muy lejos.

Detengámonos justo en la pregunta que enmarcaba el análisis: ¿Cuál es la definición de la palabra “expresión” *a la que se refiere este derecho*? Cuando veíamos el primer grupo de casos teníamos que, por el alcance tan amplio que resulta de la definición conforme al lenguaje ordinario, no había problemas de *infrainclusión*: todas las conductas paradigmáticas en que pensamos cuando pensamos en el derecho a la libertad de expresión encontraban espacio de sobra. En el segundo grupo, sin embargo, vimos que esa amplitud de alcance llegaba a tornarse tan excesiva, que utilizar el lenguaje ordinario como fuente nos había generado los más evidentes, *absurdos*, problemas de *sobreinclusión*¹⁷: nunca pensamos en esos casos cuando pensamos en la importancia de

¹⁵ Para más ejemplos, no en el campo específico del DP sino en general, v. los autores referenciados al final de la n. 11.

¹⁶ Cfr. CARRIÓ, *Notas*, 3.^a, 1986, 28; HART, *El concepto*, 3.^a, 2011, 16.

¹⁷ TUSHNET, Mich. *L.Rev.* 90 (1992), 1560, nos puede ayudar a entender mejor a qué nos referimos cuando hablamos de fenómenos de *sobreinclusión* o *infrainclusión*: “Una regla es *sobreincluyente* cuando dirige a alguien a hacer algo que no promueve, e incluso puede inhibir, los propósitos de esa regla. La aplicación de una regla demasiado incluyente es ineficiente, ya que impone los costos de cumplir con la regla, pero no avanza los propósitos de la regla. Si una autoridad de tránsito excluye a todos los usuarios de drogas, incluidos los que usan metadona, de trabajos en el metro, para promover la seguridad, y resulta que los usuarios de metadona no representan más riesgo que los demás, la autoridad de tránsito está aumentando sus propios costos de operación sin obtener nada a cambio. Una regla es *infraincluyente* cuando no dirige a alguien a hacer algo que promueve sus propósitos. Las reglas poco inclusivas son, *qua reglas*,

que en nuestras sociedades democráticas haya libertad de expresión. Incluso hasta apostaríamos a que no es a estos casos a los que se refiere tan crucial derecho fundamental cuando utiliza el término “expresión”¹⁸, que no son estas las conductas que este pretende mantener libres, protegidas, incluso garantizadas.

De llegar a serlo, y si acordamos que los derechos son cartas de triunfos¹⁹, bien podríamos acordar también que, como decía un antiguo refrán que utilizaba el J. BLACK: “otra victoria como esta y estaremos acabados”²⁰. Estas reflexiones hacen que ya podamos arriesgarnos a lanzar una primera conclusión: el alcance del derecho a la libertad de expresión no debe ser delimitado conforme a una interpretación literal²¹. En otras palabras, el significado de la palabra “expresión”, cuando es empleado en las cláusulas constitucionales que consagran este derecho, no es igual al que le atribuye el diccionario de la RAE, no es el que “un hablante ordinario del lenguaje le adscribiría como su significado obvio”²².

Para cerrar haciendo un balance, digamos entonces que, a pesar de tan negativa conclusión, esta primera aproximación nos ha permitido avanzar en nuestro recorrido, en nuestra empresa interpretativa. Nos prestó, al principio, una mano importante para situarnos, para establecer las fronteras externas y generales del territorio en que vamos a estar moviéndonos durante esta tesis, pues nunca debemos olvidar que, al fin y al cabo, son constituciones escritas, y jurídicamente vinculantes al más alto nivel, las que estamos

presuntamente injustas, porque nada distingue el caso subyacente al que se aplica la regla de aquél al que no se aplica. En el ejemplo anterior, si las personas con diabetes suponen un mayor riesgo para la seguridad que los usuarios de metadona, entonces excluir a estos últimos de los trabajos que, si están disponibles para los primeros, en nombre de la seguridad, es injusto”. En cualquier caso, haremos un análisis más profundo de estas cuestiones más abajo en: Cap. III.

¹⁸ Creo que en este punto bien podríamos hacer propias las palabras del J. Holmes, quien en: *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919), iba a sostener: “Nos aventuramos a creer que ni Hamilton ni Madison, ni ninguna otra persona competente en ese momento o en uno posterior, alguna vez supusieron que hacer delictivo el asesoramiento de un asesinato dentro de la jurisdicción del Congreso sería una interferencia inconstitucional con la libertad de expresión”.

¹⁹ Cfr. DWORKIN, *Taking Rights*, 1977, xi, xv.

²⁰ J. BLACK, voto disidente en: *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

²¹ En las palabras mucho más contundentes de GREENAWALT, *Speech*, 1989, 42: “cualquier suposición de que todas las comunicaciones están cubiertas por un principio de libertad de expresión sería absurda”. En un sentido similar, SCHAUER, *Harv. L. Rev.* 117 (2003-2004), 1773, afirma: “Que los límites de la Primera Enmienda están delineados por el significado de la palabra «expresión» en el lenguaje ordinario es sencillamente inverosímil”. Además v. las referencias de la n. 25 y 42.

²² MACCORMICK/SUMMERS, en MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 512 s.

interpretando²³. Luego, conforme avanzamos, y añadimos importantes distinciones como la de la *cuestión semántica* y la *cuestión fáctica* –lo que nos hizo percatarnos de la necesidad de una definición–, terminó llegando a un punto en el que era fácil evocar esas reflexiones con las que iniciaba esta tesis en la introducción, aquellas en las que se reconocía lo difícil que era que jueces, legisladores, funcionarios públicos, ciudadanos de a pie, medios de comunicación, usuarios de redes sociales, artistas, colectivos, entre muchos otros, pudieran acordar fácilmente cuál era esa “expresión” que debe permanecer *libre y protegida* aun cuando cause algún daño o se interponga en el camino de otros derechos e intereses²⁴. Así, recordándonos entonces este, nuestro problema interpretativo general, nos permitió avanzar hasta llegar al núcleo del mismo –por lo menos en cuánto al problema de *determinación del alcance*– e identificarlo con una mayor precisión.

Por eso, aunque sea cierto que, para sorpresa de nadie²⁵, la respuesta que buscamos no estaba esperándonos en un diccionario –y, por ello, estuvo lejos de ayudarnos, de ser

²³ Por eso acompañaremos a FALLON, Harv. L. Rev. 100 (1986-1987), 1196, cuando sostiene que “los argumentos del texto logran el resultado algo débil pero no trivial de excluir una o más posiciones que podrían argumentarse alegando motivos no textuales. Por lo tanto, aunque el texto de la octava enmienda puede no decirnos con precisión qué son los «castigos crueles e inusuales», el lenguaje exige que la prohibición de la enmienda se aplique solo a acciones que puedan describirse plausiblemente como «castigos»”. En el mismo sentido también: GREENAWALT, *Speech*, 1989, 167 s.

²⁴ V. Introducción. En el mismo sentido también: FALLON, Harv. L. Rev. 111(1997-1998), 58.

²⁵ Esto, en los EEUU, ya lo había visto claramente el J. HOLMES en *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604, 610 (1914), cuando decía, de las disposiciones constitucionales que “su significado es vital, no formal; se debe recoger no solo tomando las palabras y un diccionario, sino considerando su origen y la línea de su crecimiento”. Frente al derecho constitucional a la libertad de expresión, ya lo había concluido también CHAFEE, Harv. L. Rev. 32 (1918-1919), 937, quien decía que, “como las provisiones de la Carta de Derechos no podrían ser aplicadas en su absoluta literalidad”, era necesario hacer una definición legal “que determinara por dónde corre la línea que separa aquellas expresiones que están protegidas frente al control gubernamental por la Constitución de aquellas que no lo están”. También el Juez HOLMES, escribiendo para la mayoría en: *Frohwerk v. United States*, U.S. 204 (1919), 249: “La Primera Enmienda, aunque prohíbe la legislación contra la libertad de expresión como tal, no pudo haber sido, y obviamente no fue, hecha con la intención de otorgar inmunidad para todo uso posible del idioma.”; el Juez Frankfurter, en su opinión concurrente, en: *Dennis v. United States*, U.S. 494 (1951), 341: “El lenguaje de la Primera Enmienda debe leerse no como palabras estériles encontradas en un diccionario, sino como símbolos de la experiencia histórica iluminados por las presuposiciones de quienes los emplearon”; o el Juez HARLAN escribiendo para la mayoría en: *Konigsberg v. State Bar of California et al.*, U.S. 36 (1961), 366: “En primer lugar, rechazamos la opinión de que la libertad de expresión y asociación (...) protegidas por las Enmiendas Primera y Decimocuarta, son «absolutas», no solo en el sentido indudable de que donde exista la protección constitucional esta debe prevalecer, sino también en el de que el alcance de esa protección debe establecerse únicamente a partir de una lectura literal de la Primera Enmienda”. En un mismo sentido: MEIKLEJOHN, *Sup. Ct. Rev.* 6 (1961) 245-251; FRANTZ, *Yale L.J.* 71 (1961-1962), 1432; *Cal. L. Rev.* 51 (1963) 732-737; MENDELSON, *Cal. L. Rev.* 50 (1962), 821-828; HYNEMAN, *Am. Political Sci.* 57 (1962), 847 s.; EMERSON, *General Theory*, 1966, vi; NIMMER, *Cal. L. Rev.* 56 (1968), 937, quien afirmaba: “nadie puede sostener responsablemente la posición de que la primera enmienda es un absoluto en el sentido de que protege literalmente toda la «expresión»”; *Rev. BORK*, *Ind. L.J.* 47 (1971), 21, quien sostenía con vehemencia: “Puede que se les perdona a los legos que piensen que las palabras literales de la enmienda ordenan una ausencia total de inhibición gubernamental frente a la actividad verbal, pero ¿qué puede decirse de los

la guía que necesitamos para encarar definitivamente este problema²⁶–, también lo es que este enfoque nos permitió avanzar hasta dejarnos justo frente a las cuestiones que ahora tendremos que intentar responder con aproximaciones metodológicas más sofisticadas.

Frente a las preguntas, en fin, que van a marcar el camino a seguir en el recorrido que aún tenemos por delante: ¿Cómo hacer para encarar ese fenómeno de sobreinclusión? ¿Cómo hacer para identificar, dentro del inmenso y variadísimo conjunto que forman todas las acciones comunicativas voluntarias, ese subconjunto de acciones sobre las que recae el derecho a la libertad de expresión?

3. Interpretación conforme al lenguaje jurídico

Tras haber llevado este primer enfoque hasta sus límites, necesitamos probar ahora otras estrategias que nos permitan seguir avanzando en nuestra empresa interpretativa. Progresar no implica necesariamente continuar el recorrido justo desde el punto exacto en que nos había dejado estancados el anterior enfoque. Significará para nosotros, en

abogados que creen tal cosa? Cualquier persona experta en leer el lenguaje debe saber que las palabras no son necesariamente absolutas. La «libertad de expresión» bien puede ser un término que se refiere a un alcance definido o asumido de la libertad, y puede ser solo esta área de la libertad la que no debe ser «restringida»; DUVAL, *Geo. Wash. L. Rev.* 41 (1972), 185; GREY, *Stan. L. Rev.* 27 (1975) 707 s.; FUCHS, *Wm. & Mary L. Rev.* 18 (1976), 358; HENKIN, *Colum. L. Rev.* 78 (1978), 1044; BEVIER, *Stan. L. Rev.* 30 (1978), 306; *Heffron v. Soc'y for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640 (1981), 647; *Cal. L. Rev.* 73 (1985), 1056; WELLINGTON, *Yale L.J.* 88 (1979), 1106-1110; JONES, *Vt. L. Rev.* 4 (1979) 28; BREST, *B.U.L. Rev.* 60 (1980), 234; SCHAUER, *UCLA L. Rev.* 29 (1981-1982), 800; *Nw. U. L. Rev.* 78 (1983-1984), 1298 s.; *U. Cin. L. Rev.* 56 (1988) 1185; *Cardozo L. Rev.* 14 (1992), 871 s.; *Harv. L. Rev.* 117 (2003-2004), 1773; VAN ALSTYNE, *Cal. L. Rev.* 70 (1982), 113; BOLLINGER, *Tolerant society*, 1986, 176; SOLUM, *Nw. U. L. Rev.* 83 (1988-1989), 58 ss.; FAIGMAN, *Hastings L.J.* 44 (1993) 833; TIERSMA, *Wis. L. Rev.* (1993), 1531; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 121 s., quien plantea que el absolutismo literalista de la libertad de expresión no es más que una “teología” sin “seguidores reales”; FISS, *Free speech*, 1996, 19; STRAUSS, en *Bollinger/Stone* (eds.), *Eternally*, 2002, 36, sostiene: “Ni el texto ni las comprensiones originales proveen mucho soporte a los principios de libertad de expresión que hoy damos por sentados”; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 924 s.; DEUTSCH, *Akr. L. Rev.* 39 (2006), 483 s.; STONE, *Pepp. L. Rev.* 36 (2008-2009), 274; BLOCHER, *N.Y.U. L. Rev.* 84 (2009), 389; LAW/VERSTEEG, *Cal. L. Rev.* 101 (2013), 925; FALLON, *Dynamic Constitution*, 2.^a, 2013, 59; MASSARO, *U. Pa. J. Const. L.* 17 (2014), 369.

²⁶ En este sentido, parecen entonces muy afortunadas, por equilibradas, las reflexiones de BEVIER, *Stan. L. Rev.* 30 (1978), 306: “El texto de la primera enmienda proporciona escasa base para la interpretación (...) el principio de la primera enmienda no surge de hacerle un conjuro del texto, ya que las palabras simplemente no ceden ante una simple exégesis. Simplemente invocar el mandato de que «el Congreso no impondrá ninguna ley que restrinja la libertad de expresión» no proporciona unos principios de base para decidir si una forma particular de conducta puede llamarse «expresión» y es además consistente con el objetivo de proteger la «libertad de expresión» de la «restricción». *Sabemos por el texto, por lo tanto, solo que las premisas desde las que razonamos no deben implicar un significado que esas palabras no vayan a soportar.*” (cursivas propias). Igualmente v. las posiciones de: HENKIN, *U. PA. L. Rev.* 109 (1961), 656; FRANTZ, *Yale L.J.* 71 (1962), 1433 s.; HART ELY, *Democracy and distrust*, 1980, 105; WELLINGTON, *Yale L.J.* 88 (1979), 1109.

cambio, hacer una exploración más profunda e incisiva, justo en las mismas cuestiones, hasta dar con mejores resultados²⁷.

Empecemos haciendo un repaso crítico a ese enfoque que ahora queremos dejar atrás. A una aproximación mediante la cual, buscando una definición que nos permitiera delimitar el alcance del derecho estudiado, fuimos a parar primero en un diccionario y luego en un absolutismo absurdo. Preguntado por este enfoque, un filósofo y teórico de la interpretación como RICOEUR nos diría que fue esta manera de acercarnos al oficio de definir, de interpretar, la que nos condenó al fracaso. Que, sencillamente, habíamos dirigido erróneamente el proceso interpretativo al sobrevalorar el grado de autonomía semántica del texto²⁸.

Nos equivocamos, diría este autor, movidos por una falacia –la del texto absoluto– que lleva al intérprete a creer que puede acercarse a un texto como si se tratase de “una entidad hipostática”²⁹. Habíamos hecho de la palabra “expresión” una suerte de “piedrecilla en la arena”³⁰ que podía ser tomada de su sitio, sin más, para ser trasladada a un laboratorio en el que se le podría luego caracterizar, distinguir, precisar, definir, etc. No preguntamos nunca, nos reclamaría RICOEUR, de dónde habíamos sacado esa

²⁷ Nos concentraremos, sobre todo, en buscar nuevos caminos para enfocar la *cuestión semántica* –el proceso de definición–. Vamos a observar si, con otro tipo de aproximación y de fuentes, podemos llegar a desarrollar unos criterios de aplicación que, siendo más precisos, rigurosos y especializados, nos permitan una mejor *delimitación del alcance* del derecho constitucional a la libertad de expresión.

²⁸ RICOEUR, *Teoría*, 6.^a, 2006, 43.

²⁹ RICOEUR, *Teoría*, 6.^a, 2006, 43.

³⁰ RICOEUR, *Teoría*, 6.^a, 2006, 43.

“piedrecilla”. En qué contexto³¹ estaba y con qué propósito³² alguien la había dejado allí³³.

No debe parecernos entonces muy extraño que nuestra aproximación a través de este enfoque no haya funcionado, pues para poder hacer una buena interpretación de cualquier cosa –una pregunta de un hijo, una situación cotidiana, o un enunciado normativo– solemos necesitar un enfoque que ilumine también la trama que rodea al objeto interpretado. El contexto, los protagonistas, sus presuposiciones, sus propósitos, sus motivaciones –y en general todos esos hilos internos que le van dando un sentido y una referencia propia a cada acción–, hacen parte de la trama que debemos utilizar como

³¹ ¿Y qué fue lo que perdimos cuando desatendimos el *contexto*? Veámoslo con un ejemplo muy sencillo. Decía CARRIÓ, *Notas*, 3.^a. 1986, 28s. que si alguna vez uno de sus hijos le preguntaba: “¿Qué quiere decir «radio»?” él no tendría más remedio que contestarle con otra pregunta: “¿En qué frase u oración?”. Y esto, puesto que solo con esa respuesta podría saber responder a su hijo si “radio” en ese caso significaba: “aparato eléctrico que sirve para escuchar música y noticias” o “metal descubierto por los esposos Curie” o “mitad del diámetro”, entre otras tantas definiciones posibles. Este sencillo ejemplo le servía a este autor, y ahora nos sirve a nosotros, para iluminar la utilidad del contexto: “el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y la situación humana dentro de la que son usadas.”. En un mismo sentido, con ejemplos muy ilustrativos: SOLUM, *Const. Comment.* 27 (2010), 102.

³² Habiéndonos hecho ya una idea general de la necesidad del *contexto* en la n. anterior, consideremos aquí la necesidad de atender adicionalmente a los *propósitos*. Nuevamente recurriremos a un ejemplo para ello. Nos piden RYLE, *Collected papers*, V.2, 2009, 494-498 y GEERTZ, *La interpretación*, 2003, 21 s.–quienes en sus respectivas obras utilizaron esta misma situación hipotética–, que consideremos “el caso de dos muchachos que contraen rápidamente el párpado del ojo derecho”. Resulta que, en uno de ellos, este movimiento es tan solo un tic involuntario, mientras que, en el caso del otro, se trata de “una guiñada de conspiración dirigida a un amigo.”. Nos dice GEERTZ que, a pesar de que “los dos movimientos, como movimientos, son idénticos” y, por tanto, “vistos desde una cámara fotográfica, observados “fenoménicamente” no se podría decir cuál es el tic y cuál es la señal ni si ambos son una cosa o la otra”, no debería aceptarse que lo que hicieron entonces los dos muchachos era igual: “La diferencia entre un tic y un guiño es enorme, como sabe quién haya tenido la desgracia de haber tomado el primero por el segundo”. Solo una descripción muy débil, y ciertamente poco interesante, se contentaría explicando que estamos ante dos acciones idénticas. Una buena interpretación, que se preocupe por profundizar en el contexto de la situación, en la función de cada guiño y en los propósitos de cada autor, podrá explicarnos convincentemente que, mientras el primer movimiento fue una mera acción involuntaria, el segundo, en cambio, fue una acción comunicativa voluntaria, es decir, una expresión, en el sentido ordinario del término.

³³ RICOEUR, *Teoría*, 6.^a, 2006, 43. Una línea de análisis muy similar –para acercarnos al ámbito jurídico– era la del Juez MARSHALL, en *McCulloch v. Maryland*, U.S. 316 (1819), 17: “Tal es el carácter del lenguaje humano que ninguna palabra transmite a la mente en todas las situaciones una sola idea definida, y nada es más común que usar palabras en un sentido figurado. Casi todas las composiciones contienen palabras que, tomadas en su sentido riguroso, transmitirían un significado diferente del que obviamente se pretende(...) Esta palabra, entonces, como otras, se usa en varios sentidos, y, en su construcción, el sujeto, el contexto, la intención de la persona que los usa se deben tener en cuenta.” También v.: HOLMES, *Harv. L. Rev.* 12 (1899) 417; HART, *J. Soc’y Pub. Tchrs. L.* 4 (1957), 144 ss.; ROSS, *Sobre el Derecho*, 1963, 110-115; LARENZ, *Metodología*, 2.^a, 1980, 194-197; HART, *Essays*, 1983, 21-47; WROBLEWSKI, en McCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 258 ss. ROXIN, *PG*, 1997, 5/37; MACCORMICK, *Doxa* 33 (2010) 75s.; SOLUM, *Const. Comment.* 27 (2010), 102; ALEXANDER, *U. Ill. L. Rev.* (2012), 612; Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, 2012, 124; MIR PUIG, *DPPG*, 10^a, 2016, 14-4; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 564-567.

punto de apoyo para poder llegar a comprender algo, para hacer inteligible lo que parece enigmático.

Esa importante trama o red de cuestiones subyacentes –solo visibles a través de interpretaciones que se sumerjan hasta llegar a ellas³⁴–, de las que depende el sentido del objeto interpretado, era denominada por RYLE como “código establecido”³⁵. GEERTZ, a su vez, prefería referirse a esta red como la “estructura de significación”³⁶. WITTGENSTEIN nos había años atrás, apuntando en la misma dirección, del “juego de lenguaje”³⁷.

La paulatina aceptación de que no debemos tomar el objeto interpretado como una “pedrecilla”, que para iluminar las oscuridades de ciertos enunciados normativos tendremos que enfocarnos con frecuencia en esta trama o red de cuestiones más amplia, tiene evidentes repercusiones sobre la forma en que se llevan a cabo las interpretaciones en el campo jurídico. HART, incorporando este tipo de ideas³⁸, nos iba a proponer una forma diferente de encarar la actividad de definir: hagamos interpretaciones que se sumerjan dentro del juego del lenguaje jurídico³⁹.

³⁴ Estas interpretaciones apuntarían hacia lo que RYLE, *Collected papers*, 2, 2009, 479-510, y GEERTZ, *La interpretación*, 2003, 19-40, denominarían “descripciones densas”.

³⁵ RYLE, *Collected papers*, 2, 2009, 494-498.

³⁶ GEERTZ, *La interpretación*, 2003, 21, 24.

³⁷ WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, 1999, §7: “llamaré también «juego de lenguaje» al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretrejado”.

³⁸ HART, *J. Soc'y Pub. Tchrs. L.* 4 (1957), 144 s.: “Lo que controla la selección de la descripción adecuada depende del contexto y el propósito de la búsqueda. Si somos fisiólogos, podemos describir lo que sucedió en términos de movimientos musculares; Si llevamos a cabo una investigación criminal cuando matar es un delito, elegiremos el lenguaje que se haya apropiado según la regla legal y diremos que la mató.” SCHAUER, *UCLA L. Rev.* 29 (1981-1982), 799s., lo iba a ver muy bien “Si, como Hart y sus contemporáneos filosóficos supusieron, el significado es uso, entonces el uso legal debe producir significados diferentes al uso de un físico, el uso de un sociólogo o el uso del hombre en el ómnibus de Clapham”.

³⁹ Cfr. HART, *Essays*, 1983, 26; *El concepto*, 3.^a, 2011, 18. Aunque son muchas las luces que se prenden con mencionar estas ideas, por el extraordinario aporte de la filosofía analítica a la metodología jurídica, debemos recordar que los intereses de esta tesis no recaen sobre la teoría general del derecho, sino sobre el derecho constitucional a la libertad de expresión. Por ello mantendremos arriba el hilo conductor de nuestra tesis y seguiremos solo alguna de esas luces, sosteniendo aquí algunas ideas generales que nos podrían llegar a servir para comprender mejor el enfoque que seguiremos en adelante. Anclando las ideas anunciadas al análisis de LARENZ, *Metodología*, 2.^a, 1980, 189 ss. sobre el mundo conceptual de WITTGENSTEIN, sostengamos entonces que: 1) Las palabras no gozan de una autonomía semántica completa, esto es, no tienen un significado fijo con independencia del contexto en que se les use. Por el contrario, el significado va a ir resultando “en cada caso de su uso en un determinado juego de lenguaje.”; 2) Definir una palabra es entonces establecer sus criterios de aplicación –las condiciones adecuadas para su uso efectivo– en determinado juego del lenguaje. Por ello, para definir una palabra, es necesario “saber ya qué papel debe desempeñar realmente la palabra en el lenguaje”; 3) Regularmente el significado de una palabra en un juego de lenguaje no se consigue buscando su significado en otro juego de lenguaje. Como

En primer lugar, no debemos “tomar las palabras solas, las debemos considerar en la oración completa en *la que juegan su rol característico*”⁴⁰. No nos debe preocupar tanto qué significan cada una de las palabras, si es que ello nos va a llevar de vuelta a un diccionario, sino para qué sirven, cuál es la función que desempeñan cuando están todas juntas y ocupadas haciendo su trabajo dentro de determinado juego del lenguaje^{41/42}. Las

un significado puede perfectamente ser el mismo en diversos juegos de lenguajes, pero también puede no serlo, no hay correspondencias estables que garanticen o hagan siquiera recomendable una definición por vía de trueque; 4) Como los significados de los términos normativos no se van a conseguir por vía de trueque, por su importación acrítica desde otros juegos del lenguaje, los criterios de aplicación de estos van a ser generalmente determinados desde una perspectiva interna, desde la de aquellos que participan activamente en el juego de lenguaje; 5) El Derecho cuenta entonces con su propio juego del lenguaje, que practican con mayor o menor fortuna jueces, abogados, funcionarios públicos, profesores, estudiantes, medios de comunicación o ciudadanos de a pie; 6) Esto no quiere decir que el juego del lenguaje jurídico sea, pueda o deba llegar a ser, radicalmente diferente del lenguaje ordinario. El primero solo será una clase especial, como tantas otras, de este último; 7) En este juego del lenguaje las condiciones de aplicación de los términos –sus definiciones–, suelen ser más precisas, determinadas, estrechas y teóricamente bien fundamentadas que sus pares en el lenguaje ordinario; 8) El juego del lenguaje jurídico es entonces una reflexión y refinación del juego de lenguaje ordinario que practican una diversa e irregular red de actores. Sin embargo, a pesar de sus notorios avances, nunca será un lenguaje “perfecto” que dé lugar a un sistema deductivo puro. Ello, pues no podrá evitarse que estas reflexiones sobre el lenguaje se hagan también a través del lenguaje, por lo que volverán a parecer fenómenos como la indeterminación, la ambivalencia, la textura abierta o porosidad, que son connaturales, normales, a toda práctica lingüística que tenga ambiciones clasificatorias. Para estudiar y presentar estas ideas fueron también tenidos en cuenta.: WILLIAMS, L. Q. Rev. 61 (1945), 384 ss.; HART, J. Soc’y Pub. Tchrs. L. 4 (1957), 144 ss.; *Essays*, 1983, 33 ss. 274-277; SCHAUER, UCLA L. Rev. 29 (1981-1982), 800 ss.; CARRIÓ, *Notas*, 3.^a, 1986, 28 ss., 67s.; SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 56; Const. Comment. 27 (2010), 95-100; AARNIO, *Doxa* 8 (1990), 23; TWINING/MIERS, *Rules*, 5.^a, 2010, 11.

⁴⁰ HART, *Essays*, 1983, 21-47, las cursivas son propias.

⁴¹ Decía HART, *Essays*, 1983, 277, apoyándose precisamente en WITTGENSTEIN, que: “si deseamos comprender nuestros conceptos debemos considerarlos cuando están «trabajando», no cuando están «inactivos» o «de vacaciones»”.

⁴² Como veíamos en la n. 39, es evidente que ni HART es el único que se ha preocupado por esta clase de cuestiones en el campo jurídico ni los breves desarrollos que hemos presentado hacen justicia a su visión más rica y completa. Aunque ya hemos introducido, y poco a poco iremos caminando hacia un cuadro más completo de la interpretación jurídica, digamos, para complementar la mencionada n. que, en gran parte, una posición literalista o una posición que asuma que los términos jurídicos son autoevidentes sería, en caso de haber existido, más parte del pasado que del presente. El contexto y los propósitos se suelen tener en cuenta, y mucho, en la interpretación jurídica actual, que ha avanzado especialmente de la mano del desarrollo de las teorías de la argumentación. Para hacer una apretada síntesis de cuestiones que nos puedan interesar, digamos que, de una parte, las definiciones de diccionario han pasado a tener un papel meramente limitador en las principales controversias interpretativas, en las zonas de penumbra. De la otra, que, para establecer los criterios de aplicación del lenguaje jurídico, las metodologías jurídicas elaboran estructuras interpretativas en la que los denominados “criterios de segundo orden” o “directivas interpretativas” van conduciendo al interprete, siguiendo los ya comentados criterios de economía del método, hacía la consideración del *contexto* o del *propósito* que rodea el objeto interpretado. Para lo primero, para justificar que hemos optado legítimamente por ciertos criterios de uso o aplicación –por cierta definición–, que quizá no eran los más obvios y/o los que establecía un diccionario, pero que eran los que se relacionaban de manera más armónica con el *contexto*, empleamos una clase de argumentos que solemos denominar *sistémicos* o *sistemáticos*. Para lo segundo, para demostrar que también nos fijamos en los *propósitos* al momento de definir o interpretar, utilizamos argumentos justificantes que en nuestro juego del lenguaje llamamos *teleológicos*. Para este apretado resumen se han tenido en cuenta los siguientes autores. Frente al papel limitado, pero todavía sumamente importante del lenguaje ordinario.: DUVAL, Geo. Wash. L. Rev.

palabras son dispositivos o herramientas, y quien nos haga una definición de ellas deberá explicarnos cómo funcionan, cómo podemos hacer que ellas hagan lo que se supone que hacen cuando se las usa correctamente. En síntesis, y para decirlo con el propio WITTGENSTEIN, nos debe explicar cómo se hace una “jugada en el juego del lenguaje” empleando esas palabras⁴³.

Nuestras principales tareas, de momento, son las de explicar qué trabajo es el que hacen las palabras “libertad de expresión” y cuáles son los presupuestos, las condiciones necesarias, para hacer que lo hagan⁴⁴. Tenemos que encontrar, dentro de la trama de

41 (1972), 186; GREY, *Stan. L. Rev.* 27 (1975) 707s.; JONES, *VT. L. Rev.* 4 (1979), 28; BREST, *B.U.L. Rev.* 60 (1980), 234; ROXIN, *PG*, 1997, 5/28; MIR PUIG, *Introducción*, 2.^a, 2003, 289s.; *DPPG*, 10.^a, 2016, 4-40; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a, 2016, 6/14. La expresión “criterios de segundo orden” y el sentido con que se ha empleado es de: ATIENZA, *AFD*, 2007, 45 ss. La expresión “directivas interpretativas” y el sentido con que se ha empleado es de: WROBLEWSKI, en MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 269s. Para justificar la importancia de los argumentos contextuales: DWORKIN, *Law’s Empire*, 1986, 230; MACCORMICK, *Doxa* 33 (2010) 75s.; FALLON, *U. Chi. L. Rev.* 82 (2015), 1237. Para la definición de los argumentos sistémicos o sistemáticos: MACCORMICK/SUMMERS, en MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 517: “Al nivel más profundo, todo significado depende del contexto completo de la emisión o lectura del texto a la vista, y el grado en que todo el contexto se considera explícitamente al reflexionar sobre cuestiones de significado puede tener un efecto en la profundidad de la comprensión de significado, y por lo tanto también en el contenido de esa comprensión. Pero el sistema legal como una totalidad compleja es una parte considerable y crucial del contexto completo de cualquier estatuto. Esto se refleja en la importancia que concede el derecho a los argumentos sistémicos (armonización contextual, precedentes, analogía, lógica-conceptual, principios generales, historia), donde el punto particular de los argumentos es verificar la lectura de unas disposiciones legales, en particular, por su relación con otros elementos pertinentes del sistema jurídico y por el sentido que conlleva”; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a, 2016, 6/17. En cuanto a la importancia y definición de los argumentos teleológicos: MACCORMICK/SUMMERS, en MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 518 s.: “Otro aspecto importante de todo el contexto en el que debe leerse una disposición legal para ofrecer una interpretación plenamente justificada es el que se refiere a los valores que se deben realizar mediante su aplicación. Los argumentos relevantes son argumentos de valor entendidos en una manera amplia e incluyen argumentos consecencialistas legales de todo tipo. La cuestión aquí, en efecto, es para qué sirve el estatuto, y cómo la interpretación del mismo puede evitar una cualidad auto-destructiva. Tal razonamiento, en uno de sus tipos, es esencialmente teleológico de una manera que puede ser relativamente neutral en cuanto a los fines y objetivos favorecidos por el intérprete. Este es el argumento del propósito, el «propósito» se entiende a la luz de ciertas suposiciones o presuposiciones.”; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a, 2016, 6/19-22.

⁴³ WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, 1999, §22. Y luego una mejor explicación luego en: §270. HART *Essays*, 1983, 33, nos explica esta manera de definir a través de un ejemplo muy ilustrativo: “Toma la noción de un truco en «un juego de naipes». Alguien dice «¿Qué es un truco?» Y tú respondes «Explicaré: cuando tienes un juego y entre una de sus reglas establece que, cuando cada uno de nuestros jugadores ya ha jugado una carta, el jugador que ha puesto la carta más alta se anota entonces un punto, en estas circunstancias se dice que ese jugador ha «tomado un truco». Esta explicación natural no ha tomado la forma de una definición de la palabra «truco» tomada individualmente: no se le ha ofrecido ningún sinónimo. En su lugar, hemos tomado una oración en la que la palabra «truco» juega su papel característico, la hemos explicado primero, especificando las condiciones bajo las cuales la oración completa es verdadera, y luego mostrando cómo se usa para sacar una conclusión de las reglas en un caso particular”.

⁴⁴ WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, 1999, §270, se va a encargar de ilustrarnos lo que va a pasar si utilizamos las palabras sin entender los presupuestos de su propio juego del lenguaje: “Giramos, por así decirlo, un botón con el que parecía que se podía regular algo en la máquina; pero era un mero adorno no conectado en absoluto con el mecanismo”.

nuestro juego del lenguaje, cuáles son esos criterios –precisos, flexibles o probabilísticos, esto ahora es lo de menos– que nos permitan sostener que la conducta X está cubierta por el derecho a la libertad de expresión y que, por ello, debe entonces desencadenar el efecto esperado⁴⁵. O que, por lo menos, *debería* estar cubierta y *debería* desencadenarlo⁴⁶.

Comencemos a utilizar este método. Devolvamos entonces la “pedrecilla” al lugar o contexto en el que estaba, de manera que podamos contemplarla justo allí, dentro del engranaje en que ella debe trabajar y cumplir una función. La palabra “expresión” se encuentra en una frase conocida por todos: “libertad de expresión”. Esta frase se encuentra en un derecho fundamental que, a su vez, ocupa un lugar central en los catálogos de derechos fundamentales jurídicamente protegidos por virtualmente todas y cada una de las constituciones democráticas escritas⁴⁷. Por lo menos una de las funciones que tienen estos derechos fundamentales, y ciertamente la tiene el derecho constitucional a la “libertad de expresión”, es la de establecer unos límites al alcance del poder estatal.

⁴⁵ HART, *Essays*, 1983, 35. Volvamos, por un momento, a la obra de RYLE, *Mind*, 1949, 121 s., para verlo con más claridad: “Una ley se utiliza como, por así decirlo, un billete de inferencia (un billete de tren) que autoriza a sus poseedores a trasladarse de la afirmación de enunciados fácticos a la afirmación de otros enunciados fácticos. También los autoriza a proporcionar explicaciones de hechos dados y a lograr estados de cosas deseados manipulando lo que se sucede o acontece. De hecho, no debemos admitir que un estudiante ha aprendido una ley, si todo para lo que está preparado es para recitarla. Así como un estudiante, para calificar como conocedor de reglas de gramática, multiplicación, ajedrez o etiqueta, debe ser capaz y debe estar preparado para aplicar estas reglas en operaciones concretas, entonces, para calificar como conocedor de una ley, debe ser capaz y debe estar preparado, para aplicarla en inferencias concretas que tienen como punto de partida y llegada, situaciones de hecho particulares, en explicarlas y, quizá también, en producirlas o impedir las. Enseñar una ley es, al menos *inter alia*, enseñar cómo hacer cosas nuevas, teóricas y prácticas, con cuestiones particulares de hecho”.

⁴⁶ Ya tendremos más oportunidades de ir profundizando sobre este aspecto en este mismo capítulo. Por ahora simplemente digamos enfáticamente que esta perspectiva, la prescriptiva, es –por lo menos– tan importante para esta tesis como la descriptiva. Volviendo al ejemplo del juego de cartas, nuestra perspectiva no es solo la de quien observa el juego y quiere entenderlo, aprender a jugarlo. Nuestra perspectiva es interna. Es la de uno de los jugadores que no solo quiere entender estas reglas, sino que se va a beneficiar o a perjudicar con ellas y por ello quiere tener también la posibilidad de argumentar, debatir, influir de manera más o menos directa en la forma en que estas, u otras, reglas deberían ir dirigiendo el juego. Nuestra perspectiva, en una palabra, no es fría ni desapegada, sino todo lo contrario.

⁴⁷ Cfr. SCHAUER, Cardozo L. Rev. 14 (1992), 868 s.; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 121; BHAGWAT, U.C. Davis L. Rev. 49 (2015), 64, en un muy interesante trabajo, señala un dato muy interesante: el 95% de las constituciones en vigor proveen alguna forma especial de protección al derecho a la libertad de expresión. Por ello, podemos afirmar que incluso los regímenes no democráticos proveen alguna garantía –así sea solo formalmente–. En cualquier caso, sobre este asunto volveremos en: Cap. IV., n. 1 s. y en el texto principal ligado a ellas.

Aunque ya tendremos mejores oportunidades para extender la discusión sobre esta y otras funciones⁴⁸, pongámonos de acuerdo ahora tan solo en que las constituciones, y sus catálogos de derechos fundamentales, son instrumentos diseñados para controlar –o, por lo menos, para influir en– un diverso universo de eventos sociales, políticos o jurídicos. Esta labor, sin embargo, es llevada a cabo por simples mortales, que deberán encontrar la forma en que sus prescripciones puedan ser empleadas útilmente para resolver controversias que se darán en un futuro que ellos mismos desconocen y que, por tanto, genera, desde su perspectiva limitada, una imprevisibilidad que será mayor cuanto más tiempo pase y la Constitución y los derechos fundamentales deban operar sobre escenarios cada vez más diferentes a los que ellos pueden conocer y controlar⁴⁹.

Careciendo de poderes divinos, nuestros constituyentes han decidido que, al menos en muchas ocasiones, era preferible no correr tras la quimera de buscar una precisión quirúrgica en sus prescripciones⁵⁰. En cambio, han optado por emplear formulaciones que se suelen caracterizar por su alto nivel de generalidad. La *vaguedad*, rasgo del lenguaje

⁴⁸ En el Cap. II, 3, b), tendremos la oportunidad de elaborar un análisis más completo de las funciones que cumplen los derechos fundamentales en nuestros regímenes constitucionales. Por ahora tan solo me parece importante destacar una cuestión. Estamos diciendo, de manera un tanto indirecta, lo siguiente: que una conducta sea *libre* significa que no debe ser objeto de coacción estatal. Más concretamente, ajustándonos aún más al alcance específico de esta tesis, que esa conducta deberá estar fuera del alcance del poder punitivo. Esta definición de *libertad*, como inmunidad, como ausencia de coacción penal, es *completamente estipulativa*. Está vinculada, limitada y precisada en función de los objetivos de este trabajo. No debe caber la más mínima duda de que una definición negativa de la libertad, como la que hemos ofrecido de momento, sería *espectacularmente* parcial e insatisfactoria para una aproximación más holística, más completa a las cuestiones que atañan a la libertad de expresión. Nosotros, acercándonos apenas a ese gran cuadro desde la esquina del DP, solo podemos señalar que la definición propuesta es insatisfactoria porque es incompleta, no porque sea errada. Evidentemente, no estamos cubriendo aquí todos los aspectos de lo que significa poder expresarse libremente, pero estamos tratando de cubrir, de hacer un pequeño y humilde aporte, en un aspecto que sin duda es importante o, si se quiere, imprescindible. Sobre la necesidad de que una teoría general de este derecho vaya más allá de la libertad negativa se harán múltiples observaciones más adelante, sin embargo, de momento v.: EMERSON, *General Theory*, 1966, vii; Ga. L. Rev. 15 (1981), 795, *passim*; BARRON, Harv. L. Rev. 80 (1967) 1653–1656; WELLINGTON, Yale L.J. 88 (1979), 1105 s.; SCHAUER, *Free speech*, 1982, 116; BALKIN, Duke L.J. (1990), 375, *passim*; Geo. Wash. L. Rev. 76 (2008), 949; NINO, *Fundamentos*, 1992, 216, 262 s.; HAWTHORNE/PRICE, Cardozo Arts & Ent. L.J. 12 (1994), 504–510; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995; FISS, *Free speech*, 1996, *passim*; *Liberalism Divided*, 1996, 142-158; COHEN, en Heyd (ed.), *Toleration*, 1996, 178 ss.; BENKLER, N.Y.U. L. Rev. 74 (1999) 364-386; BACIGALUPO, *Principios constitucionales*, 1999, 27 s.; BREYER, N.Y.U. L. Rev. 77 (2002), 253; BURSTEIN, N.Y.U. L. Rev. 1030, 79 (2004), 1032, 1054; TUSHNET, Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 41 (2006), 2; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 925; MAGARIAN, Notre Dame L. Rev. 83 (2007), 246–249; BARCELÓ I SERRAMALERA, Chapecó 14 (2013), 32, 37.

⁴⁹ Cfr. J. MARSHALL en *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 415 (1819); HART, *Essays*, 1983, 269 s.; *El concepto*, 3.^a, 2011, 160.

⁵⁰ Cfr. REICH, Harv. L. Rev. 76 (1962-1963), 742; FRANTZ, Cal. L. Rev. 51 (1963) 735 s.; BALDÓ LAVILLA, *LH-Roxin (Barcelona)*, 1997, 364 s.; MIR PUIG, *Introducción*, 2.^a, 2003, 129; HART, *El concepto*, 3.^a, 2011, 160 s.

comúnmente denostado, desempeñaría aquí un papel muy positivo⁵¹. Valiéndose de esta, logran crear unas prescripciones flexibles que no solo se van a ir adaptando con más gracia al paso del tiempo, a esa infinita constelación de escenarios futuros e imprevisibles⁵², sino que, además, dejaran libre el espacio necesario para una esfera de discusión política y jurídica pluralista que deberá acompañar por siempre a una sociedad que se constituye como democrática.

Como vemos, emplear la técnica de utilizar un lenguaje especialmente general y flexible, para crear un instrumento que, como dice KENNEDY, pudiera “matar varios pájaros de un solo tiro”⁵³, era tan prudente como necesario desde el punto de vista del constituyente⁵⁴. Pero, en cualquier caso, esta técnica viene con una contrapartida, un precio que se debe pagar al utilizarla: no podían saber ellos con certeza, ni podremos saberlo nosotros desde una perspectiva *ex ante*, exactamente a cuántos y a cuáles pájaros es que va dirigido ese tiro.

Una vez que observamos nuestra tarea interpretativa dentro de esta trama⁵⁵, y que nuestra atención se centra no en la “expresión” sino en la “libertad de expresión”, no en un lenguaje preciso sino en uno vago e indeterminado, y no en un significado sino en una herramienta que debe cumplir una función, muchas son las luces que nos empiezan a

⁵¹Cfr. CARRIÓ, *Notas*, 3.ª, 1986, 32; SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, 1991, 36 s.; WROBLEWSKI, en MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting*, 1991, 262.

⁵² Cfr. REICH, *Harv. L. Rev.* 76 (1962-1963), 742; FRANTZ, *Cal. L. Rev.* 51 (1963) 734; SCHAUER, *Free speech*, 1982, 90: “Unos derechos cuya forma incorpora todas las excepciones actualmente previstas y las calificaciones serían herramientas extremadamente inflexibles para lidiar con las incertidumbres de la experiencia. En su lugar, conseguimos sabiamente herramientas más precisas para su uso futuro al combinar una definición relativamente vaga (...). Empleamos la vaguedad para darnos formas más flexibles de lidiar con las incertidumbres que existen al margen de la indeterminación de cualquier derecho. Como Quine, incorporando el pensamiento de IA Richards, ha señalado, «un pintor con una paleta limitada puede lograr representaciones más precisas afinando y combinando sus colores de lo que un trabajador de mosaico puede lograr con su variedad limitada de azulejos, la superposición hábil de la vaguedad en vez del ajuste de términos técnicos precisos tiene las mismas ventajas»; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 168; NINO, *Fundamentos*, 1992, 89: “Es un lugar común decir que una Constitución se hace para regir los destinos de un país durante un tiempo indefinido, afrontando contingencias y crisis futuras que no son fáciles de prever e n el momento de su sanción. Esto hace que su lenguaje deba ser, por fuerza, lo suficientemente vago y general para permitir esa adaptación. La vaguedad del lenguaje no siempre es un defecto, sino que muchas veces es un instrumento indispensable de comunicación.”; MORESO/VILAJOSANA, *Introducción*, 2004, 156; TWINING/MIERS, *Rules*, 5ª, 2010, 150.

⁵³ KENNEDY, *Harv. L. Rev.* 89 (1976), 1689. En este mismo sentido: TWINING/MIERS, *Rules*, 5ª, 2010, 150.

⁵⁴ Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, 2ª, 2003, 129; HART, *El concepto*, 3ª, 2011, 162.

⁵⁵ Cfr. KENNEDY, *Harv. L. Rev.* 89 (1976), 1689; SCHAUER, *UCLA L. Rev.* 29 (1981-1982), 801; NINO, *Fundamentos*, 1992, 81.

iluminar. Comprendemos que no estamos ante una prescripción cuyo alcance o cobertura se hubiera podido dejar cerrado desde el texto, estableciendo, *ex ante*, con precisión milimétrica, los criterios de aplicación que necesitamos para saber cómo hacer para desencadenar el efecto que esperamos, para saber cuándo una “expresión” debía estar fuera del alcance del poder estatal⁵⁶. Estamos, muy por el contrario, ante una prescripción que, además de recordarnos siempre que “debemos permanecer eternamente vigilantes frente a los intentos de controlar la expresión de opiniones”⁵⁷, nos insinúa ya unos márgenes tenues y difuminados sobre los que tenemos necesariamente que elegir donde trazar unas líneas más concretas⁵⁸. Un lenguaje indeterminado que, en otras palabras, invita a realizar un posicionamiento crítico, derivado de una interpretación que solo puede ser *constructiva* y en la que necesariamente habrá de contemplarse la utilización de criterios extratextuales para paliar la indeterminación semántica y poder hacer una aplicación sensible e inteligente de la disposición⁵⁹.

Tras la situación que enfrentamos al principio de nuestro recorrido, en la que una lectura literalista nos llevaba a sostener más de un absurdo, buena parte de la suerte de la empresa interpretativa queda estrechamente vinculada con la forma en que reaccionemos ahora frente a ese impacto inicial. Entre un vicio formalista⁶⁰, como con el que

⁵⁶ Cfr. FRANTZ, Yale L.J. 71 (1962), 1433; DUVAL, Geo. Wash. L. Rev. 41 (1972), 185; SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 62; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 168; DORF/TRIBE, U. Chi. L. R. 57 (1990), 1060 ss., 1064; HART, *El concepto*, 3.ª, 2011, 159; MUÑOZ MACHADO, *Libertad de palabra*, 2013, 143.

⁵⁷ J. HOLMES, disenso en *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). En el mismo sentido: TODOROV, *Constant*, 1999, 40.

⁵⁸ Cfr. CHAFEE, Harv. L. Rev. 32 (1918-1919), 937; HYNEMAN, Am. Pol. Sci. Rev. 56 (1962), 848; CARRIÓ, *Notas*, 3.ª, 1986, 62; SCHAUER, Yale L.J. 97 (1987-1988), 514; U. Cin. L. Rev. 56 (1988) 1185-1192; GREENAWALT, Rutgers L. Rev. 42 (1990), 288 s.; FAIGMAN, Hastings L.J. 44 (1993) 836; CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.ª, 2006, 925; HART, *El concepto*, 3.ª, 2011, 15 s., 161; SOLUM, *Const. Comment.* 27 (2010), 108; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 569.

⁵⁹ Cfr. ROSS, *Sobre el Derecho*, 1963, 133 ss.; DUVAL, Geo. Wash. L. Rev. 41 (1972), 185; HENKIN, Colum. L. Rev. 78 (1978), 1044; WELLINGTON, Yale L.J. 88 (1979), 1109; SCHAUER, UCLA L. Rev. 29 (1981-1982), 824-828; U. Cin. L. Rev. 56 (1988) 1185; VAN ALSTYNE, Cal. L. Rev. 70 (1982), 115 s.; FALLON, Harv. L. Rev. 100 (1986-1987) 1195 ss.; FAIGMAN, U. Pa. L. Rev. 139 (1991), 542 s.; Va. L. Rev. 78 (1992), 1530; SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, 1991, 36s.; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 961; SOLUM, *Const. Comment.* 27 (2010), 98, 106s.; MORESO/VILAJOSANA, *Introducción*, 2004, 155; SIMPSON, *Can JL & Jur.* 29 (2016), 457; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 569.

⁶⁰ Cfr. SCHAUER, UCLA L. Rev. 29 (1981-1982), 799; CARRIÓ, *Notas*, 3.ª, 1986, 62ss.; NINO, *Fundamentos*, 1992, 102s.; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 957; ROXIN, *PG*, 1997, 5/27; HART, *El concepto*, 3.ª, 2011, 161 s.: “Los diferentes sistemas jurídicos, o el mismo sistema en distintas épocas, pueden ignorar o reconocer en forma más o menos explícita tal necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares. El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo

empezamos, y otro vicio opuesto, el antiformalismo⁶¹, hay un solo paso⁶². Para recomponer el camino necesitamos evitar ambos extremos, movernos entre el mundo de posibilidades que quedan en el centro del tablero⁶³. Debemos recordar que, desilusionados o no, seguimos estando ante un texto jurídico vinculante del más alto valor jurídico y político en las sociedades democráticas y que, por ello, es nuestro deber empezar a aprender “cómo hacer cosas con el derecho a la libertad de expresión”⁶⁴.

o conceptualismo consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida. Una manera de hacer esto es congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio e insistir en que ellas son a la vez necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea quede comprendido por la regla, cualesquiera sean las restantes características que pueda tener o que puedan faltarle, y cualesquiera sean las consecuencias sociales que resulten de aplicar la regla de esta manera”; STONE, Pepp. L. Rev. 36 (2008-2009), 275; GARCÍA AMADO, *Razonamiento*, 2017, 289 s.

⁶¹ Cfr. DORF/TRIBE, U. Chi. L. R. 57 (1990), 1060 ss.; CARRIÓ, *Notas*, 3.^a 1986, 62 s.; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 957; GEERTZ, *La interpretación*, 2003, 39; STONE, Pepp. L. Rev. 36 (2008-2009), 275 s.

⁶² Cfr. GEERTZ, *La interpretación*, 2003, 39; HART, *El concepto*, 3.^a, 2011, 173: “El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquéllas no son lo que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las posibles combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna. Así el hecho de que las reglas que, según los jueces, los obligan al decidir un caso, tienen una textura abierta, o presentan excepciones que no son exhaustivamente especificables de antemano, y el hecho de que el desviarse de las reglas no hará pasibles a los jueces de una sanción física, son invocados a menudo como prueba favorable a la posición del escéptico”.

⁶³ Algunos autores hablan del margen de posibilidades que queda entre estos extremos como un *continuum*. SUNSTEIN, U. Chi. L. Rev. 33 (1999), 640, p. ej. va a decir: “La pregunta realmente es «¿qué grado de formalismo?» en vez de «formalista o no». Es difícil encontrar a alguien que crea que los cánones de construcción no tienen un lugar legítimo en la interpretación, o que cree que el lenguaje literal siempre debe seguirse, no importa cuán absurdo y palpablemente no deseable sea el resultado. Ningún antiformalista piensa que los jueces que interpretan los estatutos deben involucrarse en una ponderación ad hoc de todas las consideraciones relevantes. La división real está a lo largo de un *continuum*. Un polo está representado por aquellos que aspiran a juicios dirigidos por consideraciones textuales, sujetos a reglas, declarados por las reglas; el otro está representado por aquellos que están bien dispuestos a rechazar el texto cuando este produciría un resultado irracional, o cuando es inconsistente con la historia legislativa, o cuando entra en conflicto con ciertos juicios de política pública o con cánones de construcción sustantivos” y de FALLON, Cal L. Rev. 87 (1999), 539: “Las teorías basadas en el texto deben reconocer la importancia de varias prácticas sociales. Para que el texto constitucional sea inteligible, debe estar situado dentro de una práctica lingüística; y para que la Constitución sea ley, debe existir dentro de las prácticas políticas y legales que le otorgan ese estatus. (...) De manera similar, incluso la teoría más paradigmáticamente basada en la práctica debe reconocer que la práctica constitucional estadounidense tiene un texto en el centro. La pregunta nunca es si la práctica dicta un resultado diferente al solicitado por el texto constitucional; más bien, la pregunta es siempre por cómo debe interpretarse o aplicarse la Constitución a la luz de precedentes o consideraciones morales o prudenciales, así como ciertas normas de práctica. En vista de estas complejidades, las nociones de enfoques basados en el texto y en la práctica no deben ser definidas como unos polos opuestos tanto como unas regiones a lo largo de un *continuum*”. Además v.: Cap. III.

⁶⁴ Esta frase *austiniiana* es tomada en realidad de SCHLAG, más concretamente del título de su artículo publicado en: U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1095.

Para reponernos, debemos entonces tratar de entender muy pronto que, del hecho de que el texto constitucional no nos lo diga *todo*, no podemos apresurarnos a deducir que entonces no nos dice *nada*. Nos dice *algo*, y la misión fundamental que tenemos es la de buscar la forma de centrar toda la atención y todos los esfuerzos sobre ese *algo*. Buscar una estructura y unos criterios que permitan aislar únicamente lo que es ese *algo*, de manera que, distinguiéndolo de lo superfluo –de lo que solo puede llevarnos a sostener absurdos–, podamos tener mejores posibilidades de resguardarlo, de permitirle cumplir su importante función. Debemos entender que elegir reducir, por vía interpretativa, el *alcance* de la libertad de expresión, no quiere decir que lo estemos haciendo más estrecho y que le estemos restando importancia. Significa justo lo contrario, que lo estamos haciendo factible, atractivo, y, precisamente por ello, que estamos garantizando que pueda ser una herramienta útil y vigente.

Definir este derecho en sus justas dimensiones, aquellas en las que todavía podamos hacerlo operativo y justificar su importancia con plena convicción, adquiere de esta manera unos evidentes rasgos estratégicos⁶⁵. Para empezar, es imprescindible contar con los fundamentos de una buena *teoría* sobre lo que es ese *algo*, sobre cuáles son los *propósitos* que subyacen al derecho a la libertad de expresión⁶⁶. Conseguido ello, se

⁶⁵ Considérese al respecto lo siguiente. Al principio, así fuese por quitarnos la duda –o por seguir los principios económicos que hemos acogido–, intentamos una aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión siguiendo un enfoque literal. Ello nos llevó a resultados absurdos e insostenibles. Tomando nota de esto, y viendo que ya hemos detectado la generalidad y la vaguedad del lenguaje, tengamos en cuenta lo que nos dice GARCÍA AMADO, ADP, 2005: “un enunciado normativo no es aplicable a la resolución de un caso mientras respecto de este no se ha resuelto, mediante la interpretación, todo problema de ambigüedad o vaguedad.” Traducido a nuestro escenario: mientras dejemos que el derecho constitucional a la libertad de expresión permanezca con problemas de vaguedad o ambigüedad éste permanecerá sencillamente inaplicable. Desanclar esta libertad de este terreno, para llevarla a uno en que pueda cumplir su función de establecer límites reales al poder estatal es, como decimos, una urgencia estratégica. De otra opinión, la de no incomodarse haciendo esta clase de esfuerzos y, en cambio, dejar que esta libertad permanezca tan vaga y tan indeterminadamente como pueda llegar a ser posible: ALEX Y, *Derechos fundamentales*, 1993, 277 ss., 311 ss. Aunque todavía no hemos recogido suficientes elementos para discutir la posición de este autor, cfr. las autoridades citadas en la siguiente n.

⁶⁶ Cfr. FRANTZ, Yale L.J. 71 (1962), 1449; Cal. L. Rev. 51 (1963) 734; KALVEN, *The Negro*, 1966, 4s.; BORK, Ind. L.J. 47 (1971), 20; FUCHS, Wm. & Mary L. Rev. 18 (1976), 348; BLASI, Am. B. Found. Res. J. (1977) 526; BEVIER, Stan. L. Rev. 30 (1978), 300: “Una concepción cuidadosamente articulada de los propósitos básicos de la enmienda es esencial para la adjudicación y el comentario de la primera enmienda. Sin esta base sólida de principios, los diversos «test» no pueden sintetizar ni guiar el proceso de decisión de manera efectiva”; HART ELY, *Democracy and distrust*, 1980, 105; EMERSON, Cal. L. Rev. 68 (1980), 423, 432 s.; REDISH, U. Pa. L. Rev. 130 (1981-1982), 591; SCHAUER, UCLA L. Rev. 29 (1981-1982), 825 s., quien nos dice que hay: “una variedad particular de palabras que no pueden ser entendidas sin referencia a una teoría. No todas las palabras comparten esta característica por igual, pero algunas palabras o términos, como «personalidad analítica retentiva» o «energía cinética» o «función de onda», solo pueden entenderse con referencia a una teoría. Cuando usamos términos como estos, presuponemos la existencia de alguna teoría, aunque no expliquemos la teoría cada vez que utilicemos los términos. Si las palabras cargadas de

necesita entonces levantar una estructura que nos permita mantener enfocada la atención sobre ese *algo* en el momento de realizar las *elecciones interpretativas* que van a ser necesarias tanto para delimitar el alcance del derecho, como para establecer el grado de protección jurídica que éste ofrece a un caso o una categoría de casos en particular. En otras palabras, se va a requerir que desarrollemos jurídicamente esa *teoría*⁶⁷.

teoría pueden aparecer en textos no legales, entonces términos similares deberían poder aparecer en los textos legales, y parece prometedor considerar términos como «la libertad de expresión» e «igual protección de las leyes» como palabras con carga-teórica, excepto que aquí el uso del término precede al desarrollo de la teoría, en lugar de ir después de él. Si el uso de los términos precede al desarrollo de la teoría, los términos en sí mismos pueden no tener otro significado que algunas asociaciones con el lenguaje ordinario y algún significado sintáctico. A pesar de este hecho, estos todavía están en un texto que consideramos autoritativo. Su presencia inamovible en el texto debe tomarse como un mandato para el desarrollo de una teoría que dará contenido a los términos utilizados”. Para este autor, en mi opinión acertadamente, el texto constitucional requiere una construcción teórica justo como la que cualquier otra área del derecho hace para poder administrar los textos legales más indeterminados dentro de su esfera: “la tarea de los tribunales de poner carne en el esqueleto de la Constitución no es totalmente diferente de la tarea que los tribunales han emprendido en el desarrollo de una elaborada estructura de test, reglas y estándares que rodean y gobiernan la aplicación de las leyes de valores, las leyes antimonopolio y muchas otros esquemas estatutarios.”; U. Cin. L. Rev. 56 (1988) 1185; SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 59, 83; GREENAWALT, *Speech*, 1989,4, 6 s.; Rutgers L. Rev. 42 (1990), 288 s.; TUSHNET, Cornell L. Rev. 76 (1990-1991), 1110; POST, Stan. L. Rev. 47 (1994-1995)1271; Cal. L. Rev. 88 (2000), 2355 s.; POST, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 153,160; FALLON, Harv. L. Rev. 119 (2006), 1274-1332; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 925; BALKIN, Const. Comment. 24 (2007), 304, 492; Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1063; BLOCHER, N.Y.U. L. Rev. 84 (2009), 393-398; FALLON, *Dynamic Constitution*, 2013, 2.^a, 47; SIMPSON, Can JL & Jur. 29 (2016), 457.

⁶⁷ Ello implicará, entre otras cosas, crear unos criterios de aplicación especializados, unas *definiciones estipulativas* que hagan operativas nuestras distinciones en cada momento del análisis. Sobre este concepto, el de definición estipulativa, que habla mucho del territorio en que vamos a estar moviéndonos, cfr. CARRIÓ, *Notas*, 3.^a, 1986, 92s.; GUASTINI, *Distinguiendo*, 1999, 201ss, quien habla también de “redefinición”; NINO, *Introducción*, 2003, 2.^a, 254 s. MORESO/VILAJOSANA, *Introducción*, 2004, 162; LACEY, *Dictionary*, 3.^a, 1996, 79. La distinción entre *definición lexicográfica* y *definición estipulativa* tiene el mismo sentido, al menos aproximativamente y para lo que aquí interesa, a la que se realiza entre *interpretación* y *construcción* o, más sutilmente, entre *interpretación* e *interpretación constructiva*. Independientemente de la terminología que se prefiera, lo importante es aclarar que estamos yendo *más allá* del texto jurídico, moviéndonos entre las diferentes posibilidades que en él quedan legítimamente abiertas. Que estamos, ante todo, en una empresa que debe ser medida por el valor y la utilidad de lo que se *crea*, no por la verdad de lo que se *descubre*. Además de los autores ya citados al inicio de la nota con referencia a la definición estipulativa, para ver las distinciones que estamos tratando de señalar son también muy interesantes SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 122 y SOLUM, Const. Comment. 27 (2010), 104. El primero de estos autores nos da unas claves muy precisas de la tarea que tenemos por delante: “No estamos ante el asunto de descubrir algún hecho preexistente; con respecto a los propósitos constitucionales, ni siquiera hay tal cosa. En cambio, tratamos de hacer nuestra mejor interpretación constructiva de la provisión constitucional. En este proceso, nosotros acordamos darle peso a la estructura y a la historia, pero reconocemos que estas fuentes de significación tampoco ofrecen una guía completa. Y trabajando hacía una interpretación general de la Primera Enmienda, nosotros miramos la aproximación que mejor se ajuste con nuestras consideraciones sobre casos particulares de libertad de expresión, y también vemos qué aproximación combina mejor con la necesidad de contrarrestar los sesgos gubernamentales y con la de salvaguardar los procesos políticos contra el intolerable auto-aislamiento.”. El segundo de estos autores, más allá de que se comparta su concepto de interpretación, va a ser también muy clarificador frente a lo que nos interesa: “Cuando los tribunales participan en la construcción constitucional, con frecuencia traducen el contenido semántico del texto constitucional (su significado lingüístico) al contenido legal de la doctrina constitucional (o las reglas del derecho constitucional). Por ejemplo, la construcción de la Primera Enmienda de la Constitución por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos produjo un complejo

4. Recapitulación

Decíamos, en la introducción, que una metodología es un encuentro de preguntas, teorías y técnicas en una estrategia bien definida. Pues bien, en este primer capítulo no solo hemos conseguido examinar críticamente algunas de nuestras presuposiciones sobre la libertad de expresión, sino que, presentando de manera general algunas de las ideas sobre las que estaremos discutiendo, también avanzamos en esta finalidad más transversal a la tesis.

Efectivamente, con el replanteamiento hecho en el tercer apartado, empezamos a perfilar nuestra estrategia hasta el punto en que, por lo menos, ya podemos ver los retos y las finalidades que tenemos que perseguir en los próximos capítulos de la tesis. La primera de las tareas, de la que nos ocuparemos en el segundo capítulo, será la de buscar y escoger una buena *teoría* acerca de los propósitos que subyacen a la libertad de expresión. La segunda, que abordaremos en el tercer capítulo, será la de empezar a buscar las claves para desarrollar técnico-jurídicamente esa teoría.

conjunto de doctrinas jurídicas (...) (doctrinas sobre vallas publicitarias, restricciones previas y restricciones de «Tiempo, lugar y forma») (...). En la superficie, parece obvio que el contenido de la doctrina constitucional no es idéntico al contenido semántico del texto constitucional, aunque uno puede imaginar un argumento de que el contenido de la doctrina es de algún modo una implicación lógica del contenido del texto y de hechos obvios acerca del mundo. Como la interpretación tiene como objetivo la recuperación del significado lingüístico, se guía por hechos lingüísticos: hechos sobre patrones de uso. Por lo tanto, podríamos decir que la interpretación es «de valor neutral» o solo «escasamente normativa». La corrección de una interpretación no depende de nuestras teorías normativas sobre lo que debería ser el derecho. Pero la construcción no es como una interpretación en este sentido: la producción de reglas legales no puede ser «neutral en cuanto a los valores» porque no podemos decir si una construcción es correcta o incorrecta sin recurrir a normas legales. Y las normas legales, en sí mismas, solo pueden ser justificadas por algún tipo de argumento normativo. Por esta razón, las teorías de la construcción son en última instancia teorías normativas: como las construcciones van más allá del significado lingüístico, la justificación para una construcción debe incluir premisas que van más allá de los hechos lingüísticos”.

CAPÍTULO II: ¿QUÉ TIENEN DE ESPECIAL LAS “EXPRESIONES”?

1. Planteamiento del capítulo

Afirmábamos, en el capítulo anterior, que una de las funciones que tenían los catálogos de derechos fundamentales de las constituciones era la de regular e imponer unos límites especiales al ejercicio del poder estatal en nuestros países. Para cumplir esta misión –bajo el presupuesto de que ninguno de estos derechos es en sí mismo un estándar o una prohibición universal para todas las acciones estatales– cada uno de ellos debe empezar por delinear ciertas fronteras, por establecer el radio de acción dentro del cual sus prescripciones van a afectar la forma en que se puede ejercer legítimamente el poder público en ciertas circunstancias. Dicho con otras palabras, cada derecho debe señalar cuáles son esos medios y cuáles son esos fines estatales que le conciernen y que van a quedar regulados de alguna manera especial.

En este marco vamos a contemplar el derecho a la libertad de expresión consagrado en nuestras constituciones. Como cualquier otro derecho, este no debe ser visto como una repentina invitación de nuestros constituyentes a vivir en una sociedad anárquica en la que todo ejercicio de poder estatal está proscrito. Si dejamos de lado ese tipo de ficciones, y recordamos que estamos ante las constituciones que rigen en nuestras sociedades actuales, nos encontraremos con que resulta poco plausible, por decir lo menos, sostener que estamos ante una directiva que afecta o, peor aún, que proscribiera el conjunto universal de acciones estatales. Ya que la función de este derecho fundamental –o la de cualquier otro– es la de constituir y regular el ejercicio del poder estatal, y no la de acabar directamente con él, resulta mucho más prometedor sostener que estamos ante una directiva que: i) singulariza o dirige la atención sobre una categoría *especial* de conductas –a las que se denomina “expresiones”– y ii) establece una regulación particular para ellas, limitando de manera *extraordinaria* las acciones estatales que pueden entrometerse en el camino de estas.

Algunas de las principales preguntas que podríamos hacernos, para avanzar en nuestro camino por los derroteros de esta fórmula serían: ¿Por qué razón se brinda un grado de protección adicional a estas conductas denominadas “expresiones”? ¿Qué las

hace especiales y merecedoras de este trato preferente en cada una de nuestras constituciones y en las diferentes declaraciones de derechos?

Teniendo en cuenta las dificultades de una interpretación literal, buscar responder estas preguntas es empezar a explorar las formas en que una profunda indagación en los principios, fundamentos o razones subyacentes a la libertad de expresión puede servirnos para reducir el alcance del derecho a la libertad de expresión a sus justas proporciones. Aquellas en la que todavía podemos asegurar su relevancia, en las que sabemos que este aún tiene algo verdaderamente importante para decirnos.

Es justo esta clase de exploración –con cierta profundidad teórica y con un interés sustancial, material, pre-jurídico en conocer esta libertad desde adentro– la que vamos a realizar en este capítulo. Inicialmente, trataremos de explicar más detenidamente el marco del que partiremos, complementando y redondeando la exposición preliminar que aquí hemos anticipado de forma telegráfica. Luego, pasaremos directamente a encarar los objetivos principales de este capítulo, estudiando detalladamente los principales fundamentos de la libertad de expresión desde tres ángulos o puntos de partida diferentes.

2. Los criterios básicos para identificar una buena teoría sobre los principios subyacentes a la libertad de expresión

Para empezar a considerar el reto que vamos a asumir en este capítulo, consideremos los siguientes casos. Una persona *A* le dice a quien se encargará de cuidar sus seis hijos que tenga una especial precaución con uno de ellos, una niña a la que llamaremos *Z*. Una mujer *B* le dice al encargado de seguridad de su empresa que, cuando haga sus rondas nocturnas, ponga especial atención al despacho número 606. El legislador penal *C* establece que, cuando lo que se hurte sea una parte de un automóvil, y no cualquier otra cosa mueble, la conducta podrá ser sancionada hasta con el doble de pena.

Si podemos partir de la base de que *A*, *B* y *C* son sujetos racionales, y que por ende se puede buscar el sentido de las cosas que dicen, podríamos inferir que *Z*, el despacho 606 y las partes de los automóviles tienen algo especial que justifica que se les deba tratar de manera diferente. Algo que haga necesario pedir a otros una consideración que va más allá de la que sería suficiente si las condiciones fueran las ordinarias. Suponiendo además que estos temas nos resultan interesantes, con curiosidad nos lanzamos entonces a preguntarnos: ¿Por qué deben ser tratados de manera diferente? ¿Qué tienen de especial

Z, el despacho 606 y las partes de los automóviles? Imaginemos varios escenarios en los que tratamos de crear teorías al respecto. Vamos a centrarnos menos en los casos y más en los requisitos que irían surgiendo para mantener el debate medianamente encarrilado por vías racionales. En otras palabras, en las reglas de juego que sería necesario seguir para ir avanzando en la discusión y el perfeccionamiento de nuestras teorías:

1) Todos empezamos notando que, en las directivas provenientes de *A*, *B* y *C*, no hay ninguna especificación de la circunstancia, característica, atributo, propiedad, calidad, etc., que hace especiales los casos de *Z*, el despacho 606 y las partes de los automóviles frente al de los otros hermanos, los otros despachos y las otras cosas muebles. Ante este hallazgo, seguramente tendríamos que buscar fuera del texto cuál es la razón por la que son tratados de manera diferente, qué es lo que tienen de especial. Puesto que todos nos tomamos en serio las premisas de las que partimos, en las que *A*, *B* y *C* son agentes racionales, concordaremos en que tiene que haber *algo* que subyace a la directiva y justifica el tratamiento diferencial, que hace que la directiva tenga sentido. Es justo decir entonces que todas nuestras teorías serán fundamentalmente unas conjeturas sobre qué es ese *algo* que hace que la directiva no sea arbitraria, que el tratamiento diferencial que prescribe tenga un propósito y una razón de ser.

2) Empezamos a hacer esta clase de teorías y se nos ocurren inicialmente algunas como las que siguen. En el primer caso, la directiva tiene sentido porque *Z* es hija de *A*, y todo padre quiere que sus hijos reciban un cuidado especial. En el segundo, porque el despacho 606 está dentro de la planta física de la empresa de *B*, y es normal que se encomiende al encargado de seguridad que le brinde protección a cada rincón de esa planta física. Y, finalmente, en el tercer caso, la directiva tiene sentido porque sanciona el hurto, una conducta que afecta el patrimonio económico de unos ciudadanos que seguramente estarán esperando alguna medida del poder público contra esta clase de conductas. Sabríamos de inmediato que con esta clase de teorías no terminaríamos llegando a ninguna parte. El trato diferencial entre *Z* y sus hermanos no puede estar justificado en que *Z* sea hija de *A*, pues las otras cinco personas que se encomiendan al cuidador también tienen ese atributo de ser hijas de *A*. Por lo tanto, si ese hubiese sido el argumento subyacente, en la directiva se solicitaría la misma precaución en el cuidado de todos los hijos, y no un trato especial tan solo para uno de ellos. Lo mismo pensaríamos frente a las directivas de *B* y *C*: si estamos buscando explicar las razones por las que está justificado tratar de manera diferente un despacho y una cosa mueble en particular,

deberíamos fijar la atención en lo que hace de estas casos especiales o diferentes a los demás. En definitiva, podemos acordar que, mientras nuestras teorías apunten hacia los elementos que hacen semejantes cosas que se tratan de manera distinta, jamás encontraremos una explicación sobre ese algo que le da sentido a estas directivas. Nuestras teorías deben encarar la cuestión de la especialidad, no ignorarla.

3) Tomamos nota de esa lección, hacemos nuevos hallazgos y formulamos unas nuevas teorías. Z es tratada de manera preferente por el hecho de que todavía es una niña y, por ello, es natural que se le deba brindar especial atención. El despacho 606 merece una especial atención porque en él se suelen guardar grandes sumas de dinero. La mayor pena para el hurto de las partes de los automóviles está justificada porque este tipo particular de conductas se ha disparado en los últimos cinco años y es necesario contrarrestar ese ímpetu con una sanción más significativa. Más allá de algún detalle que seguramente encontrará el lector más quisquilloso, estas teorías estarían mucho mejor encaminadas. Señalan unas razones que hacen que podamos empezar a considerar que los casos de Z, el despacho 606 y las partes de los automóviles efectivamente son especiales y está justificado darles tratos excepcionales como los que contemplan las directivas de A, B y C.

Ahora, ¿Qué pasaría si exponemos y sometemos a debate estas teorías y un interlocutor nos hace caer en la cuenta de que: Z tiene una hermana gemela y un hermano menor, en el despacho 102 y 204 también se guardan grandes sumas de dinero y, por fin, el hurto de joyas y objetos personales también se había disparado en ese mismo lapso? Ante estas objeciones, tendríamos que admitir con humildad que todavía tenemos mucho trabajo por delante. Que nuestras teorías están aún lejos de ser definitivas, pues todavía no hemos encontrado esas razones que hacen que tenga sentido el hecho de que en la directiva se estipula que los casos especiales son *únicamente* los de Z, el despacho 606 y las partes de los automóviles. Es indudable que, si como hemos dicho A, B y C eran agentes racionales y lo que dicen tiene sentido, nuestras actuales teorías sobre ese algo que supuestamente hace especial estos casos, no explicarían qué razón justificó que en las directivas no se extendiera el alcance de ese trato excepcional a esos otros dos hermanos, a esas otros dos despachos y a esas otras cosas muebles en particular.

4) Indagando para crear mejores teorías, nos damos cuenta de que, en realidad, todo el asunto en sí parte de un gran malentendido. Nos hemos percatado de que, por tomarnos

tan en serio las palabras de las directivas de *A*, *B* y *C*, y estar buscando la manera de encontrarles un sentido, no habíamos notado que, ya en la práctica, no se han tomado precauciones especiales frente al cuidado de *Z*, el despacho 606 no cuenta con ninguna clase especial de seguridad y, finalmente, el hurto de las partes de los automóviles no es castigado con más pena. Ante este escenario final solo tendríamos eso, un gran malentendido porque al parecer fuimos los únicos que nos tomamos en serio la autoridad de *A*, *B* y *C* y las palabras de sus directivas.

Podríamos seguir recreando más escenarios de formulación teórica, pero dejaremos esta labor para cuando nuevamente resulte interesante frente al tema que estemos abordando. Por el momento, estos cuatro escenarios nos sirven para avanzar hasta donde nos interesa ahora¹. Basta con que el lector extienda mentalmente esta misma red de

¹ Entre otras cuestiones que seguiremos desarrollando, el valor de estos ejemplos está en que nos ayuda a ver la importancia de asumir ciertos compromisos argumentativos para poder dar lugar a un debate que sea productivo, que ofrezca como resultado teorías cada vez más precisas y refinadas. En el debate jurídico, esta clase de ideas es sumamente familiar. Por ello, aquí hemos optado por rastrear esas conceptualizaciones y darles vida con una serie de aplicaciones y derivaciones que irán resultando de gran utilidad para avanzar en el debate específico que afrontaremos en este capítulo –de ello se hablará con más detalle en el texto principal y en la siguiente n.–. En una versión muy esquemática, la idea central, al nivel teórico jurídico, es la siguiente: si nuestra teoría dice que para el caso X^1 está justificado que un juez, por el principio (razón, argumento, fundamento, etc.) *Y*, actué de *Z* manera, presumiblemente ese mismo principio *Y* podrá ser nuevamente empleado, como razón justificante para actuar de *Z* manera, frente a todos los casos – X^2 , X^3 , X^4 , X^5 , etc.– que caben dentro del alcance que hemos dado a *Y* en nuestra teoría. Esta clase de compromisos también resume –incluso en mayor medida– una parte importante de las expectativas que generalmente tenemos frente a la labor judicial, especialmente la de los tribunales de mayor jerarquía cuando su jurisprudencia debe servir de guía a los demás. Presumimos que, si un juez ha decidido el caso X^1 de manera *Z*, justificándose en las razones *Y*, todo nuevo caso – X^2 , X^3 , X^4 , X^5 , etc.–, que esté dentro del alcance de esas mismas razones justificantes *Y*, debe ser decidido de manera *Z*. Como fuente de consulta, para la elaboración de los casos hipotéticos y los diferentes escenarios argumentativos, así como para esta n., se han empleado los siguientes trabajos. Sobre “principios neutrales”: WECHSLER, Harv. L. Rev. 73 (1959), 19: “Los tribunales (...) están obligados a funcionar de otra manera que como un órgano de poder desnudo; ellos participan como tribunales de justicia. Esto exige encarar la pregunta sobre cómo se puede afirmar que las determinaciones de este tipo tienen alguna cualidad jurídica. La respuesta, sugiero, se basa principalmente en que esas determinaciones estén –o están obligados a estar– totalmente basadas en principios. Una decisión basada en principios, en el sentido que tengo en mente, se basa en razones con respecto a todos los problemas del caso, razones que, en su generalidad y su neutralidad, trascienden cualquier resultado inmediato que esté involucrado.”; GOLDING, Colum. L. Rev. 63 (1963), 40: “El caso instantáneo debe tratarse como una instancia de una clase de casos más inclusiva, es decir, el caso en cuestión se trata de cierta manera porque se considera que es adecuado tratar casos de este tipo de esa cierta manera.”; BORK, Ind. L.J. 47 (1971), 2, quien además incorpora el pensamiento de Jaffe, “Wechsler eligió el término «principios neutrales» para encapsular su argumento, aunque reconoce que el principio jurídico que debe aplicarse nunca es en sí mismo neutral porque incorpora la elección de un valor en lugar de otro. Wechsler pidió la aplicación neutral de los principios, que es un requisito, como lo expresa el profesor Louis L. Jaffe, de que el juez «crea sinceramente en el principio sobre el que pretende descansar su decisión». «El juez», dice Jaffe, «debe creer en la validez de las razones dadas para la decisión, al menos en el sentido de que está preparado para aplicarlas a un caso posterior que no puede distinguir honestamente»”; GREENAWALT, Colum. L. Rev. 78 (1978), 985 s. “Una persona da una razón neutral, en el sentido de Wechsler, si establece una base para una decisión que estaría dispuesto a seguir en otras situaciones a las que aplique (...) Los principios que respaldan una decisión deben ser, según Wechsler,

adecuadamente generales y neutrales. Deben llegar más allá de las estrechas circunstancias del caso (...) La formulación típica de un principio general, al menos si establece el principio jurídico básico subyacente a la decisión, indicará con considerable claridad cómo piensa el tribunal que debe tratarse una clase de casos relacionados”; WELLINGTON, Yale L.J. 88 (1979), 1118; BLASI, Colum. L. Rev. 85 (1985), 473; SUNSTEIN, Colum. L. Rev. 92 (1992), 5-13. Sobre “articulación consistente”: DWORKIN, Harv. L. Rev. 88 (1974-1975), 1064: “Los jueces, como todos los funcionarios políticos, están sujetos a la doctrina de la responsabilidad política. Esta doctrina establece, en su forma más general, que los funcionarios políticos deben tomar solamente decisiones políticas que puedan justificar dentro de una teoría política que también justifique las otras decisiones que se proponen tomar. La doctrina parece inocua en esta forma general; pero, incluso en esta forma, condenan un estilo de administración política que podría llamarse, siguiendo a Rawls, intuicionista. Condena la práctica de tomar decisiones que parecen correctas de forma aislada, pero no puede incluirse dentro de una teoría general de principios generales y políticas que sea coherente con otras decisiones que también se consideren correctas. Supongamos que un congresista vota para prohibir el aborto sobre la base de que la vida humana en cualquier forma es sagrada, pero luego vota para permitir que los padres de bebés nacidos deformes puedan detener el tratamiento médico que mantendrá vivos a esos bebés. Podría decir que siente que hay alguna diferencia, pero el principio de responsabilidad, estrictamente aplicado, no le permitirá estos dos votos a menos que pueda incorporar la diferencia dentro de una teoría política general que él sinceramente sostiene. La doctrina exige, podríamos decir, una articulación consistente”; SCHAUER, Nw. U. L. Rev. 78 (1983-1984), 1298 s., que resalta el carácter procedimental y presuntivo del criterio de articulación consistente: “estamos tratando con una cuestión de consistencia y no de lo correcto o incorrecto de los principios, y que la noción particular en cuestión está en gran parte controlada por la forma en que un tribunal elige articular sus razones para una decisión. La restricción de articulación consistente sugiere que, cuando justificamos una decisión por referencia a un principio (o una razón, regla, estándar, justificación o teoría), debemos estar dispuestos a aplicar el principio, como se articula en la primera decisión, a todos los casos que vengan dentro de la descripción verbal de ese principio. Cuando un tribunal proporciona, sin reservas, una razón para su decisión, debe estar dispuesto a aplicar esa razón en casos futuros, a falta de razones particularmente fuertes para lo contrario. La característica clave de la articulación consistente es la forma en que es normativamente neutral o procedimental. Los requisitos de articulación consistente pueden aplicarse a buenas razones, malas razones o razones totalmente injustificadas por el rol judicial. Si un tribunal se atiene a lo que dice, si está dispuesto a tomar en serio sus propias declaraciones, entonces ha cumplido con los requisitos de coherencia articulada. Y esto no es menos cierto si las razones o justificaciones originales están equivocados, son disparatadas, o lo que sea”. Sobre la generalización o abstracción y el razonamiento jurídico: FULLER, *Morality of Law*, 1969, 33-94; SCHAUER, Stan. L. Rev. 47 (1994-1995), 633-659. Para finalizar digamos, sobre los criterios expuestos, que uno puede decir perfectamente que, como radiografía de la práctica judicial, estos tal vez no muestren una imagen muy acertada. También podría decirse que pueden cumplir una función ideológica, que operan más como un manto legitimante que como cualquier otra cosa. Y, aun aceptando todo ello, quedarse perplejo ante la idea de tener que hacer una teoría –sobre cualquier cosa– sin hacer generalizaciones. En otras palabras, que aun aceptando tesis realistas uno tampoco pueda ver muy claro cómo formular teorías jurídicas mínimamente útiles prescindiendo de esta clase de ideas incluso en una versión débil –en la que los principios operan de manera *presuntiva*–. Precisamente esta última versión es la que se acoge en este trabajo para evitar una ceguera absoluta frente a los hechos y las circunstancias particulares de cada caso, lo que nos llevaría directamente hacia los vicios formalistas y conceptualistas de los que ya hablábamos en el Cap. I, n. 60 ss. y texto principal ligado a ellas. Estas ideas han sido reconceptualizadas recientemente, de una manera muy útil para abordar el punto actual que estamos tratando de hacer, por KOPPELMAN, Nw. U. L. Rev. 107 (2013), 648 s., quien se refiere a ellas como “constructivismo de túnel”: “El constructivismo de túnel es un subconjunto de una clase de teoría política más amplia, llamada «constructivismo» por John Rawls, que trata de derivar prescripciones concretas para la acción a partir de un conjunto parsimonioso de premisas. El constructivismo de túnel difiere del constructivismo genérico en que el constructivista de túnel ignora deliberadamente las consecuencias de esas prescripciones, incluidas las consecuencias que la mayoría de la gente consideraría relevantes como una cuestión de sentido común. La metáfora del constructivismo de túneles pretende capturar ambas características. En un túnel, solo hay una dirección a la que puede ir, y el túnel le impide ver algo afuera. La visión de túnel es de esperar en un túnel. (...) La conjunción de estas dos propiedades, la deducción y la insensibilidad a las consecuencias, definen el constructivismo del túnel. La deducción es necesaria pero no suficiente. El teórico también debe estar dispuesto a dar a las consecuencias de la deducción un peso predominante. Un principio puede tener una procedencia deductiva sin tener una fuerza absoluta”. En cualquier caso, posiciones críticas a estos criterios, aun en sus versiones más débiles, pueden encontrarse

presupuestos, preguntas, debates, etapas y exigencias sobre la libertad de expresión para que empiece a observar cuál va a ser el modelo y los criterios formales que vamos a emplear para trazar la ruta exploratoria que vamos a recorrer tratando de averiguar qué es lo que justifica su excepcional protección jurídica, qué la hace especial².

Sin embargo, antes de extender esa red de compromisos argumentativos sobre la teorización de las razones justificantes de la libertad de expresión, nos ocuparemos de mostrar bien la línea de pensamiento que nos permite acercarnos a esta libertad y enlazarla. En otras palabras, vamos a mostrar cómo pueden tejerse relaciones entre las directivas que regían los casos de *Z*, el despacho 606 y las partes de los automóviles con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Cómo pueden, a pesar de sus evidentes diferencias, ser vistos como cuatro buenos ejemplos de una misma clase de directiva.

Para abordar este objetivo, empecemos acordando lo siguiente. Así como los hermanos de *Z*, los despachos que no eran el 606 y el hurto de otras cosas muebles también debían ser atendidos en nuestro supuesto, en las sociedades modernas el resto de las libertades –las que no tienen que ver con la “expresión”– también deben ser atendidas, esto es, protegidas jurídicamente. Así las cosas, una primera cosa que tienen en común estos casos es que en ninguno de ellos podría llegar a inferirse, del hecho de que se preste una protección especial a algunos miembros de una clase más amplia, que se les niega la protección a los demás. Detengámonos un momento en esta cuestión, concentrándonos particularmente en el caso de la libertad en nuestras sociedades.

en: TUSHNET, *Harv. L. Rev.* 96 (1983), 781-826 y STRAUSS, *U. Chi. L. R.* 64 (1997), 373-387. Por último, advirtamos que, en el Cap. III volveremos sobre estas cuestiones cuando abordemos la cuestión de las formas jurídicas y, ya en el Cap. IV, complementaremos o articularemos estos asuntos con otra serie de consideraciones de orden más práctico, empírico, estratégico, táctico, etc.

² Profundicemos un poco en esta idea. La ventaja de empezar por *Z*, el despacho 606 y las partes de los automóviles, es que estos ejemplos permiten que nos vayamos familiarizando con la serie de compromisos argumentativos que se suelen exigir en el debate teórico mucho más amplio, sofisticado y exigente al que estos pequeños ejercicios apenas sirven de prólogo. Además, y esto puede ser más importante, nos permiten aprender a fijar toda nuestra atención sobre los espacios en que podrían encontrarse las fisuras de incluso aquellas construcciones teóricas sobre los fundamentos de la libertad de expresión que lucen más sofisticadas y, al menos a primera vista, inexpugnables. En pocas palabras, a pesar de que nos enseñan poco o nada de la libertad de expresión en sí misma, nos dan un punto de partida y de referencia que nos permite aproximarnos con un orden y unos criterios a un vibrante y estimulante debate teórico.

En todas las sociedades modernas –e incluso en algunas de las que no lo son³–, hay un *principio general de libertad*⁴ que establece que el poder estatal no puede interferir legítimamente con la libertad de acción y las elecciones que corresponden a cada individuo salvo que tenga razones *suficientes* para hacerlo⁵. Así, con independencia de las directivas o estándares⁶ que se definan para concretar jurídicamente ese principio,

³ Cfr. GREENAWALT, *Speech*, 1989, 10; Colum. L. Rev. 89 (1989), 122.

⁴ Cfr. GREENAWALT, *Speech*, 1989, 9 s.; Colum. L. Rev. 89 (1989), 120 ss., quien se refiere a este mismo principio como “principio mínimo de libertad”; TODOROV, *Constant*, 1999, 40-46; SIMPSON, *Can JL & Jur.* 29 (2016), 457, 459.

⁵ Como es evidente, lo que pueda ser entendido como una *razón suficiente* va a depender del contexto y de la cultura jurídica particular. La forma más sencilla y ordinaria de plantear el principio podría ser la siguiente: el poder público no puede restringir las conductas de los individuos a no ser que estas causen, efectiva o potencialmente, un daño a otros. Pero hay otras fórmulas. Encontrará el lector que muchas veces, para fijar el límite de la intervención estatal legítima, el criterio empleado no es el de la creación de *daños* reales o potenciales, sino el de la afectación de otros conceptos rotulados como *intereses*, *derechos* o *bienes jurídicos*. Estas fórmulas pueden llegar a brindar un grado de protección a la libertad muy diferente, como lo veremos en los Cap. III y IV, pero no debe preocuparse ahora el lector porque encuentre que se parte de un criterio u otro, pues como veremos en el texto principal estos cambios no afectan en lo más mínimo el punto central que se está sosteniendo ahora. En este sentido cfr. SCHAUER, *Free speech*, 1982, 7s.; *Nw. U. L. Rev.* 78 (1983-1984), 1293; *Cap. U. L. Rev.* 39 (2011), 571; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 9 s.; *Colum. L. Rev.* 89 (1989), 121 s. De otra parte, por el enfoque especial de esta tesis en lo que concierne al poder punitivo, digamos también que la principal referencia para el *principio del daño* en materia penal es: FEINBERG, *Moral limits*, vols. I-IV, 1987, 1988, 1989, 1990. Y que algunas de las discusiones más avanzadas y sofisticadas sobre el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* pueden encontrarse en Hefendehl (ed.), *Bien jurídico*, 2007. Sin embargo, resulta también muy interesante el análisis que hace HARCOURT, *J. Crim. L. & Criminology* 90 (1999-2000), 109-194, en el que se explican algunas de las fórmulas del *principio del daño* más liberales (los del propio FEINBERG, pero también las de MILL y HART) en las que el daño aparece como un requisito siempre *necesario* más no siempre *suficiente* para la intervención estatal legítima. Los comentarios de este último autor son relevantes para recordar que las fórmulas más liberales –tanto las del principio de daño como las del principio de exclusiva protección del bien jurídico– son articuladas para servir como un dique frente a la posible intervención estatal en conductas del individuo cuyas consecuencias solo le atañen a él mismo o que solo tienen, frente a terceros, efectos morales. Estos comentarios no son importantes porque necesitemos profundizar sobre este tema para preparar el espacio para una teoría de la libertad de expresión, sino porque nos llevan a subrayar, junto a un consagrado penalista como GREENAWALT, *Speech*, 1989, 9 s.; *Colum. L. Rev.* 89 (1989), 121 s., que nuestra línea argumentativa seguiría en pie aun cuando ese dique no funcione o se quieran sostener las versiones menos liberales –y menos protectoras– de estos estándares en las que se admite como *razón suficiente* cualquier clase de daños indirectos, daños psicológicos, daños a la moral, a las buenas costumbres, al orden natural de las cosas, al espíritu de la nación, a un Dios, etc. El punto es que aún allí el Estado tendría la carga –aunque ciertamente muy disminuida– de sostener que esa acción va contra la moral de la nación, la paz pública, el orden público, o esa clase de constructos fantasmagóricos que se suelen crear para poder legitimar la intervención punitiva en ciertos ámbitos. Sobre este último comentario crítico v. el agudo examen de: PAREDES CASTAÑÓN, *LH-Mir Puig*, 2010, 911-986.

⁶ En la misma línea con que terminamos la n. anterior, SCHAUER, *Wm. & Mary L. Rev.* 31 (1989), 2, nos muestra que, ya a nivel jurídico, los estándares que ordinariamente se emplean para testear las intervenciones estatales pueden llegar a tener un umbral muy bajo: “Bajo el estándar de razonabilidad empleado para evaluar la permisibilidad constitucional de la regulación gubernamental, que incluye la regulación prohibitiva del comportamiento individual, virtualmente cualquier justificación que no produzca carcajadas (e, incluso ocasionalmente, algunas que si las producen) es constitucionalmente suficiente para avalar la regulación gubernamental”. Más recientemente, la J. KAGAN en su voto concurrente en: *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. ____ (2015) también iba a hablar de ese mismo estándar o test de razonabilidad refiriéndose a él como el “test de la risa”. En el mismo sentido también: FALLON, *Harv. L. Rev.* 111(1997-

todos los individuos deben partir con cierta ventaja frente al poder público. Es este último quien tendrá la carga de demostrar que su interferencia con la libertad de acción y elección es legítima pues se encuentra justificada o soportada en lo que, de acuerdo con el criterio que se estipule como relevante, se pueda tener como una razón suficiente⁷.

Para verlo muy gráficamente, pensemos en esta clase de directivas o estándares como unos sistemas que nos permiten monitorear más fácilmente cuáles son las acciones estatales que no deben permitirse: cada vez que el representante del poder público no pueda dar las razones esperadas, las que se han estipulado como relevantes, se va encender una alarma que advierte que su actuación estuvo, está o estará fuera del terreno que le corresponde, que está buscando ejercer el poder de una manera arbitraria. Como hemos visto, estos sistemas de alarma pueden articularse de manera que sean más o menos sensibles, o que puedan dispararse y reaccionar ante estímulos diferentes, pero ello no debe distraernos, pues lo importante ahora es saber que esta clase de directivas hace que el poder público *siempre* necesite dar alguna razón válida para poder inmiscuirse legítimamente en nuestras acciones y elecciones como ciudadanos.

Volvamos entonces, teniendo presente este *principio general de la libertad* y las directivas jurídicas que se inspiran en él, a seguir tejiendo la relación. Con lo que hemos dicho anteriormente, podemos estar de acuerdo en que, de no existir un trato preferente para Z, el despacho 606, y las partes de los automóviles, la consecuencia no sería su total abandono o desprotección, sino el otorgamiento de un trato similar al que quepa darle a los otros hermanos, despachos y cosas muebles.

Algo similar ocurriría en cualquiera de nuestras sociedades modernas con la libertad de expresión. De no existir una directiva constitucional que ordenara un trato preferente para esta libertad, la consecuencia nunca sería la de que las “expresiones” a las que ella se refiere se queden completamente desprotegidas, sino la de que se les deba brindar la misma protección que al resto de nuestras elecciones y acciones en general. ¿Cómo sería

1998), 69; BUCK/RIENZI, Utah L. Rev. (2002),381; ALEXANDER, *Freedom of expression*, 2005, 185; BHAGWAT, U. Ill. L. Rev. (2007), 784.

⁷ Las cosas por supuesto no han sido siempre así y no tendrían por qué serlo. Uno puede imaginar fácilmente una sociedad en que las cosas se manejan de otra manera. La cuestión, como señalan GREENAWALT, *Speech*, 1989, 9 s. o HELD, *Modelos*, 1992, 324 s. es que esta imagen de sociedad nos resulta hoy en día espantosa a todos o casi todos. Una pesadilla orwelliana en que la libertad de los individuos depende completamente del arbitrio o del capricho de quien detenta el poder.

un régimen de protección ordinario para nuestras “expresiones”? ¿Qué pasaría si no tuvieran ese “*bonus de escrutinio y protección constitucional*”⁸?

Si nos fijamos únicamente en las expresiones cotidianas, la respuesta, frente a la primera pregunta, es que sería un régimen prácticamente igual al actual, y, ya frente a la segunda, es que la verdad no pasaría mucho. Gracias a la protección proveniente del *principio general de la libertad* y las directivas jurídicas que este inspira, diríamos, apoyándonos en RAZ, que en realidad podríamos expresarnos de la manera que lo hacemos comúnmente sin siquiera notar la diferencia⁹. “Buenos días”, “¡Feliz cumpleaños!”, “¡Muchas gracias!”, “¿Qué hora es?”, “¡Estás muy equivocado!”, “¿Cuánto valen las empanadas?”, “¡Piensa bien antes de hacer eso!”, serían tan solo una pequeña muestra del enorme conjunto de expresiones que podríamos seguir utilizando rutinariamente con la tranquilidad de que el poder público no podrá entrometerse ni con nuestras elecciones ni con nuestras acciones^{10/11}.

⁸ La expresión y el sentido de la misma han sido tomados de: KALVEN, Sup. Ct. Rev. (1967), 278. Emplea también esta terminología: BEVIER, Stan. L. Rev. 30 (1978), 301. Por su parte, la CConst, en la sentencia T-391/2007 de 22 de mayo, va a referirse a esa protección constitucional extraordinaria de manera especialmente clara: “La *expresión*, en sus diversas manifestaciones y elementos protegidos, cuenta con un status jurídico especial, y un grado de inmunidad significativo frente a regulaciones estatales, que es mayor que aquel que se provee a los bienes jurídicos tutelados por otros derechos y libertades, dado el especial aprecio que se presta en las constituciones modernas y en la normatividad internacional al libre proceso de comunicación interpersonal y social” (se han omitido referencias internas). Y va a hablar posteriormente tanto del “lugar privilegiado de la expresión dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales” como del “grado reforzado de protección que se le otorga en cada uno de ellos”.

⁹ RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 303 s.

¹⁰ Cfr. GREENAWALT, *Speech*, 1989, 10 s.; Colum. L. Rev. 89 (1989), 121 s.; SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 31 (1989), 2; Cap. U. L. Rev. 39 (2011), 573 ss.; BRISON, Ethics 108 (1998), 316 ss.; Legal Theory, 4 (1998), 40, lo expone de una manera muy clara: “Dado que la presuposición de fondo de nuestra democracia constitucional es que un principio general de libertad establece que el gobierno puede interferir justificadamente las libertades individuales solo para evitar que las personas dañen a los demás, si la expresión es inofensiva no hay necesidad de darle una protección especial”; SIMPSON, Can JL & Jur. 29 (2016), 457, 459.

¹¹ Piense el lector en otras cosas, un tanto diferentes, que también podríamos hacer sin notar mayores diferencias. Silbar, guiñar el ojo con complicidad, comprar un libro, leer críticas sobre una película, hablar abiertamente sobre nuestra orientación sexual, debatir sobre un partido de fútbol, escuchar un discurso político, revisar nuestras redes sociales, dibujar, ir a teatro, informarnos sobre una crisis social, hacernos un tatuaje con un símbolo especial para nosotros, hacer un blog en el que explicamos nuestra teoría de que la tierra es plana, ver documentales sobre diversos temas o incluso deliberar al estilo *habermasiano* o *rawlsiano* sobre los temas que a todos nos conciernen. Si nos enfocamos en las restricciones al poder punitivo, la lista de expresiones que no se verían afectadas sería aún muchísimo mayor en aquellas sociedades que operen con fórmulas liberales –como la del *principio del daño* o de *exclusiva protección de bienes jurídicos*–, pues estas también protegen elecciones y conductas mucho menos triviales frente a la coacción estatal. En todo caso, cualquiera que sea el grado de liberalismo, ya partiríamos con ventaja siempre que podamos contar al menos con alguna versión de ese *principio general de la libertad* en nuestras sociedades. Este no va a dejar que nuestras acciones –sean o no “expresiones” – queden desprotegidas:

Pero, insistamos, este no es el caso de nuestras sociedades modernas. En todas ellas hay una directiva constitucional que, por alguna razón, no se queda con esa protección genérica de la libertad –la que corresponde para saltar, golpear, dormir, toser, disparar, escupir, fumar, viajar, contaminar, etc.–, sino que va más allá de ella y ordena que exista un *bonus de escrutinio y protección constitucional* cuando la acción estatal recae sobre la libertad de expresión. Volviendo nuevamente a las directivas de las que partíamos, recordemos que en estas ocurría algo similar. Por alguna razón, sobre la que teorizábamos al inicio del capítulo, las precauciones que bastaban para los otros hermanos, despachos y cosas muebles no eran suficientes cuando se trataba de Z, el despacho 606 y las partes de los automóviles.

Este cuadro panorámico basta entonces para mostrar algunas de las formas en que podemos enlazar el derecho a la libertad de expresión y las directivas iniciales con que veníamos trabajando. Nos muestra que estamos –al menos frente a lo que ahora nos interesa destacar– ante una misma clase de directivas. En cada una de ellas hay una autoridad que ordena un tratamiento preferencial para alguno de los miembros de una clase más amplia. En ninguna de ellas la autoridad ha explicado las razones que la llevaron a ordenar ese trato preferencial. Ante cada una de ellas podríamos inferir, si partimos de la base de que son directivas hechas racionalmente, y que por ende se les puede buscar un sentido, que debe haber *algo* subyacente que justifica ese trato preferente.

Teniendo la posibilidad de hacer esta clase de generalizaciones dentro de todas estas directivas, hemos llegado finalmente al punto en que podemos extender esa red de preguntas, argumentaciones y compromisos que tejimos al comienzo –partiendo de unos escenarios hipotéticos–, sobre el debate teórico de la libertad de expresión. Como en los casos de Z, el despacho 606 y las partes de los automóviles, aquí, ya en el territorio que propiamente nos interesa en esta tesis, también la actividad teórica parte de dos preguntas básicas como estas: ¿Qué tienen de especial las “expresiones”? ¿Por qué se les otorga un *bonus de escrutinio y protección constitucional*?

3. Las justificaciones de un *principio de la libertad de expresión*

sabemos bien que, mientras no causen un daño potencial o concreto a otro –o no afecten intereses, derechos o bienes jurídicos etc.–, deberán permanecer fuera del alcance del poder coercitivo estatal, que no estará legitimado para restringirlas pues no contará con una razón que lo faculte para hacerlo.

En el presente apartado, nuestro objetivo será el de hacer una presentación de las razones justificativas con las que suele darse una respuesta a las preguntas que recién dejamos planteadas –las razones que sirven para explicar por qué es especial la libertad de expresión y por qué es legítimo ese *bonus de escrutinio y protección constitucional* que se le otorga–. Sin embargo, antes de encarar ese propósito central vamos a hacer un pequeño rodeo para incorporar una última e importante pieza al mundo conceptual sobre el que estructuraremos nuestra exploración.

En la anterior sección denominamos *principio general de libertad* al conjunto de razones (o argumentos, fundamentos, etc.) subyacentes que justifican la implementación jurídica de la serie de directivas que habitualmente protegen nuestra libertad de elección y acción frente al uso arbitrario –y, por tanto, ilegítimo– del poder público. En la presente, denominaremos *principio de la libertad de expresión* al conjunto de razones (argumentos, fundamentos, etc.) subyacentes que justifican la protección *adicional* que recibe de nuestros ordenamientos jurídicos –nacionales e internacionales– esta libertad. Que explican por qué, para regular las interferencias estatales que recaen específicamente sobre la “expresión” de los ciudadanos, no es suficiente con el grado de protección habitual, sino que hay que ir más allá de este creando un derecho constitucional a la libertad de expresión que otorga un *bonus de escrutinio y protección constitucional*¹².

¹² Para añadir precisión técnica a la formulación de este concepto, podemos incorporar a nuestro estudio las definiciones de *principio de la libertad de expresión*, que realizan SCHAUER, *Free speech*, 1982, 7 s., GREENAWALT, *Speech*, 1989, 9 y BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 6s. El primero de estos autores nos dice: “El *principio de la libertad de expresión* es una excepción o calificación, sin tamaño o fuerza necesarios, a la regla general vigente bajo una teoría política particular. Cuando se acepta un principio de libertad de expresión, existe un principio según el cual la expresión está menos sujeta a regulación (dentro de una teoría política) que otras formas de conducta que tienen efectos iguales o equivalentes. Bajo un *Principio de la libertad de expresión*, cualquier acción gubernamental para lograr un objetivo, ya sea que ese objetivo sea positivo o negativo, debe proporcionar una justificación más sólida cuando el logro de ese objetivo requiere la restricción de la expresión que cuando las limitaciones no requieren restringir la expresión”; GREENAWALT, por su parte, va a presentar la siguiente definición: “Si una sólida filosofía política apoya algo que se puede denominar correctamente un *principio de la libertad de expresión*, habrá razones por las cuales un gobierno debería vacilar en castigar la expresión verbal o escrita, incluso cuando haya emitido un juicio de que la expresión es potencialmente dañina”. Y, finalmente, BARENDT, quien dice que el *principio de la libertad de expresión*, “es un principio bajo el cual a la expresión le corresponde una protección especial contra la regulación o supresión. El principio debe ser un principio político independiente, distinguible de los reclamos libertarios generales. Un anarquista no necesitaría invocar un principio de libre expresión, ya que el argumento que todos los intentos del gobierno por regular su comportamiento, incluido el discurso, violan su libertad. Bajo el principio, a la expresión le corresponde un grado de inmunidad frente a la regulación gubernamental debido a alguna cualidad o valor especial que se debe atribuir a la comunicación y a la expresión. Aunque el caso a favor de la libertad de expresión puede estar asociado con, o descansar en, afirmaciones más fundamentales sobre la dignidad humana o las oportunidades de autorrealización y desarrollo, el principio es solo coherente en la medida en que el discurso puede ser distinguido de otras áreas de conducta y actividad humana”. En el mismo sentido

Aun corriendo el riesgo de que algunas de estas ideas puedan sonar algo repetitivas, es necesario que profundicemos todavía un poco más en la diferencia que existe entre ambos principios. Esta insistencia es importante pues nos permitirá, al trazar con mayor delicadeza la línea que sostiene esta distinción, empezar a comprender más fácilmente cuál es el umbral de exigencia que existe para una fundamentación que pretenda justificar la racionalidad y conveniencia de tener un grado extraordinario de protección para una categoría de conductas denominada *expresión*¹³.

Para enfocar mejor esta distinción, consideremos lo siguiente. Cuando nos encontramos bajo la égida de una directiva o estándar inspirado en el *principio general de libertad*, el poder público *no podrá intervenir legítimamente salvo que haya un daño, o una posibilidad de daño, o una afectación de un interés, un derecho o un bien jurídico* –

también cfr. BRISON, *Ethics* 108 (1998), 320 s.; *Legal Theory*, 4 (1998), 40 s.; SIMPSON, *Can JL & Jur.* 29 (2016), 457, 459 s.

¹³ El territorio argumentativo que debe cubrir el *principio de la libertad de expresión* es entonces, ya por definición, distinto al que debe cubrir el *principio general de libertad*. Mientras el primero se encarga de justificar la protección ordinaria de la libertad de elección y acción, el segundo se encarga de justificar tan solo el suplemento, el plus, el extra de protección que recibe la libertad de expresión. Con nuestros casos de la sección anterior veíamos muy bien esto. Tomemos p. ej. el caso de Z. Puesto que necesitábamos explicar por qué Z debía ser cuidada con una precaución mayor que la que recibirían sus otros cinco hermanos, encontrar esa justificación en las razones por las que ordinariamente se debe cuidar a los niños con precaución era implausible, ya que estas no podrían decirnos nada sobre ese suplemento, ese plus o extra de protección que debía recibir únicamente Z. Tal y como sucede en el caso de Z y sus hermanos, en el caso de la libertad de expresión y la libertad en general las razones deben apuntar, si lo que se pretende justificar es el tratamiento extraordinario, a un territorio argumentativo diferente, y en un sentido importante *independiente*, al ordinario. Así las cosas, tal y como lo plantea SCHAUER, *Free speech*, 1982, 7, debemos saber de entrada que “el análisis de la libertad de expresión puede y debe separarse de las preguntas sobre los límites de la autoridad gubernamental en un sentido más amplio”. A conducir en esta dirección nuestra exploración apuntan, de una manera por cierto nada sutil, no solo nuestras preguntas –¿Qué tienen de especial las “expresiones”? ¿Por qué se les otorga un *bonus de escrutinio y protección constitucional*? –, sino también el concepto mismo de *principio de la libertad de expresión* que acabamos de añadir a nuestro mundo conceptual. Sobre esta forma de enfocar el estudio de la libertad de expresión cfr. CONDORCET, *Condorcet*, 2012, (1793-1794), 185; BORK, *Ind. L.J.* 47 (1971), 20; SCANLON, *Phil. Pub. Affairs* 1 (1972), 204 s.; WELLINGTON, *Yale L.J.* 88 (1979), 1105, quien nos va a hablar de las “dos preguntas fundamentales e interrelacionadas que cualquier teoría o hipótesis sobre la libertad de expresión debe resolver” Y nos las va a referir de esta manera: “En primer lugar, ¿por qué debería la expresión tener una mayor inmunidad de la regulación gubernamental que la mayoría de las otras formas de conducta humana? segundo, ¿cuáles son los límites de esta inmunidad?”; SCHAUER, *U. Pitt. L. Rev.* 40 (1979) 605-618; *Nw. U. L. Rev.* 78 (1983-1984), 1292-1295, 1302 s.; *Cal. L. Rev.* 74 (1986), 771-774; *U. Cin. L. Rev.* 56 (1988), 1199; *Wm. & Mary L. Rev.* 31 (1989), 2; *Vill. L. Rev.* 37 (1992), 813 s.; *Cap. U. L. Rev.* 39 (2011), 591 s.; ALEXANDER/HORTON, *Nw. U. L. Rev.* 78 (1983-1984), 1323; FARBER/FRICKEY, *UCLA L. Rev.* 34 (1987), 1619; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 10 s.; *Colum. L. Rev.* 89 (1989), 120 ss.; FARBER, *Harv. L. Rev.* 105 (1991), 554; RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 303-306; MASSEY, *UCLA L. Rev.* 40 (1992), 135; POST, *Stan. L. Rev.* 47(1994-1995) 1271; COHEN, en Heyd (ed.), *Tolerance*, 1996, 180 ss.; BRISON, *Ethics* 108 (1998), 318; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 27 s.; BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 1-6; SKORUPSKI, *Mill*, 2006, 56; WILLIAMS, *Ind. L.J.* 84 (2009), 999; KOPPELMAN, *Nw. U. L. Rev.* 107 (2013), 669; FALLON, *Dynamic Constitution*, 2013, 2.^a, 47; SIMPSON, *Can JL & Jur.* 29 (2016), 457, 459 s.

o, simplemente, cuando parezca razonable hacerlo¹⁴-. Solo cuando esta protección no baste para salvaguardar una conducta catalogable como *expresión*, debemos evaluar la intervención del poder público con la directiva o estándar que se haya articulado para dar contenido y sustancia jurídica a ese *bonus de escrutinio y protección constitucional* ordenado por nuestros constituyentes¹⁵. Que esta directiva o estándar deba, *por definición*, dar una protección jurídica adicional para esta libertad en concreto, significa que habrá al menos algunas ocasiones en las que el poder público *no podrá intervenir legítimamente aun cuando estas conductas* causen un daño, o generen la posibilidad de un daño o la afectación de un interés, un derecho o un bien jurídico –o, simplemente, que parecería razonable hacerlo–. Es a esta protección adicional, más robusta y difícil de vencer, a la

¹⁴ Al respecto v. arriba n. 5 s. y texto principal ligado a ellas.

¹⁵ GREENAWALT, *Speech*, 1989, 10 s., nos va a dar muy buenas pistas sobre cómo podría materializarse jurídicamente un estándar soportado e inspirado por un *principio de la libertad de expresión*. Para cumplir la función de protección excepcional este puede trabajar de dos maneras: “Un principio de libertad de expresión podría establecer restricciones más estrictas que el principio mínimo de libertad, ya sea impidiendo ciertas posibles razones para la prohibición o estableciendo un valor especial para la expresión. La última forma es más fácil de entender. Si algunas actividades humanas tienen un valor especial, un buen gobierno necesitará razones más fuertes para prohibirlas que para prohibir otras actividades. Si la expresión tiene un valor más positivo que los actos de agresión física, por ejemplo, se necesitarán razones más poderosas para garantizar su supresión. Un punto relacionado, pero más sutil es que las legislaturas u otros actores políticos pueden ser propensos en casos particulares a infravalorar ciertos tipos de expresión; si eso fuera cierto acerca de la expresión, un *principio de la libertad de expresión* podría compensar esa tendencia. En efecto, el principio les diría a los involucrados en el gobierno que se debe asumir que los actos de expresión tienen un valor más alto de lo que parecen tener en el contexto inmediato. La segunda manera en que un principio puede otorgar protección especial al discurso es al postular que el gobierno no puede emplear ciertas razones para prohibir la expresión. Tal restricción podría derivar de la noción de que los motivos particulares de las prohibiciones están en desacuerdo con la forma en que los seres humanos deben ser considerados o con el papel adecuado del gobierno. Por lo tanto, podría afirmarse que, debido a que un aspecto de la autonomía de los seres humanos es que las personas deben descubrir por sí mismos lo que es verdadero, suprimir el habla para evitar la contaminación por ideas falsas es inadmisibles. O podría decirse que el gobierno no puede reprimir las ideas políticas que le plantean desafíos, porque un aspecto de un gobierno legítimo es que la crítica a los que están actualmente en el poder puede ser entretenida. La aportación de un principio de «descalificación» podría ser menos extrema que la exclusión total de una razón para la prohibición. Una razón puede ser vista con gran sospecha, pero tratada como una base legítima para la prohibición si el caso fuera lo suficientemente convincente”.

que debe apuntar la carga argumentativa de justificación o legitimización del *principio de la libertad de expresión*^{16/17}.

¹⁶ Cfr. SCHAUER, U. Pitt. L. Rev. 40 (1979), 611 s.; *Free speech*, 1982, 8: “como estándar (o umbral) de justificación, la regla general prescribe el estándar para limitar la libertad de acción de un individuo. Cuando hay un Principio de Libertad de Expresión, una limitación de la expresión requiere una justificación más fuerte, o establece un umbral más alto, para las limitaciones de la expresión que para las limitaciones de otras formas de conducta. Esto es así incluso si las consecuencias del discurso son tan grandes como las consecuencias de otras formas de conducta. Si pensamos en la regla general como un punto particular en una escala entre el control total del Estado y la libertad ilimitada del individuo, un *Principio de la libertad de expresión* reubica el punto en la escala cuando se trata de controlar la expresión.”; Nw. U. L. Rev. 78 (1983-1984), 1295: “queremos proteger la expresión no porque no cause ningún daño, sino a pesar del daño que puede causar”; Cal. L. Rev. 74 (1986), 772; U. Cin. L. Rev. 56 (1988) 1194 s.; Wm. & Mary L. Rev. 31 (1989), 2 s.; Colum. L. Rev. 92 (1992), 131 s.; Vill. L. Rev. 37 (1992), 814: “No creo que protejamos la expresión porque sea inofensiva, o incluso porque sus daños, individualmente o en conjunto, son más pequeños que los daños causados por la conducta no verbal. Por el contrario, los principios existentes de la libertad de expresión se basan en la protección de la expresión a pesar del daño que pueda causar”; Sup. Ct. Rev. (2011), 81; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 11: “Un principio o teoría de la libertad de expresión afirmaría que la expresión no puede regularse en todas las formas que puedan superar el *principio mínimo de libertad* y satisfacer las consideraciones prudenciales ordinarias con respecto a la legislación efectiva”; Colum. L. Rev. 89 (1989), 120 ss.; RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 302 s.; NINO, *Fundamentos*, 1992, 260: “Es evidente que la libertad de expresión de ideas es un bien central en el marco de una concepción liberal de la sociedad. Pero no es tan evidente cuál es la justificación de esa centralidad, qué es lo que justifica una especial protección para la expresión que va más allá de la protección de que gozan. en el contexto de esa concepción, todos los actos que no causan un daño considerable a terceros”; BRISON, *Ethics* 108 (1998), 317: “Un *principio de la libertad de expresión* que sea lo suficientemente fuerte como para ser útil establece que incluso si el habla causa daños que, si se producen por una conducta no verbal, podrían justificar la restricción de esa conducta, tales daños no justifican restringir ese discurso”; Legal Theory, 4 (1998), 41: “En un régimen que acepta un principio de libertad de expresión, el hecho de que el daño resulta del discurso, incluso el daño tan serio que el gobierno normalmente estaría justificado para restringir las libertades individuales a fin de prevenirlo, no es justificación suficiente para restringir el discurso”; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 84; ALEXANDER, *Freedom of expression*, 2005, 187; WEINSTEIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 499 s., 508s., 512; KOPPELMAN, Nw. U. L. Rev. 107 (2013), 696, quien incorporando el pensamiento de MILL nos dice: “La libertad que defiende Mill no abarca solo «la libertad de expresar y publicar opiniones», sino también «la libertad de gustos y de búsquedas, de encuadrar el plan de nuestra vida para adaptarnos a nuestro propio carácter, de hacer lo que queramos, sujeto a las consecuencias que pueda seguir, sin impedimento por parte de las demás criaturas, siempre que lo que hacemos no les perjudique, aunque consideren que nuestra conducta sea necia, perversa o incorrecta». La protección de la expresión es una excepción a ese principio de que el estado puede interferir con la libertad solo para prevenir daños a los demás: casi toda la expresión está protegida incluso cuando es dañina”; SIMPSON, Can JL & Jur. 29 (2016), 457; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1072.

¹⁷ A pesar de que en el texto principal no se haya dicho nada que apunte en otra dirección, en aras de que tengamos una mayor claridad debe precisarse que *la protección que se deriva de un principio de la libertad de expresión tiene que ser más robusta que la protección ordinaria, pero no por ello debe ser absoluta*. Aunque el lector puede cfr. esta idea en las referencias citadas en la n. anterior, BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 7, es especialmente claro en este punto y, por ello, vamos a incorporar su versión para precisar nuestra conceptualización: “Un concepto de libertad de expresión no necesita una protección absoluta para cualquier ejercicio de libertad de expresión. La mayoría de los defensores de las más fuertes garantías de la libertad de expresión admiten que su ejercicio puede ser correctamente reprimido en algunas circunstancias, por ejemplo, cuando es probable que conduzca a una violencia inminente. Pero el principio sí significa que el gobierno debe mostrar bases sólidas para justificar la interferencia. Sería inconsistente con cualquier principio de libertad de expresión, digno de ese nombre, si una publicación se puede detener simplemente porque es ofensiva para algunas personas, o que podría ser penalizada porque contribuye al desorden o disminuye la autoridad del gobierno o su reputación. En resumen, un principio de libertad de expresión quiere decir que la expresión a menudo debe ser tolerada incluso cuando otra clase de conducta, que produzca una ofensa o un daño comparable, podría ser proscrita. Y eso debe ser porque la expresión es

Considerando su funcionamiento dentro de estos escenarios, viendo las herramientas jurídicas que están llamadas a inspirar, los distintos espacios del sistema jurídico que deben cubrir, tenemos entonces lo que buscábamos. Tenemos una imagen más nítida de la diferencia fundamental entre un *principio general de libertad* y un *principio de la libertad de expresión* que nos permite dar a cada una de ellas un lugar y una función específica dentro del mundo conceptual de la protección jurídica de la libertad¹⁸.

particularmente valiosa, o tal vez porque tenemos una razón especial para desconfiar de su regulación”. En el mismo sentido también: KOPPELMAN, Nw. U. L. Rev. 107 (2013), 649; SIMPSON, Can JL & Jur. 29 (2016), 460 s.

¹⁸ Tenemos también, en esa misma imagen, algo que también puede ser de gran utilidad para precisar nuestra aproximación al debate teórico. Nos hemos topado nuevamente con el tipo de conductas, de *expresiones*, sobre las que vamos a estar discutiendo: expresiones que causan daños o ponen en riesgo a otros, que afectan sus derechos, intereses o bienes jurídicos. Expresiones frente a las que tendríamos razones para querer reprimirlas –a este punto ya hemos dejado suficientemente claro que solo frente a esta clase de expresiones puede el derecho constitucional a la libertad de expresión ser algo significativo–. Puesto que esta es la clase de acciones a las que debe apuntar un auténtico *principio de la libertad de expresión*, podemos ver que este principio es también entonces, y quizá sobre todas las cosas, una explicación sobre un compromiso sustantivo, político, moral de unas sociedades, las democráticas, que en algún punto de su historia han decidido asumir esta clase de riesgos, perjuicios, daños, con tal de salvaguardar la libertad de expresión de los ciudadanos. Siendo así las cosas, tal vez deberíamos abrir la puerta a la posibilidad de que buena parte de las teorías que estamos por descubrir traten de sostener la legitimidad de esos compromisos apelando a algo más ancho, comprensivo y relevante que nuestra capacidad de abstracción y nuestras facultades lógicas. Que busquen unas razones que nos permitan entender el atractivo sustantivo que tiene el tipo de sociedad que nuestras constituciones y declaraciones de derechos han querido crear, que nos hablen como seres sensibles y nos digan las ventajas de ser, o buscar ser, una sociedad que tolera un amplio rango de expresiones aun cuando ello implique afrontar ciertos riesgos y perjuicios. Cuando abramos el telón e ingresemos en el debate teórico veremos en MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), el mejor ejemplo posible de que el sentido que tiene comprometerse con la idea de una libertad de expresión se ha ido construyendo y explicando históricamente precisamente con esta clase de argumentaciones –en que la fuerza del argumento es más sustantiva que procedimental, más retórica que lógica, más basada en la experiencia de lo vivido que en la abstracción–. Mencionar esto es importante para poder hacer una precisión. Que hayamos echado mano de conceptualizaciones como “principios neutrales” o “articulación consistente” no debe ser tomado como la prueba de una ambición o pretensión desmesurada. De que estemos buscando que haya sistemas axiomáticos, pruebas concluyentes e irrefutables, algoritmos, respuestas correctas, etc., en temas como los que nos ocupan en esta tesis. Mucho menos, que vayamos a ignorar o restarle importancia o legitimidad a la imaginación, el sentido común, las anécdotas, la intuición, la empatía, la analogía, las costumbres, las experiencias, etc., dentro de la caja de herramientas con las que contamos para dar una explicación plausible sobre por qué debemos proteger de manera especial la libertad de expresión en nuestras sociedades. Lo único que queremos, al traer conceptos como los referidos, es que nos ayuden a enfocar también la atención sobre unas cuestiones procedimentales que, de otra manera, quizá podrían llegar a pasar desapercibidas. Que nos ayuden a orientar nuestro pensamiento y nuestra pesquisa filosófica hacia los problemas reales de la aplicación jurídica del derecho constitucional a la libertad de expresión en nuestras sociedades y que nos provean de una estructura y unas bases mínimas sobre las cuales podamos discutir críticamente en torno a estas cuestiones materiales. Sobre los límites de nuestras argumentaciones y explicaciones, el umbral justificativo que podemos exigirnos y el estilo argumentativo más prudencial, en el campo de lo opinable y lo debatible en que se mueve esta tesis cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1985, (349 a. C.), 130 ss.; RYLE, en Urmsom/Rée (eds.), *Enciclopedia*, 2.^a, 1991, 127; BLASI, Wm. & Mary L. Rev. 29 (1988) 653-698.

Con esta última aclaración damos por concluida nuestra labor en estas notas preliminares. Hemos conseguido reunir los elementos necesarios para poder presentar ahora las diferentes justificaciones –con la que buscaremos dar contenido al *principio de la libertad de expresión*– con la tranquilidad de que hemos puesto sobre la mesa unos criterios o estándares con los que podremos realizar una búsqueda más precisa –mejor dirigida– en el resto del capítulo¹⁹.

Volvamos justamente a esas preguntas que van a ayudarnos a mantener bien encaminada nuestra búsqueda: ¿Qué hace especial la libertad de expresión? ¿Qué justifica ese *bonus de escrutinio y protección constitucional* que se le extiende en nuestras constituciones? Como decíamos anteriormente, para responder estos interrogantes contamos, más que con una respuesta, con varias respuestas. Un conjunto de razones, fundamentos, valores, argumentos, etc., justificatorios que se ha ido consolidando y expandiendo a través del tiempo y que nos permite explicar, cada vez con más confianza, por qué la libertad de expresión ha sido algo tan especialmente valioso y significativo –tan imprescindible nos diría BERLIN²⁰– en la historia de las sociedades democráticas.

Para organizar nuestra indagación sobre estas respuestas, vamos a aprovechar el hecho de que las justificaciones más específicas se suelen ir organizando en torno a tres ejes generales o familias de argumentaciones: 1) la necesidad de corregir errores y crear nuevo conocimiento de manera permanente; 2) las exigencias propias de los compromisos morales que han adoptado nuestras sociedades –con nociones como las de tolerancia,

¹⁹ Ahora, tras ver los espacios procedimentales y sustantivos que debe cubrir una justificación de la libertad de expresión, estamos en condiciones de hacer una aproximación más equilibrada. Más allá de las herramientas retóricas y discursivas que sean empleadas, la tarea ineludible para cualquier teoría sobre el *principio de la libertad de expresión* es la de justificar por qué es razonable atar, al menos en cierta medida, las manos del poder público para que no pueda reaccionar –como ordinariamente lo hace ante ciertas acciones o conductas que causen daños o peligros– porque se trata de *expresiones*. En este sentido, para culminar nuestra antesala a la discusión, me parece de lo más pertinente cerrar con las palabras de SCANLON, *Phil. Pub. Affairs* 1 (1972), 204. Este filósofo va a exponer el asunto sobre el que venimos reflexionando de manera muy frontal: “En general, se considera que la doctrina de la libertad de expresión distingue una clase de «actos protegidos» que se considera inmune a las restricciones a las que están sujetos otros actos. En particular, en cualquier versión muy fuerte de la doctrina, habrá casos en que se considere que los actos protegidos son inmunes a la restricción a pesar de que tienen como consecuencias daños que normalmente serían suficientes para justificar la imposición de sanciones legales. Es la existencia de tales casos lo que hace que la libertad de expresión sea una doctrina significativa y que la haga parecer, desde cierto punto de vista, irracional. (...) Responder a esta carga de irracionalidad es la tarea principal de una defensa filosófica de la libertad de expresión. Tal respuesta requiere, primero, una explicación clara de la clase de actos protegidos, y, luego, una explicación de la naturaleza y los motivos de su privilegio”.

²⁰ Berlin, *Sobre la libertad*, 1988, 47.

pluralismo, identidad, autonomía y libertad de expresión– y 3) las necesidades propias de una sociedad democrática moderna²¹. Tomando cada uno de estos ejes como punto de partida, en lo que queda de este apartado haremos entonces una presentación general de los argumentos sostenidos en defensa de un *principio de la libertad de expresión*. Más adelante, en los próximos capítulos, empezaremos a concretar nuestras reflexiones sobre las repercusiones que esta justificación general debe tener sobre la delimitación del alcance y el grado de protección jurídica del derecho constitucional a la libertad de expresión.

A. La creación de nuevo conocimiento

Hay una serie de problemas filosóficos unidos por su relación con cuestiones como las de saber, percibir, creer, asegurar, adivinar, sospechar, intuir, errar, recordar, descubrir, probar, inferir, conjeturar, suponer, corroborar, refutar, reflexionar, imaginar, sospechar, etc. A la parte de la filosofía que se ocupa de esta serie de problemas se le conoce como teoría del conocimiento o epistemología. Preguntas como ¿Qué podemos conocer? ¿Cómo podemos conocerlo? ¿Cómo podemos asegurarnos de que sabemos lo que creemos saber? ¿Cómo podemos justificar el conocimiento? ¿Cómo enfrentar el reto del escepticismo? ¿Cómo expandir nuestro conocimiento? son las que impulsan las indagaciones de quienes se interesan por trabajar en esta, una de las áreas clásicas de la filosofía. Su labor, para decirlo con una fórmula muy elemental, es indagar por la naturaleza y por las bases del conocimiento²².

²¹ Aunque ahora –siguiendo con una tradición completamente consolidada en los trabajos sobre la justificación del derecho constitucional a la libertad de expresión– vayamos a separar momentáneamente ese *principio de la libertad de expresión* en torno a estos tres ejes, es importante aclarar que estaremos moviéndonos siempre dentro de una sola imagen de cómo debería lucir una sociedad y por qué debería tolerar una amplia gama de expresiones aun cuando esto le lleve a tener que hacer ciertos sacrificios. Esta separación analítica tiene ventajas innegables, pues nos permite ir guiando nuestra atención hacia las diferentes dimensiones –epistemológicas, morales, políticas– de una justificación muy extensa. Pero también puede tener desventajas, sobre todo cuando sobredimensionamos esas divisiones y realizamos los análisis o las evaluaciones fijándonos en las partes, perdiendo así de vista el cuadro general que solo resulta tras integrar creativamente las piezas. Como ya profundizaremos sobre esto en el siguiente apartado, ahora tan solo necesitamos indicar que haremos unas divisiones analíticas en un sentido muy débil, trazando líneas sutiles dentro del campo general de nuestra justificación de la libertad de expresión que nos permitirán ir visitando los diferentes espacios de esta misma trama. En este sentido cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 3; SCHAUER, Nw. U. L. Rev. 78 (1983-1984), 1300 s.; YUDOF, Mich. L. Rev. 82 (1984), 680-708; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 12.; SOLUM, Cornell L. Rev. 85 (2000), 859 ss.; BARNETT LIDSKY, U. Ill. L. Rev. (2010), 838; HAN, U. Ill. L. Rev. (2015), 88 s.

²² Los elementos –preguntas, nociones, tareas– que componen esta imagen panorámica de la epistemología han sido tomados de los siguientes trabajos, a los cuales puede remitirse el lector que tenga interés en una introducción más profunda: WOZLEY, *Theory of knowledge*, 1949, 11 s.; POPPER, *Lógica de la*

Encontrará el lector que las justificaciones de la libertad de expresión, construidas alrededor de autores clásicos como MILTON²³, MILL²⁴ o HOLMES²⁵, señalan que su valor viene dado, total o parcialmente, por el importante rol que esta debe cumplir precisamente en este campo de la vida social, el del conocimiento²⁶. Inspirándose en la libertad de

investigación, 1962, 15-23; *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 26-54; HAMLYN, *Theory of knowledge*, 1970, 3-22; RYLE, en Urmsom/Rée (eds.), *Enciclopedia*, 2.^a, 1991, 127-135; DANCY, *Epistemología*, 1993, 15; LACEY, *Philosophy*, 3.^a, 1996, 96-99; AUDI, *Epistemology*, 3.^a, 2011, 1.

²³ MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644).

²⁴ MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859).

²⁵ HOLMES, disenso en *Abrams v. US 250 US 616, 624 (1919)*. Para ir ambientando la exposición, y para poder seguir el texto principal con el apoyo de una referencia directa, considere el lector el siguiente fragmento: “La persecución por la expresión de opiniones me parece perfectamente lógica. Si no tienes dudas de tus premisas o de tu poder, y deseas un resultado determinado con todo el corazón, expresas naturalmente tus deseos en la ley y eliminas toda oposición a ella. Permitir la oposición mediante la expresión parece indicar que piensas que el discurso es impotente, como cuando un hombre dice que ha logrado la cuadratura del círculo, o que no te importa de todo corazón el resultado, o que dudas de tu poder o de tus premisas. Pero, cuando los hombres se han dado cuenta de que el tiempo ha trastornado muchas doctrinas, pueden llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos mismos de su propia conducta, que la mejor manera de alcanzar el bien deseado es a través del libre intercambio de ideas, que el mejor estándar para la verdad de una idea es que esta pueda ser aceptada en la competencia del mercado, y, esa verdad, es la única base sobre la cual sus deseos pueden llevarse a cabo de manera segura. Esa, en todo caso, es la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, como la vida entera es un experimento. Todos los años, sino todos los días, tenemos que apostar nuestra salvación a una profecía basada en un conocimiento imperfecto. Mientras que ese experimento sea parte de nuestro sistema, creo que deberíamos estar eternamente vigilantes contra los intentos de controlar la expresión de opiniones que odiamos, e incluso que consideramos muy peligrosas, salvo que estas amenacen de manera inminente con interferir de manera inmediata con los propósitos legítimos y apremiantes del Derecho de tal forma que se requiera un control inmediato para salvar el país”.

²⁶ Cfr. p. ej., la extraordinariamente aguda y completa sentencia de la CConst T-391/2007, de 22 de mayo, señala: “Se acepta generalmente que uno de los valores principales de la protección de la libertad de expresión es el de contribuir al avance del conocimiento y al logro de la verdad. Las posturas clásicas sobre el valor de la expresión en el proceso de búsqueda de la verdad son las de John Milton (1644, en protesta contra el esquema de licenciamiento de libros británico) y John Stuart Mill (1859). Este argumento subraya la importancia de la discusión abierta para el proceso de descubrimiento de la verdad, y la libre confrontación de las distintas opiniones existentes, sean verdaderas o falsas, como prerrequisito de dicho proceso; las restricciones a la expresión son intolerables, porque exponen a la sociedad al riesgo de que se impida la afirmación y publicación de hechos ciertos o juicios precisos, su imposición presupone que las autoridades tienen la capacidad de establecer cuál es la verdad, y causa perjuicios indebidos a las personas cuya expresión se suprime al marginarlas del proceso social de construcción del conocimiento”. En este mismo sentido también: EMERSON, *General Theory*, 1966,7; Cal. L. Rev. 68 (1980), 426; DUVAL, *Geo. Wash. L. Rev.* 41 (1972), 188; KARST, *U Chi L Rev.* 43 (1975), 23; DELGADO/MILLEN, *Wash. L. Rev.* 53 (1978), 363; REDISH, *U. Pa. L. Rev.* 130 (1981-1982), 593; FRANCIONE, *U. Pa. L. Rev.* 136 (1987), 422, 427; SOLUM, *Nw. U. L. Rev.* 83 (1988-1989), 68 s.; GREENAWALT, *Colum. L. Rev.* 89 (1989), 130; WILLIAMS, *U. Pa. L. Rev.* 139 (1990-1991), 677; MASSEY, *UCLA L. Rev.* 40 (1992), 122; COHEN, en Heyd (ed.), *Toleration*, 1996, 184; POST, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 157 s.; BRADDON-MITCHELL/WEST, *J. Political Philos.* 12 (2004) 441; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 32; BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 7; BISBAL TORRES, *Libertad de expresión*, Tesis doctoral inédita, 2005, 57; REMUS IRWIN, *Wis. L. Rev.* (2005), 1482; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 927; BHAGWAT, *The myth*, 2010, 79; GEY, *Fla. St. U. L. Rev.* 36 (2008), 1; TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 35-81; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 108; HORWITZ, *Wash. L. Rev.* 87 (2012), 448 s.;

expresión, se nos dice, es cómo las sociedades modernas han ido organizando sus instituciones de tal manera que un mayor número de ciudadanos pueda dar un paso adelante y contribuir activamente a la gran empresa humana de “buscar la verdad” o “crear nuevo conocimiento”²⁷.

Puesto que, en las sociedades modernas, la aceptación de un *principio de la libertad de expresión* ha coincidido con un impactante desarrollo epistemológico y científico²⁸, esta línea de justificación parece, al menos en principio, muy atractiva y prometedora. Para explorarla, preguntémonos entonces: ¿Qué tiene que ver la libertad de expresión con estos asuntos del conocimiento? ¿Qué relación guarda una especial consideración y protección de la libertad de expresión con el impresionante desarrollo epistemológico de los últimos tiempos?

Para ir tras el hilo que teje esta relación, retomemos las cuestiones epistemológicas con las que habíamos comenzado esta sección. Volvamos a ellas imaginando un espectro que va de un polo a otro. En el extremo izquierdo pondremos todas las expresiones que emplearíamos para advertir a alguien, que nos ha preguntado por nuestra *opinión*²⁹ acerca

MURCHISON, Colum. J.L. & Arts 55 (2015), 57; MASSARO/NORTON, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1178; PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *Libertad de expresión*, 2017, 21.

²⁷ Cfr. KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 18 s., 23 s.; TOCQUEVILLE, *Democracia en América*, 1957 (1835), 198; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 95 s.; Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957); DELGADO/MILLEN, Wash. L. Rev. 53 (1978), 354 s.; FCC v. League of Women Voters of Cal., 468 U. S. 364 (1984), 377; GREENAWALT, Rutgers L. Rev. 42 (1990), 289; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 32; BARENDT, *Free speech*, 2.ª, 2005, 7; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 12, 15, 431; BISBAL TORRES, *Libertad de expresión*, Tesis doctoral inédita, 2005, 59; TEN CATE, Yale J. L. & Human. 22 (2010), 39; ARANGO, *Ética política*, 2010, 72; VOLOKH, Va. L. Rev. 97 (2011), 597; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 103-126; HORWITZ, Wash. L. Rev. 87 (2012), 448 s.; SIMPSON, Can JL & Jur. 29 (2016), 462.

²⁸ Cfr. DELGADO/MILLEN, Wash. L. Rev. 53 (1978), 354-358; FRANCIONE, U. Pa. L. Rev. 136 (1987), 427; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 107 s.

²⁹ Para mantener una cercanía con el mundo epistemológico de MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 63-134, POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 49, 108, 126 s., 136 s., y otros autores que se irán integrando al texto, se emplearán en adelante los términos “opinión” y “conjetura”, como sinónimos, para referirse a cualquier expresión del conocimiento humano (científico, moral, estético, etc.) que verse sobre materias controvertibles, opinables, debatibles. Aunque en el próximo eje ampliaremos esta definición, digamos por ahora que opiniones y conjeturas son entonces las que expresamos cuando intervenimos, expresando nuestro punto de vista, en un debate –como ciudadanos de a pie o como expertos– sobre el origen del universo, las causas del calentamiento global o la disminución global de la población de abejas. Pero, como bien sabemos, opinables son también otros asuntos tan importantes como el amor, la solidaridad, la existencia de un ser superior, el mejor Derecho, el mejor deportista, etc. Al respecto cfr. ARENDT, *Filosofía y política*, 1997, 11; GEY, Fla. St. U. L. Rev. 36 (2008), 20 ss.

de algo, que la respuesta que vamos a darle es todavía muy preliminar, que no tenemos una especial confianza en nuestro conocimiento sobre ese asunto y que fácilmente podría darse el caso de que estemos equivocados. “Yo creo”, “yo imagino”, “yo intuyo”, “yo supongo”, “yo sospecho”, “yo tengo una corazonada”, estarían de este lado. Pondremos, en el otro extremo, las expresiones opuestas –aquellas que emplearíamos para decirle a alguien que tenemos absoluta confianza o certeza en la respuesta que le vamos a dar–. “Yo estoy seguro”, “yo sé”, “yo puedo probar”, “yo puedo demostrar”, “yo he corroborado”, “yo puedo garantizar”, quedarían de este otro lado, justo en el extremo derecho del espectro.

Ya que errar es de humanos³⁰, y la inmensa mayoría de nosotros nos reconocemos como seres finitos y falibles³¹, no como dioses o semidioses, es apenas natural que estimemos y admitamos sin sonrojarnos que muchas de nuestras opiniones –sobre nosotros mismos, el mundo que nos rodea, los valores que deben regir nuestra vida social, etc.– permanecen ancladas al rincón más extremo del polo izquierdo^{32/33}. También es

³⁰ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 66 ss.; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 32, 38 s., 193. El asunto de que los humanos cometen errores, y que incluso cometen errores de manera sistemática, ha sido recientemente iluminado, con multitud de ejemplos, por THALER/SUNSTEIN, *Nudge*, 2008. En este libro –siguiendo la pista de los avances de un campo de investigación al que se le suele denominar economía conductual– se muestra como orinales, sierras eléctricas, cajeros electrónicos, puertas, softwares, alarmas, señalizaciones, menús de restaurantes, listas de chequeo para neurocirujanos expertos, automóviles y, en general, casi cualquier objeto tecnológico, tienen algo en común. Todos ellos son diseñados bajo una premisa: si el operador va a ser un humano este va a cometer errores. Poniendo el asunto aún más frontalmente: los seres humanos son sistemática, y en algún sentido predeciblemente, falibles. También v., sobre esta misma cuestión, con referencia expresa a la libertad de expresión, y con conclusiones semejantes a las que se presentarán más adelante a BARNETT LIDSKY, U. Ill. L. Rev. (2010), 799-850.

³¹ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 67; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 39; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 32; TEN CATE, Yale J. L. & Human. 22 (2010), 45, 49; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 68.

³² Aunque la experiencia cotidiana se hace cargo de recordarnos nuestra finitud y falibilidad, POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 38 s. nos recuerda que este reconocimiento es el legado más importante de una línea de pensamiento que se retrotrae hasta las enseñanzas de Jenófanes, Demócrito y Sócrates. Esta línea de pensamiento es, a mi entender, el suelo común de este eje argumentativo: estaremos trabajando junto a grandes lectores de Sócrates –cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 79 ss.; EMERSON, *General Theory*, 1966, 7; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 38 s.; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 75 s. –. Para sintetizar el principio epistemológico compartido y defendido por este linaje –que suele rivalizar con la arrogancia del pensamiento platónico o cartesiano– recurre a la bella fórmula que empleaba Erasmo de Rotterdam: “¡Conócete a ti mismo y admite, por ende, cuán poco sabes!”.

³³ Nuestro espectro imaginario nos permite ver también como la expectativa cambia cuando hablamos de conocimiento científico. Si aceptamos –como POPPER, *Lógica de la investigación*, 1962, 22, lo hace– que la ciencia es algo así como sentido común refinado, entonces la investigación científica es aquella que trata de expandir nuestro conocimiento, de llevarnos más a la derecha de lo que llegamos valiéndonos únicamente de nuestro sentido común. No esperamos, en conclusión, que nuestros científicos estén anclados

natural que, al menos frente a los temas que nos resultan de mayor interés, busquemos afanosamente sacarlas de allí. Que busquemos formas de hacer progresar nuestro conocimiento³⁴.

Con la lente que nos proporciona este espectro imaginario, podemos ver muy bien el elemento que relaciona íntimamente las teorías epistemológicas de los grandes defensores de la libertad de expresión que estaremos trabajando ahora –MILTON, MILL, HOLMES o POPPER–. Todas sus teorías y procedimientos cobran sentido únicamente cuando alguien, una persona o una sociedad, está buscando la manera de hacer progresar sus conocimientos. Poco o nada tienen para decirle, descontando un sinnúmero de descalificativos que ya iremos viendo, a quien padece del estancamiento que genera la ilusoria certidumbre en el propio conocimiento³⁵. A ese individuo o esa sociedad que no creen posible hacer progresar o expandir su conocimiento pues ya estiman haber alcanzado la Verdad sobre un asunto, el límite máximo del polo derecho de nuestro espectro³⁶.

Su programa epistemológico, y la libertad de expresión que este requiere, está pensado entonces exclusivamente para aquellos individuos y sociedades que nunca abandonan la incertidumbre –pues es esta la que los mantiene habilitados para poder reflexionar en cualquier momento sobre los fundamentos del conocimiento que creen tener–³⁷. Para aquellos que se amarran a la idea de que siempre es posible hacer progresar el conocimiento y se condenan gustosamente a vivir *buscando la verdad*³⁸. Por esto, en

al extremo del polo izquierdo en los asuntos de los que se ocupan. A ellos les exigimos que sus conocimientos estén dados por conjeturas más plausibles.

³⁴ POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 38 s.

³⁵ Como muestra BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 19 s., nada causaba la ira y los ataques de HOLMES como esta clase de actitud, que iba a combatir y a ridiculizar continuamente. En un sentido similar v. TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 48.

³⁶ Sobre el encuentro de estos autores en aspectos epistemológicos v. BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 17-23.

³⁷ MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 67; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 38 s. Adicionalmente v., abajo, n. 77 s. y texto principal ligado a ellas.

³⁸ Retener esta idea será clave para entender bien esta línea argumentativa de la libertad de expresión. Para que podamos tener esta idea muy clara desde el principio, consideremos la bellísima forma que encontró LESSING, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.^a, 2007, (1784), 67 s., para exponer este asunto y hacer que veamos la gran diferencia entre tener la verdad y buscar la verdad: “Un hombre que, tan inteligente como humildemente, intenta imponer la no verdad con buena intención entre creencias encontradas es infinitamente más valioso que cualquier

su teoría del conocimiento, la preocupación por encontrar la forma de aquilatar el conocimiento, por desplazarlo gradualmente hacia la derecha del espectro, permanece atada, de principio a fin, a una constante reflexión e indagación por los efectos prácticos que tiene la falibilidad humana en el conocimiento humano³⁹.

Consideremos la reflexión y las preguntas que se hacía MILL. Decía este autor que, si nos fijamos en la historia de las opiniones y las acciones ordinarias del hombre, encontraremos que, a pesar de que todos y cada uno de los miembros de la especie humana son falibles⁴⁰, hay buenas razones para sostener que, al menos frente a algunas cuestiones, hemos conseguido arreglárnoslas para alejarnos de lo que en nuestro espectro sería la frontera del extremo izquierdo⁴¹. Que nuestro conocimiento, como empresa humana, ha logrado ir así sea un poco más allá de la creencia desnuda, la imaginación, la intuición, la suposición, la sospecha, la corazonada o la superstición⁴². Sí, tras hacer este examen, podemos acordar que nuestra situación epistemológica no es la peor de las posibles, nos dice MILL que es válido preguntarnos entonces: ¿Cómo hemos conseguido movernos de este extremo? ¿Cómo puede darse el caso de que algunas de las opiniones o conjeturas de otros, seres que sabemos son tan falibles como nosotros mismos, nos merezcan un buen

otro hombre, que defienda la mejor y más noble verdad con prejuicio, desacreditando a sus enemigos de forma vulgar. (...) El valor del hombre no se define, simplemente, por la verdad en cuya posesión cualquiera está o puede estar, sino en el esfuerzo honrado que ha realizado para llegar hasta la verdad. Así pues, no es por la posesión de la verdad sino por la constante investigación en pro de la verdad como se amplían sus fuerzas, y sólo en ellas consiste su siempre creciente perfeccionamiento. La posesión hace apático, perezoso y orgulloso. Si Dios tuviera encerrada en su mano derecha toda la verdad y en su izquierda el único impulso que mueve a ella, y me dijera: «¡Elige!», yo caería, aun en el supuesto de que me equivocase siempre y eternamente, en su mano izquierda, y le diría: «¡Dámela, Padre! ¡La verdad pura es únicamente para ti!»”.

³⁹ Cfr. MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), 67 ss.: “el conocimiento y examen de los vicios de este mundo son necesarios para la constitución de la virtud humana como lo es el análisis del error para la confirmación de la verdad”; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 67 ss.; POPPER, *Lógica de la investigación*, 1962, 15; *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 37 ss., 48-54, 192; *La sociedad abierta*, 2006, 491; EMERSON, *General Theory*, 1966, 7; MONRO, *Inquiry* 13 (1970), 243; DUVAL, *Geo. Wash. L. Rev.* 41 (1972), 203; DELGADO/MILLEN, *Wash. L. Rev.* 53 (1978), 355; BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 19, 22; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 32; MAESTRE, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), XX-XXIII, quien revela este interés en Kant, Nietzsche, Horkheimer y, en general, en el pensamiento ilustrado, en el que se asume de entrada que “la pretensión absoluta de razón es imposible, porque el sujeto en que se apoya es limitado (...) esa consciencia de límites se convertirá, en la filosofía contemporánea, en una exigencia de ética intelectual de primer orden, es decir, un rechazo de cualquier pretensión conclusiva del mundo”; GEY, *Fla. St. U. L. Rev.* 36 (2008), 17; TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 40; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 67.

⁴⁰ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 67.

⁴¹ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 71.

⁴² Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 71.

grado de confianza? ¿Cómo puede ser que incluso nosotros mismos podamos, sabiendo de primera mano que somos falibles, confiar legítimamente en algunas de nuestras propias conjeturas y creer que tenemos buenos fundamentos para sostenerlas? ¿Qué fundamentos son esos que me podrían habilitar a mí –que no me tengo la fe ciega que se tienen los “príncipes absolutistas”⁴³ o quienes sufren las consecuencias de recibir un “trato de desproporcionada deferencia”⁴⁴– para decirle a otros que creo haber conseguido moverme un poco a la derecha?⁴⁵.

Volvamos, teniendo en mente estos interrogantes y la forma de aproximarse al tema de MILL, a los problemas epistemológicos centrales que rastreábamos al inicio de esta sección y que podemos observar mejor gracias a nuestro espectro imaginario. Siguiendo la estela de estas preguntas podemos ver una de las cosas más interesantes que una teoría del conocimiento falibilista –como la del propio MILL o la de POPPER– puede ofrecernos: una explicación del método o proceso del que se valen seres humanos falibles para hacer que algunas de sus conjeturas sobre los enigmas del mundo que habitan se puedan desplazar legítimamente, así sea en grados ínfimos, hacia el extremo derecho.

Y así llegamos a la primera gran preocupación de MILL –como teórico del conocimiento y como defensor de la libertad de expresión–, al encarar este asunto. Antes que cualquier otra cosa, MILL nos propone reflexionar sobre lo siguiente: ¿Debemos atribuir el desarrollo epistemológico de la empresa humana, cualquiera sea este, a la “capacidad de penetración que se supone al intelecto humano”⁴⁶? ¿Se deben nuestros avances a la brillantez de algunos miembros de la raza humana, individualmente considerados? ¿Hay unos maestros que salen de la caverna de la experiencia y la opinión en que nos encontramos todos y regresan a iluminarnos con su conocimiento?⁴⁷.

⁴³ MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 67.

⁴⁴ MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 67.

⁴⁵ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 70 ss.

⁴⁶ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 71. En este sentido cfr. también a POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 39.

⁴⁷ La formulación de esta pregunta, en términos cercanos a PLATÓN, se debe a MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), 82-91, quien lo tenía –junto a la iglesia católica y la inquisición española– entre los blancos favoritos a los que apuntar sus argumentos. En cualquier caso, al menos desde el punto de vista epistemológico, podrá encontrar el lector más profundidad en los análisis que, en la misma línea, realizan: CASTORIADIS, *Dominios*, 3.ª, 1995, 115; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 32,108; *La sociedad abierta*, 2006, cap.

Es esta invitación que hace a sus lectores, para que reflexionen sobre estos puntos de partida⁴⁸, la que une a MILL con un grupo más extenso de pensadores, entre los que nuevamente se encuentran HOLMES⁴⁹ o POPPER⁵⁰. Todos ellos quieren que nos preguntemos si estamos dispuestos a seguir sosteniendo una historia del conocimiento humano aproximadamente como la que sigue. Han existido, a lo largo de la historia, un selecto grupo de humanos cuya mente ha conquistado sitios inalcanzables para el común de los mortales –pues están guiados por una capacidad de abstracción y conceptualización descomunal–. A tal punto han llegado estos maestros de la humanidad, que sus opiniones y creencias han iluminado –y siguen hoy iluminando– al reino humano, que recibe de ellos un legado en forma de principios o máximas de conocimiento universal, puro y descontaminado⁵¹. Un conocimiento que, anclado como está al polo derecho de nuestro espectro imaginario, merece del resto de nosotros –simples y afortunados pupilos que tenemos la gran oportunidad de aprender de un conocimiento que no es superficial como el nuestro– no menos que una reverente *presunción de infalibilidad*⁵².

6, *passim.*, ARENDT, *La condición humana*, 2009, 241-247; *Filosofía política de Kant*, 2012, 105; RANCIERE, *El odio a la democracia*, 2006, 53-75.

⁴⁸ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 103 s. *passim.*

⁴⁹ Cfr. BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 19 ss.; TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 46.

⁵⁰ Cfr. POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 9.

⁵¹ Cfr. RYLE, *Lo mental*, 2005, 44; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 64.

⁵² El concepto de *presunción de infalibilidad* es, como veremos más adelante, la pieza central de la argumentación de MILL. El autor –MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 78– lo va a definir de la siguiente manera: “lo que yo considero presunción de infalibilidad no consiste en sentirse seguro de una doctrina, sea cual sea, sino en la posibilidad de decidir *en nombre de otros* acerca de esa cuestión, sin escuchar lo que pueda alegarse en su contra”. Este concepto encuentra un precedente muy directo en una pregunta retórica que se hacía MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), 77: “¿cómo se podrá confiar en los propios censores, a menos que podamos conferirles (o a menos que ellos entienden que poseen, por encima de todos sus compatriotas) la gracia de la infalibilidad o de la incorruptibilidad?”. Miremos también, para iluminar este concepto, a POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 440, y su concepto de *seudorracionalismo*: “Lo que llamamos «seudorracionalismo» es el intuicionismo intelectual de Platón. Es la fe inmodesta en la superioridad de las propias dotes intelectuales, la pretensión de ser un iniciado, de saber con certeza y con autoridad. Según Platón, la opinión, aun «opinión verdadera» «es compartida por todos los hombres; pero la razón (o «intuición intelectual») es compartida sólo por los dioses y unos pocos hombres escogidos». Este intelectualismo autoritarista, esta fe en la posesión de un instrumento infalible de descubrimientos o de un método infalible, esta negación de la diferencia entre lo que pertenece a las facultades intelectuales de un hombre y lo que proviene de la comunicación con los demás hombres, este seudorracionalismo recibe a veces el nombre de «racionalismo», pero es diametralmente opuesto a lo que nosotros entendemos por esta expresión”. Como estaremos trabajando en torno a este concepto, es importante entender que las afirmaciones de MILL y, más aún las de MILTON, se entienden mejor dentro del pensamiento liberal de la Ilustración británica, que buscaba, entre otras cosas, la secularización de los asuntos públicos. En este contexto político, era sentido como una urgencia impulsar todas las reformas y arreglos necesarios para que los dogmas religiosos pasaran de la esfera pública a la privada. Para que buscar la forma de encaminar la fe fuera un asunto de cada quien. COLOMER, en Vallespín (comp.), *Historia Teoría Política*, 3, 2002, 12,

La urgencia más sentida de MILL –o la de cualquier otra teoría epistemológica moderna o ilustrada⁵³– es pues, incluso antes de convenir un método o procedimiento en positivo⁵⁴, la de dejar sin piso cualquier actitud dogmática y acrítica frente al conocimiento⁵⁵. Nadie es infalible y nadie produce conocimiento infalible o

nos puede mostrar un cuadro general de este momento histórico, que servirá para que ambientemos el referido concepto de MILL: “Se trata de un pensamiento con alto grado de laicidad, tanto en los pensadores que se confiesan cristianos –como John Locke– como en los que, a partir del siglo XVIII, adoptan una posición abiertamente atea –tal es el caso de David Hume y Jeremy Bentham–. Esta característica está, sin duda, vinculada al ambiente intelectual creado por el intento de reforma de la Iglesia católica y el cisma mal llamado protestante que tuvieron lugar a principios del siglo XVI, tras los cuales la idea de Dios quedó notablemente alejada del regimiento de los asuntos públicos. Concebida como un asunto privado, la religión reformada se aleja de la moral colectiva y, de la política, donde prevalecen consideraciones más favorables a la convivencia, mientras que en los países católicos suele reproducirse la afirmación de principios dogmáticos con fundamentación metafísica, a veces incluso entre los más decididos adversarios del catolicismo tradicional”. Retengamos, de este cuadro, y de la definición de MILL, una lección principal: la cuestión importante en este concepto no es la de identificar si la doctrina en que se basa el censor o la opinión que se va a censurar son o no verdaderas o valiosas. Tampoco en buscar criterios que permitan juzgar estas disputas epistemológicas. Mucho menos en caer en una posición relativista o nihilista de la verdad. El eje se desplaza completamente a otro asunto. Al de que el funcionario público no debe entrometerse en estas cuestiones de tal manera que defina por otros ciertos temas –como, p. ej., que religión va a ser el mejor vehículo para conseguir la salvación– sin darles la oportunidad a ellos mismos de escuchar las diferentes alternativas que tienen, elegir su verdad y manifestarla abiertamente. Para complementar esta breve presentación del concepto v. LASKI, *Liberalismo europeo*, 1939, 146 s. quien nos dice que las “las libertades inglesas” –libertad de expresión y tolerancia religiosa– hicieron que la religión se convirtiera en “un asunto privado entre cada uno y su dios o Iglesia”; BISBAL TORRES, *Libertad de expresión*, Tesis doctoral inédita, 2005, 58; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 125.

⁵³ Para efectos del presente texto, se puede entender perfectamente una teoría epistemológica moderna o ilustrada como sinónimo de una teoría epistemológica crítica. Esta equivalencia, con una explicación más profunda, ha sido tomada de ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 64-80.

⁵⁴ TOCQUEVILLE, *Democracia en América*, 1957, (1835), 5, nos va a permitir ver mejor esta idea. Él, uno de los mejores intérpretes políticos de la historia, se iba a preguntar con cierto desconcierto, mientras veía los cambios sociales producidos por los movimientos revolucionarios modernos estadounidenses: “¿A dónde vamos? Nadie podría decirlo”. LASKI, *Liberalismo europeo*, 1939, 142, por su parte, nos habla de que la atmosfera intelectual de la revolución francesa era una de “tremenda confusión” en la que: “las personas se sienten descontentas, sin saber con alguna coherencia lo que harán acerca de su disgusto. Saben que necesitan libertad; pero para que sirva esta y de qué límites han de arrancar sus principios son asuntos de los que apenas puede decirse que hayan resuelto algo”. Sobre los sentimientos de incertidumbre y ambivalencia que tenía el propio MILL, frente algunos de esos cambios v. BERLIN, *Ensayos Sobre la libertad*, 1988, 266 s.; BISBAL TORRES, *Libertad de expresión*, Tesis doctoral inédita, 2005, 20; SKORUPSKI, *Mill*, 2006, 61. Sobre los de Tocqueville v. LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 112 s. Por otra parte, BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 20, va a explicar convincentemente como HOLMES hubiera aceptado prácticamente cualquier método para la verdad, siempre que no se tratara de uno absolutista.

⁵⁵ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 103-107, *passim.*; DE LUCAS, *Diánoia* 33 (1987), 134; FRANCIONE, *U. Pa. L. Rev.* 136 (1987), 427; SKORUPSKI, *Mill*, 2006, 60 s.; MAESTRE, en, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold//Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), XII s., nos permite ver que la Ilustración es, más que un nuevo método en positivo, una huida epistemológica hacia métodos que no sean dogmáticos: “La Ilustración, en caso de que se «defina», sólo puede ser vista como un *modo de proceder*, sin que ello se identifique con una metodología dogmática que se eleve por encima del propio proceso a analizar, a cuestionar o a criticar. La Ilustración es un «mecanismo» a través del cual se constituye autónomamente la razón frente a cualquier tipo de dogmatismo”. ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 64-121, quien hablaba, incorporando el pensamiento de Kant, de la Ilustración como “liberación de prejuicios, de la autoridad”, de toda forma de conocimiento que no estuviese dispuesta a rendir un “examen público” para exigir un respeto sincero. De

incuestionable⁵⁶. Para ir al encuentro de estos nuevos procedimientos epistemológicos, debemos huir de todo el ideario creado a partir de narrativas supersticiosas y autoritarias, como las que veíamos atrás, que busca que recibamos de forma pasiva –sin reflexión o crítica–, cualquier hipótesis o conjetura que ha hecho alguien más⁵⁷.

Detengámonos un momento en las teorías del conocimiento que se desprenden de estas narrativas premodernas y, a riesgo de ser repetitivos, insistamos en ellas, pues a

todo el estudio que realiza, y del que se han tomado múltiples elementos, es especialmente ilustrativo, para nuestros intereses, el comentario que hace ubicando los propósitos, el contexto y la influencia que tuvo la mayor de las obras de Kant: “Cuando Kant finalizó la *Crítica de la razón pura* (...) Mendelssohn se refirió a él como (...) el «destructor de todo», el demolidor de toda creencia según la cual podemos *conocer* en las denominadas materias metafísicas (...). Kant no vio el aspecto claramente destructivo de su empresa. No se percató de que había desmantelado toda la maquinaria que, a pesar de los numerosos ataques dirigidos a ella, había resistido durante muchos siglos hasta la edad moderna. En sintonía con el espíritu de su tiempo, pensó que «la pérdida afecta sólo al monopolio de las escuelas, no a los intereses de los hombres», quienes, finalmente, serían liberados de las «distinciones sutiles, pero imponentes», que en ningún caso han sido «capaces de llegar al gran público y ejercer la menor influencia en sus convicciones». Y la inflexión polémica se dirige de nuevo contra «las arrogantes pretensiones de las escuelas», que «quisieran seguir siendo los exclusivos concededores y guardadores de unas verdades», verdades que no sólo conciernen al «interés humano en general», sino también a «la gran mayoría (para nosotros digna del mayor respeto)». Baste esto para las universidades. En cuanto a los gobiernos, Kant añade que, si creen oportuno intervenir en estos asuntos, sería mucho más sabio «el favorecer la libertad de crítica (...) que el apoyar el ridículo despotismo de unas escuelas que levantan un griterío sobre los peligros públicos cuando se rasgan las telarañas por ellas tejidas, a pesar de que la gente nunca les ha hecho caso y de que, por tanto, tampoco puede sentir su pérdida»”. Volviendo a LESSING, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 67 s., podríamos terminar insistiendo en la idea de que ilustrarse es autoimponerse una condena a permanecer en un estado de inacabable progreso. A no refugiarse nunca en la certidumbre y el estancamiento del dogma, de la Verdad. A seguir siempre reflexionando sobre los fundamentos del conocimiento que uno cree tener, a debatir y a buscar la verdad. En este mismo sentido v. LASKI, *Liberalismo europeo*, 1939, 141; BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 247 s.; BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 19 s.; RANCIERE, *El odio a la democracia*, 2006, 53; TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 39; ROTHSCHILD, *Smyth, Condorcet*, 2011, 199 s.; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 106.

⁵⁶ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 8; DUVAL, *Geo. Wash. L. Rev.* 41 (1972), 203 s.; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 193; *La sociedad abierta*, 2006, 9: “Los grandes hombres pueden cometer grandes errores”; FRANCIONE, *U. Pa. L. Rev.* 136 (1987), 427; MASSEY, *UCLA L. Rev.* 40 (1992), 121; BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 19; SKORUPSKI, *Mill*, 2006, 60; GEY, *Fla. St. U. L. Rev.* 36 (2008), 17; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 108.

⁵⁷ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 105; MAESTRE, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, XII, quien incorporando el pensamiento de grandes autores nos va a permitir ver muy bien estas ideas ilustradas en autores como NIETZSCHE, con su famosa: “Toda gran verdad necesita ser criticada, no idolatrada” y MARX con su “hemos de liberarnos hasta de las propias cadenas que nos han liberado”; DELGADO/MILLEN, *Wash. L. Rev.* 53 (1978), 354 s.; POST, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 163; SKORUPSKI, *Mill*, 2006, 6; TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 35; ROTHSCHILD, *Smyth, Condorcet*, 2011, 196, quien nos dice que dentro de las principales preocupaciones de CONDORCET –uno de los grandes pensadores modernos– podíamos contar la necesidad de abogar por la importancia de: “la diversidad de opiniones individuales; (...) los derechos individuales y la independencia individual; y *tratar de mostrar que la imposición de principios universales y eternos era el más siniestro de los despotismos*” (cursivas propias); ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 76; LUKES/URBINATI, en Lukes/Urbinati (eds.), *Condorcet*, 2012, XXV; GAVIRIA, *Educación para la Democracia*, 2015, 20.

estas es que se va a enfrentar un sistema epistemológico regido por la libertad expresión como el que estamos describiendo en esta sección⁵⁸. Decíamos entonces que autores geniales y solitarios eran los que conseguían, pensando antes que experimentando⁵⁹, un saber infalible e irrefutable con el que se podía conducir al resto de la humanidad lejos de sus creencias erradas o perniciosas –o, simplemente, de la fatigosa tarea de tener que atreverse a pensar por sí misma–. Un autor que dicta los principios o fundamentos últimos sobre los que el resto de los mortales, sin osarnos a hacer cualquier intento de crítica o refutación, podremos apoyar nuestro más humilde, superficial e hipotético conocimiento para irnos moviendo paulatinamente a la derecha del espectro imaginario⁶⁰. Una élite intelectual, en síntesis, con una capacidad mesiánica, que hace que merezca la pena que los demás marchemos tras ellos, hacia las bases reales y verdaderas del conocimiento, tal y como un niño va tras su padre o un rebaño tras su pastor^{61/62}.

⁵⁸ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 103 s.; EMERSON, *General Theory*, 1966, 8: “la única justificación para suprimir una opinión es que aquellos que buscan suprimirla son infalibles en su juicio sobre la verdad. Pero ningún individuo o grupo puede ser infalible”; DELGADO/MILLEN, *Wash. L. Rev.* 53 (1978), 355; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 125; KEANE, *Democracy and media*, 2013, 214: “en las sociedades de la Europa medieval, el principio de «libertad de comunicación» era desconocido. Se habló mucho de la necesidad del silencio y del respeto, o de confesarse y hablar con admiración y reverencia de Dios, pero no hubo defensores públicos de la «libertad de expresión» y su fe concomitante en la capacidad de las personas de carne y hueso de hablar inteligentemente por sí mismos como públicamente iguales”.

⁵⁹ Puede encontrar el lector críticas muy agudas y convincentes sobre la sostenibilidad de esta idea cartesiana de que el pensamiento precede a la experiencia, la teoría y la formulación de criterios a la práctica y la experiencia, en: RYLE, *Lo mental*, 2005, 39-73 y ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 64. Sobre la molestia que este alegato de trascendencia causaba en Holmes, v. TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 46.

⁶⁰ Cfr. KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 18; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 74 s., 96-101; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 53; BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 22; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 221; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 76.

⁶¹ La metáfora del pastor y su rebaño, para explicar una organización social epistemológica paternalista, ha sido tomada de: ROUSSEAU, *Contrato social*, 12.ª, 2007, (1762), 35; FICHTE, *Reivindicación*, 1986, (1793), 12 ss. “Han pasado, oh pueblo, los tiempos de la barbarie, cuando en nombre de Dios se osaba proclamar que erais un rebaño puesto por Él sobre la tierra para servir como bestia de carga a los vicios de una docena de hijos de dioses, como vasallos y servidores de sus caprichos y, finalmente, para acabar siendo carne de matadero; (...) Ni siquiera les continuaréis creyendo cuando digan que todos estáis ciegos, indefensos y sois ignorantes e incapaces de aconsejaros a vosotros mismos a menos que os lleven como niños con sus manos paternas. En estos últimos tiempos, mediante razonamientos erróneos que no habría cometido ni el más ingenuo de entre vosotros, sólo han demostrado que no saben más que vosotros, que se arrastran a sí mismos y a vosotros a la miseria por creerse más sabios. ¡Dejad de hacer caso de tales engaños!”; TOCQUEVILLE, *Democracia en América*, 1957, (1835), 35; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 112; RANCIERE, *El odio a la democracia*, 2006, 50-75.

⁶² Insistamos en esta idea con la que quizás es la exposición más bella y significativa que se ha hecho de la misma. KANT, en Erhard/Freiherr von

Resistiendo la tentación de caer en los encantos de los mitos que sostienen estos paternalismos epistemológicos –en el “yugo autoritario”⁶³ del “despotismo mental”⁶⁴ o la “sumisión mental”⁶⁵–, renunciando definitivamente a esta organización aristocrática del saber, nos dice MILL que estaremos mejor preparados para comprender que los pocos o muchos avances epistemológicos que alcanzan los seres humanos se deben a su capacidad para debatir. Para hacer hipótesis, experimentar con ellas, y entablar diálogos o discusiones críticas con otros⁶⁶.

Sin embargo, antes de llegar a esa meta, a esa conclusión, debemos dar un paso atrás y remplazar la pieza que averíamos para poder dotar de sentido a esta revolucionaria apuesta epistemológica de la modernidad. Debemos encargarnos primero de la siguiente cuestión: si no es la extraordinaria capacidad individual para el conocimiento profundo, universal e infalible que tienen los maestros de la raza humana, ¿Cuál es entonces la cualidad que emplean los seres humanos para conocer algo mejor? ¿Cómo puedo justificar mi propio conocimiento sin utilizar a uno de estos maestros como fuente de

Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 17: “*La ilustración es la liberación del hombre de su autoculpable minoría de edad. La minoría de edad significa la imposibilidad de servirse de su propio entendimiento sin la guía de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad cuando la causa de ella no reside en la carencia de entendimiento, sino en la de falta de decisión y valor para servirse por sí mismo de él sin la guía de otro. ¡Sapere aude!* ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la ilustración. La pereza y la cobardía son causa de que una gran parte de los hombres permanezca, gustosamente, en su estado de pupilo a lo largo de la vida, a pesar de que hace ya tiempo la naturaleza los liberó de dirección ajena (*naturaliter majorennnes*); y por eso es tan fácil para otros el erigirse en sus tutores. ¡Es tan cómodo ser menor de edad! Si tengo un libro que piensa por mí, un director espiritual que reemplaza mi conciencia moral, un médico que me prescribe la dieta, etc., entonces no necesito esforzarme. Si puedo pagar, no tengo necesidad de pensar; otros asumirán por mí tan fastidiosa tarea. Aquellos tutores que tan bondadosamente han tomado sobre sí la tarea de supervisión se encargan ya de que el paso hacia la mayoría de edad, además de ser difícil, sea considerado peligroso por la mayoría de los hombres (y entre ellos todo el bello sexo). Después de haber entontecido a sus animales domésticos, y procurar cuidadosamente que estas pacíficas criaturas no puedan atreverse a dar un paso sin las andaderas en que han sido encerrados, les muestran el peligro que les amenaza si intentan caminar solos. Lo cierto es que este peligro no es tan grande, pues ellos aprenderían a caminar solos después de unas cuantas caídas; sin embargo, un ejemplo de tal naturaleza les asusta y, por lo general, les hace desistir de todo posterior intento” (cursivas propias).

⁶³ MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 97. Por su parte, KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 19, hablaba del “yugo de la minoría de edad”.

⁶⁴ MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 97.

⁶⁵ MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 96.

⁶⁶ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 70 s. 96-101; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 38 s.; 188-191; BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 19 ss.; RYLE, *Lo mental*, 2005, 44; TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 39, 46.

autoridad? Tanto para MILL, como para HOLMES o POPPER –entre muchísimos otros–, todos los avances de la humanidad, en los diferentes campos del saber, han resultado de “una cualidad de la inteligencia humana, fuente de todo lo que de respetable, tanto intelectual como moralmente, tiene el hombre, su especial capacidad de rectificar errores”⁶⁷.

Esta virtuosa capacidad, la única que necesitamos los humanos para producir conocimiento según estos autores, está repartida forma tan democrática entre cada uno de los seres humanos como sea posible imaginar. La tenemos prácticamente todos. Salvamos de este amplísimo grupo, en cualquier caso, a los mencionados príncipes autoritarios y a quienes están cegados por la desproporcionada deferencia que han recibido sus opiniones⁶⁸. Como estos tienen una excesiva confianza en su conocimiento, pues se creen infalibles, no tienen nunca la disposición y apertura necesaria para estar reflexionando continua y críticamente sobre la posibilidad de que sus conjeturas estén equivocadas y necesiten buscar nuevos y mejores planteamientos.

Cuando nos percatamos de que todos tenemos esta gran virtud que requiere el productor de conocimiento, y dejamos caer las narrativas que sostienen a esos “jueces infalibles del saber”, estamos preparados para buscar la verdad por nosotros mismos⁶⁹. Esa emancipación⁷⁰, esa radical democratización de la producción del conocimiento, es la razón por la que la libertad de expresión es la joya de la corona en las sociedades modernas⁷¹. Es la fuente constitutiva y la principal protectora de su revolucionario sistema

⁶⁷ MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 71. En este mismo sentido v. POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 192; BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 19 ss., quien muestra la pasión con que HOLMES defendía esta cuestión.

⁶⁸ Cfr. MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), 79, agregaría “hombres de carácter infantil”; BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 19 s.

⁶⁹Cfr. TODOROV, *Constant*, 1999, 49 s., quien comentando en términos muy bellos el pensamiento de Constant y de los modernos nos lleva a reencontrarnos con la idea de Lessing de la *búsqueda de la verdad*: “ya no hay más unidad de ideas, ya no hay más consenso social automático, pero eso es una ventaja, no una desventaja. «La anarquía intelectual que está tan deplorada me parece representar un inmenso progreso de inteligencia», ya que la *búsqueda de la verdad ha reemplazado a la verdad absoluta garantizada por la autoridad*, y esto es muy bueno” (cursivas propias).

⁷⁰ Cfr. LASKI, *Liberalismo europeo*, 1939, 145; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 9; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 108.

⁷¹ Cfr. TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 41; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 108; LUKES/URBINATI, en Lukes/Urbinati (eds.), *Condorcet*, 2012, XXV, quienes nos dicen, comentando el pensamiento de CONDORCET, que para este autor: “El conocimiento reivindicado por unos pocos expertos debe por lo tanto ser sospechoso; solo cuando se logra a través de procesos sociales de indagación en toda

epistemológico. De todos esos mecanismos que, como veremos más adelante, se han ido articulando y perfeccionando para que los seres falibles que las habitan –desde ganadores del premio Nobel hasta ciudadanos de a pie– den un paso al frente y asuman activamente la responsabilidad de ir distinguiendo y eligiendo *por sí mismos*, sin necesidad de maestro alguno, lo correcto de lo incorrecto, lo legítimo de lo ilegítimo, lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo, lo bello de lo feo, etc.⁷².

Habiendo conseguido la pieza que nos faltaba, sabiendo que todos podemos equivocarnos y que todos podemos conocer, demos un nuevo paso hacia adelante y terminemos de redondear esa respuesta o conclusión que ya hemos venido anticipando. ¿Cómo podemos rectificar nuestros errores para afianzar nuestro conocimiento? ¿Cómo seres humanos irremediabilmente falibles logramos afianzar muchas de nuestras conjeturas sobre el enigmático mundo en que habitamos? La respuesta a ambas preguntas ya no nos coge por sorpresa: lo único que puede ayudarnos a mejorar nuestras hipótesis, como seres falibles que somos, es la experiencia y el debate libre y crítico con otros⁷³.

la comunidad, en condiciones de libertad e igualdad, se puede confiar en el conocimiento (una visión que precede a las de John Dewey y Jürgen Habermas). Lejos de favorecer la idea de una élite omnisciente de expertos morales que imponen su comprensión superior de los verdaderos intereses de los demás sobre los no ilustrados, su principio más central era oponerse a ello implacablemente”; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 78, 80 s.

⁷² Cfr. MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), 91-95; KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 23 s.; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 99 s., 105; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 12; GEY, Fla. St. U. L. Rev. 36 (2008), 21; TEN CATE, Yale J. L. & Human. 22 (2010), 44; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 108; VOLOKH, Va. L. Rev. 97 (2011), 600 s.

⁷³ Cfr. MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), 67 ss.; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 71, 72, 74, va a ser especialmente enfático en este punto y nos lo va a repetir una y otra vez: “No hay otro camino por el que un ser dotado de humanas facultades llegue a tener la seguridad racional de estar en lo cierto” “Ningún sabio ha adquirido sus conocimientos de otra manera, ni es propio de la naturaleza humana adquirirlos por otra vía”; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 38 s., 191, quien dice que los griegos, partiendo de Tales, y siguiendo por Jenófanes o Heráclito, expandían su conocimiento a base de la crítica. Dice POPPER que estos entendieron muy pronto que “nuestros intentos por ver y encontrar la verdad no son definitivos, sino que pueden ser mejorados; que nuestro conocimiento y nuestras doctrinas son conjeturales; que constan de suposiciones y de hipótesis y no de verdades definitivas y seguras; y que la crítica y la discusión crítica son los únicos medios de que disponemos para acercarnos a la verdad. De este modo, [Tales] dio origen a la tradición de las conjeturas audaces y la crítica libre, la tradición que creo la actitud racional o científica, y con ella nuestra civilización occidental, la única civilización que se basa en la ciencia (aunque, por supuesto, no solamente en la ciencia). Dentro de esta tradición racionalista, no están prohibidos los intrépidos cambios de doctrina. Por el contrario, se estimula la innovación y se la considera como un éxito y una mejora, si se basa en el resultado de una discusión crítica de sus predecesores. Se admira la audacia misma de una innovación, pues se la puede controlar mediante la severidad de su examen crítico”. Y nuevamente POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 430-434, insistiendo en que el método científico es un método completamente social y público y que es exponiendo las teorías científicas a la crítica pública para su refutación, depuración, refinación, etc., que podemos avanzar. Finalmente, ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 73-77 quien nos recuerda que este era el método socrático, el kantiano y, en general, el del

Solo lanzarnos con coraje al proceso de experimentar y de debatir nos va a permitir refutar, criticar, tropezar, reflexionar, corregir, enmendar, aclarar, depurar, refinar, y precisar nuestras opiniones o conjeturas sobre asuntos determinantes para nosotros mismos y para nuestra sociedad⁷⁴. Solo el haber atravesado este proceso social con miras abiertas nos va a dar ese principio, fundamento o base sólida que nos habilita para tener algún grado de confianza en nuestras opiniones⁷⁵. Para creer que nos hemos desplazado del extremo izquierdo de nuestro espectro imaginario y ahora sabemos algo que merece la pena compartir con los demás⁷⁶.

Nunca, esto es muy importante decirlo, podremos saber de ese *algo* con absoluta certeza⁷⁷. De hecho, por más que lo intentemos entre todos, siempre estaremos lejos del extremo derecho del espectro. Pero, si la conjetura u opinión de alguno de nosotros se abre a la experiencia y al debate crítico, y no es posible aun refutarla, ni arrojar más luz sobre ella, tendremos la tranquilidad de poder abrazar ese conocimiento y actuar conforme a él, sabiendo que hemos hecho lo mejor que podemos con las posibilidades que tenemos tanto nosotros mismos, como seres falibles, como nuestro *mundo*⁷⁸ o

pensamiento crítico o antidogmático. El método de hacer *pública* la razón para, discutiendo crítica y públicamente, irse liberando de los prejuicios, las creencias infundadas, los “engendros inmaduros” que habitan en las mentes. El someter el pensamiento a la “prueba de un examen libre y público” en el que “cuantos más participen mejor”.

⁷⁴ Cfr. MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), 59; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 70-74; EMERSON, *General Theory*, 1966, 7; DELGADO/MILLEN, Wash. L. Rev. 53 (1978), 378 s.; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 192; SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 69; TEN CATE, Yale J. L. & Human. 22 (2010), 46 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 108.

⁷⁵ Cfr. MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), 69: “¿Cómo podremos avanzar en la exploración de las regiones del pecado y la falsedad con mayor seguridad y con menor peligro, si no es leyendo todo tipo de tratados, y escuchando toda clase de razones? Y éste es, pues, el beneficio que puede obtenerse de la lectura indiscriminada de libros”; EMERSON, *General Theory*, 1966, 7; DELGADO/MILLEN, Wash. L. Rev. 53 (1978), 366; SKORUPSKI, *Mill*, 2006, 56 s.; VOLOKH, Va. L. Rev. 97 (2011), 598.

⁷⁶ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 70-74; DUVAL, Geo. Wash. L. Rev. 41 (1972), 189; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 192: “La tradición racionalista, la tradición de discusión crítica, es el único camino viable para ampliar nuestro conocimiento, conocimiento conjetural o hipotético, por supuesto. No hay otro camino.”; BISBAL TORRES, *Libertad de expresión*, Tesis doctoral inédita, 2005, 58.

⁷⁷ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 74; EMERSON, *General Theory*, 1966, 7 s.; DUVAL, Geo. Wash. L. Rev. 41 (1972), 205; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 38 s., 49 s.; *La sociedad abierta*, 2006, 434; BLASI, Sup. Ct. Rev. (2004), 19; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 33; SKORUPSKI, *Mill*, 2006, 10; GEY, Fla. St. U. L. Rev. 36 (2008), 17; TEN CATE, Yale J. L. & Human. 22 (2010), 40; VOLOKH, Va. L. Rev. 97 (2011), 597; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 74; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 108.

⁷⁸ Un concepto fundamental en el aparato conceptual epistemológico y político de MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 67 s., 101 s., es el de *mundo*. Cada productor de conocimiento sabe que se apoya necesariamente en su propio *mundo*. Pero el *mundo*, desde el punto de vista de cada individuo, “solo

época⁷⁹. No será entonces un conocimiento infalible, y dejaremos siempre la puerta abierta para que otro *mundo*, otra época u otra episteme, que no esté segura de querer recibir esa conjetura como herencia, asuma la responsabilidad de reflexionar, experimentar y debatir en torno a ella hasta lograr refutarla o precisarla⁸⁰. Y, de paso, como diría HOLMES, cerrar el ciclo habitual de las grandes doctrinas, molestándonos a nosotros por la fe absurda que llegamos a tener en ella⁸¹.

Ya desde este punto podemos juntar epistemología y libertad de expresión para encarar las preguntas principales de esta sección con mucha más confianza: ¿Qué tiene que ver la libertad de expresión –o de pensamiento y discusión en los términos de MILL– con los asuntos del conocimiento? ¿Qué relación guarda una especial consideración y

representa aquella parte del mismo con la que la persona está en contacto, ya sea un partido, una secta o una clase social (...) su país, la época en la que le ha tocado vivir”. La persona con “amplitud de miras” – la mejor cualidad posible para MILL–, el liberal, sabe muy bien de la “existencia de *otras* épocas, de *otros* países, sectas, iglesias, clases o partidos que han pensado, incluso piensan, exactamente lo contrario de él” (cursivas propias). Apoya su conocimiento en la fe que tiene en los criterios que le proporciona su mundo, pero es consciente de que fue arrojado en él por “una mera circunstancia”, y “que las mismas causas que lo han llevado a ser un eclesiástico en Londres podrían haber hecho de él un seguidor de Buda o Confucio en Pekín”. El liberal sabe entonces que su conocimiento está anclado entonces a un punto de vista dentro de un mundo, una perspectiva epistemológica particular que no tiene necesariamente que ser la mejor de las que ha tenido o llegará a tener la humanidad. No tiene entonces la más mínima razón para ser nihilista, pero es consciente que su conocimiento es situado, propio de su punto de vista y su mundo. Y que hay *otros* mundos que fabrican *otros* conocimientos y que tiene necesariamente que encontrar la manera de relacionarse con esos *otros mundos* para poder confrontar, entender, ampliar y mejorar su propia perspectiva constantemente. Análisis más profundos de este perspectivismo epistemológico, que no tiene absolutamente nada que ver con el nihilismo –y que de hecho es su opuesto– del que aquí se han tomado elementos, son los de BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 255, BINDER/WEISBERG, *Stan. L. Rev.* 49 (1996-1997), 1156; BLASI, *Sup. Ct. Rev.* (2004), 22 s. y TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 48 s. quienes realizan un análisis similar con respecto al pensamiento de HOLMES; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 434, 452; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 121; WILLIAMS, *Va. L. Rev.* 97 (2011), 606; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 83.

⁷⁹ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 68 s. 103 s.; POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 190; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 33: “Mill llama a las sociedades a actuar sobre la base de una búsqueda de la verdad como una segunda mejor alternativa frente a actuar sobre la base de la verdad misma: es lo mejor que pueden hacer. Las opiniones que surgen de esa búsqueda son siempre provisionales, y siguen sujetas a refinamiento o rechazo como resultado de la crítica y reexamen constantes. La libertad de expresión, en este punto de vista, es necesaria porque es indispensable para la crítica y, por lo tanto, para mejorar las opiniones de la sociedad a lo largo del tiempo. La libertad de expresión no puede llevar a las sociedades a una comprensión de la verdad última, porque tal no es la condición humana. Pero puede exponer al menos algunos errores en su pensamiento colectivo, y así ayudar a las sociedades a progresar.”

⁸⁰ Cfr. KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 22; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 68 s.; EMERSON, *General Theory*, 1966, 8; VOLOKH, *Va. L. Rev.* 97 (2011), 597.

⁸¹ Cfr. HOLMES, *dissenso en Abrams v. US* 250 US 616, 624 (1919). Así mismo, MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 68 s., nos dice MILL que la experiencia muestra que cada época ha producido opiniones que, en tiempos posteriores, “se han considerado no solo como falsas, sino también absurdas”.

protección de la libertad de expresión con el impresionante desarrollo epistemológico y científico de los últimos tiempos? La respuesta, cuando se construye a partir de la imagen panorámica que tenemos ahora, es bien sencilla y, nuevamente, poco sorprendente. Es justo “la libertad completa de contradecir y desaprobarnos nuestras opiniones”⁸², “la especulación libre y audaz sobre las cuestiones más importantes”⁸³, garantizada por nuestras sociedades desde su constitución misma, la que nos ha permitido –y permitirá a quienes lleguen en un futuro–, criticar, depurar, rectificar, enmendar, refinar, afianzar, reflexionar y hacer progresar el conjunto de hipótesis, creencias y conjeturas que necesitamos para encaminar nuestras acciones y proyectos de vida⁸⁴.

El principio de la libertad de expresión del que hablamos es entonces el guardián de nuestra capacidad crítica, que es la mejor herramienta que tenemos los seres humanos para responder a nuestra propia falibilidad –incluida la de nuestros gobernantes–. Es el garante de un proyecto epistemológico colectivo en que cada opinión merece ser escuchada y en el que toda persona tiene una silla asegurada para participar activamente del proceso de búsqueda de la verdad a la que la sociedad se ha comprometido⁸⁵. Un proceso que nos involucra a todos en una incesante elaboración de conjeturas y refutaciones que permite ir actualizando y reflexionando continuamente sobre los principios o fundamentos que justifican las diversas visiones y perspectivas que tenemos

⁸² MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 70 s.

⁸³ MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 95.

⁸⁴ Cfr. KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 19 s., 22, 24; TOCQUEVILLE, *Democracia en América*, 1957, (1835), 199; MONRO, *Inquiry* 13 (1970), 243; DE LUCAS, *Diánoia* 33 (1987), 133 s., quien comentando e incorporando el pensamiento de KANT nos va a decir lo siguiente: “es en la Crítica de la razón pura, donde encontramos expuesto el proyecto kantiano (la crítica), se hace mención de la necesidad de una discusión pública y libre. El primer texto es, posiblemente, el prólogo de la primera edición, cuando al hilo de la discusión sobre la decadencia de la metafísica, ilustrada por los versos de Ovidio, se propone el Tribunal de la crítica de la razón pura. En nota a pie de página escribe Kant: «Nuestra época es, de modo especial, la de la crítica. Todo ha de someterse a ella. Pero la religión y la legislación pretenden de ordinario escapar a la misma. La primera a causa de su santidad y la segunda a causa de su majestad. Sin embargo, al hacerlo, despiertan contra sí mismas sospechas justificadas y no pueden exigir un respeto sincero, respeto que la razón sólo concede a lo que es capaz de resistir un examen público y libre». En realidad, como se conviene en reconocer, toda la filosofía práctica de Kant se apoya sobre esa tesis, sobre la afirmación de que la razón es comunicación, y que se basa en la libertad de crítica”; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 15; VOLOKH, *Va. L. Rev.* 97 (2011), 597; TARODO SORIA, en Díaz y García Conlledo/García Amado/Junieles Acosta/Tarodo Soria, (coords.), *Libertad de expresión*, 2012, 22 ss.

⁸⁵ Cfr.: DE LUCAS, *Diánoia* 33 (1987), 133 s., GEY, *FLA. St. U. L. Rev.* 36 (2008), 22; TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 39; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 104.

del mundo en que vivimos⁸⁶. Es, en síntesis, el corazón mismo de los métodos o procedimientos que articulamos en la modernidad para pensar y juzgar, para conseguir ampliar los horizontes de nuestros diversos conocimientos a través del intercambio de ideas, opiniones e interrogantes^{87/88}.

Así, cuando una sociedad moderna advierte que el progreso epistemológico depende de un proceso social o público⁸⁹, y se pregunta cómo organizarse para crear más conocimiento, el *principio de la libertad de expresión* la guía para que busque los arreglos institucionales necesarios para impedir que quienes detentan el poder público queden en posición legítima de bloquear o cerrar coactivamente ese proceso de dialogo o debate crítico, ejerciendo el rol paternalista al que hacíamos alusión⁹⁰. Elaborando más

⁸⁶ Tejiendo ese proyecto epistemológico sobre una red de conceptos similar a la que nosotros hemos ido incorporando –razón crítica, duda, hipótesis, reflexividad, diversidad de opciones– GIDDENS, en Beriain (comp.), *Las consecuencias*, 1996, 35, va a elaborar el siguiente cuadro: “la razón crítica moderna atraviesa la vida social tanto como la conciencia filosófica y constituye una dimensión existencial del mundo social contemporáneo. La modernidad institucionaliza el principio de la duda radical e insiste en que todo conocimiento toma la forma de hipótesis: estas pueden acceder a la condición de verdad, aunque, en principio, siempre están abiertas a la revisión y determinados puntos del análisis pueden ser abandonados”. Una exposición en la misma línea, más simple, pero también muy acertada, es la sentencia de la CConst. C-650/2003, de 5 de agosto.

⁸⁷ La idea de horizontes del conocimiento es tomada de MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 95. La idea general de POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 430-436, 440; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 104 s.; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 78, quien pone el asunto en estos términos: “La Ilustración es la época del «uso público de la razón»; por ello, la libertad política esencial no era para Kant, como sí lo era para Spinoza, la *libertas philosophandi*, sino la libertad para hablar y publicar (...) La libertad de palabra y de pensamiento, como la entendemos nosotros, es el derecho de un individuo a expresarse, a manifestar sus opiniones para poder persuadir a otros a fin de que compartan su punto de vista. Esto presupone que yo puedo pensar del todo por mí mismo y que mi reivindicación ante el gobierno es que me permita propagar aquello que elaboré en mi mente. La opinión de Kant sobre este tema es muy distinta: cree que la facultad de pensar depende de su uso público. Sin la «prueba del examen libre y público» no es posible ni pensar ni formarse opiniones. «La razón no está hecha para adaptarse al aislamiento, sino a la comunicación»”.

⁸⁸ Podemos sintetizar buena parte de este sistema abierto de construcción de conocimiento, la parte que más nos interesa ahora, de manera muy simple y bella con POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, 192: “Si me preguntáis: «¿Cómo sabe usted?», mi respuesta sería: «No sé; sólo propongo una conjetura. Si usted está interesado en mi problema, me sentiré muy feliz si usted critica mi conjetura, y si usted presenta contrapropuestas, yo a mi vez las criticaré»”.

⁸⁹ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 7; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 430 s.; TEN CATE, Yale J. L. & Human. 22 (2010), 39; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 77, 81.

⁹⁰ Cfr. además de las fuentes referenciadas en las anteriores n. 53-62., a: MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), 81: “ninguna nación ni ningún estado bien instituido, y que valorara en algo sus libros, usó jamás el método de censura previa sobre los mismos”; KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 22-25; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 63,66 s.; West Virginia State Board of Education et al. v. Barnette et al., 319 U.S. 624 (1943): “Si hay una estrella fija en nuestra constelación constitucional, es que ningún funcionario, de alto o bajo rango, puede prescribir lo que será ortodoxo en política, nacionalismo, religión u otros asuntos de opinión”; EMERSON, *General Theory*, 1966, 8; Red Lion Broad. Co. v. FCC, 395 U.S. 367(1969): “El propósito de la Primera Enmienda es preservar

detenidamente la cuestión, digamos que, en las sociedades en que se aplica un *principio de la libertad de expresión*, existe una fuerte sospecha o presunción negativa frente a las acciones de aquellas autoridades que pretenden cortar el proceso incesante de emergencia de conocimiento por desconfiar de las capacidades críticas de quienes estarían expuestos a esa opinión⁹¹. Escepticismo en la racionalidad de los ciudadanos que contrasta con la

un mercado desinhibido de ideas en el que la verdad en última instancia, prevalecerá, en lugar de tolerar la monopolización de ese mercado, ya sea a cargo del propio Gobierno o de un licenciario privado”; Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974): “Bajo la Primera Enmienda no hay tal cosa como una idea falsa. Por más perniciosa que pueda parecer una opinión, dependemos para su corrección no de la conciencia de los jueces y jurados sino de la competencia de esta con otras ideas”; FUCHS, Wm. & Mary L. Rev. 18 (1976), 357; DELGADO/MILLEN, Wash. L. Rev. 53 (1978), 354-358; STONE, Wm. & Mary L. Rev. 25 (1983), 212; BLASI, Colum. L. Rev. 85 (1985), 473; SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 69; FARBER, Harv. L. Rev. 105 (1991) 557 s.: “La regulación gubernamental de la expresión se basa a menudo en la premisa de que las personas responden irracionalmente a ciertas ideas o tipos de información. El escepticismo con respecto a esta premisa es fundamental para la doctrina moderna de la Primera Enmienda. La Primera Enmienda se basa en la creencia de que las personas tomarán mejores decisiones si están más completamente informadas (...) La jurisprudencia tradicional de la Primera Enmienda (...) asume que las personas son generalmente los mejores jueces de sus propios intereses y de los métodos necesarios para satisfacer esos intereses”; SADURSKI, Cardozo Arts & Ent. L.J. 15 (1997), 366: “El paternalismo, en términos generales, es una actitud esencialmente extraña a los valores fundamentales de la libertad de expresión”; CConst. T-213/2003, de 8 de marzo: “En una sociedad plural y multicultural, no es posible demandar una reserva sobre la verdad. No existe centro a partir del cual emana la verdad, a la cual los miembros de la sociedad accedan. Por el contrario, la «verdad» se traduce en un concepto relativo, producto de la construcción de imaginarios y de sistemas de valores en la sociedad. Cada grupo social, cada persona y cada sistema de la sociedad ofrecen versiones propias sobre la realidad, que califica de verdaderas. No existe un monopolio sobre la verdad. Admitir lo contrario, implica un régimen absolutamente totalitario, en la medida en que cada persona se ve constreñida a diseñar su proyecto de vida a partir de determinada concepción acerca de lo que se considera verdadero. Se controla, así, no el diseño del proyecto de vida en sus aspectos particulares, sino que se impide seleccionar la concepción de lo verdadero que cada persona considera razonable”; CARPENTER, Creighton L. Rev. 37 (2004), 579: “La Primera Enmienda expresa la idea de que el gobierno no debería poder decirles a los ciudadanos qué deben hablar, escuchar, escribir o leer”, y luego –583– va a hablarnos hasta de seis compromisos institucionales que resultan de ver el *principio de la libertad de expresión* como un principio antipaternalista: “Primero, impide que el Estado adopte lo que yo llamo una estrategia de negación de información para lograr lo que cree que es para los mejores intereses de los ciudadanos. En segundo lugar, restringe el papel del Estado como un tomador de decisiones central, impidiendo que el Estado restrinja el flujo de la expresión como un método para desalentar las elecciones hechas por los individuos en su propio interés, porque el Estado cree que esas decisiones dañarán el bienestar colectivo. En tercer lugar, prohíbe la regulación de la expresión que niega la información, incluso si la restricción de la expresión realmente logra su objetivo de manipular la toma de decisiones de los ciudadanos en una dirección que el Estado cree que representa el mejor interés de los ciudadanos. En cuarto lugar, invalida la regulación de la expresión que restringe el flujo de información al destinatario de la información, independientemente de si la regulación toma la forma de restricción en el hablante o con el destinatario. En quinto lugar, evita que el Estado justifique la regulación de la expresión basándose en el efecto principal que tendrá en los destinatarios. Finalmente, evita que el Estado justifique la regulación de la expresión basándose en la presunta infracción que podría llegar a causar la expresión”; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 431, 440, 451; GEY, FLA. St. U. L. Rev. 36 (2008), 18 s., 21 s.; TEN CATE, Yale J. L. & Human. 22 (2010), 50; United States v. Álvarez 132 S. Ct. 2537, 2543 (2012), en que se hace una remisión orwelliana: “nuestra tradición constitucional se interpone a la idea de que necesitamos el «Ministerio de la Verdad de Oceanía» para decidir sobre la falsedad o verdad de las afirmaciones”; HORWITZ, Wash. L. Rev. 87 (2012), 451; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1086.

⁹¹ Cfr. TODOROV, *Constant*, 1999, 49; J. SCALIA, voto en parte concurrente y en parte disidente en McConnell v. FEC, 540 U.S. 93,258 (2003): “La premisa de la Primera Enmienda es que el pueblo estadounidense no es ni de ovejas ni de tontos”; CARPENTER, Creighton L. Rev. 37 (2004), 633; GEY, Fla.

absoluta certeza que tiene el censor en sus propias capacidades, que lo habilitan incluso –eso entiende él– para dar por cerrada la deliberación sobre un asunto arrogándose él mismo el papel de juez infalible de última instancia⁹².

Debemos tener en cuenta que, sumado al hecho de que esa *presunción de infalibilidad* de la autoridad pública resulta –como ya hemos visto– ilegítima e injustificada epistemológicamente, si aun en gracia de discusión tuviera el funcionario esa infalibilidad que se arroga, tampoco sería útil que la empleara para *censurar*⁹³ opiniones⁹⁴. Ello porque si esas opiniones son verdaderas y virtuosas, o parcialmente verdaderas y virtuosas, o falsas y perniciosas, o cualquier otra combinación que pueda imaginar el lector, no habría un caso en que silenciar esas opiniones, y de paso cerrar ese debate público, no fuera un inadmisibles “hurto a la raza humana”⁹⁵. Esto es, no solo a

St. U. L. Rev. 36 (2008), 22; BARNETT LIDSKY, U. Ill. L. Rev. (2010), 802, quien señala que, a pesar de que efectivamente todos somos falibles, es necesario generalmente considerar a la audiencia de la expresión como racional por la “desconfianza de la intervención gubernamental en el mercado de las ideas. Los tribunales han sido acusados de vigilar los límites del discurso público, y el supuesto de la audiencia racional les impide hacerlo de una manera excesivamente paternalista. Si los tribunales tuvieran la libertad de asumir la suposición de que el público en general es estúpido y no tiene información, eso los llevaría a permitir la intervención gubernamental en el mercado en nombre del servicio al bien público”.

⁹² Cfr. KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.^a, 2007, (1784), 23, califica a la autoridad que considera que su opinión es superior a la de su pueblo como un “tirano”, “un déspota espiritual”; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 63, 66s.; MONRO, *Inquiry* 13 (1970), 243; DUVAL, *Geo. Wash. L. Rev.* 41 (1972), 205 s.; DE LUCAS, *Diánoia* 33 (1987), 134: “la posición de Kant es el corazón de la *Aufklärung*, la negación del dogmatismo (el que nadie pueda contestar con validez apodíctica la corrección de una proposición), desde el convencimiento de que «el litigio favorece a la razón», que es preciso combatir el adversario «únicamente con armas de la razón». Por eso el rechazo –que Kant pone en boca de Hume– de «toda coerción que se pretenda ejercer sobre la razón». Hay que tener en cuenta que Kant escribe teniendo en mente la figura de Federico el Grande y las dificultades que encuentra la libertad de expresión”; CARPENTER, *Creighton L. Rev.* 37 (2004), 632; GEY, *Fla. St. U. L. Rev.* 36 (2008), 22; VOLOKH, *Va. L. Rev.* 97 (2011), 597.

⁹³ Como recordará el lector, en esta tesis nos preocupa especialmente la relación existente entre el derecho constitucional de la libertad de expresión y el ejercicio legítimo del poder punitivo estatal. Por eso utilizaré frecuentemente, en el resto del capítulo, términos como censurar, acallar, silenciar –que son los que emplea MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 63-134–. Aun sin haber perfilado o precisado jurídicamente estos términos, estos nos permiten avanzar sabiendo que –de conformidad con los objetivos particulares de esta tesis– no nos estamos preguntando por lo que el Estado debería hacer en su papel como empleador, educador, empresario, financiador, etc. Es este contraste, esta posibilidad de distinguir entre diferentes tipos de actividad estatal, así sea en un plano todavía muy general o abstracto, la que me interesa de este término.

⁹⁴ Cfr. MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), 61, 89-97, ferviente religioso, va a explicar por qué incluso Dios, que sí que era infalible, había estimado no ser un censor, prefiriendo dejar al hombre frente a toda tentación, vicio, error, etc.; CARPENTER, *Creighton L. Rev.* 37 (2004), 615; HORWITZ, *Wash. L. Rev.* 87 (2012), 451.

⁹⁵ MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 66. En el mismo sentido v. MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), 59, 69,79 ss.; 91-94,103, 113, para quien los libros –expresión que extiende a cualquier fuente de conocimiento– que venían cargados de tentaciones, errores, vicios, falsedades, necedades eran un

quien sostiene esa opinión, sino al resto de la humanidad presente y futura que, sin poder reflexionar directamente sobre ellas, habrá visto cortado de tajo el único método que tiene para confrontar y evaluar la valía y la legitimidad tanto de esa opinión como de otra que se tenga a bien sostener⁹⁶: el debate libre y abierto sobre ellas.

Demostrar este segundo punto, el de la censura como “un hurto a la raza humana”, va a ser central para esta línea argumentativa –como para todo proyecto institucional inspirado en la modernidad o la Ilustración⁹⁷–, por lo que es necesario que hagamos un análisis más detenido del mismo. Ello, puesto que alguien podría contraargumentar, con razón, que también son seres humanos falibles los que se encargan de decidir sobre asuntos tan importantes como la determinación de la responsabilidad de un individuo en un homicidio⁹⁸. Y allí, frente a un tema tan sensible para la vida social, no solemos pensar

imprescindible *pharmakon* –sustancia peligrosa que, sabiamente administrada, es sin embargo la mejor de las medicinas– del que necesitan los humanos para poder forjar, templar, madurar, componer su razón. La razón, dice el autor, no es otra cosa que la “capacidad de elección” que tienen los humanos para escoger por sí mismos entre lo verdadero y lo falso, lo bello y lo feo, lo bueno y lo malo, etc.; KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 22 s.; EMERSON, *General Theory*, 1966, 8; New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1976), en la que, incorporando el pensamiento de MILL, se va a decir: “Incluso se puede considerar que una declaración falsa es una valiosa contribución al debate público, ya que produce “una percepción más clara y una impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error”; DELGADO/MILLEN, Wash. L. Rev. 53 (1978), 379 s.; GREENAWALT, Colum. L. Rev. 89 (1989), 130; CConst. C-650/2003, de 5 de agosto; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 93; BARENDT, *Free speech*, 2.ª, 2005, 8; SKORUPSKI, *Mill*, 2006, 56; SCHAUER, Geo. Wash. L. Rev. (2008), 922 ss.; TEN CATE, Yale J. L. & Human. 22 (2010), 38; VOLOKH, Va. L. Rev. 97 (2011), 597 s.; HORWITZ, Wash. L. Rev. 87 (2012), 449, va a resumir la idea general así: “Mill hace tres argumentos. Primero, una idea que asumimos que es falsa puede ser verdadera. En segundo lugar, algunas ideas pueden contener elementos tanto de verdad como de falsedad, de modo que suprimir una falsedad también nos priva de lo que es verdadero. Finalmente, el discurso falso tiene un valor propio: puede dar como resultado «una percepción más clara y una impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error»”; PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *Libertad de expresión*, 2017, 21.

⁹⁶ Como anota WILLIAMS, U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 678, la sistemática censura de opiniones de uno de los frentes del debate afecta necesariamente la legitimidad del otro frente, pues ya nadie creará en el debate mismo cuando solo pueda escucharse lo que tiene para decir una de las partes: “Si se silencia una gran cantidad de expresiones, ya sea en todo el mercado o en gran parte de él, se destruye la función de la expresión que produce verdad, un efecto que es bastante obvio para cualquier observador. Nadie confiará más en el mercado restante de ideas para determinar la verdad. Este fenómeno es un lugar común en los países totalitarios, donde la gente asume regularmente que el discurso dado a conocer por el gobierno es falso o engañoso”. En el mismo sentido v. también VOLOKH, Va. L. Rev. 97 (2011), 597 s.; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 64 s.

⁹⁷ Notará de inmediato el lector la importancia central que da a este punto KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 18-25.

⁹⁸ El lector puede encontrar múltiples ejemplos, diferentes al homicidio, en: CARPENTER, Creighton L. Rev. 37 (2004), 579.

que los representantes del poder público están ejerciendo un ilegítimo papel paternalista al actuar⁹⁹, ni les reprochamos de entrada que no pueden arrogarse la posición de tener la Verdad¹⁰⁰. Les exigimos acatar un proceso y unas formas que garantizan que han aquilatado, cuanto es posible, sus juicios para que no vayan a afectar ilegítimamente nuestra libertad individual, pero no estamos dispuestos a rechazar la necesidad misma de que asuman una posición de juicio tan frontal y enérgicamente¹⁰¹.

Detengámonos entonces a pensar en esta posible objeción con un par de ejemplos que nos van a permitir probar algunas de las ideas que ya hemos incorporado y, al tiempo, acercarnos a los elementos necesarios para completar la presentación inicial de los argumentos que se trenzan alrededor de este primer eje. Consideremos entonces el caso de una autoridad que, habilitada por una arrogante *presunción de infalibilidad*, decide censurar a un científico extranjero que va a venir al país a explicar en una conferencia por qué su teoría niega la influencia de los humanos en el calentamiento global. También pensemos en otra autoridad que ha prohibido la distribución de un viejo libro religioso en el que se explica que el universo fue creado por una intervención divina, no por una supuesta gran explosión. En ambos casos, los funcionarios de turno estaban convencidos de que la comunicación de tan perniciosas ideas iba a hacer que los ciudadanos se aferraran a creencias o supersticiones equivocadas y primitivas que era preciso erradicar para mejorar el bienestar general de esa sociedad.

Note entonces el lector que el *principio de la libertad de expresión* del que hemos venido hablando no se alzaría entonces como guardián protector de la libertad del científico extranjero ni del autor del libro religioso –que bien puede haber muerto hace muchos años–. Lo que le interesaría, lo que haría odiosa y presumiblemente ilegítima la censura estatal, estaría incluso más primordialmente ligado a la audiencia receptora – presente y futura– del mensaje que de su emisor. Al hecho de que se quiera impedir la libre circulación de ideas, opiniones, pensamientos en esa sociedad¹⁰². Más

⁹⁹ Cfr. CARPENTER, Creighton L. Rev. 37 (2004), 579.

¹⁰⁰ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 69.

¹⁰¹ Cfr. KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 20 s.; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 65 s., 69 s.

¹⁰² Cfr. J. BRENNAN, voto concurrente en Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301, 308 (1965): “La difusión de ideas no puede lograr nada si los eventuales destinatarios no son libres de recibirlas y

concretamente, a que las acciones estatales puedan llegar a prohibir o molestar la serie de interacciones comunicativas recíprocas –hablar y escuchar, escribir y leer, criticar y ser criticado, argumentar y contraargumentar, interrogar y ser interrogado, etc.– que hacen posible el diálogo o debate público que es necesario para que la sociedad y sus respectivos miembros puedan ir formando y aquilatando sus opiniones frente a determinado asunto. Para que cada uno de nosotros sea libre de buscar la verdad.

En las sociedades modernas o críticas que hemos venido describiendo, en las que el campo epistemológico debe permanecer abierto, condenado al perpetuo progreso, la audiencia nunca va a poder abandonar ni la incertidumbre ni el apetito por escuchar y debatir cualquier opinión –por disparatada que pueda parecerle al funcionario censorador de turno¹⁰³–. La difusión de una opinión en estas sociedades, sobre el calentamiento global o el origen del universo, ha dejado entonces de ser un asunto privado –en que cada emisor debe vérselas con el Estado¹⁰⁴–, y se ha convertido por principio en un asunto de interés público¹⁰⁵. ¿Por qué? Porque esa sociedad se ha emancipado y quiere interrogar y juzgar *por sí misma* –sin que un tutor que cree ser más sabio lo haga por ella– los méritos de las diferentes posiciones o puntos de vista que se puedan ofrecer sobre este o cualquier otro asunto¹⁰⁶. Porque no quiere que sus conocimientos caigan en la aquiescencia y en el

considerarlas. Sería un mercado de las ideas estéril en el que solo habría vendedores y no compradores”; DUVAL, *Geo. Wash. L. Rev.* 41 (1972), 205 s.; J. MARSHALL, voto disidente en *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 775 (1972): “la Primera Enmienda protege el derecho a recibir información e ideas, la libertad de escuchar y la libertad de hablar [Estos derechos] son inseparables; son dos caras de la misma moneda” *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976): “Donde exista un orador, como es el caso aquí, la protección otorgada se da a la comunicación, tanto a su fuente como a sus destinatarios”; DELGADO/MILLEN, *Wash. L. Rev.* 53 (1978), 381 s.; FRANCIONE, *U. Pa. L. Rev.* 136 (1987), 440, 446; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 93, quien afirma que, desde MILL, las teorías de la libertad de expresión han estado más preocupadas por los intereses de quienes escuchan el mensaje y de los terceros que de quien efectivamente se expresa; CARPENTER, *Creighton L. Rev.* 37 (2004), 615 s.; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 81, 103 s.; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 80; MASSARO/NORTON, *Nw. U. L. Rev.* 110 (2016), 1178.

¹⁰³ Cfr. HOLMES, voto disidente en *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 654 (1929); EMERSON, *General Theory*, 1966, 8; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 89; CARPENTER, *Creighton L. Rev.* 37 (2004), 615; TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 36, 51.

¹⁰⁴ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 65 s., 105 ss.; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 103 s.

¹⁰⁵ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 7; SKORUPSKI, *Mill*, 2006, 56 s.; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 81, 103, 115; TARODO SORIA, en Díaz y García Conlledo/García Amado/Junieles Acosta/Tarodo Soria, (coords.), *Libertad de expresión*, 2012, 24 s; BARCELÓ I SERRAMALERA, *Chapecó* 14 (2013), 31 s.; KENNEDY, voto disidente en: *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 575 U.S. ____ (2015), 1.

¹⁰⁶ Es muy importante que insistamos en que MILL no hablaba de *libertad de expresión* sino de *libertad de pensamiento y discusión*, pues esto nos va a dar la clave para entender mejor lo que desde esta línea argumentativa se entiende que está en juego al buscar establecer un principio contra la censura. Como

estancamiento al que lleva el dogmatismo y por eso da la bienvenida a cualquier interlocutor que le interroge y le haga reflexionar sobre los fundamentos de estos¹⁰⁷.

hemos ido viendo, tanto en MILL, como en KANT, hay una marcada relación de interdependencia entre la libertad de pensamiento y la libertad de discusión pública. Al respecto v. también: J. CARDOZO, en *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 326 (1937): “La libertad de pensamiento y discurso ... es la matriz, la condición indispensable de casi todas las demás formas de libertad. Con raras aberraciones, un reconocimiento generalizado de esta verdad se puede rastrear en nuestra historia, política y legal”; EMERSON, *General Theory*, 1966,7; DELGADO/MILLEN, *Wash. L. Rev.* 53 (1978), 366, 372 s.; CConst C-616/97, de 27 de noviembre: “La libertad de pensamiento comporta para su titular la facultad de adherir o de profesar determinada ideología, filosofía o cosmovisión; de tener ideas propias, juicios respecto de las cosas. Así pues, este derecho implica el atributo personal, derivado de la naturaleza racional del hombre, de asentir o estar conforme con determinado sistema de ideas en torno del mismo hombre, del mundo y de los valores. La libertad de pensamiento, como lo consagra el artículo 20 superior, conlleva la libertad de expresión. Por ello la norma citada dice: «Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento...» Toda vez que lo que interesa al mundo jurídico son las relaciones de alteridad, sería contrario a toda lógica admitir la existencia de la facultad jurídica de tener una propia concepción de las cosas, si esta no pudiera comunicarse a los demás. Luego, jurídicamente, pensamiento y expresión, como derechos, resultan ser una realidad inescindible. De otro lado, cabe afirmar que la libertad de opinión significa la posibilidad de comunicar a otros el propio pensamiento, por lo cual puede decirse que este derecho coincide en cuanto a su objeto con la libertad de expresión»; SHIFFRIN, *Dissent*, 1999, 95; *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002): “Las libertades de la Primera Enmienda están en mayor peligro cuando el gobierno busca controlar el pensamiento o justificar sus leyes en un fin inadmisibles como ese (...) El derecho a pensar es el comienzo de la libertad, y la expresión debe ser protegida del gobierno porque la expresión es el principio del pensamiento”; POST, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 158; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 93; CARPENTER, *Creighton L. Rev.* 37 (2004), 591 s., 616 s., 633; SKORUPSKI, *Mill*, 2006, 60 s.; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 81, quien nos va a decir que “lo que está en juego a través del enunciado de la libertad de opinión” es justamente “la independencia del pensamiento, de la opinión frente al poder”; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 80 s., quien, incorporando el pensamiento del propio KANT, lo va a poner así: “Se dice, desde luego, que un poder superior puede quitarnos la libertad de hablar o de escribir, pero no la libertad de pensamiento. Sin embargo, ¡cuánto y con qué licitud pensaríamos si no pensáramos, en cierto modo, en comunidad con otros a los que comunicar nuestros pensamientos y ellos a nosotros los suyos! Puede decirse, por tanto, que aquel poder exterior que arrebató a los hombres la libertad de comunicar públicamente sus pensamientos, les quita también la libertad de pensamiento: la única joya que aún nos queda junto a todas las demás cargas civiles y sólo mediante la cual puede procurarse aún remedio contra todos los males de este estado”; MUÑOZ MACHADO, *Libertad de palabra*, 2013, 150.

¹⁰⁷ Una de las partes más célebres de la argumentación de MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 65, es en la que afirma que incluso si la humanidad completa sostuviera fervientemente una misma opinión frente un asunto, y existiera solo una persona que opinara lo contrario, carecería de legitimidad la humanidad para silenciar a ese disidente solitario. Posteriormente, 102 s., va a decir que, si no existiese ese valioso disidente solitario, sería incluso completamente urgente y necesario imaginarlo, de manera que puedan seguirse revisando los fundamentos en que se basa el conocimiento y estos no vayan pasando a ser dogmas estériles, frases que se repiten de manera mecánica, cáscaras que van perdiendo su esencia y su contenido. Sobre esta misma cuestión considere el lector también: KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 21 s.; EMERSON, *General Theory*, 1966, 7: “un individuo que busca el conocimiento y la verdad debe escuchar todos los lados de la cuestión, especialmente la presentación que de ella hacen aquellos que se sienten fuertemente atraídos, y argumentan enérgicamente, por una visión diferente de la misma”; BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 260 s., quien comentando el pensamiento de Mill nos decía: “A menos que sea sometida a discusión, la verdad está expuesta a degenerar en dogma o prejuicio; los hombres ya no la considerarán como una verdad viva; la oposición es necesaria para mantenerla vigente. «Tanto los maestros como los discípulos se duermen en sus puestos tan pronto como el enemigo deja libre el campo», vencidos como están por «el profundo sueño de una opinión categórica». Mill creía en esto tan profundamente que declaró que si no hubiera verdaderos disidentes tendríamos la obligación de inventar argumentos contra nosotros mismos, con el fin de mantenernos en perfectas condiciones intelectuales”; SHIFFRIN, *Dissent*, 1999, 95 s.; TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 41

Porque decide mantener una mentalidad abierta, pues nunca sabe cuál opinión es la que va a desencadenar un debate productivo –con el consecuente progreso del conocimiento que siempre viene aparejado a él–¹⁰⁸. Porque nunca sabe cuál va a ser la revolucionaria hipótesis que, beneficiada por un debate abierto, permitirá que dentro de dos mil años muchas personas miren la teoría de una gran explosión de la misma manera en que hoy otras tantas miramos la teoría bíblica del Génesis¹⁰⁹.

Es esa perpetua apertura al debate, esa constante invitación a la difusión y confrontación de cualquier idea, la que nos da una señal inequívoca de que estamos ante una sociedad moderna en la que hay un sistema epistemológico enfocado a la adaptación y al progreso y regido por la libertad de expresión¹¹⁰. Un sistema en que la censura estatal de cualquier idea, opinión, perspectiva es, ya de entrada, mal vista por la opinión pública emancipada. Una pésima noticia incluso para quienes también consideran que la opinión sobre el calentamiento global o el origen del universo que fue censurada era falsa, pernicioso o estúpida. Una aversión y una eterna sospecha que, en definitiva, no depende en absoluto de la opinión que se tenga frente al asunto que coyunturalmente se esté abordando¹¹¹.

s.; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 74; TARODO SORIA, en Díaz y García Conlledo/García Amado/Junieles Acosta/Tarodo Soria, (coords.), *Libertad de expresión*, 2012, 24.

¹⁰⁸ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 95 s.; LASKI, *Liberalismo europeo*, 1939, 144; EMERSON, *General Theory*, 1966, 8; DUVAL, *Geo. Wash. L. Rev.* 41 (1972), 205 s.; DELGADO/MILLEN, *Wash. L. Rev.* 53 (1978), 366; FRANCIONE, *U. Pa. L. Rev.* 136 (1987), 429; SHIFFRIN, *Dissent*, 1999, 195; CARPENTER, *Creighton L. Rev.* 37 (2004), 634; TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 409 s.; VOLOKH, *Va. L. Rev.* 97 (2011), 597

¹⁰⁹ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 68 s.

¹¹⁰ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 107; EMERSON, *General Theory*, 1966, 11; DELGADO/MILLEN, *Wash. L. Rev.* 53 (1978), 366; GEY, *Fla. St. U. L. Rev.* 36 (2008), 1, 20; BLASI, *Va. L. Rev.* 97 (2011), 538 s.; TARODO SORIA, en Díaz y García Conlledo/García Amado/Junieles Acosta/Tarodo Soria, (coords.), *Libertad de expresión*, 2012, 24.

¹¹¹ Nuevamente resulta muy iluminadora en este punto la sentencia CConst T-391/2007, de 22 de mayo, que no solo nos ayuda a sostener esta idea, sino que también nos ayuda a ambientar la reflexión que sigue en el texto principal. Estableciendo a MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), como uno de los puntos de apoyos, se nos va a decir que: “*Son ampliamente conocidos los males derivados de la voluntad estatal de controlar o frenar el pensamiento y su manifestación –males que históricamente se ha pretendido abolir mediante la consagración de un derecho a la libertad de expresión. Fenómenos como la censura previa de los materiales impresos por parte de cuerpos eclesiásticos, civiles o mixtos, o los procesos penales por “difamación sediciosa” o “desacato” a quienes expresaran críticas al quehacer de las autoridades, constituyen los ejemplos más salientes de las técnicas a las que han recurrido durante siglos los gobernantes para lograr su propósito de suprimir el disenso o imponer un modo de pensamiento determinado. Tan importante se ha considerado históricamente la libertad de expresión en tanto precondition de una sociedad política libre y abierta, que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 recuerda, en su preámbulo, que “se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre,*

Y es de este profundo compromiso contra el poder de censura estatal, de sentir la necesidad de constituir un *espacio público* para el intercambio libre y crítico de ideas en que este poder no sea bienvenido, que han surgido la *sociedad civil* y sus respectivas instituciones —como p. ej. las comunidades científicas^{112–113}. Así, en las revolucionarias sociedades modernas, descentralizadas y abiertas epistemológicamente, esa *sociedad civil* —ese *nosotros* que se define y se activa por el reverso de ese poder público de censura— va a reclamar su legítimo derecho a encargarse de juzgar las disputas relacionadas con el calentamiento global, o el origen del universo, escuchando atentamente lo que las diferentes partes tengan para decir¹¹⁴.

el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. Adicionalmente, *la protección de esta libertad encuentra un fundamento práctico en la suspicacia, históricamente fundada, ante toda intervención estatal en la expresión; existen sólidas razones fácticas para concluir que los intentos de regular o limitar la expresión conllevan riesgos o peligros especiales que no están presentes en la regulación de otras conductas*” (las cursivas, salvo la referencia que hace la CConst al preámbulo, son propias). En este mismo sentido v. MONRO, *Inquiry* 13 (1970), 243; DELGADO/MILLEN, *Wash. L. Rev.* 53 (1978), 379 s., 385: “La supresión de la expresión pura, ya sea en su aspecto activo o pasivo, no puede disimularse fácilmente como algo diferente de lo que es: la censura. La supresión gubernamental de información con contenido científico sería difícil de justificar ante una ciudadanía que hunde sus raíces en la Ilustración”; CARPENTER, *Creighton L. Rev.* 37 (2004), 591 s.

¹¹² Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 97; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 431; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 104; VOLOKH, *Va. L. Rev.* 97 (2011), 597.

¹¹³ Cfr. KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 23 s.; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 63, 66; TOCQUEVILLE, *Democracia en América*, 1957 (1835), 636 ss.; EMERSON, *General Theory*, 1966, 8; DELGADO/MILLEN, *Wash. L. Rev.* 53 (1978), 366; FRASER, *Iustitia Interrupta*, 1997, 97 ss., quien además define este concepto de manera clara y elegante: “Designa el foro de las sociedades modernas donde se lleva a cabo la participación política a través del habla. Es el espacio en el que los ciudadanos deliberan sobre sus problemas comunes, por lo tanto, un espacio institucionalizado de interacción discursiva. Este espacio es conceptualmente distinto del Estado; es un lugar para la producción y circulación de discursos que, en principio, pueden ser críticos frente al Estado; CARPENTER, *Creighton L. Rev.* 37 (2004), 591 s.; GEY, *Fla. St. U. L. Rev.* 36 (2008), 20 s.; BHAGWAT, *The myth*, 2010, 80; TEN CATE, *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 44; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 81, 89, 103 s., quien nos dice que con la libertad de expresión “lo que está en juego es una escisión entre un espacio público y el espacio del poder (...) es la apertura de ese espacio fuera del poder (...) el derecho reconocido de hablar, de escribir, de imprimir, es el mismo derecho que el de oír, el de leer, el de transmitir. Es un derecho que constituye la dimensión de un espacio público donde la dualidad de hablar y del oír resulta multiplicada; donde la expresión resulta suscitada debido a su circulación, en vez de ser circunscrita como lo estaba en espacios cerrados particulares, privilegiados, siempre regidos por la autoridad”; SCANLON, *Va. L. Rev.* 97 (2011), 541; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 95 s.: “El hombre, en la más pequeña de sus acciones, establece la ley, es el legislador. Pero no puede legislar quien no es libre (...) su condición previa es evidentemente, la «libertad de pluma», a saber, la existencia de un espacio público si no para la acción, al menos para la opinión”.

¹¹⁴ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 8; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 431; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 97 s.

Por mucho que hoy este tipo de organización social epistemológica se dé por sentado en algunas sociedades, lo cierto es que no podría pensarse en los actuales métodos, instituciones y comunidades científicas –ni en los beneficios que estimemos que el progreso científico haya traído a nuestras sociedades–, sin antes haber conseguido ese espacio público para la libre confrontación de ideas que es constitutivo de ambas¹¹⁵. Sin ese profundo rechazo contra la censura estatal que inspiró siempre –y seguirá inspirando– muchas de las revoluciones democráticas¹¹⁶. Sin haber conseguido hacer valer lo que hemos denominado en este capítulo un *principio de la libertad de expresión*¹¹⁷.

En cualquier caso, este par de ejemplos nos hacen quedar cortos, pues bien sabe el lector que una sociedad civil tiene que lidiar con muchos otros asuntos. A través de múltiples esferas de debate público, debe ir convocando a los diferentes individuos –libres, sensibles y racionales– que la integran a participar de unas discusiones críticas y abiertas en torno a cualquier otra conjetura o manifestación del conocimiento que despierte su común interés¹¹⁸. Conjeturas e ideas que van a poder tomar prestadas unos sujetos que *deberán* experimentar y reflexionar con ellas –juzgarlas, criticarlas, reinterpretarlas, depurarlas, refinarlas, transformarlas, hacerlas progresar¹¹⁹– antes de reinsertarlas nuevamente a los incesantes debates que resultan de permitir que cada uno de nosotros pueda buscar la verdad por sí mismo¹²⁰.

¹¹⁵ Cfr. KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 23 ss.; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 430-436; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 97 s., 115.

¹¹⁶ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 97; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 431; DELGADO/MILLEN, Wash. L. Rev. 53 (1978), 354 s.; GEY, Fla. St. U. L. Rev. 36 (2008), 21 s.; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 115; ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 72, 92 s., 95 s., quien nos decía, comentando el pensamiento de Kant, que “el momento de la rebelión aparece cuando es abolida la libertad de opinión”.

¹¹⁷ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 97; POPPER, *La sociedad abierta*, 2006, 436.

¹¹⁸ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 99; GEY, Fla. St. U. L. Rev. 36 (2008), 1; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 105.

¹¹⁹ Cfr. ARENDT, *Filosofía política de Kant*, 2012, 66 ss.

¹²⁰ Cfr. KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 24; TOCQUEVILLE, *Democracia en América*, 1957, (1835), 201 s.; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 27; BISBAL TORRES, *Libertad de expresión*, Tesis doctoral inédita, 2005, 58; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 104, 107.

Con esto podemos terminar la presentación de este primer eje argumentativo. ¿Qué hace *especial* la libertad de expresión? ¿Qué justifica ese *bonus de escrutinio y protección constitucional* que le extienden nuestras sociedades en sus constituciones? Si tuviéramos que apurar ahora tan solo una respuesta, condensar estas reflexiones epistemológicas y políticas en una fórmula, diríamos dos cosas. Primero, que necesitamos una protección especialmente robusta de la libertad de expresión porque solo con esta podemos constituir un espacio público dedicado al intercambio libre y crítico de ideas, opiniones, conjeturas, interrogantes, etc. Y segundo, que solo dentro de un espacio público como este podemos los falibles seres humanos ejercer óptimamente nuestras capacidades finitas para lograr crear nuevo conocimiento.

B. Tolerancia, pluralismo, identidad, autonomía y libertad de expresión

En sus discursos sobre la libertad de expresión, autores como MILTON, VOLTAIRE, KANT, FICHTE o MILL empleaban una estrategia similar¹²¹. Todos explicaban el sentido de tener esta libertad a partir del examen crítico de las razones que soportan y legitiman las distintas formas de censura. Como una de las partes que se dirige al juez para presentarle sus argumentos frente al caso, estos autores buscaban que el lector pudiera conocer el atractivo que tenían las revolucionarias sociedades modernas por las que ellos estaban abogando. Querían que, tras apreciar lo que puede decirse en favor de dos tipos antagónicos de sociedad, su lector pudiera ejercer su capacidad de juicio para inclinarse hacia alguna de ellas.

En sus alegatos no había espacio para amplios vuelos de raciocinio ni para la abstracción más imaginativa. Ninguno de los conceptos o principios que servían de punto de apoyo para construir la argumentación saldría de un tablero en blanco o de un sueño utópico. Todo lo que tenían para decir debía emerger casi naturalmente de reflexionar junto al lector sobre experiencias concretas y terrenales que él también tenía a su alcance. De hacer que, una vez que su atención estuviera enfocada en diferentes episodios

¹²¹ Cfr. MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644); VOLTAIRE, *Cartas*, 1993 (1734), 91-98; KANT, en Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold/Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hamann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.ª, 2007, (1784), 17-25; FICHTE, *Reivindicación*, 1986, (1793), 1-48; MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 63-134. Para un análisis más profundo de estas estrategias discursivas, en la misma línea que el que se sugiere en el texto principal, v. KOPPELMAN, *Nw. U. L. Rev.* 107 (2013), 640-730, quien hace una interesante distinción entre estas defensas de la libertad de expresión, de orientación retórica, y muchas de las actuales, que se aproximan más al constructivismo rawlsiano.

históricos propiciados por las actuaciones de los regímenes de censura, hiciese un nuevo examen de lo ocurrido considerando todas y cada una de las razones que estos habían ofrecido para justificarse y cubrir de legitimidad sus actuaciones.

Lo primero que iban a hacer entonces era remitirse a los hechos, enseñar las evidencias. A través de un recorrido por una serie de diferentes acontecimientos históricos de censura y silenciamiento, buscaban que sus lectores pudiésemos comprobar los fatídicos resultados a los que sistemáticamente había conducido la lógica interna de los regímenes despóticos. Luego nos presentaban, por el revés de estas experiencias, la alternativa que ellos tenían en mente: una sociedad que limitaba el poder de censura estatal para poder garantizar un espacio público en el que los ciudadanos pudieran intercambiar y debatir libremente sus opiniones, puntos de vista, ideas, conocimientos, conjeturas, hipótesis, etc.

La forma de pensar en la libertad de expresión que tenían estos autores¹²² – representada aquí de manera gráfica en un escenario similar al de un juicio– sigue siendo la que mejor permite acercarnos a los contrastes o distinciones que dejan apreciar con mayor claridad el sentido de tener unas reglas constitucionales que garanticen la preservación de un espacio para el debate público. Por esto, a lo largo de este capítulo y de la tesis, estaremos volviendo constantemente sobre ella para guiar nuestra reflexión. De momento, sin embargo, hemos puesto el foco en esta estrategia para dirigirnos hacia un objetivo más concreto: lograr deslizarnos hacia este nuevo eje argumentativo de una manera en que podamos explicitar la manera en que se relaciona con el enfoque de la justificación de la libertad de expresión que venimos de presentar.

Adoptemos entonces esta estrategia y, aproximándonos a la libertad de expresión desde nuestra facultad de juicio, busquemos ir haciendo inteligible su sentido en el marco de una disputa, todavía hoy inacabada y por ende plenamente vigente, entre diferentes – incluso antagónicos– tipos de sociedad. Tomémosla, dentro de ese marco, como una de las principales distinciones o señas de identidad disponibles. Como un elemento que cualquier sociedad puede tomar para definirse, para presentarse ante sí misma y ante el resto de la humanidad diciendo: en un mundo formado por distintos tipos de sociedad,

¹²² El lector puede encontrar una caracterización más completa de esta forma de pensar a la que se está apuntando no solo en las fuentes referenciadas en la n. anterior, sino también en: LEFORT, *Democracy*, 1988, 9-21 y STONE, *Pepp. L. Rev.* 36 (2008-2009), 276.

cualquiera puede ubicar a la nuestra dentro de aquellas que se caracterizan por respetar y garantizar la libertad de expresión de todos y cada uno de sus miembros.

Con esta perspectiva, pensemos por un momento que somos los responsables de tomar el testigo de MILTON, VOLTAIRE, KANT, FICHTE o MILL y de encargarnos de resaltar el atractivo que tienen este tipo de sociedades –las que, adscritas a proyectos seculares, liberales, ilustrados, modernos o democráticos, tienen como característica común el respeto y la garantía de la libertad de expresión– cuando se les compara con otras. Que vamos a presentar y defender su caso ante la humanidad. A ofrecer a cualquiera que esté interesado en formar su juicio al respecto las razones por las que estas sociedades se constituyen y organizan de tal manera que el poder de censura estatal permanezca especialmente limitado.

Las primeras preguntas que deberíamos hacernos, como nuevos encargados de abogar por esta causa, serían las siguientes: ¿Ya hemos terminado de presentar el caso? ¿El único atractivo que vamos a hacer que ese lector-juez considere es el de que en estas sociedades se produce más conocimiento? ¿Será esta la única ventaja que tienen los miembros de estas sociedades frente a los de otras? ¿Es este el argumento tras las revoluciones y las luchas que han tenido que darse para poder crear este tipo de sociedades? ¿Estaría este tipo de sociedad dispuesta a sacrificar la libertad de expresión como principio y fin de la organización social en el hipotético caso de que se le demuestre que con un régimen público y sistemático de censura se puede crear incluso más conocimiento? Para resumir, en tan solo una pregunta, ¿La legitimidad de la libertad de expresión depende exclusivamente de su éxito como proyecto epistemológico?

Las respuestas a estas preguntas deberían ser, obviamente, negativas. Como defensores actuales de esta causa, sería difícil de explicar que, tras tomar la libertad de expresión como una diferencia entre tipos de sociedad, separando aquellas que han apostado por respetarla y garantizarla de las que no lo han hecho, lo único que tengamos para decir frente al cuadro resultante es que en las primeras se produce más conocimiento que en las segundas. No puede ser, nos dirían los autores cercanos a este nuevo eje argumentativo, que estemos considerando utilizar una estrategia defensiva tan incompleta. Que nuestro lector-juez no vaya a poder apreciar el atractivo colorido que la

diversidad cultural le da a este tipo de sociedades¹²³ porque solo queremos impresionarlo con la abismal diferencia que se ha marcado históricamente entre ser o no el tipo de sociedad que se compromete con la libertad de expresión en términos de progreso científico o tecnológico¹²⁴.

Para ver como este eje argumentativo nos permite iluminar otras partes de ese cuadro que resulta de pensar en estos contrastes, tomemos inicialmente la defensa de la libertad de expresión de RAZ¹²⁵. Este autor no tendría ningún problema con nuestro punto de partida, con que se busque subrayar las diferencias de corte epistemológico¹²⁶. Por el contrario, aceptaría de inmediato la pertinencia de comparar los niveles de desarrollo científico y tecnológico entre diferentes tipos de sociedad para apoyar la conclusión de que la limitación de la censura ha jugado un papel fundamental en la creación de nuevo conocimiento. Básicamente lo que RAZ tendría para añadir es que, tan pronto como se reflexione sobre este hecho, sobre las razones por las que las cosas se han dado de esta manera, empezará a ser evidente que tan solo hemos logrado enfocar una pequeña esquina del cuadro¹²⁷.

RAZ señala, en una dirección similar a la que ya sugeríamos en el anterior eje argumentativo, el motivo por el que estas sociedades crean más conocimiento científico que sus contrapartes: estas últimas, al ser más dadas a la prohibición y a la censura, tienen una tendencia natural a entorpecer el flujo e intercambio de información y, con ello, a hacer imposible la vida del científico¹²⁸. La *forma de vida* de un científico, nos dice RAZ, se ve afectada y tiende a distorsionarse e incluso arruinarse en la medida en que no se le permita hacer tranquilamente las cosas que de hecho constituyen gran parte de su actividad normal –obtener y difundir información–¹²⁹.

¹²³ Cfr. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 288.

¹²⁴ Para observar esta gran diferencia epistemológica el lector puede encontrar, además del análisis realizado en el acápite anterior de esta tesis, un buen punto de partida en: BARRON, en Golash (ed.), *Freedom of Expression*, 2010, 3-11; PINKER, *La Ilustración*, 2018, *passim*.

¹²⁵ RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 303-324.

¹²⁶ Cfr. RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 310.

¹²⁷ Cfr. RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 310.

¹²⁸ Cfr. RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 310.

¹²⁹ Cfr. RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 310.

Si acordamos que, a grandes rasgos, esta es una forma válida de pensar en la cuestión epistemológica que vimos en el anterior eje argumentativo, RAZ nos pide que, para ver si sería posible extender el cuerpo de razones que justifican una especial garantía de la libertad de expresión, reflexionemos sobre las siguientes cuestiones: ¿Es acaso la del científico la única *forma de vida* que tiende a arruinarse o hacerse imposible cuando se prohíbe o censura el flujo de información? ¿No habrá otras *formas de vida* que se vean igualmente afectadas? ¿No podríamos sospechar que puede ocurrirle algo similar a un economista, periodista, profesor, analista o activista? ¿No estaremos viendo ahora tan solo la punta del iceberg?

Más que responder ahora estas preguntas, lo que nos interesa es captar la nueva dirección hacia la que conducen el pensamiento. Lo primero que notará el lector es que en ellas las luces no están puestas sobre la ciencia y el conocimiento, sino sobre el propio científico y su forma de vida. Es a partir de este sutil movimiento, de esta forma de redirigir la atención, que RAZ consigue hacer que surjan una serie de nuevos interrogantes, que se empiece a insinuar un nuevo camino para explorar el sentido de la libertad de expresión¹³⁰. Que emerja, para ponerlo justo en los términos que nos interesan, un nuevo eje argumentativo.

El caso de la libertad de expresión y de la censura ya no se lleva a juicio, bajo este nuevo enfoque, como el de dos formas antagónicas de organizar una sociedad para una empresa como la del conocimiento, sino como dos formas antagónicas de ver y tratar a las personas. Insistamos en algo: no se nos está llamando a reexaminar completamente los méritos epistemológicos del tipo de sociedad secular que emana del ideario de la revolución científica y de la Ilustración –aquí nadie irá a pedirnos que volvamos a dar las razones por las que consideramos que, para apoyar la empresa humana de crear conocimiento, suele ser mejor que las sociedades se dediquen a distribuir los libros, no a quemarlos–. La reflexión a la que se nos está invitando no tiene como objeto principal el caso que hemos presentado hasta ahora, sino el que hemos dejado de presentar. La idea no es la de revisar las razones con las que hasta ahora hemos defendido la legitimidad de

¹³⁰ En un sentido muy similar v. la aproximación a la fundamentación de la libertad de expresión que propone SHIFFRIN, S., *Const. Comment.* 27 (2011), 283.

esta libertad, sino la de complementarlas y ensancharlas¹³¹. La propuesta que nos hacen es, para decirlo con la mayor claridad, la siguiente: antes de que el lector-juez termine de formar su juicio respecto a este tipo de sociedad, debemos estar seguros de que no solo ha podido examinar los resultados de su proyecto epistemológico, sino que también ha tenido la oportunidad de apreciar el atractivo de su proyecto moral¹³².

A este punto, seguramente habrá podido notar el lector que hemos ido avanzando a un paso especialmente lento en la introducción de este eje argumentativo. Ello se debe principalmente a un hecho: necesitamos ser claros y enfáticos en esta exposición inicial pues con ella prácticamente agotamos los aspectos que tienen en común estas fundamentaciones de la libertad de expresión. En efecto, son tan ricas, variadas y detalladas las imágenes que se han elaborado para defender la legitimidad de la libertad de expresión en el plano moral –y la correlativa ilegitimidad de la censura–, que, de continuar con un ejercicio de abstracción, generalización u homogenización, terminaríamos empobreciéndolas. Las expondríamos, si fuésemos más allá de esta idea general, como si fueran poco más que una serie de vaguedades y lugares comunes de escaso valor.

Por esto, para poder alejarnos de esta clase de exposición abstracta, nuestro plan, en adelante, va a ser justo el contrario: iremos entrando con estas defensas hasta el territorio mismo en que podemos contextualizarlas dentro de sus propios escenarios de debate. En otras palabras, lo que intentaremos, por esta nueva vía, es interrogar estas fundamentaciones de la libertad de expresión para saber en qué tipo de discusiones se insertan y cómo han encontrado la manera de hacer argumentaciones atractivas y

¹³¹ En este sentido son particularmente claros tres de los autores cuyo trabajo estaremos enfocando directamente: NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 282; RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 305; NAGEL, *Philos. Public Aff.* 24 (1995), 96.

¹³² Detengámonos un momento más en esta propuesta para que, articulándola con las piezas que habíamos ido incorporando, podamos hacernos una idea general sobre la clase de fundamentos en favor de la libertad de expresión que se pueden encontrar dentro de este nuevo eje argumentativo. Tenemos que, en el marco de una disputa inacabada entre tipos antagónicos de sociedad, hay una serie de defensas de la libertad de expresión que se caracterizan por presentar su caso de manera similar. Todas ellas enseñan, a quien quiere tener elementos para juzgar la legitimidad de las nuevas y viejas formas de censura, imágenes que le permiten apreciar o recordar el valor moral de un proyecto o ideal de sociedad que opta por hacer justamente lo contrario, por respetar y tolerar un amplio rango de expresiones.

convincientes utilizando conceptos tan escurridizos –tan difíciles de fijar– como los de *tolerancia, pluralismo, dignidad, igualdad o autonomía*¹³³.

Siguiendo este plan, la primera defensa de la libertad de expresión que nos encontraremos será la de NICKEL¹³⁴. En el caso que presenta este autor veremos cómo, a partir de una reflexión sobre el papel que esta desempeña en la legitimación de las luchas emancipatorias de los grupos minoritarios, se argumenta que esta libertad forma parte de las únicas políticas para acomodar diversos grupos culturales, étnicos y religiosos en una misma comunidad política que resultan atractivas desde el punto de vista moral y político. Luego, nos encontraremos con una familia de argumentos que, tomando como marco de referencia la primera, nos permitirán observar la forma en que un sistema de la libertad de expresión aparece defendido esta vez como el mejor *software cultural* para nuestras sociedades actuales, para sus necesidades de crear una estructura para fabricar y delinear los significados que definen nuestras propias identidades que sea justa para todos. Finalmente, a la luz del debate sobre el denominado discurso del odio, volveremos a reflexionar sobre la relación entre la libertad de expresión y la libertad de pensamiento.

a) Pluralismo, tolerancia y libertad de expresión

Hay dos circunstancias que, al aproximarnos a esta primera imagen, van a jugar a nuestro favor. La primera de ellas es que el trabajo de NICKEL¹³⁵ –que va a ser nuestra referencia básica– es un ejemplo perfecto de cómo ir tras las razones que conforman el *principio de la libertad de expresión* a partir de la forma de pensar en esta libertad que venimos de explicar, por lo que su enfoque y su metodología nos resultarán familiares¹³⁶.

¹³³ Es cierto que, con esta forma de presentar este eje argumentativo, no podremos conocer pormenorizadamente los elementos más idiosincráticos de cada una de las teorías disponibles –objetivo que, siendo mínimamente realistas, es en cualquier caso imposible de conseguir para cualquier investigación–. Pero, en su lugar, esta estrategia podrá ayudarnos a apreciar cómo la libertad de expresión encuentra una y otra vez su lugar y su sentido en medio de los debates contemporáneos de filosofía moral y política. Cómo se abre siempre un campo dentro de nuestros ideales y proyectos de vida social.

¹³⁴ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 281-293.

¹³⁵ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 281-293.

¹³⁶ Considere el lector el siguiente fragmento en que el autor, hacia el final del texto, nos explica su enfoque. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 293: “un enfoque para justificar una norma o política es el de ofrecer una descripción y explicación de la misma que muestre sus atractivos y los defectos de sus rivales. En este texto he tratado de mostrar cómo una completa libertad de expresión (...) es parte de unos ideales muy atractivos”.

La segunda, es que estamos ante un autor que se va a ceñir a un orden y a una estructura que queda clara desde el principio, por lo que encontrar el hilo conductor de su argumentación no representa un reto en absoluto.

El trabajo de NICKEL se enmarca en los debates y controversias que se generan alrededor de la libertad de expresión con motivo de un tipo muy común de casos en los que un grupo religioso, étnico o cultural mayoritario, llevado por la intolerancia, trata de silenciar las expresiones o protestas de un grupo minoritario¹³⁷. Su objetivo principal es el de lograr conectar estas discusiones particulares sobre la libertad de expresión con otras más generales relacionadas con asuntos como la tolerancia entre los distintos grupos religiosos, étnicos o culturales¹³⁸. La tesis general que quiere exponer el autor es la de que la tolerancia de las expresiones que provienen de las distintas perspectivas culturales y religiosas se deriva, o es parte, de las políticas diseñadas para lidiar con la diversidad cultural y religiosa que resultan hoy en día más atractivas, en términos tanto morales como políticos, para nuestras sociedades¹³⁹.

Para tejer esa conexión de la que nos habla en su objetivo, y así llevarnos hacia una posición desde la que podamos considerar su tesis, NICKEL va a diseñar una estrategia que consta de tres etapas. En la primera, presenta formas diferentes de lidiar con la diversidad para que el lector, considerándolas, pueda apreciar por qué la tolerancia es la mejor alternativa. En la segunda, enlazará esta idea más general de la tolerancia como (mejor) respuesta social frente a la diversidad con una caracterización del ideal pluralista. Finalmente, en la tercera y última, va a articular ese ideal pluralista con la libertad de

¹³⁷ Para poder acompañar la argumentación de NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 281, con una idea más precisa de los casos que lo preocupan, consideremos la puntualización que realiza recurriendo a KALVEN – una de las figuras centrales de la discusión jurídica de la libertad de expresión en los EE. UU–: “En 1965, Harry Kalven escribió que «no sería un mal resumen de los problemas de la Primera Enmienda en la Corte Suprema en las últimas tres décadas decir simplemente: testigos de Jehová, comunistas, negros»”. Más allá de esta puntualización, note el lector que el punto de partida es bastante similar al de MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), 65, mismo que referenciamos atrás en la n. 107.

¹³⁸ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 281.

¹³⁹ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 281, nos invita a que para considerar su tesis recordemos que “el liberalismo, con sus actitudes tolerantes hacia la expresión de diferentes perspectivas religiosas, ha evolucionado como una respuesta práctica a las guerras religiosas de la Europa moderna primitiva. Esta explicación de los orígenes del liberalismo presupone lo que quiero enfatizar, a saber, que la tolerancia es una opción atractiva para lidiar con los problemas de acomodar a diversos grupos dentro de una sola sociedad”. En un sentido similar v. SCANLON, *Tolerance*, 2003, 192 s.

expresión, mostrando cómo este puede llegar a iluminar su sentido y ensanchar el cuerpo de razones subyacentes a esta.

Empecemos entonces ubicándonos en el primer paso de la estrategia contemplada por NICKEL. Como ya decíamos, en esta etapa introductoria se nos invita a reflexionar acerca de las diferentes formas en que se puede encarar el asunto de la diversidad. A que observemos y valoremos las ventajas y las desventajas de las distintas alternativas por las que puede llegar a optar una unidad política para enfrentarse a los asuntos derivados de las diferencias religiosas o culturales de los grupos que la componen. Para reducir complejidad –y poder llevar toda nuestra atención hacia los casos a los que apunta su trabajo–, NICKEL nos propone emplear un modelo simplificado de mayoría-minoría¹⁴⁰. Para situarnos en este, el autor nos pide que tomemos como referencia una sociedad en la que un grupo mayoritario y un grupo minoritario entran en conflicto con alguna frecuencia. Asumiendo la perspectiva del grupo –étnico, religioso o cultural– mayoritario, y suponiendo que este cuenta con un poder político que le permite decidir la suerte de la minoría, la cuestión sobre la que este modelo nos permite reflexionar resulta de preguntarnos: ¿Qué debería hacerse? “¿Cuáles son las principales opciones disponibles?”

141

En este punto, NICKEL va a pedirnos que examinemos tres planes de acción diferentes¹⁴². El primero consiste básicamente en intentar “deshacerse de la minoría”¹⁴³.

¹⁴⁰ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 283. Como estaremos trabajando mucho con los conceptos de *minoría* y *mayoría* –tanto en este como en el siguiente apartado– es importante que vayamos aclarando el sentido en que los entenderemos. Con ese fin, consideremos las definiciones de: OSBORNE, Isegoría 14 (1996), 80, quien incorporando el trabajo de Guillaumin, propone que: “los términos de «mayoría» y «minoría» describen más el poder de los grupos que su tamaño relativo: «Por minoritarios entenderemos (...) no aquellos que serían forzosamente menores en número, sino más bien aquellos que en una sociedad están en estado de «menor poder», sea este poder económico, jurídico, político». Minoría, pues, de carácter sociológico, aplicable a grupos relativamente carentes de poder y subordinados en las diversas sociedades” y COLOM, *Identidad*, 1998, 13: “la condición de minoría no alude a una dimensión puramente estadística o cuantitativa, sino a un estatus de inferioridad, de «menor poder» social”.

¹⁴¹ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 283. ACKERMAN, *J. Philos.* 1 (1989), 9, por su parte, plantea esta misma cuestión en los siguientes términos: “¿Cómo pueden diferentes grupos resolver su problema de coexistencia mutua de una manera razonable?”.

¹⁴² V. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 283-286.

¹⁴³ Nos dice NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 283, que, desafortunadamente, esta opción ha tenido mucho peso históricamente. Genocidios, epistemicidios, el asesinato selectivo de líderes sociales, la constante presión y amenaza, los diferentes usos del poder destinados a asegurarse de que los miembros del grupo minoritario tengan que elegir entre convertirse al mayoritario o buscar el exilio, son algunos ejemplos de las diferentes acciones que se han seguido de haber decidido optar por esta primera forma de enfrentarse a la diversidad. Cfr: KARST, *N.C. L. Rev.* 64 (1986), 311 ss.; POST, *Cal. L. Rev.* 76 (1988), 299 s.; NICKEL,

No necesitamos profundos argumentos para formar nuestro juicio sobre esta forma de enfrentar la diversidad, para acordar su absoluta ilegitimidad y reconocerla como la posibilidad menos atractiva desde el punto de vista moral¹⁴⁴. El segundo, es el de situar una frontera o barrera política que separe a los dos grupos¹⁴⁵. Mientras en algunas ocasiones estas particiones han conseguido que se reduzca la intensidad de los conflictos¹⁴⁶, en otras tan solo han llevado a que conflictos civiles o domésticos se

Law & Phil 7 (1988-1989), 283; BENHABIB, *Derechos de los otros*, 2005, 46, quien, comentando a Arendt, sitúa la decisión de seguir este plan de acción en los orígenes del totalitarismo: “Arendt siempre insistió en que entre las causas fundamentales del totalitarismo estuvo el colapso del sistema de estados naciones en Europa en las dos guerras mundiales. El desprecio totalitario por la vida humana y el eventual tratamiento de los seres humanos como entes «superfluos» comenzó, para Hannah Arendt, cuando millones de seres humanos fueron dejados «sin Estado» y se les negó el «derecho a tener derechos». No tener Estado o la pérdida de la nacionalidad, sostuvo, era equivalente a la pérdida de todos los derechos. Los que no tenían Estado eran privados no solo de sus derechos de ciudadanía; fueron privados de derechos humanos. Los derechos del hombre y los derechos del ciudadano, que las revoluciones burguesas modernas tan claramente delinearon, estaban profundamente imbricados. La pérdida de derechos ciudadanos, por tanto, en oposición a todas las declaraciones de derechos humanos, era políticamente equivalente a la completa pérdida de derechos humanos (...) La perversión del Estado moderno que pasó de ser un instrumento del derecho a uno de discrecionalidad sin derechos, al servicio de la nación, se completó cuando los estados comenzaron a practicar desnaturalizaciones masivas contra minorías indeseadas, creando así millones de refugiados, extranjeros deportados y pueblos sin Estado por sobre las fronteras. Los refugiados, las minorías, los sin Estado y las personas desplazadas son categorías especiales de seres humanos creadas a través de las acciones del Estado-nación. En un sistema de estados naciones circunscritos territorialmente, es decir, en un orden internacional «Estado-céntrico», la Condición legal del individuo depende de la protección por parte de la autoridad más alta que controla el territorio en el que uno reside y emite los papeles a los que uno tiene derecho. El individuo se vuelve un *refugiado* si es perseguido, expulsado y empujado fuera de su tierra; uno se convierte en una *minoría* si la mayoría política en el ente político declara que ciertos grupos no pertenecen al pueblo supuestamente «homogéneo»; uno es una persona sin Estado si el Estado de cuya protección se ha disfrutado hasta el momento retira dicha protección, así como anula los papeles que ha otorgado; uno es una persona *desplazada* si, habiendo sido colocado en situación de refugiado es miembro de una minoría o persona sin Estado, no puede encontrar otra entidad política que lo reconozca como miembro y queda en un estado de limbo, atrapado entre territorios, ninguno de los cuales desea que uno sea su residente”.

¹⁴⁴ De hecho, como pudimos ver en la n. anterior, se exagera poco cuando se dice que gran parte de las acciones más atroces e inhumanas que recuerda la humanidad se han producido tras haberse optado por esta opción en sus variantes más extremas.

¹⁴⁵ Esta frontera puede marcarse de dos maneras diferentes, pudiéndose dar lugar por esta vía tanto a una “partición externa” como a una “partición interna”. La primera manera, más extrema, separa definitivamente la unidad política, pues se crea un país completamente nuevo y diferente para el grupo minoritario. La segunda, más moderada, solo separa una región semiautónoma para esa minoría dentro del territorio del mismo país.

¹⁴⁶ Para ilustrar este punto, NICKEL, Law & Phil 7 (1988-1989), 284, incorpora el trabajo de GADGIL y propone considerar lo siguiente: “En retrospectiva, es probable que los observadores imparciales estén de acuerdo en que la partición de la India, aunque no la forma misma en que se produjo, ha sido algo bueno. A pesar de que deja a las minorías hindúes en Pakistán y a las minorías musulmanas en India, el principal problema de las relaciones entre hindúes y musulmanes dentro del subcontinente se ha vuelto manejable debido a la partición. Sin él, no podría haberse formado un gobierno estable y capaz de lidiar razonablemente con cualquier problema en ninguna parte del país”.

transformen en conflictos internacionales¹⁴⁷. Finalmente, una tercera vía es la de intentar buscar la “co-existencia”¹⁴⁸ entre ambos grupos.

Como hemos descartado de plano la primera opción, y dado que la segunda de ellas implica, al menos en buena medida, renunciar a esa tarea de acomodar dos o más grupos diferentes en una *comunidad política*, el camino que nos queda, si queremos encarar la cuestión de la diversidad en los términos planteados¹⁴⁹, es el de explorar la tercera opción, que hasta ahora apenas hemos mencionado.

NICKEL nos propone que, para empezar a avanzar por este camino, consideremos inicialmente un concepto muy general de *co-existencia*, de manera que, dentro del alcance de esta alternativa, quepa cualquier tipo de sociedad en que dos o más grupos –religiosos, étnicos, culturales– tratan de vivir juntos dentro de una misma unidad política¹⁵⁰. De las múltiples formas de *co-existencia* que podemos imaginar en una sociedad, una vez que estipulamos una definición así de amplia, NICKEL va a llamar la atención sobre tres en particular.

La primera es la que él denomina una “coexistencia Triple S”¹⁵¹. Esta consiste en que el grupo mayoritario coexiste con el grupo minoritario, pero lo mantiene *segregado*, *subordinado* y *silenciado*¹⁵². En estas sociedades, el plan de acción de la mayoría es esencialmente el de mantener chantajeados a los miembros de las minorías diciéndoles:

¹⁴⁷ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 284.

¹⁴⁸ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 284.

¹⁴⁹ Se utiliza la palabra “renuncia” porque expresa muy gráficamente el punto al que nos estamos refiriendo. Pero con ella no quiere expresarse ninguna clase de juicio sobre la legitimidad de esta segunda opción. Como indicábamos atrás, no hay duda alguna de que, ante ciertas circunstancias, esta opción puede ser la adecuada. Lo que queremos indicar, más que un juicio moral, es que, naturalmente, si nos estamos preguntando concretamente cuáles son las mejores maneras de lidiar con la diversidad, con los asuntos y los conflictos que pueden resultar de buscar que varios grupos diferentes puedan acomodarse *dentro de una misma comunidad política*, pierde para nosotros interés profundizar en lo que sucede en sociedades escindidas. El asunto –harto importante por demás– de cómo lidian entre sí sociedades con distintas perspectivas religiosas y culturales, es completamente diferente al que estamos tocando ahora, que se concentra exclusivamente en la diversidad dentro de una sola comunidad.

¹⁵⁰ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 284.

¹⁵¹ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 284.

¹⁵² Cfr. KARST, *N.C. L. Rev.* 64 (1986), 311-316, 320 ss.; NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 284. En este punto, NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 284, realiza además una precisión que puede ser importante: “obviamente, la separación [segregación] y la subordinación admiten grados. Si el grado de separación es tan grande que implica límites territoriales formales, entonces este es un ejemplo de partición, no de coexistencia”.

“No los mataremos ni los exiliaremos, y no vamos a hacer una división externa o interna, pero, para que les demos permiso de vivir aquí en paz, los miembros de su grupo tendrán que mantenerse entre ustedes (excepto cuando deban salir a trabajar), aceptar una posición social y políticamente subordinada y guardar silencio. Tendrán que mantener un perfil bajo”¹⁵³.

La segunda forma se encuentra en el tipo de sociedad en el que, aunque no hay *subordinación* ni *silenciamiento*, sí que puede apreciarse que la *co-existencia* se lleva al mínimo posible, pues la *separación* entre grupos está tan marcada que prácticamente no hay una esfera común en la vida social que los lleve a relacionarse e identificarse como miembros de una misma sociedad¹⁵⁴.

Hay, por último, una tercera forma de *co-existencia* en la que se busca que no haya relaciones de *separación* ni de *subordinación*¹⁵⁵ entre los diferentes grupos. La idea básica de la que se parte es muy simple: los diversos grupos deben intentar vivir juntos. Deben tratar de compartir una misma vida social sin que existan barreras formales o informales que los separen ni medidas sociales o políticas destinadas a conferirles mayor poder, estatus u oportunidades a los miembros de alguno de esos grupos¹⁵⁶. Sí esta idea se lleva a la práctica, y una sociedad consigue que diversos grupos coexistan de esta manera, suele decirse entonces que estamos ante una *sociedad tolerante*¹⁵⁷.

¹⁵³ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 285. En un sentido similar: KARST, *N.C. L. Rev.* 64 (1986), 311.

¹⁵⁴ Cfr. HOROWITZ, *Groups in conflict*, 1985, 21-36, quien, en un penetrante estudio, aquí no estaríamos ante una sola sociedad en la que hay grupo dominante que subordina a otro(s), sino ante múltiples sociedades que van resultando de que cada grupo logre funcionar como una unidad autónoma y relativamente independiente que se va colocando en paralelo – esto es, ni arriba ni abajo– a otras unidades dentro de la misma unidad política. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 285; KYMLICKA, en Heyd (ed.), *Toleration*, 1996, 81-103.

¹⁵⁵ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 285 s.

¹⁵⁶ Cfr. PARSONS, *Daedalus* 94 (1965) 1015; POST, *Cal. L. Rev.* 76 (1988), 302; NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 285; RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 311; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 189; BENHABIB, *Derechos de los otros*, 2005, 51 s.

¹⁵⁷ Cfr. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 285; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 192. Desafortunadamente estas sociedades, como se encarga de recordarnos BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 244, han sido una suerte de feliz excepción: “Las épocas y las sociedades en las que las libertades civiles fueron respetadas y la diversidad de opiniones y creencias toleradas han sido muy escasas y distanciadas, oasis en el desierto de la uniformidad, intolerancia y opresión humanas”.

Tendremos, más adelante, una nueva oportunidad para continuar con la caracterización de esta idea de la tolerancia de la diversidad étnica, cultural o religiosa¹⁵⁸. Quedémonos, de momento, con dos cuestiones que resultan del relieve que esta adquiere cuando se le compara con otras formas de lidiar con la diversidad. En primer lugar, notemos la altísima posibilidad de que, al preguntarnos por cuál debería ser nuestro proyecto –para buscar acomodar diferentes grupos en una misma unidad política–, el juicio moral y político que hagamos todos –o prácticamente todos– apunte en la misma dirección: la coexistencia tolerante es la mejor de las alternativas posibles. En segundo, más allá del espacio que genera para una valiosa reflexión personal, esta perspectiva comparativa nos lleva también a iluminar el juicio que han realizado nuestras sociedades sobre este asunto¹⁵⁹, el atractivo proyecto que han escogido y con el que se encuentran plenamente comprometidas.

¹⁵⁸ Por ahora, podemos acercarnos al concepto de *tolerancia* que estaremos trabajando para precisarlo un poco más de entrada. NICKEL, RAZ y NAGEL están muy cerca de una línea de pensamiento que BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 255, atribuye a MILL: “La tolerancia, como ha explicado el profesor Butterfield (...), implica una cierta falta de respeto: tolero tus creencias absurdas y tus actos sin sentido a pesar de que sé perfectamente que son absurdos y no tienen sentido. Pienso que Mill hubiera estado de acuerdo con esto. Creyó que mantener firmemente una opinión significaba poner en ella todos nuestros sentimientos. En una ocasión declaró que cuando algo nos concierne realmente, todo el que mantiene puntos de vista diferentes nos debe desagradar profundamente. Prefería esta actitud a los temperamentos y opiniones frías. No pedía necesariamente el respeto a las opiniones de los demás; lejos de ello, solamente pedía que se intentara comprenderlas y tolerarlas, pero nada más que tolerarlas. Desaprobar tales opiniones, pensar que están equivocados, burlarse de ellas o incluso despreciarlas, pero tolerarlas. Ya que, sin convicciones, sin algún sentimiento de antipatía, no puede existir ninguna convicción profunda; y sin ninguna convicción profunda no puede haber fines en la vida, (...). Ahora bien, sin tolerancia desaparecen las bases de una crítica racional, de una condena racional. Mill predicaba, por consiguiente, la comprensión y la tolerancia a cualquier precio. Comprender no significa necesariamente perdonar. Podemos discutir, atacar, rechazar, condenar con pasión y odio; pero no podemos exterminar o sofocar, ya que esto significaría destruir lo bueno y lo malo, y equivaldría a la moral colectivista y el suicidio intelectual. El respeto escéptico para las opiniones de nuestros adversarios le parece a Mill preferible a la indiferencia o el cinismo; pero incluso estas actitudes serían menos nocivas que la intolerancia o que una ortodoxia impuesta que matara toda discusión racional”. En un tono más sutil, NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 290 s., nos va a decir: “para ser tolerante con un grupo étnico o religioso distintivo no se requiere que uno apruebe o le guste su cultura, moralidad, creencias y actividades. La tolerancia es más fácil cuando se alía con el afecto, pero es muy posible ser tolerante con las personas que pertenecen a un grupo distintivo, incluso cuando uno piensa, digamos, que sus creencias religiosas son supersticiones, sus rituales vulgares, su lenguaje áspero en los oídos, su moral vergonzosa, y su actitud hacia otros grupos peligrosos. El compromiso con la tolerancia implica una seria decisión que permite que diversos grupos étnicos y religiosos disfruten de un estatus igualitario, es la mejor política para tratar las diferencias étnicas y religiosas dentro de una sola sociedad. Esto es muy diferente de la visión tonta y sentimental de que uno debe aprender a apreciar todas las culturas y religiones”. En un sentido muy similar v. RAZ, *Iowa L. Rev.* 74 (1988-1989), 761-786; Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 319-323; NAGEL, *Philos. Public Aff.* 24 (1995), 101 s.; WILLIAMS, en Heyd (ed.), *Toleration*, 1996, 18-27.

¹⁵⁹ Cfr. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 285 s.; COLOM, *Identidad*, 1998, 14.

Así, cuando nos dirigimos a las constituciones de nuestras sociedades, para preguntarles por un plan de acción para encarar la diversidad, nos encontramos con que en ellas abundan las evidencias de que la respuesta está dada por el más profundo compromiso con la idea de una coexistencia tolerante¹⁶⁰. Con la idea de que debemos intentar crear una sociedad que tolera las diferencias religiosas, étnicas y culturales entre los diversos grupos que la integran¹⁶¹.

Con el compromiso con la tolerancia como respuesta social frente a la diversidad en mente, pasemos ahora a observar la segunda etapa de la estrategia de NICKEL. Dentro de esta, recordemos, debemos avanzar las reflexiones que empezamos a hacer en esta primera etapa hasta que estas nos permitan llegar a iluminar y caracterizar el ideal pluralista. Para movernos en esta dirección, el autor va a proponer dos caminos. El primero, y el más corto, nos lleva a examinar cómo se conectan *segregación* y *subordinación* con *silenciamiento*. El segundo, que nos permitirá alcanzar el objetivo de NICKEL, conduce a examinar cómo en un tipo completamente diferente de sociedad se conecta en cambio *tolerancia*, lucha contra la *segregación* y la *subordinación*, y *libertad de expresión*.

Empecemos por el primero de los caminos volviendo sobre algunos aspectos generales de los sistemas de co-existencia basados en la *segregación* y la *subordinación*. La *segregación* suele estar animada por una idea de *superioridad* del grupo mayoritario¹⁶². Esta idea le lleva, por una parte, a ser excluyente y a señalar los espacios –separados– que corresponden a cada grupo por su estatus¹⁶³; y, por la otra, a rechazar la religión, cultura o estilo de vida de la minoría y desear que esta quede confinada para

¹⁶⁰ Considere el lector el caso colombiano a partir de los arts. 1, 2, 5, 7, 10, 13, 16, 18, 19, 68, 70 de la CCol y sentencias como: CConst T-254/1994, de 30 de mayo y CConst. T-213/2003, de 8 de marzo. También puede considerarse el caso español, en el que, además de los arts. 1, 6 o 20 –entre otros– de la CE, podemos apreciar este profundo compromiso con gran nitidez en: STC 6/1981, de 16 de marzo; STC 12/1982, de 31 de marzo; STC 104/1986, de 17 de julio; STC 159/1986, de 16 de diciembre; STC 107/1988, de 8 de junio; STC 51/1989, de 22 de febrero; STC 121/1989, de 24 de julio; STC 20/1990, de 15 de febrero; STC 20/1992, de 14 de febrero; STC 174/2006, de 5 de junio; STC 77/2009, 23 de marzo. Para una perspectiva más general de los compromisos jurídicos con la tolerancia propios de las sociedades liberales cfr. PARSONS, *Daedalus*, 94 (1965) 1017; NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 285 s.; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 198; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 124.

¹⁶¹ Cfr. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 285 s.; OSBORNE, *Isegoría* 14 (1996), 82.

¹⁶² Cfr. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 286; OSBORNE, *Isegoría* 14 (1996), 85 s.

¹⁶³ Cfr. KARST, *N.C. L. Rev.* 64 (1986), 321; OSBORNE, *Isegoría* 14 (1996), 86.

“evitar su influencia”¹⁶⁴. La *subordinación*, por su parte, implica que haya un tejido jerárquico del orden social que busque garantizar que los miembros de un grupo y otro permanezcan ubicados en los estratos sociales, políticos y económicos que, por su respectiva *superioridad* e *inferioridad* de estatus, les corresponde¹⁶⁵.

A partir de estos aspectos generales podemos entender rápidamente la conexión que existe entre *segregación*, *subordinación* y *silenciamiento*. Adoptando la perspectiva y los intereses de la mayoría en este tipo de sociedad, consideremos al menos dos razones obvias –señaladas por NICKEL¹⁶⁶– por las que permitir hablar libre y públicamente a los miembros de la minoría puede ser una mala idea. Una concesión que podría afectar gravemente la salud y la estabilidad del orden social vertical que se quiere imponer. En primer lugar, tengamos en cuenta que los miembros del grupo minoritario podrían llegar a ser muy persuasivos, tanto como para conseguir que su pernicioso e inferior religión, cultura o estilo de vida se propague a lo largo y ancho de la sociedad¹⁶⁷. En segundo, pensemos que el grupo minoritario podría tratar de reivindicar su igualdad frente a los miembros de la mayoría, y que sus reclamos y protestas podrían deslegitimar y dejar sin piso los métodos de estratificación social, haciendo que sean inútiles las medidas que los atan a ellos a las capas sociales inferiores y a los miembros de la mayoría a las posiciones de privilegio¹⁶⁸.

Pasemos ahora al segundo camino, que nos permite recuperar la perspectiva, los ideales, los intereses, los principios de un proyecto de sociedad mucho más atractivo, que, por fortuna, es el nuestro. De nuevo en nuestro bando, pensemos ahora en lo siguiente: aquello que puede resultar una muy mala idea en una sociedad que aspira a la *segregación* y a la *subordinación*, puede ser en cambio una muy buena idea para una sociedad que

¹⁶⁴ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 286. Cfr. SCANLON, *Tolerance*, 2003, 192.

¹⁶⁵ Cfr. KARST, *N.C. L. Rev.* 64 (1986), 321; Cardozo *Stud. L. & Lit.* 12 (2000), 24 s.; OSBORNE, *Isegoría* 14 (1996), 85 s., quien explica los sistemas de castas.; FRASER, *Iustitia Interrupta*, 1997, 114, quien habla de sociedades estratificadas.

¹⁶⁶ V. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 286.

¹⁶⁷ Cfr. BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 256; NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 286; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 113.

¹⁶⁸ Cfr. KARST, *U. Chi. L. Rev.* 43 (1975), 26; *N.C. L. Rev.* 64 (1986), 329; BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 256; NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 286; OSBORNE, *Isegoría* 14 (1996), 86; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 113; SHIFFRIN, S., *Const. Comment.* 27 (2011), 292; SHIFFRIN, *Va. L. Rev.* 97 (2011), 562.

lucha contra la *segregación* y la *subordinación*. Así las cosas, tal vez el par de razones por las que un tipo de sociedad le teme al mundo de posibilidades que se abre cuando se permite que los miembros de las minorías se expresen libre y públicamente, se parezca mucho a las razones que un tipo opuesto de sociedad —el de las sociedades tolerantes— encuentra para abrir y desatar ese mundo de posibilidades. La enfermedad de un sistema social puede ser la cura de otro.

Sin olvidarnos de estas ideas, volvamos entonces a NICKEL y, después de haber visto cómo conecta *segregación* y *subordinación* con *silenciamiento*, observemos cómo va a ir tejiendo la relación entre *tolerancia* y *libertad de expresión*¹⁶⁹. Para esto, insistamos nuevamente en que una sociedad tolerante se define por su lucha comprometida contra la *separación* y *subordinación*. Buscar evitar esta clase de relaciones, señala NICKEL¹⁷⁰, hace que estas sociedades tengan que trabajar fuertemente en la creación de unas actitudes e instituciones que permitan que toda persona pueda ser un miembro importante de la comunidad política —teniendo el *estatus* de ciudadano de pleno derecho¹⁷¹— y un miembro activo de cualquiera de sus diversos grupos religiosos, étnicos y culturales¹⁷². Como decíamos antes, dentro de la idea básica de este proyecto está el que cualquier persona pueda ostentar públicamente —si lo desea— las señas de su identidad que lo caracterizan y hacen diferente sin que por ello el grupo dominante pueda penalizarle, relegarle a una posición de ciudadano de menor categoría, hacerlo merecedor

¹⁶⁹ Cfr. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 286-291.

¹⁷⁰ Cfr. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 286 s.

¹⁷¹ Sobre la ciudadanía como *estatus* de miembro perteneciente a la comunidad moral y política v. PARSONS, *Daedalus* 94 (1965) 1009 s.; KARST, *U. Chi. L. Rev.* 43 (1975), 26; Cardozo *Stud. L. & Lit.* 12 (2000), 18; NAGEL, *Philos. Public Aff.* 24 (1995), 85; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 194 s.; BENHABIB, *Derechos de los otros*, 2005, 41, quien nos recuerda que: “Las mujeres y los esclavos, los sirvientes y los hombres blancos sin propiedad, los no cristianos y las razas no blancas, históricamente fueron excluidos de la condición de miembro del ente soberano y del proyecto de ciudadanía. Eran, en las famosas palabras de Kant meros «auxiliares de la comunidad políticamente organizada»”.

¹⁷² BENHABIB, *Derechos de los otros*, 2005, 41, nos diría que estamos apuntando al reto de crear estructuras sociales capaces de encarar “la tensión entre la reivindicación de derechos humanos universales y las identidades particulares culturales y nacionales”. El hecho de que todos podamos ser iguales en cierto sentido —merecedores de un mismo paquete de derechos civiles, políticos y sociales— y diferentes en otro —con nuestras propias señas de identidad—.

de un estatus de inferioridad en las esferas social, política o económica o restarle oportunidades de ascenso social¹⁷³.

Así las cosas, sabemos que estamos ante una sociedad verdaderamente comprometida con estos ideales, insiste NICKEL, cuando vemos un esfuerzo colectivo por lograr que la identificación con las diversas etnias, culturas o religiones pueda ser plenamente compatible con la condición de ciudadano y miembro activo y respetado de la sociedad¹⁷⁴. Cuando hay un deseo general entre sus miembros de dar lugar a una sociedad en que cualquiera de ellos pueda relacionar estos dos aspectos de su vida sin que ello le resulte problemático o le lleve hacia conflictos de intereses¹⁷⁵.

Podemos referirnos al ideal que persiguen estas sociedades tolerantes con la diferencia, al principio normativo que impulsa, administra y nos da la razón de ser de todos esos esfuerzos que venimos apuntando, como *ideal pluralista*¹⁷⁶. Para utilizar la terminología de NICKEL, sostendremos que la primera parte de este ideal es aquella que cubre los aspectos relacionados con la “plena membresía nacional”¹⁷⁷. La segunda, por su parte, es la que concierne a “poder conservar la identidad distintiva propia”¹⁷⁸. El *ideal pluralista* que persiguen nuestras sociedades, expresado sintéticamente por NICKEL en estos términos, consiste entonces en tratar de crear una sociedad en la que “la plena membresía nacional deba ser realmente compatible con la posibilidad de conservar la identidad distintiva propia”¹⁷⁹.

¹⁷³ Cfr. PARSONS, *Daedalus*, 94 (1965) 1018; NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 286 s.; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 190: “la tolerancia implica «aceptar como iguales» a aquellos que difieren de nosotros. (...) esta igualdad ha significado la misma posesión de derechos legales y políticos fundamentales”.

¹⁷⁴ Cfr. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 287. En este mismo sentido: PARSONS, *Daedalus*, 94 (1965) 1050.

¹⁷⁵ Sin que, por sujetar el lazo que los une a los diversos grupos, sientan que deben optar por soltar el que los vincula a la comunidad en general o negociar su permanencia adoptando un perfil bajo. En este sentido cfr. KARST, *N.C. L. Rev.* 64 (1986), 325; NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 287; NAGEL, *Philos. Public Aff.* 24 (1995), 95; OSBORNE, *Isegoría* 14 (1996), 84 s., 90.

¹⁷⁶ Cfr. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 287; RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 321.

¹⁷⁷ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 287.

¹⁷⁸ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 287.

¹⁷⁹ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 287. En un sentido muy similar también: PARSONS, *Daedalus*, 94 (1965) 1016: “La inclusión completa y la participación en múltiples roles son compatibles con el mantenimiento de una identidad étnica y/o religiosa distintiva”; KARST, *N.C. L. Rev.* 64 (1986), 306, 324; TAYLOR, en Gutmann (ed.), *Recognition*, 1994, 37 ss.; BENHABIB, *Culture*, 2002, 19.

Si examinamos por dentro cada una de las partes que articulan este ideal, terminaremos notando que las razones que los sostienen no son del todo semejantes. La primera parte está basada principalmente en argumentos relacionados con la igualdad¹⁸⁰. No brindar a alguien la *plena membresía* o condición de miembro de la comunidad política porque pertenece a una minoría religiosa, étnica o cultural es insultarle: decirle que, por ser quien es, su voz, sus puntos de vista o sus opiniones no merecen ser siquiera escuchados por el resto de la sociedad. Excluir a las minorías del debate público, *separarles*, *subordinarles* o disminuir su estatus legal y político es atentar contra su estima, su bienestar y su dignidad¹⁸¹.

La segunda parte del ideal pluralista, la relacionada con permitir que se pueda *conservar la identidad distintiva propia* –si uno lo desea¹⁸²–, tiene que ver, como bien señala NICKEL, con el “respeto por las elecciones y los compromisos más profundos de las personas”¹⁸³. Se trata, por tanto, de un asunto más ligado con el reconocimiento de la

¹⁸⁰ Cfr. PARSONS, *Daedalus* 94 (1965) 1010; NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 287; TAYLOR, en Gutmann (ed.), *Recognition*, 1994, 37 s.; NUSSBAUM, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 109; BENHABIB, *Derechos de los otros*, 2005, 51 s.; BENHABIB, *Culture*, 2002, 19, quien define esta premisa normativa como la de “reciprocidad igualitaria” y nos dice que esta consiste en que: “los miembros de minorías culturales, religiosas, lingüísticas y otras minorías no deben, en virtud de su condición de miembro, tener derecho a los derechos civiles, políticos, económicos y culturales en menor grado que la mayoría”.

¹⁸¹ Cfr. KARST, *U. Chi. L. Rev.* 43 (1975), 26; *N.C. L. Rev.* 64 (1986), 306, 323; *Cardozo Stud. L. & Lit.* 12 (2000), 17 s.; NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 287; RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 313 s.; TAYLOR, en Gutmann (ed.), *Recognition*, 1994, 25 s., 36; ARANGO, *Ética política*, 2010, 51 quien incorporando el pensamiento de Berlin y Herder, nos va a decir que “la pertenencia a una comunidad es una necesidad humana básica, tan fuerte como la necesidad de alimento, bebida, calor o seguridad”.

¹⁸² Es crucial que subrayemos esta cuestión en específico: es al individuo al que le corresponde tomar la decisión sobre si desea o no conservar su identidad colectiva. Pertenecer o no a su grupo primario. Todo grupo debe respetar la decisión que tome el individuo en este sentido. Sobre este punto resulta especialmente iluminadora BENHABIB, *Culture*, 2002, 19, quien señala dos premisas normativas a tener en cuenta en una sociedad pluralista relacionadas íntimamente con este punto: “Auto-asignación voluntaria. En sociedades socioculturales consociacionistas o federativas, un individuo no debe ser asignado automáticamente a un grupo cultural, religioso o lingüístico en virtud de su nacimiento. La membresía de un grupo individual debe permitir las formas más extensas de auto-adscripción y auto-identificación posibles. Habrá muchos casos en que tales autoidentificaciones puedan ser impugnadas, pero el Estado no debería simplemente otorgar el derecho de definir y controlar la membresía al grupo a expensas de la persona; es deseable que en algún momento de su vida adulta se les pregunte a las personas si aceptan continuar su membresía en sus comunidades de origen. 3. Libertad de salida y asociación. La libertad del individuo para salir del grupo adscriptivo debe darse sin restricciones, aunque la salida puede estar acompañada por la pérdida de ciertos tipos de privilegios formales e informales”. En el mismo sentido también podrá consultar el lector los muy agudos argumentos de: KYMLICKA, en Heyd (ed.), *Toleration*, 1996, 81-103; en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 31 s.; RAZ, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 95-98.

¹⁸³ NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 287.

libertad individual de las personas. En efecto, encontrará el lector que cuestiones como no ser chantajeado por el grupo mayoritario, ni por el minoritario; no ser obligado a renunciar, sacrificar o traicionar lo que uno es; poder mostrarse en público con las señas de identidad que lo caracterizan –con su religión, cultura, estilo de vida, tendencia sexual, etc.–; resultan cruciales para cualquiera que abogue por un principio de libertad¹⁸⁴.

Y así, después de esta breve descripción y articulación de los deseos e ideales que inspiran a estas sociedades¹⁸⁵, llegamos a la tercera y última etapa de reflexión. En esta, conectaremos finalmente tolerancia y libertad de expresión, utilizando como puente o enlace el *ideal pluralista* que acabamos de exponer. Habremos atado, al hacerlo, la defensa de la libertad de expresión con la defensa de un tipo de sociedad¹⁸⁶. Presentando así nuestro caso, el lector interesado en formar su juicio sobre estos asuntos tendrá un elemento valioso para hacerlo: habrá podido apreciar, sobre el fondo de las diferentes formas de sociedad, el atractivo moral del tipo de sociedad que nuestras constituciones están tratando de crear. Tendrá una imagen completa de una comunidad política que tolera un amplio rango de expresiones de diferentes perspectivas étnicas, culturales o religiosas.

Con esta meta en mente, iniciemos entonces esta tercera etapa retomando una cuestión que ya habíamos empezado a perfilar anteriormente: quizá una sociedad tolerante necesite que sus minorías se expresen libre y públicamente con la misma urgencia con que una sociedad intolerante necesita que permanezcan silenciadas –para así poder mantenerlas *segregadas y subordinadas*–. NICKEL, nos diría que, para

¹⁸⁴ Cfr. PARSONS, *Daedalus* 94 (1965) 1012; BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 261 s.; NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 288; FRIED, *U. Chi. L. Rev.*, 59 (1992), 236 s.; NAGEL, *Philos. Public Aff.* 24 (1995), 95; RAZ, *Ethics*, 1995, 61; TAYLOR, en Gutmann (ed.), *Recognition*, 1994, 38; KYMLICKA, en Heyd (ed.), *Toleration*, 1996, 81-103; en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 31 s.; NUSSBAUM, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 107 s. 110 s.; BALKIN, *N.Y.U. L. Rev.* 79 (2004), 44; SHIFFRIN, *S., Const. Comment.* 27 (2011), 290.

¹⁸⁵ Como muestra convincentemente ARANGO, *Ética política*, 2010, 67, 75, es importante hacer este tipo de descripciones y articulaciones para poder desarrollar rigurosamente una idea interesante de pluralismo. Atar este a estructuras institucionales, y a ideales de libertad, igualdad y justicia, nos sirve para que este término no se quede en una vaga descripción de lo “pintoresca” y “exótica” que resulta la multiculturalidad. En este mismo sentido v. también a KYMLICKA, en Heyd (ed.), *Toleration*, 1996, 81-103 y a BENHABIB, *Culture*, 2002, 4, quien sostiene que: “El multiculturalismo fuerte, o lo que se ha llamado *multiculturalismo en mosaico*, es incorrecto, tanto empíricamente como normativamente, y la justicia intercultural entre grupos humanos debe defenderse en nombre de la justicia y la libertad y no de una esquiva idea de preservación de las culturas”; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 197 s.

¹⁸⁶ Pues resultará evidente que una sociedad tolerante y pluralista necesita tanto de la libertad como un tipo antagónico de sociedad, que ya hemos visto, necesita del silenciamiento.

reflexionar sobre esta posibilidad, utilicemos como eje el *ideal pluralista* que persigue esta sociedad¹⁸⁷. En otras palabras, que tratemos de ver hasta qué punto esos deseos de libertad e igualdad para todos que subyacen a este ideal dependen de la garantía de la libertad de expresión.

Empecemos entonces a ver los requerimientos de libertad de expresión que emanan de la primera parte del ideal, aquella relacionada con la *plena membresía*. Recordemos que los miembros de una comunidad política que busca una coexistencia tolerante están comprometidos con la idea de que uno pueda pertenecer a esa comunidad y, al mismo tiempo, a cualquiera de los diferentes grupos religiosos, étnicos o culturales que hay en ella. Puesto que no se *exigirá* que uno pertenezca a determinada religión, etnia o cultura para poder ser un miembro importante de la comunidad política –esto es, un ciudadano¹⁸⁸–, cabría esperar, como efecto, la disminución de la brecha entre *ciudadanos de primera y segunda clase*¹⁸⁹.

Tratar de describir este complejo proceso de inclusión podría llevarnos en múltiples direcciones¹⁹⁰. Para nuestros intereses, basta con resaltar que dejar de ser un “ciudadano de segunda”, y así poder empezar a participar plenamente de la vida social, política y económica común, implica naturalmente que uno se puede expresar, asociar, reunir, o

¹⁸⁷ Cfr. NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 289. En el mismo sentido: ARANGO, *Ética política*, 2010, 67-75.

¹⁸⁸ Para ver la clase de exigencias que se han llegado a hacer para adquirir la ciudadanía, considere el lector el ejemplo que propone CASTRO-GÓMEZ, en Lander (comp.), *Colonialidad*, 1993, 90: “La Constitución venezolana de 1839 declara, por ejemplo, que sólo pueden ser ciudadanos los varones casados, mayores de 25 años, que sepan leer y escribir, que sean dueños de propiedad raíz y que practiquen una profesión que genere rentas anuales no inferiores a 400 pesos. La adquisición de la ciudadanía es, entonces, un tamiz por el que sólo pasarán aquellas personas cuyo perfil se ajuste al tipo de sujeto requerido por el proyecto de la modernidad: varón, blanco, padre de familia, católico, propietario, letrado y heterosexual. Los individuos que no cumplen estos requisitos (mujeres, sirvientes, locos, analfabetos, negros, herejes, esclavos, indios, homosexuales, disidentes) quedarán por fuera de la «ciudad letrada», reclusos en el ámbito de la ilegalidad, sometidos al castigo y la terapia por parte de la misma ley que los excluye”.

¹⁸⁹ Aunque se utilizará la expresión “ciudadano de segunda clase” o simplemente “ciudadano de segunda” en su sentido más común, el lector que quiera profundizar sobre esta terminología puede encontrar un buen punto de partida en: PARSONS, *Daedalus* 94 (1965) 1009-1054; TAYLOR, en Gutmann (ed.), *Recognition*, 1994, 37; BENHABIB, *Derechos de los otros*, 2005, 42 s.

¹⁹⁰ El sentido del término *inclusión* es tomado de PARSONS, *Daedalus* 94 (1965) 1015: “El proceso por el cual los grupos previamente excluidos alcanzan la ciudadanía completa o la membresía en la comunidad social” y COLOM, *Identidad*, 1998, 239. El lector puede ir a esos mismos trabajos para encontrar una descripción más completa y rica en ejemplos de ese proceso.

manifestar en el espacio público tan libremente como cualquier otro¹⁹¹. Puesto que todos tenemos iguales libertades, todos tenemos el mismo derecho a tener estos derechos, cualquiera de nosotros puede presentarse en ese espacio a defender la religión, etnia, cultura o estilo de vida con la que se siente identificado.

Del juego de iguales libertades generado por el proceso de inclusión deberán resultar unos vibrantes debates públicos. En estos se va a ir interrogando la legitimidad de las diversas perspectivas culturales o religiosas que presentan los ciudadanos. Una vez que adquieren visibilidad, estas perspectivas pueden llegar a despertar aceptación, rechazo o indiferencia entre distintos sectores de la opinión pública. Pero, en cualquier caso, lo que ya no debería ocurrir jamás, es que un miembro de la comunidad sea silenciado y excluido del debate por ser negro, testigo de jehová, comunista o pertenecer a cualquier otra minoría¹⁹². Que sea tratado como un “extraño”¹⁹³ que no debe ocupar un asiento en debates reservados únicamente para los “verdaderos miembros” de la comunidad política.

Precisamente para que no se presenten este tipo de situaciones, que podrían llevarnos de vuelta a la *separación* y a la *subordinación*, resulta indispensable que se garantice la libertad de expresión a los miembros de la comunidad política que pertenecen a las minorías. Y esto nos lleva directamente a un hecho sobre el que debemos insistir. En la historia humana, no suelen ser muy comunes los casos de minorías que logran emparejar el estatus político del grupo dominante en su sociedad manteniéndose calladas o con un bajo perfil. Estos procesos emancipatorios, que no suelen dar resultados de un día para otro, generalmente han estado acompañados de una minoría que, de una u otra forma, se comunica con el resto de la sociedad. Que denuncia, protesta, manifiesta, sale a la calle, debate¹⁹⁴. Que deja de pasar desapercibida y encuentra escenarios públicos

¹⁹¹ PARSONS, *Daedalus* 94 (1965) 1017, 1050; KARST, *U. Chi. L. Rev.* 43 (1975), 26 ss.; Cardozo *Stud. L. & Lit.* 12 (2000), 17: “Ser ciudadano es ser un participante respetado y responsable en la vida pública de la comunidad”; RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 313 s.; CConst T-104/1996, de 8 de marzo; NUSSBAUM, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 109 s.; LATORRE LATORRE, *Tolerancia*, 1998, 145; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 194 s.

¹⁹² Cfr. KARST, *N.C. L. Rev.* 64 (1986), 323; KAGAN, *U. Chi. L. Rev.* 63 (1996), 428 s.; FRASER, *Iustitia Interrupta*, 1997, 108.

¹⁹³ Cfr. OSBORNE, *Isegoría* 14 (1996), 84.

¹⁹⁴ Cfr. LIPSKY, *Am. Pol. Sci. Rev.* 62 (1968), 1144-1158, quien muestra muy bien que la protesta suele ser el único recurso del que disponen los grupos minoritarios para visibilizar sus intereses y tratar de crear capital político: “la actividad de protesta se define como un modo de acción política, orientada a objetar

desde los que puede controvertir y deslegitimar al grupo que la *segrega* o *subordina* ante el resto de la opinión pública¹⁹⁵.

Cualquier mayoría étnica, religiosa o cultural que busque obstaculizar estos procesos, utilizando su poder político para asegurar su posición dominante en la comunidad política silenciando y cerrando el camino a otras posiciones o puntos de vista, estará entonces completamente fuera de lugar en una sociedad comprometida con el *ideal pluralista*¹⁹⁶. En estas sociedades, es la opinión la que debe moverse por encima de los diferentes grupos religiosos, étnicos y culturales para interrogarlos, juzgarlos y sentenciar cuáles considera mejores¹⁹⁷.

una o más políticas públicas o condiciones sociales, caracterizada por la habilidad de hacer una puesta en escena o una exhibición de naturaleza no convencional que se lleva a cabo con miras a obtener recompensas de los sistemas políticos o económicos mientras trabaja dentro de los lineamientos de esos mismos sistemas. La «cuestión para los desempoderados» en la actividad de protesta es activar a «terceros» para que entren en el ámbito de la negociación implícita o explícita de una manera favorable a los intereses de los manifestantes. Esta es una de las pocas formas en que pueden «crear» recursos de negociación”; KARST, U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 26, 40; BLASI, Am. B. Found. Res. J. (1977), 524; HELD, *Modelos*, 1992, 93; STROSSEN, Cas. W. Res. L. Rev. 46 (1996), 462 s.: “todos los grupos que buscan la igualdad de derechos y la libertad tienen un interés especialmente importante en asegurar la libertad de expresión. A lo largo de la historia, la libertad de expresión ha sido consistentemente el mejor aliado de quienes buscan la igualdad de derechos para los grupos que han sido objeto de discriminación. Por ejemplo, el Movimiento por los Derechos Civiles, durante las décadas de 1950 y 1960, dependió de la vigorosa aplicación de los derechos de libertad de expresión por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos bajo el liderazgo del Juez Presidente Earl Warren. (...) Sólo los principios sólidos de la libertad de expresión y la asociación podrían proteger el impulso de la eliminación de la segregación racial. Estos principios permitieron a los manifestantes llevar sus mensajes a las audiencias que consideraron tales mensajes altamente ofensivos y amenazantes para los puntos de vista más profundamente arraigados y para su forma de vida. (...) Las formas más disruptivas y militantes de protesta por los derechos civiles, como marchas, sentadas y arrodilladas, eran especialmente dependientes de las generosas construcciones de la Primera Enmienda por parte de la Corte Warren. En particular, muchas de estas interpretaciones de protección de la expresión se habían formulado inicialmente en casos presentados en nombre de los oponentes de los derechos civiles. El lenguaje insultante y a menudo racista que algunos activistas negros militantes lanzaron a los oficiales de policía y otros funcionarios del gobierno también fue protegido bajo estos mismos principios y precedentes”; NAGEL, *Philos. Public Aff.* 24 (1995), 101 s.; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 117 s.

¹⁹⁵ Cfr. LEFORT, *Democracy*, 1988, 23; FRASER, *Iustitia Interrupta*, 1997, 103 ss.; KARST, *Cardozo Stud. L. & Lit.* 12 (2000), 24 ss.; ARANGO, *Ética política*, 2010, 69.

¹⁹⁶ Hacer uso del poder público para tomar partido por una posición y remover su competencia acallando otras, es algo que no solo va en contra del delicado equilibrio que requieren estas sociedades, sino que las pone otra vez en la dirección del tipo de sociedad excluyente y discriminadora del que estaban huyendo. Al respecto cfr.: KARST, U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 26; POST, *Ethics*, 103 (1993), 660 s., 666; BENHABIB, *Culture*, 2002, 9.

¹⁹⁷ Cfr. RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 314; Fried, U. Chi. L. Rev., 59 (1992), 239; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 126: “Como resultado de la separación histórica de la Iglesia y el Estado en los países de Europa occidental y América del Norte, y de los avances de la filosofía moderna y la ciencia, las cuestiones básicas de fe relativas al significado de la vida, del bien mayor, de los principios más fundamentales de acuerdo con los cuales debemos conducir nuestras vidas, se consideran como racionalmente «irresolubles»: respecto a dichas cuestiones son los mismos individuos quienes deben decidir

Note el lector, ya para finalizar este primer punto, que las sociedades pluralistas dependen, al menos en buena medida, del debate público para mantenerse unidas¹⁹⁸. Puesto que los miembros que pertenecen a la comunidad política hacen parte de grupos diferentes, buena parte de lo que hace que *una sociedad pluralista* siga siendo *una sociedad*¹⁹⁹ es que esta cuente con un atractivo debate público que logre congrega a todos los grupos para que dialoguen y luchen por su legitimidad ante la opinión pública. Estos debates, diríamos con KARST, son entonces una forma de “cemento social”²⁰⁰.

Como hemos visto, sin la libertad de expresión garantizada, este debate público difícilmente podrá darse. Sin este debate público la calidad de la co-existencia se deteriora, pues deja de existir una esfera común para los miembros de los diferentes grupos²⁰¹. Y, finalmente, sin esa forma de co-existencia pasamos a otro tipo de sociedad –que como veíamos antes se caracteriza por una forma de co-existencia *separada* entre grupos– completamente diferente al que busca el *ideal pluralista*²⁰². Un tipo de sociedad en que la *plena membresía* a la comunidad política pierde gran parte de su sentido. Ello, sobre todas las cosas, por el hecho de que (prácticamente) no hay una comunidad política a la cual pertenecer²⁰³.

Sin ir muy lejos, podemos pasar ahora a relacionar la libertad de expresión con la segunda parte del *ideal pluralista*, que aborda los aspectos relacionados con la posibilidad de poder *conservar la identidad propia* –si uno lo desea–. Para que esta parte de la

de acuerdo con los dictados de sus propias conciencias y visiones del mundo”; ARANGO, *Ética política*, 2010, 73.

¹⁹⁸ Cfr. RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 311 s.; KARST, Cardozo Stud. L. & Lit. 12 (2000), 1 s., 15.

¹⁹⁹ Sobre este punto son muy útiles los comentarios que realiza ÁLVAREZ GÓMEZ, Azafea. Rev. filos. 6 (2004), 66 s. mientras discute el pensamiento de Sartori: “Sartori distingue (...) entre pluralismo y pluralidad, dando a entender que esta última sobrepasaría el límite requerido para que se pueda hablar, con sentido, de pluralismo. El pluralismo vendría a representar un conjunto de concepciones y formas de vida que permiten hablar aún de una comunidad, por muy amplia o abstracta que esta sea, capaz de fundamentar entre los individuos un sentimiento de pertenencia a ella. Se supone que hay un límite, pues un cosmopolitismo es indeterminado y no implica sentimiento alguno de pertenencia. La mera pluralidad no da para lo uno ni para lo otro, porque es mera y simple atomización (...) Por más elástica que sea la unidad, con otras palabras, por más diferentes que sean y por más distanciados que estén entre sí grupos o personas que practican la reciprocidad, tiene que haber algún lazo de unión entre ellos”.

²⁰⁰ KARST, Cardozo Stud. L. & Lit. 12 (2000), 18.

²⁰¹ Cfr. ARANGO, *Ética política*, 2010, 67.

²⁰² Cfr. KARST, Cardozo Stud. L. & Lit. 12 (2000), 15.

²⁰³ Cfr. KARST, Cardozo Stud. L. & Lit. 12 (2000), 1 s.

ecuación funcione, como bien apunta NICKEL, se necesita de la tolerancia de los diferentes grupos. Los miembros de estas sociedades van a tener que desarrollar actitudes e instituciones que les permitan aprender a prepararse para tolerar expresiones públicas de unas perspectivas culturales, religiosas y étnicas que encuentran sumamente ofensivas e irritantes.

En otros tipos de sociedades las cuestiones derivadas de las diferencias étnicas, religiosas o culturales se podrían solucionar desapareciendo, subordinando o segregando las posiciones minoritarias, o simplemente silenciándolas o forzándolas a acomodarse en la sociedad manteniendo un perfil bajo²⁰⁴. Pero en este tipo de sociedad tolerantes con la que estamos comprometidos, en la que estas cuestiones se suelen decidir a través del debate público y el pensamiento crítico de los ciudadanos, los miembros no tienen más remedio que aprender a escuchar, y a combatir con la palabra, las expresiones de algunos de los miembros de su propia comunidad que encuentran más reprochables, ofensivas e irritantes²⁰⁵.

Como señala NICKEL, en medio de ese esfuerzo por cerrar la brecha entre ciudadanos de primera y segunda clase, de hacer que ningún miembro de una minoría tenga que pasar desapercibido, los miembros de esa sociedad se encontrarán con cuestiones como las siguientes. Algunos de los miembros de los grupos minoritarios querrán conservar su identidad usando y preservando sus respectivos idiomas, por lo que se expresarán en privado y en público con él. Otros querrán conservar su religión, para lo que necesitarán hacer rituales, dar sermones, cantar alabanzas, etc. Finalmente, otros, cuya identidad étnica proviene de otro país o región, podrán hacer que parte del debate público, y de la agenda de la comunidad política, gire en torno a problemáticas que están lejos de sus propias fronteras²⁰⁶.

²⁰⁴ Cfr. Osborne, *Isegoría* 14 (1996), 88 s.

²⁰⁵ Cfr. ARANGO, *Ética política*, 2010, 66, quien nos ayuda a fortalecer nuestra cadena de argumentos cuando sostiene que: “grandes filósofos aplaudieron la diversidad de las culturas y buscaron sacar como conclusión la necesidad de no creer en el carácter absoluto de los propios valores y la necesidad de tolerancia, pero esto no es suficiente, es imposible la tolerancia si no existen los escenarios de controversia, la esfera pública y el derecho a la libertad de expresión”.

²⁰⁶ Cfr. KARST, *N.C. L. Rev.* 64 (1986), 319 s.; KYMLICKA, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 31 s.; RAZ, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 97; FRASER, *Iustitia Interrupta*, 1997, 123; BENHABIB, *Derechos de los otros*, 2005, 127 s.; *El ser y el otro*, 2006, 110, 114 s.

En estas condiciones, el debate público, sí realmente es el de una sociedad incluyente que permite que los diferentes miembros de la comunidad política se presenten en él conservando libremente su “voz”²⁰⁷ y sus respectivas señas de identidad, tendrá que tener entonces una diversidad “cacofónica” de lenguajes, símbolos, tonos, rituales, vestuarios, temas, estilos²⁰⁸. Ningún grupo dentro de la comunidad política podrá moderar el debate público y asegurarse que este se lleve bajo sus propias reglas –imponiendo forma, estilo, manera de expresarse, etiqueta, agenda, temario etc. –²⁰⁹. Ello, de una parte, porque ningún grupo puede arrogarse legítimamente la representación de toda la comunidad, ni el estatus de superioridad frente a otros grupos que le posicionaría como director del debate público. Y, de otra, porque imponer los estándares de un grupo va a afectar la libertad de los demás, que ya no podrán conservar su identidad y expresarse en sus propios términos cuando al grupo dominante estos le parezcan indecentes, inmoderados, maleducados, políticamente incorrectos, vulgares, etc.²¹⁰. La moderación

²⁰⁷ FRASER. *Iustitia Interrupta*, 1997, 118 s.

²⁰⁸ POST, *Ethics*, 103 (1993), 661 s., incorporando el pensamiento del J. Harlan, va a poner el asunto en estos términos: “El juez Harlan capturó este aspecto del discurso público en *Cohen v. California*. Observó que el diálogo democrático «a menudo parece ser solo un tumulto verbal, una discordia e incluso una expresión ofensiva». Pero Harlan entendió que este trastorno, esta «cacofonía verbal», es simplemente un «efecto secundario necesario» del hecho de que, «en una sociedad tan diversa y poblada como la nuestra», el discurso público no está organizado para lograr algo en particular, sino, en cambio, para servir como un medio dentro del cual las versiones heterogéneas de la identidad colectiva chocan y se reconcilian continuamente”; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 110, permite empezar a ver muy bien este punto al hacer el contraste entre el debate público en la sociedades modernas y en la *polis* griega –en que “grandes grupos de seres humanos como las mujeres, los esclavos, los trabajadores, los residentes no ciudadanos y todos los no griegos eran excluidos”–, así: “El espacio agonal de la polis fue posible gracias a una comunidad moralmente homogénea y políticamente igualitaria, pero exclusiva, en la que la acción también podía ser una revelación del ser a los demás. Bajo condiciones de homogeneidad moral y política y de ausencia de anonimato, podía surgir la dimensión «agonal», la competencia por alcanzar la excelencia entre los pares. Pero para los modernos el espacio público es esencialmente poroso; ni el acceso al mismo ni su agenda de debate pueden estar definidos previamente por criterios de homogeneidad moral y política. Con el ingreso de cada grupo nuevo en el espacio público de la política después de las revoluciones francesa y estadounidense, la esfera pública se extiende”; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 120.

²⁰⁹ Cfr. *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U. S. 92 (1972), 96; *KARST*, U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 39 ss.; *Consolidated Edison Co. of N. Y. v. Public Serv. Comm'n of N. Y.*, 447 U. S. 530 (1980) 537 s.; *ACKERMAN*, J. Philos. 1 (1989), 15 s.; *POST*, *Ethics*, 103 (1993), 661 s.; *GARDNER*, Tenn. L. Rev. 63 (1996), 444; *FRASER*. *Iustitia Interrupta*, 1997, 109, quien muestra convincentemente este punto de la siguiente manera: “la interacción discursiva dentro de la esfera pública burguesa estaba gobernada por protocolos de estilo y decoro que eran, ellos mismos, correlatos y marcas de la desigualdad de condición. Estos protocolos servían informalmente para marginar a las mujeres, a las personas de color y a los miembros de las clases plebeyas, y para impedir que participaran como iguales”; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 110, 114 s.

²¹⁰ Cfr. *POST*, Cal. L. Rev. 76 (1988), 303, incorpora algunas de las discusiones que se dieron en Inglaterra sobre el delito de blasfemia en 1930, diciendo que este delito: “A lo que realmente se refiere es que, cuando las opiniones son sostenidas por un hombre educado, esas opiniones se expresarán de una manera que la ley no puede tocar, mientras que las expresadas por un hombre sin educación, simplemente porque no tiene educación, vendrá bajo las penas de la ley”. Y agregándose posteriormente: “Hoy tenemos escritores que pueden cometer el delito de blasfemia con impunidad, si el delito de blasfemia es un ataque a la religión

de un grupo, como señala KARST, puede convertirse fácilmente en “discriminación escondida”^{211/212}.

b) Identidad, diferencia, reconocimiento y libertad de expresión

NICKEL no es RAWLS ni HABERMAS, ni nosotros hemos pretendido que lo fuera cuando nos hemos aproximado a su texto. Como decíamos atrás, el valor que ha tenido el trabajo de este autor para nosotros es el de permitirnos acceder a las múltiples reflexiones originadas por las experiencias de los movimientos emancipatorios –especialmente en los EE. UU.–. Más que teoría abstracta, en NICKEL –y en los otros autores con que fuimos acompañando su lectura– pudimos ver aguda interpretación. Un gran esfuerzo por dar con piezas y categorías que nos permitieran tener una buena perspectiva de lo que estaba ocurriendo²¹³.

cristiana. Hay hombres como Sir Arthur Keith, Mr. H. G Wells, Bertrand Russell, Aldous Huxley y otros que pueden atacar la religión cristiana sin peligro alguno, independientemente de que sean procesados, mientras que los hombres pobres, expresando el mismo punto de vista de manera más brusca y cruda, se exponen a la multa y el encarcelamiento. Ese es un estado de la ley completamente insatisfactorio. Después de todo, si uno concede el derecho de atacar a la religión... tiene que conceder, a las personas que quieren hacer esto, el derecho a elegir su estilo de hacerlo. Se necesitan diferentes estilos para diferentes circunstancias y diferentes audiencias. No supongo que el tipo de estilo que se ubicaría en un círculo selecto en el West End sería efectivo entre la democracia del East End”; en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 167; ACKERMAN, J. *Philos.* 1 (1989), 16; MASSEY, *UCLA L. Rev.* 40 (1992), 121; FRASER. *Iustitia Interrupta*, 1997, 108 s., 119.

²¹¹ KARST, U. *Chi. L. Rev.* 43 (1975), 40. En este mismo sentido: MASSEY, *UCLA L. Rev.* 40 (1992), 121; FRASER. *Iustitia Interrupta*, 1997, 109 s.: “la transformación «yo» en «nosotros», que resulta de la deliberación política, puede constituirse fácilmente en una forma sutil de control. Incluso el lenguaje que usa la gente cuando razona con otros, propicia por lo general una manera de ver las cosas y desestimula otras. En ocasiones, los grupos subordinados no pueden encontrar la voz o las palabras correctas para expresar sus ideas, y cuando lo logran, descubren que no son escuchados. Se les silencia, se les anima a mantener sus deseos incoados y se les escucha decir «sí» cuando lo que han dicho es «no»”.

²¹² BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 114, nos va a llevar incluso más adelante cuando, manifestando su acuerdo en este punto con Ackerman, señala que “es improbable que las visiones convencionales de la moralidad sean suficientemente imparciales y globales como para permitir la coexistencia pública de concepciones diferentes y en competencia de la vida buena. Por tanto, esas visiones no pueden servir como los cimientos morales de un Estado liberal democrático”. Y añade más adelante, p. 116: “Por sensible que uno pueda ser al temor liberal tradicional de que la conversación pública ilimitada erosione las pocas garantías constitucionales en las que podemos confiar, la reprivatización de cuestiones que se han vuelto públicas sólo genera confusión conceptual, resentimiento político y ultraje moral. Considero innecesarias las limitaciones al contenido y el alcance del diálogo público que no sean las garantías constitucionales de la libertad de expresión”.

²¹³ Como resultado, pudimos ver, en esta primera imagen, que parte del sentido de garantizar la libertad de expresión viene dado por el invaluable servicio que esta ha prestado desde siempre a los procesos de inclusión. Por haber sido, en la lucha de colectivos de negros, mujeres, testigos de jehová, trabajadores, homosexuales, comunistas, etc., el vehículo con que se avanza hacia ese ideario de una sociedad en la que

Habiendo llegado a este punto, tomaremos ahora esta primera imagen –en que la libertad de expresión aparece enlazada a los ideales de un atractivo proyecto para acomodar diferentes grupos en una comunidad política– como una referencia, como una idea general, e intentaremos dar un paso hacia adelante. Siguiendo la dirección de esta línea de pensamiento, enfocaremos toda nuestra atención en la libertad de expresión, de manera que podamos conseguir una imagen más definida de esta.

Para alcanzar ese objetivo, vamos a trazar –siguiendo a RAZ²¹⁴– un plan en el que se presentan dos casos un tanto distintos a favor de la libertad de expresión. En el primero, haremos unas observaciones iniciales que enlazaremos con una argumentación consecuencialista a favor de esta libertad. En el segundo, partiremos de esas mismas observaciones para, dándoles la vuelta, reafirmar brevemente un alegato no-consecuencialista contra de la censura. La idea básica que sostendremos, a través de ambos casos, es la siguiente: debemos crear actitudes e instituciones que nos permitan sostener una cultura de la libre expresión, pues solo con esta podemos garantizar que todos tengamos al menos una chance justa de participar en los procesos en que se fabrican y moldean los significados que definen nuestras propias identidades.

Consideremos, para empezar a exponer el primer caso hablando justamente de nuestras identidades, un breve ejercicio que nos propone KARST^{215/216}. Pensemos que alguien nos pregunta “¿Quién eres?”²¹⁷. Alguno de nosotros podría contestar, como el poeta Walt WHITMAN, diciendo: “Soy yo mismo, único en el universo y me regocijo por mi singularidad”²¹⁸. La mayoría, en cambio, optaríamos por una clase diferente de respuesta. Algo así como: “Soy colombiano”; “Soy mujer”; “Soy negro”; “Soy un

haya libertad e igualdad para todos. La garantía que hace posible que las minorías puedan comunicarse con la comunidad política para mostrar la legitimidad de sus reclamos.

²¹⁴ RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 312.

²¹⁵ KARST, N.C. L. Rev. 64 (1986), 307 s.

²¹⁶ Como puede notar el lector, para exponer el primero de los casos, retomaremos el asunto de las señas de identidad que planteábamos atrás. Tener la paciencia para volver sobre estos asuntos nos permitirá apreciar mejor cómo nuestra pertenencia a grupos étnicos, religiosos, políticos, etc., juega un papel fundamental en la forma en que los otros nos ven y en la forma en que nos vemos a nosotros mismos. Esto nos abrirá, posteriormente, nuevas perspectivas sobre la relación entre la libertad de expresión y cuestiones como la identidad, la diferencia y el reconocimiento.

²¹⁷ KARST, N.C. L. Rev. 64 (1986), 307.

²¹⁸ Citado precisamente por: KARST, N.C. L. Rev. 64 (1986), 307.

musulmán”; “Soy hijo de inmigrantes”; “Soy un profesor”; “Soy una gitana”. Las referencias podrían seguirse multiplicando²¹⁹, pero lo importante es que podamos ver que, habitualmente, cuando queremos proporcionar información útil sobre nosotros mismos, lo que hacemos es empezar a incluirnos dentro de diferentes grupos de personas a los que pertenecemos²²⁰. Como bien lo enseña LYND, en una bella fórmula que incorpora KARST, “alguna clase de respuesta a la pregunta ¿Adónde pertenezco? es necesaria para poder responder a la pregunta ¿Quién soy yo?”²²¹.

Como vemos con este breve ejercicio, aunque todos seamos únicos como WHITMAN, lo cierto es que, tan pronto como empezamos a emplear generalizaciones o abstracciones, para reducir complejidad, esta clase de etiquetas se vuelven la moneda corriente con que nos identificamos unos a otros²²². Las palabras que aprendemos a utilizar, incluso desde nuestra infancia, con el fin de referenciarlos y aprender a detectar las diferencias que nos permiten movernos en sociedad: decir quién soy yo, quién es él, quiénes somos nosotros, quiénes son ellos, etc. Las simplificaciones, en suma, que nos permiten interactuar: familiarizarnos con lo desconocido; hacernos ideas generales sobre cómo son las personas; cómo dirigirnos a ellas –y cómo ellas se deben dirigir a nosotros–; qué puede haber en sus mentes; a quiénes se parecen; o con quiénes están sus afectos y lealtades²²³.

Sin haber hecho una inmersión profunda en un asunto tan amplio y complejo, tenemos ahora unas buenas pistas sobre el tipo de lenguaje que se utiliza comúnmente para construir identidades. Para saber quiénes somos. Ahora bien, si este es el tipo de

²¹⁹ Podemos querer que nuestra respuesta sea incluso muy detallada, y lo que hacemos entonces es ampliar esta lista de etiquetas, dándole a nuestro interlocutor más características que nos identifican y que revelan nuestras relaciones con más grupos de personas: “También soy un hincha de X equipo, un artista, un liberal, un vegano”.

²²⁰ Cfr. KARST, N.C. L. Rev. 64 (1986), 307 s.; CONNOLLY, *Identity*, 1991, xiv, nos diría que ejemplos como estos nos deberían permitir observar las dos características principales de la identidad: “La identidad es relacional y colectiva. Mi identidad personal se define a través de las circunscripciones colectivas con las que me identifico o me identifican otros (como blanco, hombre, estadounidense, aficionado a los deportes, etc.); Se especifica aún más en comparación con una variedad de cosas que no soy. La identidad, entonces, siempre está conectada a una serie de diferencias que ayudan a que lo que es pueda ser”.

²²¹ KARST, N.C. L. Rev. 64 (1986), 308.

²²² Cfr. KARST, N.C. L. Rev. 64 (1986), 307; SCHAUER, U. Chi. L. Rev. 56 (1989), 402 s.; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, *Ethics* 110 (1999), 10 s.

²²³ Cfr. KARST, N.C. L. Rev. 64 (1986), 309, 315; BENHABIB, *Culture*, 2002, 15; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1062.

lenguaje que solemos emplear cuando hablamos de estos temas, seguramente será porque pensamos que funciona. Porque cada una de esas etiquetas sirve para comunicar *algo*. Porque cuando decimos que *X* es colombiano estamos diciendo *algo* que de alguna manera permite identificar a *X*. Porque si añadimos que, además de colombiano, *X* es negro y homosexual, estamos añadiendo aún *algo* más a la caracterización de *X*. Si este lenguaje funciona, podemos entonces preguntarnos: ¿Qué es ese *algo*? ¿Qué dice de *X* el hecho de que sea colombiano? ¿Qué dice de *X* el hecho de que sea negro? ¿Qué dice de *X* el hecho de ser homosexual? O, para que planteemos la misma cuestión de forma más simple y elegante, ¿Qué significa ser colombiano? ¿Qué significa ser negro? ¿Qué significa ser homosexual?²²⁴.

Empecemos por apuntar que, para buscar responder a este tipo de preguntas, debemos acercarnos a un proceso de definición sumamente abierto, dinámico, dialógico, disputado, poroso y, en suma, difícil de describir sin caer en excesivas simplificaciones²²⁵. A nosotros, conforme a nuestros intereses, nos bastará con poder echar mano de algunos conceptos básicos para tratar de separar, con fines meramente expositivos, dos momentos.

En primer lugar, señalemos que son las diferentes *culturas* las que se encargan de este proceso, de abastecernos de respuestas y de decirnos qué significa que alguien sea “colombiano”, “negro”, “homosexual” —o “feminista”, “culto”, “judío”, “artista”, “de izquierdas”, etc.—²²⁶. Apoyados en BALKIN, podemos decir que compartir una misma

²²⁴ A juzgar por las experiencias del día a día de muchos de nosotros, podríamos pensar, a bote pronto, que cargar con esas etiquetas —en este caso quizá estigmas— le va a significar a esa persona que probablemente vaya a recibir un trato “especial” en los aeropuertos; que alguien no va a querer sentarse a su lado de un autobús; o que sus oportunidades de ascenso social pueden ser menores que las de otros. Asumir esta línea con rigor, y no con estas meras especulaciones, sería interesante porque nos permitiría ver cómo utilizamos estas etiquetas cotidianamente para organizar nuestras expectativas frente a otros y cómo podemos reaccionar de manera discriminatoria ante la presencia de ciertas señas de identidad. Sin embargo, esa no es, al menos de momento, la dirección a la que vamos a apuntar. La cuestión en la que debemos concentrarnos ahora está en el *proceso* mismo de etiquetamiento, no en sus *resultados*.

²²⁵ Cfr. WILLIAMS, Const. Comment. 27 (2011), 407; BENHABIB, *Culture*, 2002, 4, 16 s.

²²⁶ Cfr. KARST, N.C. L. Rev. 64 (1986), 309: “Crecer en una cultura es aprender que algunas formas de actuar, hablar o pensar son correctas y otras son incorrectas. El sentido mismo de la identidad de uno está íntimamente conectado con este aprendizaje. Una niña, para apreciar la idea de un comportamiento correcto, debe comprender la posibilidad de comportarse incorrectamente y reconocer esa posibilidad en sí misma. Cada uno de nosotros, por lo tanto, lleva una imagen de lo que Erikson llama una identidad negativa, que debe ser reprimida si uno está a la altura de las expectativas del grupo cultural. Si nos sentimos incómodos cuando nos enfrentamos a los miembros de otros grupos, que tienen otras creencias y otras formas de comportarnos, parte de la razón es que nuestra propia aculturación no nos ha preparado para comprender su comportamiento o, peor aún, nos ha preparado para esperar. Lo que definimos como mal comportamiento”.

cultura, o pertenecer a un mismo grupo cultural, es participar con otros de un proceso colectivo de creación de significados²²⁷. Es contar con un grupo de personas afines que sabrán muy bien a qué me estoy refiriendo cuando estoy empleando esa clase de etiquetas para referirme a otros²²⁸.

Pero este proceso, en sociedades multiculturales como las nuestras, suele contar con un segundo momento, que es el que debemos explicar ahora²²⁹. Una vez formado un lenguaje propio, un “marco común de significados”²³⁰, los diferentes grupos culturales llevan estos a un mismo lugar simbólico, al espacio público común, en el que se

²²⁷ Cfr. BALKIN, *Cultural Software*, 1998, ix; N.Y.U. L. Rev. 79 (2004), 5 s.: “Un sistema cultural (...) es una red de personas que interactúan entre sí, estando de acuerdo y en desacuerdo, chismeando y avergonzando, criticando y parodiando, imitando e innovando, apoyando y alabando. Las personas (...) participan interactuando con otros y creando nuevos significados y nuevas ideas a partir de los antiguos. (...) a medida que las personas se expresan, hacen música, crean obras de arte, cantan, chismean, conversan, acusan, niegan, se quejan, celebran, se entusiasman, se jactan y parodian, continuamente añaden algo a la mezcla cultural en la que viven. Cambian, aunque sean imperceptiblemente, las convenciones culturales sobre lo que significan las cosas, lo que es correcto e impropio, lo que es importante y lo que es menos importante, cómo se hacen las cosas y cómo no se hacen. A través de la interacción comunicativa, a través de la expresión, a través del intercambio, las personas individuales se convierten en los arquitectos de su cultura, construyen sobre lo que otros hicieron antes de ellos y configuran el mundo que los moldeará y los que los siguen”.

²²⁸ Seguramente el lector pertenecerá a más de uno de estos grupos. Por ello, en términos culturales, como miembros de nuestras heterogéneas sociedades actuales, todos somos mestizos. Todos vamos haciendo nuestra propia historia e identidad al mezclar la información y las experiencias que van resultando de nuestra vinculación a los más variados grupos. Así, mientras es claro que soy *uno* más entre cualquiera de los grupos a los que pertenezco –*un* colombiano, *un* estudiante, *un* extranjero, *un* ingeniero, etc.–, es imposible que haya otra persona que pertenezca exactamente a mis mismos grupos y que, además, haya decidido establecer justo las prioridades que yo he establecido entre ellos y vivido las experiencias que yo he vivido como resultado de ello. Esta cuestión cobra importancia cuando ponemos la mirada sobre los grupos a los que pertenecemos –y con que se nos asimila–, y reconocemos la gran diferencia entre nosotros mismos y otros de los integrantes de estos. En este crucial sentido, todos seguimos siendo únicos. Somos los dueños de una historia rica y singular que no termina de encajar en los moldes de los estereotipos y de las generalizaciones que hacemos habitualmente. BENHABIB, *Culture*, 2002, 17, trae algunos buenos ejemplos con los que podemos pensar en esto: “en los Estados Unidos contemporáneos hay, por ejemplo, hombres homosexuales que son republicanos; lesbianas libertarias conservadoras; musulmanes negros, al igual que activistas culturales negros posmodernistas”. En el texto principal estaremos tratando entonces de mantenernos fieles al hecho de que, hoy en día, todos somos “mestizos culturales” –en cualquier caso, si se incurre en una simplificación excesiva, pues nuestro tema es el de la libertad de expresión y no el de la identidad, debemos mantener en mente esta complejidad–. Partir de esta base nos permitirá, de una parte, recordar siempre el ruido y la disonancia, la impresionante multiplicidad y heterogeneidad de las voces que participan del debate público en nuestras sociedades: no podemos uniformar y reducir legítimamente el punto de vista de *un* homosexual, *una* lesbiana, *un* negro, al del resto del grupo en que lo cataloguemos. Y de otra que, como veíamos con la segunda parte del ideal pluralista, relacionada con la libertad y la autonomía, debemos dejar que las personas hagan sus propias interpretaciones y tomen sus propias decisiones respecto a sus señas de identidad y la forma en que quieren presentarse con ellas en público.

²²⁹ Cfr. BENHABIB, *Culture*, 2002, 4.

²³⁰ GEERTZ, *La interpretación*, 2003, 21, 24.

comunican con otros y debaten sobre la legitimidad de sus respectivas definiciones²³¹. En ese espacio público de intercambio y mestizaje, cada uno de los diferentes grupos culturales primarios no solo intentará influir en los significados que emplean sus propios miembros, sino en los del resto de la comunidad política²³².

Mirando conjuntamente estos momentos del proceso, pensando en cómo interactúan y se retroalimentan, podríamos afirmar que, en términos generales, la red de representaciones relacionadas con las identidades –definiciones, prejuicios, etiquetas, estereotipos, estigmas, etc.– es un producto, siempre parcial y contingente, de las negociaciones que realizan diferentes culturas y subculturas en el espacio público. Este espacio, como pudimos ver, funciona entonces como una especie de mercado al que asisten diversos grupos culturales que quieren controlar, o por lo menos influir, en la definición que determinada sociedad hace de términos como mujer, negro, colombiano, musulmán, profesor, sindicalista, millennial, político, arribista, estudiante, líder social, punkero, etc.²³³.

Habiendo descrito, muy elementalmente, ese complejo proceso semiótico en el que se ponen en juego nuestras identidades, podemos llevar definitivamente este primer caso al terreno de la libertad de expresión. Muchas de las expresiones públicas que vemos

²³¹ Cfr. RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 311; BENHABIB, *Culture*, 2002, 21.

²³² FRASER, *Iustitia Interrupta*, 1997, 115, puede ayudarnos a iluminar la división que queremos hacer, los dos momentos del proceso que queremos separar con fines de mejorar nuestra comprensión sobre estos asuntos, con la contraposición que hace entre “contra-públicos subalternos” y “esfera pública oficial”, veamos: “los miembros de los grupos sociales subordinados —mujeres, trabajadores, personas de color, gays y lesbianas— han comprobado repetidamente que resulta ventajoso constituir públicos alternativos. Propongo llamar a estos públicos, contra-públicos subalternos para indicar que se trata de espacios discursivos paralelos donde los miembros de los grupos sociales subordinados inventan y hacen circular contra-discursos, lo que a su vez les permite formular interpretaciones opuestas de sus identidades, intereses y necesidades. Quizás el ejemplo más impresionante sea el del contra-público subalterno feminista de finales del siglo veinte en los Estados Unidos, con su abigarrado conjunto de revistas, librerías, editoriales, redes de distribución de películas y videos, series de conferencias, centros de Investigación, programas académicos, congresos, convenciones, festivales y lugares de reunión locales. En esta esfera pública, las feministas han inventado nuevos términos para describir la realidad social, incluyendo «sexismo», «doble jornada», «acoso sexual», y «violación intramarital», «en una cita» (date rape) y «por un conocido» (acquaintance rape). Armadas con este lenguaje, hemos formulado de nuevo nuestras necesidades e identidades y, al hacerlo, hemos reducido, aunque no eliminado, nuestra desventaja en la esfera pública oficial”. Esta última “esfera pública oficial”, que nosotros arriba hemos denominado espacio público común, vendría ser, en palabras de Eley citadas por nuestra autora, un “escenario estructurado en donde tiene lugar la competencia o la negociación cultural e ideológica entre una variedad de públicos”.

²³³ Cfr. FRASER. *Iustitia Interrupta*, 1997, 116: “los espacios discursivos públicos se cuentan entre los lugares más importantes y poco reconocidos, donde se construyen, deconstruyen y reconstruyen las identidades sociales”; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 190; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1062.

regularmente en televisión, periódicos, radio, panfletos, blogs, redes sociales, calles, etc., caben perfectamente dentro de esa disputa por los significados de la que venimos hablando. Como señala RAZ, buena parte del intercambio de opiniones y puntos de vista que observamos en diferentes medios de comunicación tiene como objetivo final el poder perfilar un retrato de las diferentes *formas o estilos de vida*²³⁴. El fabricar y moldear nuestras identidades²³⁵.

En las sociedades comprometidas con el *ideal pluralista*, se protege y promociona un sistema de libre expresión para intentar garantizar que cualquier miembro de la comunidad política, y de sus diversos grupos culturales, tenga una oportunidad justa de participar en el proceso de permanente creación y transformación de los significados que lo van a constituir e identificar –a él y a sus seres queridos– como individuo²³⁶. Como muestran RAZ y BALKIN, al crear y fortalecer las actitudes y las instituciones necesarias

²³⁴ Es muy importante que, en este punto, conectemos adecuadamente nuestras observaciones sobre las identidades con los asuntos a los que RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 309 s. se refiere cuando habla de “forma o estilo de vida”. Para ello, además de los ejemplos que veremos a continuación en el texto principal, el lector puede considerar el siguiente comentario del citado autor: “Téngase en cuenta que en ninguna parte se define «formas de vida». A los efectos de este argumento, la comprensión precisa del término es irrelevante. Los únicos puntos materiales resultan de considerar que diferentes aspectos de las actividades, gustos, estilos y actitudes encajan juntos en la manera en la que ordinariamente podemos distinguir al yuppy, al de clase media o al pijo, etc.”.

²³⁵ Una comedia televisiva, como señala RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 311, bien puede *aculturar* al ayudar a fijar determinado ideal de familia en una sociedad determinada. Un presidente puede tratar de persuadirnos de que “los estudiantes” que protestan por el derecho a la educación son víctimas pasivas de la ideología de izquierda. Una revista científica de psiquiatría puede retratar a “los homosexuales” como personas enfermas. Un panel de expertos puede definir a “los políticos” de X sociedad como unos mentirosos, manipuladores y corruptos. Un político de X sociedad puede responder que nunca se debe confiar en nada de los que dicen “los expertos”. Un noticiero puede manipular la información respecto a la criminalidad para que etiquetemos a los miembros de determinada raza y clase social –“los negros pobres”– como peligrosos delincuentes y exijamos que sean castigados. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero estos bastan para que, de una parte, acordemos la amplia clase de expresiones a las que nos estamos refiriendo y, de la otra, iluminemos nuevamente el tema de las identidades colectivas. Note el lector que, tal y como señala OSBORNE, Isegoría 14 (1996), 87 s., comentando los procesos de estigmatización de la mujer, cada “estudiante” –o cada “homosexual”, “político”, “experto”, “negro” “pobre”– de nuestro ejemplo es tratado como “un estudiante” más, “como un ejemplo de la categoría”. Así las cosas, cuando nos comunicamos empleando estas abstracciones, “sus cualidades personales y sus logros resultan secundarios”, pues habrá una tendencia a verlos a todos como iguales; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1061.

²³⁶ Cfr. SCANLON, *Tolerance*, 2003, 155; BALKIN, N.Y.U. L. Rev. 79 (2004), 3 s.: “La libertad de expresión permite que las personas comunes y corrientes participen libremente en la difusión de ideas y en la creación de significados que, a su vez, ayudan a constituirlos como personas (...) todas las personas, no solo las elites políticas, económicas o culturales, tienen una oportunidad justa de participar en la producción de la cultura y en el desarrollo de las ideas y significados que las constituyen, las comunidades y las subcomunidades. a la que pertenecen. Las personas tienen voz en el desarrollo de estas ideas y significados porque pueden participar en su creación, crecimiento y difusión”; Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1054.

para que esto pueda ocurrir, estas sociedades están creando toda una nueva cultura, toda una nueva estructura democrática para la construcción y legitimación de los marcos de significación con que definimos nuestras identidades²³⁷. Con este nuevo “software cultural”²³⁸ buscarán que se aumente el bienestar general de los miembros de la comunidad política por, al menos, tres vías diferentes²³⁹.

En primer lugar, permitir que negros, ateos, comunistas, gitanos, mujeres, etc., accedan al espacio público va a hacer que ellos puedan *validar públicamente*²⁴⁰ sus formas de vida. Poder comunicarse con el resto de la comunidad política, asumiendo un papel activo, creativo, transformador, en la representación que la sociedad a la que pertenecen se hará de ellos, contribuirá a que mejore la imagen que tienen de sí mismos, lo que va a incrementar sustancialmente su desarrollo personal, estima y bienestar²⁴¹. Ello, pues sentirán que pueden ser reconocidos como miembros activos, respetados e importantes de su comunidad siendo tal y como son. Que pueden participar de la vida social—expresarse, asociarse, reunirse, etc.—sin tener que esconder su “voz”, sus símbolos o sus diferentes señas de identidad²⁴².

²³⁷ Cfr. RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 313, 324; BALKIN, N.Y.U. L. Rev. 79 (2004), 3 s.; Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1054.

²³⁸ La expresión, y el sentido de la misma, es tomado de BALKIN, *Cultural Software*, 1998, ix.

²³⁹ RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 312.

²⁴⁰ RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 311, emplea los términos *validación pública* para referirse a tres funciones de la expresión pública de las formas o estilos de vida: “-Sirven para familiarizar al público en general con formas de vida comunes en ciertos segmentos del público. -Sirven para tranquilizar a aquellos cuyos estilos de vida están siendo retratados de que no están solos, que sus problemas son problemas comunes, sus experiencias son conocidas por otros. -Finalmente, sirven como validación de las formas de vida relevantes. Les dan el sello de aceptabilidad pública”.

²⁴¹ Es importante que insistamos, con OSBORNE, Isegoría 14 (1996), 87 s., en que “la concepción acerca de uno mismo, colectivamente hablando, resulta en buena parte un reflejo de cómo somos vistos y definidos por los demás”. En este mismo sentido: BALKIN, N.Y.U. L. Rev. 79 (2004), 33, 45; Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1076; WILLIAMS, Const. Comment. 27 (2011), 406 s.; SHIFFRIN, S., Const. Comment. 27 (2011), 292.

²⁴² Cfr. KARST, N.C. L. Rev. 64 (1986), 329, 331 s.; RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 312; NAGEL, Philos. Public Aff. 24 (1995), 101 s.; BENHABIB, *Culture*, 2002,19; CConst T-391/2007, de 22 de mayo: “la comunicación es un aspecto integral del derecho de cada individuo al desarrollo y la realización personales. Esta perspectiva subraya la importancia que tiene el proceso expresivo para el individuo, en el sentido de promover *la autonomía individual, la expresión de la propia identidad y la autorrealización personal*; se asume que las restricciones sobre lo que una persona puede decir, escribir, ver, oír o leer, inhiben el crecimiento de su personalidad y coartan el control que ejerce sobre su propio razonamiento, y que a menos que las personas puedan expresar sus creencias y actitudes a través de discusiones abiertas y en respuesta a las críticas y al intercambio con otras, no podrán desarrollarse intelectual y espiritualmente. Se enfatiza, dentro de esta óptica, que la expresión tiene un valor intrínseco afirmativo de la libertad individual, la autonomía y la realización personal, tanto para los hablantes como para los escuchas

En segundo lugar, el hecho de que se puedan *validar públicamente* formas de vida diferentes –incluso antagónicas–, hará que los miembros del público de esa sociedad tengan ante sí un escenario rico en posibilidades y opciones reales, lo que los hará gozar de una verdadera autonomía y libertad al momento de reflexionar y elegir su rumbo y su proyecto de vida²⁴³. Mientras no se permita que se pongan en escena formas de vida alternativas, estas serán confrontadas y prejuizadas desde las perspectivas ortodoxas²⁴⁴, que se encargarán de hacerlas ver poco atractivas para evitar su influencia²⁴⁵.

individuales. La libertad de expresión constituye, desde este punto de vista, un medio que permite a los individuos desarrollar sus facultades, por lo cual se enfatiza su carácter de derecho fundamental de la persona. (...) la libertad de expresión, además de ser medular para los sistemas democráticos, tiene un valor intrínseco en tanto derecho fundamental por su importancia para la dignificación de la persona: “en la medida en que tanto información e ideas son elementos necesarios para la definición, y realización social de los distintos proyectos de vida individuales, resulta claro que constituye un ingrediente esencial para el respeto de la dignidad humana”; WILLIAMS, *Const. Comment.* 27 (2011), 405 ss., quien nos diría que se sentirán como seres autónomos, pues su identidad y su estilo de vida no será definido por el discurso de otras personas, sino por el discurso que ellos mismos ayudan a elaborar. No serán meros recipientes de las etiquetas de los otros, de fuerzas fuera de su control, sino los agentes creativos y transformadores que podrán asumir su propia historia y narrativa buscando reinterpretar su identidad y renegociando su papel en la vida social.

²⁴³ Cfr. POST, *Cal. L. Rev.* 76 (1988), 321 s.; BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 249, quien comentando el pensamiento de Mill decía: “el hombre se diferencia de los animales no tanto por ser poseedor de entendimiento o inventor de instrumentos y métodos como por tener capacidad de elección; por elegir y no ser elegido; por ser jinete y no cabalgadura; por ser buscador de fines, fines que cada uno persigue a su manera, y no únicamente de medios. Con el corolario de que cuanto más variadas sean esas formas tanto más ricas serán las vidas de esos hombres; cuanto más amplio sea el campo de intersección entre los individuos, tanto mayores serán las oportunidades de cosas nuevas e inesperadas; cuanto más numerosas sean las posibilidades de alterar su propio carácter hacia una dirección nueva o inexplorada, tanto mayor será el número de caminos que se abrirán ante cada individuo y tanto más amplia será su libertad de acción y de pensamiento”; NICKEL, *Law & Phil* 7 (1988-1989), 288; RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 311; FRIED, *U. Chi. L. Rev.*, 59 (1992), 236 s., 250; NINO, *Fundamentos*, 1992, 262 s.; KYMLICKA, en Heyd (ed.), *Tolerance*, 1996, 81-103; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 155; BALKIN, *N.Y.U. L. Rev.* 79 (2004), 4, 40 s.; CConst T-066/1998, de 5 de marzo: “la libertad de prensa es fundamental para el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues para que una persona pueda definir y seguir de manera apropiada la orientación que le desea dar a su existencia es necesario que tenga la posibilidad de conocer distintas formas de concebir la vida y de comunicar su propia opción vital”; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 125, quien señala que, en las sociedades modernas, a “la luz de la extensión de la esfera de la participación pública (...) el ámbito de la formación de la personalidad, el desarrollo de identidades individuales depende cada vez más de las actitudes reflexivas y críticas de los individuos para entretejer una historia vital coherente más allá del desempeño convencional y de las definiciones de género. La autodefinición, es decir, ¿quién soy?, cobra más y más autonomía respecto de las prácticas sociales establecidas, y es más fluida, comparada con las interpretaciones basadas en desempeños rígidos. Del mismo modo la apropiación de la tradición cultural se vuelve más dependiente de la hermenéutica creativa de los intérpretes contemporáneos”; TARODO SORIA, en Díaz y García Conlledo/García Amado/Junieles Acosta/Tarodo Soria, (coords.), *Libertad de expresión*, 2012, 26.

²⁴⁴ Cfr. OSBORNE, *Isegoría* 14 (1996), 88; CConst. T-213/2003, de 8 de marzo.

²⁴⁵ Cfr. RAZ, *Oxford J. Legal Stud.* 11 (1991), 312.

Finalmente, en tercer y último lugar, la riqueza cultural de estas sociedades no solo podrá mantenerse, sino incrementarse²⁴⁶. De una parte, el proceso de transmisión, preservación y renovación que requieren las culturas para poder aspirar a mantenerse activa estará plenamente garantizado²⁴⁷. De la otra, el tener institucionalizado un vibrante espacio público, en el que diversas culturas y subculturas pueden ponerse en tensión y debatir sobre la legitimidad de sus diferentes puntos de vista, hará que se mantenga abierto un mundo de posibilidades infinito para la creación de nuevas perspectivas culturales. Nuevos estilos, proyectos y formas de vida²⁴⁸.

Estas son, pues, tres de las principales consecuencias positivas que resultarían de promover la expresión libre y pública de diferentes perspectivas étnicas, culturales y religiosas. Tres de los argumentos que podemos considerar dentro de una defensa de la libertad de expresión ajustada a las características de nuestras sociedades actuales. Ahora, siguiendo el plan que habíamos trazado, es momento entonces de avanzar hacia un segundo caso. Aunque partiremos básicamente de las mismas premisas, buscaremos darles la vuelta para poder añadir un argumento diferente a nuestra defensa. Un argumento no-consecuencialista en contra de la censura.

Para exponer este caso vamos a continuar trabajando de la mano de RAZ²⁴⁹. Este autor nos diría que, puesto que ya sabemos lo que significa para las personas el poder contar con un espacio para *validar públicamente* su forma de vida ante el resto de la comunidad política²⁵⁰, no necesitaremos ser muy creativos o ingeniosos para poder entender qué quiere decir entre nosotros el mensaje inverso: la censura y la

²⁴⁶ Cfr. RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 312; CConst T-104/1996, de 8 de marzo; CConst. T-213/2003, de 8 de marzo; CConst T-391/2007, de 22 de mayo. En cualquier caso, este argumento deberá estar condicionado al respeto por cada individuo y sus elecciones conforme a lo señala el propio RAZ, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 95, 99. En sentido idéntico v. arriba n. 184 y texto principal ligado a ella.

²⁴⁷ Cfr. RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 312.

²⁴⁸ Cfr. NICKEL, Law & Phil 7 (1988-1989), 288; RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 312.

²⁴⁹ RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 303-324.

²⁵⁰ Tener la posibilidad de contar su historia ante todos y no tener que permanecer cruzado de brazos y en silencio viendo como el resto de la sociedad controla la propia identidad a través del prejuicio y la estigmatización. Expresarse libre y públicamente es entonces poder asumir la interpretación de sus señas de identidad como causa: poder hablar en defensa de lo que uno es. Tener una oportunidad de que otros se pongan en sus zapatos, conozcan “sus problemas, experiencias, actitudes, etc.”, y solo después puedan juzgar y opinar sobre ellos.

criminalización de las expresiones²⁵¹. Así, sin mayores rodeos nos dirá: “debido a la función de validación de la expresión pública, la censura basada puramente en el contenido ha adquirido un significado simbólico. Expresa desaprobación y condena oficial y autorizada del estilo de vida del que forma parte la comunicación censurada”²⁵².

Hemos examinado todo lo que representa, para los miembros de un grupo minoritario, ser silenciados por el grupo que se ha hecho con el mayor poder político. Ello significa que no tienen la plena membresía a la comunidad política y/o no pueden disfrutar de los beneficios que se derivan de ella conservando las señas de identidad propias. También hemos visto, de una parte, los tipos de sociedad que se relacionan con los grupos minoritarios silenciándolos y obligándolos a mantener un bajo perfil y, de otra, el tipo de sociedad en que diferentes grupos coexisten tolerantemente garantizándose unos a otros la expresión libre y pública de sus respectivas señas de identidad.

Partiendo del conocimiento de los diferentes tipos de sociedad, y sabiendo entonces cual es el significado simbólico de la censura, el mensaje claro y objetivo que transmite, tenemos un fuerte argumento en contra de su uso. La censura es un insulto a las personas. Un mal que debe ser evitado porque sabemos que contribuye a que nosotros mismos, u otros miembros igual de valiosos de nuestra comunidad, puedan llegar a ser *subordinados* y *segregados* tan solo por pertenecer a grupos étnicos, raciales o culturales²⁵³.

Este deber de evitar excluir, insultar y causar semejantes males a nuestros conciudadanos, a los miembros de nuestras comunidades políticas, tan solo porque piensan y dicen diferente, corre entonces por su propia cuenta, es una razón independiente a las tres anteriores. Es decir que, como la censura es un mal en sí mismo, aun sin tener que sentarnos a esperar los efectos positivos que arroja un sistema cultural basado en la libertad de expresión, estaremos ya en una sociedad más valiosa y atractiva moralmente

²⁵¹ RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 313.

²⁵² RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 313.

²⁵³ Sabemos, por casos como los de las mujeres, los homosexuales o los negros, cómo esta exclusión puede repercutir sobre su estima y su visión de sí mismos. Sabemos la cantidad de prejuicios, etiquetas, estigmas que tendrán que soportar las minorías en silencio, sin tener siquiera el derecho a ser escuchados por la opinión pública para tratar de cambiar su situación. Porque sabemos la repercusión que tiene esa desaprobación y esa condena oficial sobre la vida de las personas ya no solo en el ámbito político, sino también en el social y el económico.

desde el momento mismo en que dejemos de censurar a las personas por ser negras, mujeres, católicas, musulmanas, homosexuales, de derechas, de izquierdas, etc.

Como hemos profundizado en este asunto de la mano de NICKEL, no necesitaríamos volver sobre estas cuestiones más que para, viendo el asunto desde otro ángulo, terminar de hacernos un panorama de lo que sigue estando hoy en juego cuando la vieja censura de siempre se nos aparece vestida con nuevos trajes. De hacer esa reflexión, de iluminar “nuevas” formas de censura con otro foco, nos vamos a ocupar a continuación.

c) Autonomía, libertad de pensamiento y libertad de expresión

Como señalan autores como NUSSBAUM o HAREL, en muchas ocasiones solemos relacionar cuestiones como intolerancia, autoritarismo o censura con culturas arcaicas y fundamentalistas que se han ido quedando, por fortuna, rezagadas²⁵⁴. Pensamos que se trata de vicios y errores propios de nuestro pasado, y que hoy solo puede ser intolerante frente a las diferencias aquel que sigue viendo el mundo a través del prisma de los fanatismos políticos y/o religiosos²⁵⁵.

Más allá de lo fácticamente imprecisas que resultan estas simplificaciones²⁵⁶, lo importante es destacar que, cuando se las toma como punto de partida para la reflexión, estas nos pueden conducir a enormes equívocos. Ello, pues quizá nos lleven a ignorar que también las personas que creemos firmemente en la igualdad, que estamos firmemente comprometidas con las luchas actuales por la emancipación de diferentes grupos minoritarios, podemos mostrar un fuerte sentimiento de intolerancia frente a las prácticas y discursos que exhiben muestras de racismo, sexismo, homofobia, etc.²⁵⁷. Que, para decirlo muy frontalmente, nosotros tendemos también a odiar el discurso del odio y, en no pocas ocasiones, a quien lo expresa.

²⁵⁴ Cfr. NUSSBAUM, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 105; HAREL, en Heyd (ed.), *Toleration*, 1996, 117; NUSSBAUM, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 31 s.

²⁵⁵ Cfr. NUSSBAUM, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 105 s.; HAREL, en Heyd (ed.), *Toleration*, 1996, 117; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 196.

²⁵⁶ Cfr. NUSSBAUM, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 105; RAZ, en Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Multiculturalism*, 1996, 96.

²⁵⁷ Cfr. HAREL, en Heyd (ed.), *Toleration*, 1996, 117.

El hecho de que nos sintamos plenamente convencidos de que perseguir ese proyecto de una sociedad más igualitaria está completamente justificado a nivel moral, y que reconozcamos en nosotros mismos estos impulsos intolerantes hacia quienes disienten, hace que merezca la pena que cerremos este apartado haciendo una última reflexión en torno a una pregunta que nos ha dejado MILL: “¿Estamos dispuestos a adoptar la lógica de los perseguidores y decir que nosotros podemos perseguir a otros porque acertamos y ellos no pueden perseguirnos a nosotros porque yerran?”²⁵⁸.

Si la respuesta es rotundamente afirmativa, ello significa que poco de lo que hemos dicho hasta ahora, respecto a la justificación del *principio de la libertad de expresión* en el plano moral, habrá calado²⁵⁹. Habremos abandonado sin titubeos el compromiso de construir una sociedad tolerante y, con ello, su corolario, la preocupación por tolerar las expresiones provenientes de las diferentes perspectivas religiosas, étnicas y culturales. Habremos dejado de correr tras el *ideal pluralista*²⁶⁰. Estaremos, en su lugar, proponiendo reciclar un antiquísimo tipo de sociedad en el que los grupos mayoritarios aprovechan su mayor poder político para perseguir a los que piensan y dicen diferente, ante un nuevo intento de legitimar el silenciamiento con base en la visión de superioridad moral de quien acalla al otro y busca evitar su nociva influencia.

Si, en cambio, la respuesta es negativa, y queremos mantener intacto nuestro proyecto moral y político de sociedad –en el que luchamos con total decisión y energía por la igualdad de libertades–, deberemos “dar la pelea” frente a este tipo de expresiones,

²⁵⁸ BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 261, de quien hemos tomado ese fragmento de Mill, nos recuerda que “católicos, protestantes, judíos y musulmanes han justificado la persecución en su día con este argumento”. Todos han sufrido la persecución y, tan pronto como han podido, han utilizado este razonamiento para perseguir también. Ahora que felizmente algunas de las luchas emancipatorias han conseguido resultados, y algunos de esos grupos han conseguido mayor poder político en algunas sociedades, la pregunta que nos hace Mill es entonces muy clara: ¿Llegó el momento de que nosotros también entremos al negocio de la persecución? ¿De darles a estos y otros sectores opresores un poco de su propia medicina? ¿De silenciar y condenar públicamente a todos los que tengan una visión de la mujer, el negro, el tercermundista, el pobre, el homosexual, etc., moralmente inferior a la nuestra? ¿Estamos legitimados para otorgar a las autoridades el poder para silenciar la expresión de estas visiones?

²⁵⁹ Para apreciar lo poco que habríamos logrado avanzar considérese lo que tendría para decirnos ALEXANDER, San Diego L. Rev. 50 (2013), 709: “Un gobierno que dice: «Respetamos la libertad de expresar cualquier idea que consideremos verdadera o valiosa, pero no la libertad de expresar ideas que consideramos falsas o perjudiciales» se consideraría, con razón, hostil y no amistoso con la libertad de expresión. Stalin, Hitler y Mao podrían haberse suscrito a esa versión de la libertad de expresión”.

²⁶⁰ V. arriba las n.176-179 y el texto principal que las acompaña.

en la esfera pública. No silenciar una expresión no significa aceptarla o aplaudirla²⁶¹. Significa tan solo que se respetan unas reglas de juego mínimas –con las que nos hemos comprometido constitucionalmente para buscar sociedades tolerantes–, según las cuales otros miembros pertenecientes a la comunidad política tienen tanto derecho como nosotros a expresar sus perspectivas religiosas, étnicas y culturales aun cuando estas difieran de las nuestras²⁶². Significa que cuando no comulgo con esas expresiones –o las encuentro incluso odiosas o repugnantes–, en vez de negar el derecho que tiene otro a expresarlas, ejerzo yo también mi derecho a expresarme libre y públicamente en contra de ellas²⁶³. Que allí, en el debate en el espacio público, donde se juega la legitimidad de cualquier acto u opinión en nuestras sociedades, intentaré contradecirlas y seguir demostrando, ante cualquiera que se pregunte por estos asuntos, los fundamentos que sostienen mis posturas y las hacen más atractivas²⁶⁴.

²⁶¹ Cfr. STRAUSS, *Colum. L. Rev.* 91 (1991), 345; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 199 s.; BAKER, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 151.

²⁶² Cfr. SCANLON, *Tolerance*, 2003, 87, 197 s.; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 125. Asimismo, v. arriba n.173.

²⁶³ Cfr. BRANDEIS, voto concurrente en: *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); STROSSEN, *Cas. W. Res. L. Rev.* 46 (1996), 454 s.; CConst T-391/2007, de 22 de mayo; BAKER, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 151.

²⁶⁴ SCANLON, *Tolerance*, 2003, 192 s., nos permite recordar y sintetizar el atractivo moral de la tolerancia –como forma de lidiar con las diferencias entre los grupos étnicos, religiosos y culturales que componen nuestras sociedades: “¿Por qué, entonces, valorar la tolerancia? Creo que la respuesta radica en la relación con los conciudadanos que la tolerancia hace posible. Es fácil ver que una persona tolerante y una intolerante tienen diferentes actitudes hacia aquellos en la sociedad con quienes no están de acuerdo. La actitud de la persona tolerante es esta: Aunque no estemos de acuerdo, son miembros de la sociedad tan plenamente como yo. Tienen el mismo derecho que yo a las protecciones de la ley, tienen tanto derecho como tengo yo a vivir como elijan vivir. Además (y esta es la parte difícil) ni su forma de vivir ni la mía son el *único* camino de nuestra sociedad. Estas son simplemente dos de las muchas perspectivas diferentes que nuestra sociedad puede incluir, cada una de las cuales tiene el mismo derecho a expresarse en la vida social como un modo de vida que otros pueden adoptar. Si un punto de vista es en cualquier momento predominante numéricamente o culturalmente, esto debe ser determinado por, y depende de, las elecciones acumuladas de los miembros individuales de la sociedad en general. Los individuos intolerantes niegan esto. Ellos reclaman un lugar especial para sus propios valores y forma de vida. Los que viven de una manera diferente (los turcos en Alemania, por ejemplo, los musulmanes en la India y los homosexuales en algunas partes de los Estados Unidos) no son, en su opinión, miembros plenos de su sociedad, y los intolerantes reclaman el derecho de suprimir estas otras formas de vivir en nombre de proteger su sociedad y «sus» valores”. En un sentido muy similar, GAVIRIA, en la sentencia CConst T-104/1996, de 8 de marzo, nos decía, refiriéndose a las actitudes que debíamos tener frente a una obra de arte que nos disgustaba: “el pluralismo existente en nuestra sociedad, además reconocido y amparado por la Constitución, comporta un deber de tolerancia que les es exigible a quienes, ejerciendo su derecho a elegir libremente, rechazan una determinada exhibición. Ellos son libres de manifestar su inconformidad, pero sin impedir que el artista ejerza su derecho a la libre expresión y que el resto del público aprecie la obra”.

Con todo, algún lector, quizá no muy convencido de lo persuasiva que resulte su postura para otros, optará por la primera respuesta –la afirmativa–. Si este es el caso, deberá considerar, en primer lugar, que buscar la censura tiende a deslegitimar *de facto* la propia causa: se envía el mensaje de que uno teme que sus fundamentos sean frágiles y no resistan un debate crítico y abierto. Que, en lugar de debatir, uno prefiere imponer la *Verdad* y el atractivo moral de sus ideas por vía de la censura, salvaguardándose de toda confrontación y disenso mediante recursos tan extremos como los del poder punitivo²⁶⁵. En segundo lugar, también se deberá pensar en una cuestión más delicada: pudiéramos estar pidiendo a otros –y a nosotros mismos– que renuncien, para poder utilizar este medio para defender la causa, a lo irrenunciable. A su libertad de pensar por sí mismos²⁶⁶.

²⁶⁵ Este argumento es el que hace NAGEL, *Philos. Public Aff.* 24 (1995), 98: “Creo que es (...) inexcusable que alguien deba ser encarcelado o multado por negar que se produjo el holocausto, vender libros que lo nieguen, o por dirigir un negocio de pedidos por correo en medallones nazis, pequeños bustos de Hitler, etc. Esas restricciones son profundamente ofensivas en sí mismas, y creo que están dañando la situación de los judíos en las sociedades que las imponen. Llevan el mensaje de que la realidad del holocausto y el mal del nazismo son proposiciones que no pueden defenderse por sí mismas, que son tan vulnerables a la negación que deben recibir el estatus de dogma, protegerse contra las críticas y sostenerse como artículos de fe más que de razón. Afirmar la necesidad de tal protección de las creencias de uno solo invita al desprecio. La voluntad de permitir la expresión de la intolerancia y la estupidez, y de denunciarla o ignorarla sin censurarla, es la única expresión apropiada de la convicción ilustrada de que el fundamento correcto de la creencia es la razón y la evidencia en lugar de la aceptación dogmática”. En un sentido similar v. STROSSEN, *Duke L.J.* (1990), 561, quien nos dice que: “Prohibir el discurso racista podría socavar el objetivo de combatir el racismo por razones adicionales. Algunos académicos y activistas negros sostienen que una política de discurso antirracista puede perpetuar una visión paternalista de los grupos minoritarios, lo que sugiere que son incapaces de defenderse contra expresiones sesgadas en su contra”. Dentro de estos académicos y activistas a los que se refiere nos propone considerar a Alan Keyes y Michael Meyers. Del primero toma la siguiente cita: “El problema básico con todos estos regímenes para proteger a varias personas es que la protección incapacita ... Pensar que a mí (como hombre negro) ... se me dirá que los blancos tienen el carácter moral para ignorar los insultos, y yo no ... ¡Esa es la declaración más insidiosa, más insultante, más racista de todas!”. Y, del segundo, “como ex activista estudiantil, y como militante negro actual, creo que la libertad de expresión es el arma más poderosa de la minoría ... El paternalismo y la censura ofrecen al estudiante universitario un tranquilizante como antídoto contra el racismo estudiantil y social. Lo que necesitamos es un reloj de alarma... Lo que necesitamos es libertad de expresión ... ¡y más libertad de expresión!”.

²⁶⁶ Evidentemente, este listado de cuestiones a considerar, antes de censurar el denominado “discurso del odio”, está muy lejos de ser exhaustivo. Para hacerse un panorama más amplio, considere el lector los seis argumentos de orden pragmático que propone BAKER, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 155, para complementar las razones ligadas a la autonomía: “(1) permitir y luego combatir el discurso de odio de manera discursiva es la única manera real de mantener vivo el entendimiento del mal del odio racial; (2) forzar el discurso del odio a esconderse oculta la extensión y la ubicación del problema al que la sociedad debe responder; (3) es probable que la supresión del discurso de odio incremente el sentido de opresión de los racistas y su disposición a expresar sus opiniones violentamente; (4) es probable que la supresión reduzca la autoconciencia social de que la democracia significa, no eliminar el conflicto mediante la supresión, lo que el juez Jackson describió como la unanimidad del cementerio, sino más bien mover el conflicto del plano de la violencia al plano de la política; (5) la prohibición legal y la aplicación de leyes contra el discurso del odio probablemente desvíen las energías políticas de respuestas más efectivas y significativas, especialmente aquellas dirigidas a cambiar las condiciones materiales en las que se

Para concentrarnos en este último punto –para ver por qué podría ser precisamente la libertad del pensamiento la que estaría entonces en juego– vamos a introducirnos entonces en una tercera familia de aproximaciones a la defensa de la libertad de expresión, cuyos principales representantes han sido SCANLON²⁶⁷, STRAUSS²⁶⁸ y NAGEL²⁶⁹. Para seguir la argumentación de estos autores, cuyo enfoque apunta al respeto de la autonomía de la potencial audiencia receptora del mensaje censurado²⁷⁰, conviene recordar que en un sistema cultural de la libertad de expresión: i) cualquier persona puede tratar de influenciar o *persuadir*²⁷¹ a otros sobre la legitimidad de su forma o estilo de vida particular en el espacio público y ii) los miembros racionales y autónomos de la comunidad política están llamados a reflexionar sobre la legitimidad de las distintas formas de vida que son representadas en el espacio público y, tras haber formado sus propios juicios, dar su opinión sobre estas libre y públicamente para iniciar de nuevo el ciclo²⁷².

manifiesta el racismo; (6) el principio que justifica las prohibiciones y las leyes específicas que prohíben el discurso de odio probablemente se abusen, creando una pendiente resbaladiza a resultados contrarios a las necesidades de las víctimas de odio racial (incluida la encarcelación de los sujetos de odio racial por sus respuestas verbales) y las necesidades de otros grupos marginados”.

²⁶⁷ SCANLON, Phil. Pub. Affair 1 (1972), 204-226, es quizá la defensa paradigmática de esta postura. Sin embargo, es importante aclarar que el mismo autor revisaría el alcance de su postura en SCANLON, U. Pitt. L. Rev. 40 (1979), 519-50; Heyd (ed.), *Tolerance*, 1996, 226-239; Va. L. Rev. 97 (2011), 546 s. Aquí estaremos trabajando las diferentes obras de este autor conforme a la compilación que se ha hecho de estas en: SCANLON, *Tolerance*, 2003.

²⁶⁸ STRAUSS, Colum. L. Rev. 91 (1991), 334-371.

²⁶⁹ NAGEL, Philos. Public Aff. 24 (1995), 83-107.

²⁷⁰ Cfr. SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 77; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 32; STRAUSS, Colum. L. Rev. 91 (1991), 362; KAGAN, U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 425; BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 15 ss.; SHIFFRIN, S., Const. Comment. 27 (2011), 299; SCANLON, Va. L. Rev. 97 (2011), 546; *Tolerance*, 2003, 95.

²⁷¹ Este término va a ser particularmente importante para STRAUSS, Colum. L. Rev. 91 (1991), 336, pues su defensa de la libertad de expresión se basa en el “principio de persuasión”. Para este autor “persuadir (...) no significa simplemente «inducir». La «persuasión» denota un proceso de apelación, en cierto sentido, a la razón. El discurso convence cuando induce la acción a través de un proceso que una persona racional valoraría”. Con esta definición, podemos entender entonces mejor el principio de persuasión que plantea el autor: “el gobierno no puede suprimir el discurso sobre la base de que es probable que el discurso persuada a las personas a hacer algo que el gobierno considera perjudicial. Dicho de otra manera, las consecuencias perjudiciales que resultan de los efectos persuasivos de una expresión pueden no ser parte de la justificación para restringir la expresión”. Como puede observar el lector, esta argumentación, y la que sostendremos en el texto principal, tiene dentro de su alcance únicamente cierto tipo de expresiones –quedan claramente excluidas, p. ej. las coacciones, amenazas, mentiras deliberadas– y/o cierto tipo de justificaciones de la censura –p. ej. podría perfectamente censurarse una expresión porque constituye una forma de acoso laboral o porque es un insulto dirigido cara a cara a una víctima solitaria–.

²⁷² Cfr. SCANLON, *Tolerance*, 2003, 154 s.; BALKIN, N.Y.U. L. Rev. 79 (2004), 43.

Hay un tipo de censura muy común que obedece a la siguiente lógica: no se debe permitir que pase i) cuando los resultados de ii) pueden ser contraproducentes para la propia causa, generar una “opinión pública corrupta”²⁷³ o, en general, producir efectos que uno encuentra perniciosos²⁷⁴. El truco, como puede verse, es tan antiguo como simple: debo intentar ocultar las expresiones religiosas, culturales, sexuales, políticas, etc., disidentes para que estas no puedan ser escuchadas por amplios sectores de la opinión pública que podrían resultar persuadidos por ellas²⁷⁵. Debo tratar de *manipular* el debate público con el fin de que las personas solo puedan ponderar y elegir entre la(s) alternativa(s) que convienen a mí propia causa cuando estén pensando en escoger un plan de vida.

Estas lógicas, las del tipo de censura al que están apuntando SCANLON, STRAUSS, y NAGEL, las habíamos visto con detenimiento en el anterior eje argumentativo, cuando enseñábamos el pensamiento de KANT y de MILL²⁷⁶. Sabemos ya muy bien que es a esta forma autoritaria y paternalista de buscar controlar el debate en el espacio público a la que ellos se opusieron frontalmente. Que la Ilustración que ellos representan solo está presente cuando aceptamos el pensamiento crítico, cuando estamos dispuestos a renunciar a la amable invitación de quienes se ofrecen a librarnos de la tarea de pensar *por* nosotros mismos y *para* nuestro propio bien.

²⁷³ FRIED, U. Chi. L. Rev., 59 (1992), 238.

²⁷⁴ Cfr. STONE, U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1173, lo pone en los siguientes términos: “el gobierno no puede restringir la expresión de una idea simplemente porque desapruueba la idea y teme que los ciudadanos puedan adoptarla de manera imprudente en el curso del debate político”; Pepp. L. Rev. 36 (2008-2009), 278; NAGEL, Philos. Public Aff. 24 (1995), 97; KAGAN, U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 428; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 190 s.; BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 16.

²⁷⁵ Cfr. STRAUSS, Colum. L. Rev. 91 (1991), 337: “Los tiranos reprimen la expresión porque temen que sea persuasiva. Quedaría muy poco de la primera enmienda, tal como la entendemos, si el gobierno hubiera podido suprimir el discurso cada vez que hubiera creído plausible que el discurso podría, en algún momento y de alguna manera, persuadir a las personas de hacer cosas con las que el gobierno no estaba de acuerdo”.

²⁷⁶ Tan solo para traer aquí algo de esa fuerza argumentativa de los ideales de la Ilustración, quisiera que consideráramos las ideas de ROTHSCHILD, *Smyth, Condorcet*, 2011, 196, quien incorporando el pensamiento de CONDORCET va a señalar: “la libertad de «no ser dependiente», de un hombre o de los hombres, es una condición del ser interior. Es del ámbito privado: «Un hombre se llama libre si no está sujeto en ninguna de sus acciones privadas a la voluntad arbitraria de un individuo». Es libertad en relación con la voluntad de otros individuos, y también a la voluntad de la sociedad. La libertad de las opiniones políticas, morales y religiosas, dice Condorcet, es «una de las partes más preciosas de la libertad natural». Pero esto sería ilusorio si «la sociedad se apoderara de las nuevas generaciones, dictándoles lo que deben pensar». La persona que trae consigo a la sociedad las opiniones que su educación ya le ha dado «no es un hombre libre». Es «el esclavo de sus amos»; sus cadenas son las más difíciles de romper «porque él mismo no las siente, y cree que obedece a su propia razón, cuando no hace más que someterse a la de otro»”.

Las personas racionales y autónomas de las que ellos hablaban se pueden equivocar cuando escogen su religión, su visión de la buena vida, su programa político, su compañero sexual, su manera de dirigirse a otros, sus lealtades, su estilo de vida. Pero que lo que no pueden hacer jamás es dejar de tomar en sus propias manos la responsabilidad de juzgar distintos planes de vida, y tomar partido, porque prefieren que quienes los gobiernan asuman por ellos tan engorrosa tarea²⁷⁷. Nunca una persona, que se vea a sí misma como autónoma y racional, estará tranquila mientras sepa que las opciones que hay en su mesa, a la hora de escoger identificarse con determinada religión, política, cultura, etc., están controladas y predefinidas conforme a los intereses de cualquier otra persona²⁷⁸. Mientras sepa que otros, aun con las mejores intenciones, tienen semejante poder sobre su pensamiento²⁷⁹.

Insistamos en que justo por eso, porque sabemos que pensar es un proceso colectivo²⁸⁰ y no nos gusta dejar de vernos a nosotros mismos como “soberanos al decidir en qué creer y al balancear las diferentes razones en competencia para la acción”²⁸¹, es que creamos el tipo de sociedad en que la legitimidad de las perspectivas religiosas, culturales o étnicas es debatida y decidida por nosotros mismos en el espacio público²⁸².

Y también por eso mismo, porque la Ilustración nos enseñó a tratarnos unos a otros como seres autónomos, libres, pensantes, críticos, es que nos parece indignante vivir a

²⁷⁷ Cfr. SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 77; STRAUSS, Colum. L. Rev. 91 (1991), 355 s.; NAGEL, Philos. Public Aff. 24 (1995), 96; BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 15 ss.

²⁷⁸ Cfr. SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 77 s.; FRIED, U. Chi. L. Rev., 59 (1992), 236; NAGEL, Philos. Public Aff. 24 (1995), 98.

²⁷⁹ Cfr. SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 77 s.; STRAUSS, Colum. L. Rev. 91 (1991), 360; NINO, *Fundamentos*, 1992, 261; NAGEL, Philos. Public Aff. 24 (1995), 98; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 15 s.; SHIFFRIN, S., Const. Comment. 27 (2011), 290; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 107 s.

²⁸⁰ Cfr. BALKIN, N.Y.U. L. Rev. 79 (2004), 43 s.; SHIFFRIN, S., Const. Comment. 27 (2011), 290.

²⁸¹ SCANLON, *Tolerance*, 2003, 15.

²⁸² Nos gusta escuchar, por nosotros mismos, las perspectivas que ofrecen otras personas. Qué razones las llevan a actuar de la manera en que actúan, creer en los dioses que creen, votar por los candidatos que votan, decir las barbaridades que dicen, etc., antes de juzgar cuál será nuestra postura sobre determinados asuntos y actuar. Incluso, una vez juzgamos y tomamos estas difíciles decisiones, sabiendo que somos seres finitos y falibles y podemos también fallar, queremos contar siempre con un salvavidas. Con la posibilidad de que cualquiera que piense diferente a nosotros pueda escuchar nuestras posturas y decirnos con total franqueza por qué hemos errado nuestro juicio y por qué deberíamos considerar actuar conforme a otras consideraciones. En este sentido: STRAUSS, Colum. L. Rev. 91 (1991), 337; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 155; BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 16; SHIFFRIN, S., Const. Comment. 27 (2011), 290, 293.

merced de un régimen de censura, venga este de donde venga. Encontramos una afrenta que alguien esté decidiendo por nosotros a quién debemos escuchar y a quién no, quién puede tratar de persuadirnos y quién no²⁸³. No creemos que ninguna condena sea justa mientras no se haya escuchado la versión del acusado. Y no creemos tampoco que una sociedad pueda ser justa, en sus juicios sobre determinadas perspectivas culturales, religiosas o étnicas, mientras se manipule el debate público de tal manera que ni siquiera se pueda escuchar y considerar los argumentos que algunos de los miembros de esas propias sociedades quieren expresar en favor de ellas²⁸⁴.

No podemos considerar entonces más que lamentable que nuestra intolerancia nos pueda llevar a querer seguir condenando formas de vida –que en general son valiosas– sin darles siquiera una chance justa de participar en el debate público. No podemos considerar más que inmoral e indignante que, además: 1) se distorsione el debate público arruinándolo y quitándole su legitimidad y 2) se vulnere nuestro derecho a pensar por nosotros mismos como ciudadanos y miembros de la opinión pública con el fin de “protegernos” de malos pensamientos²⁸⁵. De allí que debemos rechazar este tipo de

²⁸³ Cfr. NAGEL, Philos. Public Aff. 24 (1995), 98.

²⁸⁴ La sentencia CConst C-650/2003, de 5 de agosto, expone todo este asunto en los siguientes términos: “Una persona es autónoma cuando sus decisiones y sus actuaciones responden a elecciones libres hechas por sí misma. Cuando el Estado limita la libre expresión de las ideas que considera «inconvenientes» (...) elimina o restringe la autonomía de la persona. Son las personas mismas, en calidad de sujetos autónomos, quienes deben poder decidir qué de lo que opinan o informan, así como qué de lo que escuchan o les es informado por otros, es inconveniente. Bien sea porque piensan de forma contraria a la mayoría o a la versión oficial y así lo quieren manifestar, o porque aún no tienen un juicio formado sobre alguien o algo y desean, por lo mismo, conocer otros puntos de vista diferentes, las personas tienen el derecho a expresarse libremente y a escuchar libremente la diversidad de opiniones y versiones sobre la realidad que caracterizan a una democracia pluralista. Este derecho posibilita y refuerza otros derechos y principios, entre ellos el derecho al libre desarrollo de la personalidad no solo en términos de autodefinición racional sino de manifestación de las emociones y sentimientos de una persona aisladamente considerada o como parte de un grupo con el cual se identifica”.

²⁸⁵ Cfr. NINO, *Fundamentos*, 1992, 262: “En efecto, la libertad de expresión debe estar sobreprotegida en una democracia liberal; ya que no debe considerarse como daño a terceros, a los efectos de la aplicación del principio de daño que permite interferir generalmente con la autonomía personal, el mero hecho de que otro acepte las ideas u opiniones que se expresan. De lo contrario se inhibiría la expresión en el debate público de la misma idea de que esa conducta no constituye un daño. Por ejemplo, no se puede sostener que expresar una opinión favorable a la homosexualidad genera un peligro de daños a terceros consistente en la práctica de la homosexualidad por parte de alguien que aceptara esa opinión –suponiendo que convertirse en homosexual sea algo voluntario–, ya que, bajo una concepción deliberativa de la democracia, para determinar si la homosexualidad es o no dañosa es necesario permitir que se sostenga la opinión de que es valiosa”; NAGEL, Philos. Public Aff. 24 (1995), 98; CConst T-104/1996, de 8 de marzo, que, en un caso en que se discutía la libertad de expresión artística, va a sintetizar buena parte de nuestros pensamientos en la reflexión actual de la siguiente manera: “En un Estado como el que define la Constitución de 1991, en el que *las personas son moralmente autónomas*, a nadie puede impedírsele *difundir o tener acceso* a las obras que quiera, so pretexto de su contenido inmoral o antiestético. El hacerlo, entrañaría un acto de *censura*, proscrito de nuestro ordenamiento constitucional y violatorio del derecho a la difusión de la

censura, pues con esta se nos degrada a todos al papel de simples medios —a los que se manipula para que piensen y se expresen de determinada manera sobre asuntos centrales de su existencia— para perseguir un fin —evitar la propagación del odio, fanatismo, intolerancia, fundamentalismo, etc.—²⁸⁶.

C. La libertad de expresión y las democracias modernas

Llegamos, finalmente, a la tercera y última etapa de nuestro recorrido. Para avanzar en la presentación de la nueva familia de argumentaciones que veremos ahora, la de las concepciones democráticas de la libertad de expresión, vamos a trazar el siguiente plan. En un momento inicial, ambientaremos la reflexión desde una perspectiva general e introductoria, lo que permitirá familiarizarnos con las preocupaciones que subyacen a esta concepción, con ese afán que la lleva a estarse interrogando continuamente por la relación

expresión artística, contenido en los artículos 20 y 71 de la Carta Política. *La censura consiste, precisamente, en prohibir o recortar la difusión de cualquier idea por la sola razón de ser contraria a una ideología determinada, incluso si dicha ideología es la acogida por la mayoría de habitantes de una región o de todo el territorio colombiano.* Ello se deriva del carácter *pluralista* de la Constitución (manifiesto en los artículos 1, 7, 10, 13, 16, 18 y 19, entre otros) que no oficializa ningún credo religioso ni otorga privilegio a ninguna concepción de la moral o a convicción ideológica alguna. Según el inciso segundo del artículo 70, «la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad...» ¿Cómo hacer efectivo tal reconocimiento y respeto por la *diversidad* si las autoridades, en lugar de acatar y hacer cumplir el texto constitucional, se arrojan ilegítimamente la potestad de elegir, de entre esa pluralidad de manifestaciones que la Constitución legitima, únicamente las que a su juicio satisfacen los cánones morales y estéticos que estiman *ortodoxos*? Bajo esas condiciones no es posible el respeto de la *autonomía moral* de las personas y el reconocimiento de la *diversidad*²⁸⁷ (las cursivas son propias); SCANLON, *Tolerance*, 2003, 17.

²⁸⁶ Cfr. STRAUSS, Colum. L. Rev. 91 (1991), 354 s., enseña muy bien este punto cuando compara la manipulación realizada por el censor en este tipo de casos con la de aquel que nos miente deliberadamente: “Las violaciones del principio de persuasión son similares en especie (aunque no en grado) a las mentiras que se dicen con el propósito de influir en el comportamiento. Violar el principio de persuasión es incorrecto por algunas de las razones por las cuales las mentiras de este tipo son erróneas: ambas implican una negación de autonomía en el sentido de que interfieren con el control que una persona tiene sobre sus propios procesos de razonamiento. Esta justificación del principio de persuasión puede caracterizarse como kantiana. Consideremos el caso en el que *A* le miente a *B* para que *B* haga lo que *A* quiere que ella haga. Supongamos, por ejemplo, que *A* induce a *B* a hacerle un favor al decirle que está enferma, cuando en realidad solo tiene pereza. Este engaño es moralmente incorrecto (a menos que haya circunstancias inusuales) en parte porque es una falta de respeto tratar a *B* de esta manera. *B* tiene derecho a sentir que *A* la trató como algo menos que a una persona, como un mero instrumento de la voluntad de *A*. *A* ha manipulado a *B*; ella ha usado *B* como una herramienta, en lugar de tratarla como una persona. Una mentira manipuladora de este tipo tiene algo en común con la coerción. Ambas son formas de ejercer control sobre la víctima. Ambos son esfuerzos deliberados para hacer que una persona no haga lo que esa persona quiere, sino lo que otra persona, el mentiroso o el coaccionador, quiere. Este es el sentido en el que está en juego la autonomía de la víctima. (...) El mismo argumento basado en la autonomía justifica el principio de persuasión. El principio de persuasión apunta hacia restricciones en la expresión que son manipuladoras; no se refiere a las restricciones no manipuladoras en la expresión. Prohíbe al gobierno negar deliberadamente información a las personas con el fin de influir en su comportamiento. Denegar deliberadamente información por este motivo no es lo mismo que mentir, pero es una forma de intentar controlar los procesos mentales de la audiencia”.

que existe entre nociones como las de libertad de expresión, democracia, soberanía popular y autogobierno. En el segundo, habiendo conseguido ese objetivo preliminar, buscaremos un mayor nivel de profundización al dirigir toda nuestra atención sobre dos funciones concretas, y a primera vista contradictorias, que cumple la libertad de expresión dentro del proceso de legitimización democrática del ejercicio del poder público. Veremos allí como esta libertad está muy relacionada con: a) el autogobierno de los ciudadanos; b) el sistema de controles y contrapesos –*checks and balances*– que permite que los ciudadanos controlen a quienes los gobiernan.

Empecemos entonces con nuestra introducción a las concepciones democráticas, tomando para ello la versión paradigmática de estas argumentaciones, que es la defendida por MEIKLEJHON²⁸⁷. El caso que presenta este autor se basa en las nociones constitucionales de soberanía popular y autogobierno²⁸⁸. En destacar las condiciones necesarias para su ejecución práctica. La cuestión central a la que apunta MEIKLEJHON es que, si –como sostiene la Constitución estadounidense²⁸⁹– la soberanía recae en el pueblo, entonces es necesario crear las instituciones que preparen el escenario social y político de tal manera que el pueblo pueda ocupar el sitio que le corresponde, que pueda juzgar y elegir sobre el destino común²⁹⁰.

²⁸⁷ V. principalmente: MEIKLEJOHN, U. Chi. L. Rev. 20 (1953), 461 -479; Sup. Ct. Rev. 6 (1961), 245-266; *Political freedom*, 1965.

²⁸⁸ Cfr. MEIKLEJOHN, *Political Freedom*, 1965, 18: “En esas palabras, se acuerda, y con cada momento que pasa se reafirma, que las personas de los Estados Unidos serán auto-gobernadas. A esa promulgación fundamental todas las demás disposiciones de la Constitución, todos los estatutos, todos los decretos administrativos, todos serán subsidiarios y dependientes. Todos los demás propósitos, ya sean individuales o sociales, pueden encontrar su alcance y significado legítimos solo si se ajustan al único propósito básico de que los ciudadanos de esta nación deben hacer y obedecer sus propias leyes, serán al mismo tiempo sus propios sujetos y sus propios maestros”. En este mismo sentido: BEVIER, Stan. L. Rev. 30 (1978), 308 s.; WELLINGTON, Yale L.J. 88 (1979), 1110; SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 73; SUNSTEIN, U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 256 s.; FISS, *Free speech*, 1996, 2.

²⁸⁹ Sabrá bien el lector que, de acuerdo con los respectivos textos constitucionales, el principio de soberanía popular también está consagrado en países como España o Colombia. A este efecto, recordemos el art. 1.2 de la CE: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado” y el 3 de la CCol: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

²⁹⁰ Cfr. MEIKLEJOHN, U. Chi. L. Rev. 20 (1953), 463, 469 s.; Sup. Ct. Rev. 6 (1961), 253-263; *Political Freedom*, 1965, xvi s.: “La libertad política, tal como la tenemos [los estadounidenses], existe, y existe solo, en virtud de un acuerdo por el cual se establece que todos los miembros de nuestro grupo nacional compartirán, con igual estatus, la responsabilidad de tomar decisiones relacionadas con el bien común. La libertad de este tipo no nos viene como un regalo o una donación. Se produce solo cuando creamos instituciones de autogobierno y las mantenemos mediante el ejercicio de los poderes que se nos otorgan, asumiendo las obligaciones que se nos imponen. En el texto de la primera edición mencioné algunos tipos de agrupaciones sociales que no son autónomas en el sentido político. Hay muchas otras. Para fines de

Para que pueda desempeñar el mejor papel posible, en su rol como soberano, es necesario que el pueblo cuente con toda la información que sea necesaria para poder formar su juicio antes de decidir. Que cuente, además, con un espacio abierto en el que tenga oportunidad de reflexionar sobre esa información y debatir entre las alternativas posibles –pudiendo escuchar los puntos de vista de quienes abogan por cada una de ellas– antes de poder lanzarse finalmente a tomar, como soberano, las decisiones que afectarán el destino común²⁹¹.

El derecho constitucional a la libertad de expresión facilita las condiciones para la realización de esta práctica colectiva. Deja abiertos los canales de información y debate que son necesarios para que cada miembro del pueblo pueda formar su juicio sobre los asuntos de gobierno. Permite que el ciudadano sea quien considere, en medio de todo ese espectáculo de posiciones entrecruzadas que se va desatando gracias a la libertad de expresión, cuáles son las normas que deben regir la vida común²⁹².

ilustración, podríamos tomar una familia, un equipo de fútbol universitario, una corporación comercial del tipo más usual. Los propietarios, gerentes y trabajadores que conforman la membresía de un grupo empresarial no tienen el mismo estatus con respecto al gobierno de su empresa. El grupo no se autogobierna como lo hacen los ciudadanos libres bajo nuestra Constitución”. En el mismo sentido: FISS, Mich. J. Int'l L. 13 (1992), 916; SUNSTEIN, U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 299 ss.; MASSEY, UCLA L. Rev. 40 (1992), 116 s.

²⁹¹ Cfr. MEIKLEJOHN, Sup. Ct. Rev. 6 (1961), 255: “En el lenguaje específico de la Constitución, las actividades de gobierno de la gente aparecen solo en términos de emitir un voto. Pero en el sentido más profundo de la Constitución, votar es simplemente la expresión externa de un número amplio y diverso de actividades mediante las cuales los ciudadanos intentan cumplir con las responsabilidades de emitir juicios, que la libertad de gobernarse les impone. Esa libertad implica y requiere lo que llamamos «la dignidad del individuo». El autogobierno puede existir solo en la medida en que los votantes adquieran la inteligencia, la integridad, la sensibilidad y la generosa devoción al bienestar general que, en teoría, se supone que la emisión de un voto expresa”; *Political Freedom*, 1965, 27: “Cuando los hombres se gobiernan a sí mismos, son ellos, y nadie más, quienes deben juzgar la falta de sabiduría, la injusticia y el peligro. Y eso significa que las ideas imprudentes deben tener una audiencia tanto como las sabias, las injustas como las justas, las peligrosas como las más seguras, las antiestadounidenses como las estadounidenses. Justo hasta que, en cualquier momento, se niegue a los ciudadanos que deben decidir un problema el conocimiento de la información, la opinión, la duda, la incredulidad o la crítica que sea relevante para abordar el problema, hasta ese momento el resultado debe ser considerado como malo, incorrecto, como una planificación poco balanceada del bien general. *Es esa mutilación del proceso de pensamiento de la comunidad contra la cual se dirige la Primera Enmienda a la Constitución*”. En el mismo sentido: EMERSON, *General Theory*, 1966, 9; WELLINGTON, Yale L.J. 88 (1979), 1116 s.; STEPHAN, Va. L. Rev. 68 (1982), 208; JAÉN VALLEJO, *Libertad de expresión*, 1992, 31; FISS, Iowa L. Rev. 71 (1986), 1407; Mich. J. Int'l L. 13 (1992), 914 s.; WILLIAMS, U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 680; SUNSTEIN, U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 276, 287, 299 ss., 304; MASSEY, UCLA L. Rev. 40 (1992), 116 s.; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 93 s.; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 30; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1055, 1064; PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *Libertad de expresión*, 2017, 21 s., 44, 71.

²⁹² Cfr. MEIKLEJOHN, U. Chi. L. Rev. 20 (1953), 461: “La Primera Enmienda a la Constitución es, creo, la declaración política más importante que hemos hecho los estadounidenses. Y, sin embargo, justo porque es tan fundamental y revolucionaria, sus palabras son extrañamente confusas y paradójicas. En contraste con las formas más antiguas de gobierno, la Enmienda declara que el pueblo de los Estados Unidos debe estar

Aunque más adelante nos concentraremos en variantes más recientes, y quizá más profundas de esta forma de fundamentar el *principio de la libertad de expresión* –tal y como sugeríamos en el plan que trazamos–, con el trabajo de MEIKLEJHON abrimos una gran ventana desde la que podemos observar cuáles son las preocupaciones propias de una concepción democrática de la libertad de expresión.

Volvamos a prestar atención, para tal efecto, a la peculiar lectura que hemos visto que realiza MEIKLEJHON de la libertad de expresión. Observará el lector que la libertad de expresión no se nos presentó como un instrumento llamado a proteger la libertad de expresión de un individuo, sino como el componente de una estrategia que busca preparar el escenario social y político para la instauración de un régimen político de autogobierno

libre de ciertas formas de control gubernamental, libre para gobernarse a sí mismo de la manera que pueda elegir, libre de controlar aquellos órganos de gobierno que ha establecido como sus agentes”; p. 463: “Bajo la nueva Constitución, el pueblo, ahora un cuerpo corporativo de ciudadanos autónomos, prohibió a sus agentes legislativos usar, para la protección de la nación, cualquier limitación de la libertad religiosa o política de las personas de quienes se derivaba su autoridad legislativa”; Sup. Ct. Rev. 6 (1961), 254 ss., 263: “En mi opinión, «el pueblo necesita libertad de expresión» porque ha decidido, al adoptar, mantener e interpretar su Constitución, gobernarse a sí mismo en lugar de ser gobernados por otros. Y, para hacer que ese autogobierno sea una realidad en lugar de una ilusión, para que pueda llegar a ser tan sabio y eficiente como lo requieren sus responsabilidades, la toma de decisiones de la gente debe ser autodidacta en los caminos de la libertad. Ese es, creo, el propósito positivo al que las palabras negativas de la Primera Enmienda dieron una expresión constitucional”; *Political Freedom*, 1965, 58: “El propósito principal de la Primera enmienda es, entonces, que todos los ciudadanos, en la medida de lo posible, comprendan los problemas que afectan a nuestra vida en común. Es por eso que no se les puede ocultar ninguna idea, ninguna opinión, ninguna duda, ninguna creencia, ninguna información relevante. Bajo el pacto sobre el que se basa la Constitución, se acuerda que los hombres no serán gobernados por otros, que se regirán por sí mismos”. Considere el lector, adicionalmente, el comentario que realiza LEVY, *Origins*, 1999, 130, respecto al pensamiento de MADISON y otras figuras políticas del siglo dieciocho respecto del derecho a la libertad de expresión: “Esta interpretación absolutista de la Primera Enmienda se basó en la teoría ahora familiar, pero entonces novedosa y democrática, de que el gobierno libre depende, para su propia existencia y seguridad, de la libertad de discurso político. El alcance de la enmienda, de acuerdo con esta teoría, está determinado por la naturaleza del gobierno y su relación con el pueblo. Debido a que el gobierno es el servidor del pueblo, existe por su consentimiento y para su beneficio, y es constitucionalmente limitado, responsable y elegido, no puede, decía Thomson, decirle al ciudadano: «Usted no pensará esto o lo otro en ciertos temas; o, si lo hace, es a su propio riesgo». El concepto de sedición solo puede existir en una relación basada en la inferioridad, cuando las personas son súbditos y no soberanos y su crítica implica desprecio hacia su amo. «En los Estados Unidos», declaró Madison, «el caso es completamente diferente». La coacción o el resurgimiento de las limitaciones a la opinión política, explicó Wortman, violarían los mismos «principios del estado social» –por los cuales este autor se refería a un gobierno del pueblo–. Debido a que dicho gobierno dependía de las elecciones populares, todos los nuevos libertarios acordaron que la latitud más amplia posible debe mantenerse para mantener al electorado libre, informado y capaz de tomar decisiones inteligentes. La libertad de expresión política de los ciudadanos tiene el mismo alcance que la del legislador y las mismas razones que la respaldan. Esa libertad puede ser objeto de abuso peligroso, pero la gente, si se expone a cada opinión, decidiría sabiamente sobre hombres y medidas”. En el mismo sentido v. también: STEPHAN, Va. L. Rev. 68 (1982), 208; FISS, Iowa L. Rev. 71 (1986), 1409 ss.; Harv. L. Rev. 100 (1987), 786; *Free speech*, 1996, 3; SUNSTEIN, U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 276, 287, 299 s., 304; BHAGWAT, *The myth*, 2010, 81; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1068; PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *Libertad de expresión*, 2017, 44, 71.

democrático. La libertad de expresión, vista de esta manera, no parece tener como objeto un bien individual o privado, sino uno social o público. No apunta tanto al interés particular que *uno* de nosotros pueda llegar a tener en expresarse, sino al interés colectivo que *todos* pudiéramos tener en poder vivir en una sociedad libre y democrática gobernándonos a nosotros mismos de la mejor manera posible²⁹³.

Una vez que nos percatamos de la gran diferencia que existe entre una concepción individualista y una democrática, podemos identificar muy fácilmente cuál será la línea de análisis que van a seguir quienes, de una u otra manera, han heredado las preocupaciones y el enfoque de MEIKLEJOHN. Fijándonos en las preguntas básicas de este capítulo –¿Qué hace especial la libertad de expresión? ¿Qué justifica ese *bonus de escrutinio y protección constitucional* que se le extiende en nuestros ordenamientos? –, veremos pronto que poner el acento en los intereses de una sociedad que quiere autogobernarse democráticamente –y no en los intereses exclusivos del individuo–, desplaza el análisis hacia una dirección completamente diferente.

Para encarar estos interrogantes, no tendremos que investigar por qué, habiendo intereses que parecen más valiosos para la mayoría de los individuos que el de expresarse libre y públicamente –como tener garantizado un empleo o tener una buena capacidad económica–, es este interés en expresarse –y no uno de esos otros– el que es escogido para gozar de una protección extraordinaria en nuestros ordenamientos.

En su lugar, la línea de análisis que siguen las concepciones democráticas nos dice que, si queremos averiguar qué es ese algo que hace tan especial a la libertad de expresión –y que explica su extraordinaria protección e importancia jurídica–, tendremos que tratar de responder: (i) por qué todos tenemos, o deberíamos tener, un interés en vivir bajo un régimen de democrático (ii) por qué la protección especial de la libertad de expresión es

²⁹³ Cfr. MEIKLEJOHN, U. Chi. L. Rev. 20 (1953), 463 s.; Sup. Ct. Rev. 6 (1961), 255: “La Primera Enmienda no protege una «libertad de expresarse». Protege la libertad de aquellas actividades de pensamiento y comunicación por las que nosotros «governamos». Se refiere no a un derecho privado, sino a un poder público, a una responsabilidad gubernamental”; *Political Freedom*, 1965, 3 s., 27, 58, 109, 117 s. En el mismo sentido: FRANTZ, Yale L.J. 71 (1962), 1449; BEVIER, Stan. L. Rev. 30 (1978), 308; WELLINGTON, Yale L.J. 88 (1979), 1110 s.; FISS, Iowa L. Rev. 71 (1986), 1409 ss., 1423; Harv. L. Rev. 100 (1987), 786; *Free speech*, 1996, 3; SUNSTEIN, U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 303 s.; BHAGWAT, *The myth*, 2010, 81; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1064.

esencial para la institución y el funcionamiento de tal régimen²⁹⁴. Esta es, en resumidas cuentas, la estructura subyacente que las concepciones democráticas de la libertad de expresión. Los espacios que su argumentación debe tratar de llenar con más éxito que el que tuvo el propio MEIKLEJOHN²⁹⁵.

a) Libertad de expresión, autogobierno y participación

Entramos de esta manera, tras una primera toma de contacto con las concepciones democráticas de la libertad de expresión, a la segunda etapa de nuestro programa. Como anunciábamos atrás, paulatinamente iremos abandonando la perspectiva general que empleamos al introducirnos en este nuevo eje argumentativo. Buscaremos, en cambio, adentrarnos hasta la sala de máquinas de nuestros actuales regímenes democráticos para poder obtener una imagen más nítida de las indispensables funciones que realiza allí la libertad de expresión.

²⁹⁴ Es importante aclarar que las concepciones democráticas tienen poco que ofrecerle a aquel que no esté muy interesado en la democracia. Si la libertad de expresión es importante porque es empíricamente necesaria, esencial, constitutiva, —el lector escoja el término— para la democracia, y uno no se siente movido por la democracia, es poco el interés que puede despertar estas concepciones. Parece que esta es —como señala SCHAUER, *Free speech*, 1982, 35— una limitación de estas concepciones.

²⁹⁵ Quizás, en última instancia, la segunda pregunta bastaría para captar la esencia del caso que nos van a presentar las concepciones democráticas. Es claro que, en esencia, estamos ante unos planteamientos que buscan llamar la atención sobre la relación de codependencia entre la libertad de expresión y la democracia. Sin embargo, la primera pregunta va a cumplir un papel importante para nuestra lectura pues nos permite percibir mejor las diferencias internas entre esta familia de argumentaciones. Cuando interrogamos el trabajo de un autor acerca de esta primera cuestión, en el fondo le estamos preguntando: ¿De qué tipo de democracia estamos hablando? ¿Qué tipo de democracia es la que usted pretende articular a la libertad de expresión? ¿Se trata de una democracia participativa? ¿De una liberal? ¿O de una radical, integral, desarrollista, antigua, pluralista, directa, moderna, deliberativa, protectora, etc.? Esta cuestión, como veremos, va a afectar significativamente la concepción democrática de la libertad de expresión. Ello, pues, dependiendo del modelo de democracia del que se parte, se podrá iluminar la libertad de expresión con una luz muy diferente, cambiando su función política, su sentido, su valor. Para que veamos muy directamente la relevancia de las variaciones a las que estamos haciendo referencia, consideremos el siguiente fragmento de HELD, *Modelos*, 1992, 17 s., que incorporando una clasificación propuesta por LIVELY, nos va a decir lo siguiente: “La historia de las distintas concepciones y debates acerca de que se debe considerar como «gobierno» del pueblo es también interesante. El abanico de posiciones posibles incluye (...): «1. Que todos deberían gobernar, en el sentido de que todos deben involucrarse en la legislación, en la decisión sobre la política general, en la aplicación de las leyes y en la administración gubernamental. 2. Que todos deben participar personalmente en la toma de decisiones cruciales, es decir, en la decisión de leyes generales y asuntos de política general. 3. Que los gobernantes deben ser responsables ante los gobernados; en otras palabras, que deberían estar obligados a justificar sus acciones ante los gobernados y ser destituidos por los gobernados. 4. Que los gobernantes deben ser responsables ante los representantes de los gobernados. 5. Que los gobernantes deben ser elegidos por los gobernados. 6. Que los gobernantes deben ser elegidos por los representantes de los gobernados. 7. Que los gobernantes deben actuar en interés de los gobernados»”.

Tanto POST como WENSTEIN –autores que proponen una concepción democrática-participativa de la libertad de expresión como la que queremos examinar ahora–, nos dirían de entrada que, si queremos comprender lo que está ocurriendo en esa sala de máquinas, precisamos empezar preguntándonos qué trabajo se hace, o se debería de hacer, en ellas. Qué *propósitos* son los que se espera alcanzar con el establecimiento de nuestros regímenes democráticos de gobierno. Sin una respuesta a esta compleja y apasionante cuestión, señala acertadamente POST, nuestro análisis de la dimensión política de la libertad de expresión estará condenado a permanecer superficial²⁹⁶.

¿Cuál es entonces el atractivo de los regímenes democráticos? ¿Por qué deberíamos apoyarlos? ¿Qué esperamos de ellos? Para buscar respuestas, POST sugiere que consideremos la manera en que KELSEN y BOBBIO se aproximaban a estas cuestiones²⁹⁷. La forma en que hacían que el atractivo de las sociedades democráticas o autónomas fuera emergiendo por el reverso de las que siempre fueron su antítesis: las sociedades autocráticas o heterónomas²⁹⁸.

Démonos entonces a la tarea, antes de retornar a POST y a WEINSTEIN, de examinar lo que estos dos grandes autores tienen para decirnos frente a esos interrogantes. KELSEN, que trabajó en esta cuestión antes que BOBBIO, señalaba que la preocupación central de la teoría política fue siempre la de distinguir y clasificar formas de gobierno²⁹⁹. En la antigüedad, señalan tanto KELSEN como BOBBIO, esta clasificación se hacía frecuentemente preguntando por el número de personas sobre las que recaía el poder soberano: si la respuesta era que recaía tan solo en *uno*, estábamos ante una monarquía; si recaía en *unos* –en pocos o en los mejores–, estábamos ante una aristocracia; y, finalmente, si recaía en *muchos* –el pueblo, la multitud o la mayoría–, ante una democracia³⁰⁰.

De allí tenemos entonces que la democracia es aquella forma de gobierno en la que el pueblo tiene el poder soberano. Sin duda alguna, esta caracterización nos permite

²⁹⁶ Cfr. POST, Wm. & Mary L. Rev. 32 (1991), 278.

²⁹⁷ Cfr. POST, Wm. & Mary L. Rev. 32 (1991), 280 ss.; POST, U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1114 ss.

²⁹⁸ Cfr. BOBBIO, RCP 1-2 (1986), 127; *Estado*, 1989, 188.

²⁹⁹ V. KELSEN, *Teoría general*, 2.ª, 1958, 335.

³⁰⁰ Cfr. BOBBIO, *Estado*, 1989, 144, 191.

iluminar un elemento importante de lo que hoy seguimos entendiendo por democracia³⁰¹. Pero nos conformaríamos con muy poco, y quedaríamos a mitad de camino, nos dirían tanto KELSEN como BOBBIO, si aceptásemos la lacónica definición de democracia que emerge de esta clasificación³⁰². Ellos encontrarían que el criterio con que se hace esta clasificación es sumamente “superficial” e “insuficiente”, pues no consigue captar la cuestión de la libertad y la creación de normas sociales que es la que realmente está en el centro de la distinción entre unos regímenes y otros³⁰³.

Por esta razón, ambos se alejaban de esta clasificación y, en su lugar, proponían tomar en cuenta un criterio evaluativo que permitiera percibir la diferencia que existe entre regímenes autónomos y heterónomos. Esta clasificación, expresada en las palabras de BOBBIO, era la siguiente: “son democráticas las formas de gobierno en las que las leyes son hechas por aquellos a quienes se dirigen (y precisamente son normas autónomas), son autocráticas las formas de gobierno en las cuales quienes hacen las leyes son diferentes de aquellos a los que están destinadas (y son precisamente normas heterónomas)”³⁰⁴.

³⁰¹ WEINSTEIN Cas. W. Res. L. Rev. 54 (2004), 1103.

³⁰² Cfr. KELSEN, *Teoría general*, 2.ª, 1958, 336 s.

³⁰³ Cfr. KELSEN, *Teoría general*, 2.ª, 1958, 336 s.; BOBBIO, *Estado*, 1989, 146 s., 193.

³⁰⁴ BOBBIO, *Estado*, 1989, 194. En esta misma obra (p. 144 s.) BOBBIO nos enseña la misma distinción en los siguientes términos: “la única manera rigurosa para distinguir una forma de gobierno de otra consiste en conocer el diverso modo en el que una constitución regula la producción del ordenamiento jurídico. Estos modos no son tres sino dos: el ordenamiento jurídico puede ser creado (y continuamente modificado) o desde arriba o desde abajo: desde arriba, cuando los destinatarios de las normas no participan en la creación de las mismas; desde abajo, cuando sí participan. Reclamándose a la distinción kantiana entre normas autónomas y heterónomas, Kelsen llama a la primera forma de producción heterónoma, a la segunda autónoma. A estas dos formas de producción corresponden dos formas puras o ideales de gobierno, la autocracia y la democracia”. KELSEN, *Teoría general*, 2.ª, 1958, 337, por su parte, ponía el asunto en estos términos: “Si el criterio clasificador consiste en la forma en que, de acuerdo con la Constitución, el orden jurídico es creado, entonces es más correcto distinguir, en vez de tres, dos tipos de Constituciones: democracia y autocracia. Esta distinción se basa en la idea de la libertad política. Políticamente libre es el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa. Un individuo es libre si aquello que de acuerdo con el orden social «debe hacer», coincide con «lo que quiere hacer». La democracia significa que la «voluntad» representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. La oposición a la democracia está constituida por la servidumbre implícita en la autocracia. En esta forma de gobierno los súbditos se encuentran excluidos de la creación del ordenamiento jurídico, por lo que en ninguna forma se garantiza la armonía entre dicho ordenamiento y la voluntad de los particulares”. El referente obligado de esta caracterización, y de la democracia moderna en general, es ROUSSEAU, *Contrato social*, 2007 (1762), 45 s.: “Supongo a los hombres llegados a un punto en que los obstáculos que perjudican a su conservación en el estado de naturaleza logran vencer, mediante su resistencia, a la fuerza que cada individuo puede emplear para mantenerse en dicho estado. Desde este momento, el estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no cambiase de manera de ser. Ahora bien: como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservarse que formar por agregación una suma de fuerzas que pueda exceder a la resistencia, ponerlas en juego por un solo móvil y hacerlas obrar en armonía. Esta suma de

Tomando como insumos estos elementos básicos de la teoría política de Kelsen y Bobbio, finalmente Post y Weinstein van a terminar respondiendo, frente a la pregunta por el propósito que se espera alcanzar con el establecimiento de nuestros regímenes democráticos de gobierno, que el valor que buscábamos es fundamentalmente el de la libertad política, que es autonomía o autodeterminación³⁰⁵. Que la sala de máquinas de nuestros regímenes democráticos trabaja, o debería trabajar, con el objetivo de impulsarnos cuanto sea posible hacia la realización de este ideal³⁰⁶.

fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos; pero siendo la fuerza y la libertad de cada hombre los primeros instrumentos de su conservación, ¿cómo va a comprometerlos sin perjudicarse y sin olvidar los cuidados que se debe? Esta dificultad, referida a nuestro problema, puede enunciarse en estos términos: «Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes». Tal es el problema fundamental, al cual da solución el Contrato social.” Sobre esta caracterización v. también a Gaviria, *Educación para la Democracia*, 2015, 18 s., quien señalaba: “Rousseau da una respuesta a una pregunta que él mismo plantea y que es absolutamente brillante, atinada y además hermosa: «¿Cómo hace uno para obedecer sin sentir rebajada su dignidad?» Porque todos tenemos la experiencia de que cuando obedecemos sentimos un poco disminuida nuestra dignidad. «Sálgase», y si la persona se tiene que salir, se sale cabizbaja, «¿por qué yo tengo que salir?», se dice. Como no podemos vivir sin la sociedad –eso lo señaló muy bien Aristóteles desde el comienzo, «zoon politikón»–, también somos seres condenados a vivir con los demás, no estamos destinados a vivir solos sino en comunidad, hay siempre necesidad de obediencia porque siempre hay un núcleo de poder que rige la comunidad. Y entonces la gran pregunta de Rousseau es esa: ¿Cómo es posible obedecer y mantener la dignidad? Oigan la respuesta tan extraordinaria: «Únicamente obedecemos sin perder la dignidad cuando obedecemos órdenes que nosotros mismos nos hemos dado». La propuesta suya es una sociedad –llamémosla desde ahora– democrática, es decir, donde todas las personas van a decidir qué es lo que en esa comunidad se hace. Esa es la autonomía de la comunidad”.

³⁰⁵ Post, Wm. & Mary L. Rev. 32 (1991), 280 ss.; U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1123; Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 603 (2006), 25 s.; en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 166; Weinstein Cas. W. Res. L. Rev. 54 (2004), 1103. En el mismo sentido: Massey, UCLA L. Rev. 40 (1992), 116 ss.

³⁰⁶ Observemos nuevamente en este punto el planteamiento de Bobbio, *Estado*, 1989, 203: “El tema roussoniano de la libertad como autonomía, o de la libertad definida como «la obediencia a la ley que nos hemos dado», se vuelve después de las revoluciones americana y francesa, y luego del nacimiento de las primeras doctrinas socialistas y anarquistas, uno de los argumentos principales, si no es que el principal, en favor de la democracia frente a cualquier otra forma de gobierno, que, si no es democrática, no puede más que ser autocrática. El problema de la democracia se identifica cada vez más con el tema del autogobierno, y el progreso de la democracia con la ampliación de los campos en los que el método del autogobierno es puesto a prueba. El desarrollo de la democracia desde comienzos del siglo pasado coincide con la extensión progresiva de los derechos políticos, es decir, del derecho de participar, aunque sea por medio de la elección de representantes, en la formación de la voluntad colectiva. El progreso de la democracia corre paralelo al fortalecimiento de la convicción de que el hombre después del iluminismo, como dice Kant, salió de la minoría de edad, y como un mayor de edad desprendido de la tutela debe decidir libremente su vida individual y colectiva. Cada vez que un número mayor de individuos conquista el derecho de participar en la vida política, la autocracia retrocede y la democracia avanza”. Gaviria, *Educación para la Democracia*, 2015, 19, por su parte, nos decía que: “si la democracia tiene que ver con la autonomía personal, si la autonomía personal es la misma dignidad, y una comunidad autónoma es la que no sea gobernada desde afuera, sino que ella misma se gobierne, si esto es así, entendemos por qué es que nos gusta la democracia y por qué vale la pena educar en democracia”.

¿Y cómo se logra esto? ¿Cómo hacen nuestros regímenes democráticos para que todos podamos aproximarnos al ideal de la autodeterminación? Pensemos que, si todos los miembros de una sociedad pudieran ponerse de acuerdo sobre qué normas son las que deben regir el destino común, llevar a la práctica el ideal de la autodeterminación sería entonces algo relativamente sencillo: llegaríamos a acuerdos unánimes que quedarían plasmados en el ordenamiento jurídico. Habría una concordancia absoluta entre las normas que cada uno de nosotros estima convenientes y las que la sociedad estima convenientes, entre la voluntad individual y la voluntad colectiva. Al regirnos por normas creadas en este contexto, cada uno de nosotros no estaría más que acatando las normas que se ha dado a sí mismo, por lo que todos seríamos plenamente libres, autónomos. Habríamos conseguido efectuar este ideal en toda su dimensión³⁰⁷.

Pero todos sabemos que la historia de las sociedades humanas ha estado llena de grandes desacuerdos, que nada ha habido más extraño que un consenso absoluto entre todos los miembros de una comunidad. E, incluso, sabemos que, si algún día un grado tal de unanimidad social fue remotamente posible, ese ya no es nuestro día. Hoy reconocemos que el tamaño, la complejidad y la heterogeneidad de nuestras sociedades – así como el pluralismo tomado ya no como un hecho social sino como un atractivo valor merecedor de protección³⁰⁸– hacen que deba abandonarse la idea de que todos alcancemos un acuerdo permanente sobre todas y cada una de las normas que deben regir la vida social. Que consideremos, más bien, que toda sociedad deberá hacerse cargo de las múltiples instancias en que la voluntad de cada individuo y la voluntad colectiva no coinciden³⁰⁹.

Una vez que nos percatamos de que esta solución, llamémosla “ideal”, no es posible entre nosotros, la difícil cuestión de cómo llevar a la práctica el ideal de la autodeterminación no solo permanece, sino que adquiere mayor complejidad: ¿Cómo

³⁰⁷ Cfr. KELSEN, *Democracia*, 1934, 17; POST, U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1115.

³⁰⁸ Esta es una de las ideas básicas que expusimos en el anterior eje argumentativo.

³⁰⁹ Cfr. CONDORCET, *Condorcet*, 2012, (1793-1794), 184; KELSEN, *Democracia*, 1934, 25; PITKIN/SCHUMER, *Democratic* 4 (1982), 44, 47; BOBBIO, *El futuro*, 1986, 41; *Estado*, 1989, 211 ss.; POST, Wm. & Mary L. Rev. 32 (1991), 281; U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1115; Mich. L. Rev. 95 (1996-1997), 1524; *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 603 (2006), 27 s.; MASSEY, UCLA L. Rev. 40 (1992), 118 s.; HELD, *Modelos*, 1992, 82, 336; GARDNER, Tenn. L. Rev. 63 (1996), 448; MOUFFE, *El retorno*, 1999, 12, 135, 146; DAHL, *La democracia*, 2006, 63; ROTHSCHILD, *Smyth, Condorcet*, 2011, 199; ALEXANDER, *Queen's L.J.* 33 (2007-2008), 1-18.

hacer que nuestros regímenes democráticos puedan aproximarnos al ideal de la autonomía o autodeterminación en sociedades tan grandes, complejas y heterogéneas como las nuestras?

Ya que no se puede garantizar que en cada oportunidad vaya a existir una completa armonía entre la voluntad colectiva y nuestra voluntad individual, todo régimen constitucional democrático nos va a proponer, *a cada uno de nosotros*, el mejor de los tratos factibles³¹⁰. Al primer elemento, el de la soberanía popular, se añadirá *siempre* un segundo: cada uno de nosotros tendrá garantizada la oportunidad de participar activamente en el procedimiento comunicativo mediante el cual la comunidad política va formando la voluntad política colectiva y eligiendo su destino. De esta manera, al margen de la elección hecha por una mayoría de ciudadanos, cada uno tendrá siempre asegurada la posibilidad de ser el autor potencial de las normas que van a regir no solo la vida propia, sino la de toda la comunidad.

³¹⁰ Es muy importante resaltar ese *a cada uno de nosotros* porque, tras haber trabajado una concepción *colectivista* –y orientada a la audiencia que forman los votantes más que al emisor mismo– como la de MEIKLEJOHN, vamos a pasar a una concepción *moderna e individualista* –orientada a la participación efectiva *de cada ciudadano*–. Para irnos familiarizando con este giro, así como con la exposición que realizaremos en el texto principal, tomemos, junto a las referencias de las n. 304 y 306, las palabras de TODOROV, *Constant*, 1999, 44 s. y de ROTHSCHILD, *Smyth, Condorcet*, 2011, 202. El primero, incorporando continuamente el pensamiento de CONSTANT, nos dice: “No todas las personas reconocieron el mismo ideal de libertad personal; este ha existido, en realidad, solo desde el siglo XVI y especialmente el siglo XVIII. Los antiguos griegos, en particular, no tenían lugar para ello; no les preocupaba preservar un espacio donde el individuo decidiría todo por sí mismo, porque para ellos, «el individuo fue sacrificado por completo al conjunto». Por otro lado, cultivaron una forma muy diferente de libertad, «participación activa en el poder colectivo». «El objetivo de los Antiguos era compartir el poder social entre todos los ciudadanos de una patria. Eso es lo que llamaron libertad (liberté). El objetivo de los modernos es la seguridad de los placeres privados; y llaman libertad a las garantías otorgadas a estos placeres por las instituciones sociales». Para los antiguos, el individuo está enteramente sujeto a la sociedad; Para los modernos, es la sociedad la que debe ponerse al servicio de los individuos”. La segunda, ROTHSCHILD, incorporando a CONDORCET y a CONSTANT, señala: “Es interesante que Condorcet describiera la libertad y la diversidad de opiniones como un bien característicamente moderno. Lo contrastó con la libertad de los antiguos: «Los antiguos no tenían ninguna concepción de este tipo de libertad; de hecho, parecen no haber tenido ningún objeto como este en sus instituciones, excepto para destruirlo. Les hubiera gustado dejar a los hombres sin nada más que las ideas, los sentimientos que entran en el sistema del legislador. Para ellos, la naturaleza no había creado más que máquinas, de las cuales la única ley era regular los manantiales y dirigir la acción». Condorcet fue la inspiración, aquí, para Benjamin Constant, como dice Constant en su famoso ensayo sobre la libertad antigua y la libertad moderna. Constant toma los derechos individuales como sinónimo del «tipo de libertad» de Condorcet y escribe que: «los antiguos, como dijo Condorcet, no tenían una concepción de los derechos individuales. Los hombres no eran más, por así decirlo, que las máquinas cuya ley regulaba los resortes y dirigía las ruedas». En el mismo sentido: BOBBIO, RCP 1-2 (1986), 129 ss.; *El futuro*, 1986, 100; SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 76; WILLIAMS, U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 681 s.; MASSEY, UCLA L. Rev. 40 (1992), 119 ss.; STONE, U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1178; GARCÍA VILLEGAS, Estudios Políticos, 7-8, (1996), 124; GAVIRIA, Criterio jurídico 3 (2010), 175 s.; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1063.

Si logramos pensar con algo más de detalle en la forma en que estos elementos – autogobierno colectivo y participación política de cada individuo– pueden encontrarse en una estrategia bien definida, entonces no solo podríamos llegar a descifrar la estructura básica de nuestras constituciones, sino que también nos acercaríamos a nuestro objetivo principal. Ingresaríamos –para decirlo en los mismos términos que empleábamos atrás– hasta la sala de máquinas misma de nuestros sistemas políticos y aumentaríamos nuestras chances de obtener una imagen más nítida de las indispensables funciones que, junto al resto de libertades políticas, cumple la libertad de expresión.

Con tal fin en mente, empecemos señalando que, como el propósito principal es la constitución de una sociedad libre o autónoma, que no aceptará regirse por normas hechas por *otros* –como las sociedades heterónomas que acatan las de una potencia interna o extranjera, un dios, la naturaleza, la historia, los antepasados, etc. –, debe establecerse que *todos* los asociados participarán de la tarea de hacer las normas que los regirán³¹¹. Todos deberán ser gobernantes y gobernados.

Puesto que nacemos en comunidades en las que ya existe un orden social, la primera pregunta que nos debemos hacer no es ¿Cómo podemos crear un orden social?, sino ¿Cómo podremos reformar el orden existente? Para poder llevar el ideal de la autonomía hasta sus límites máximos de realización, adoptaremos el *principio de mayoría*. Esto significará que basta con que una mayoría simple consienta la realización de un cambio en el orden social, para que este pueda efectuarse. Al emplear un criterio atenuado como este, para facilitar las modificaciones, estaremos garantizando tanta libertad política como resulta posible, pues conseguiremos que el orden social se reconcilie continuamente con la voluntad individual del mayor número de miembros de la comunidad política³¹².

³¹¹ Cfr. KELSEN, *Democracia*, 1934, 16,30; *Teoría general*, 2.^a, 1958, 337; PITKIN/SCHUMER, *Democracy* 4 (1982), 43; BARBER, *Strong Democracy*, 1984, 135 s.; BOBBIO, RCP 1-2 (1986), 127 s.; HELD, *Modelos*, 1992, 97 s.; DAHL, *Democracia y sus críticos*, 1992, 133; POST, *Mich. L. Rev.* 95 (1996-1997), 1524 s.; en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 165; RANCIERE, *El odio a la democracia*, 2006, 53-75; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 307 ss.

³¹² Para ponernos de acuerdo en las cuentas, pensemos en que, como señala KELSEN, *Teoría general*, 2.^a, 1958, 337, “si un orden no pudiese ser cambiado por la voluntad de la simple mayoría de los súbditos, sino solamente por la voluntad de todos ellos (esto es, por unanimidad) o por la voluntad de una mayoría clasificada (por ejemplo, por el voto de las dos terceras o de las tres cuartas partes), un solo individuo, o una minoría de éstos, podría evitar la modificación del orden. Y entonces tal orden podría no ser aprobado por un número de súbditos mayor que el de aquellos que le diesen su aprobación”. Un análisis muy profundo e interesante sobre el “obstruccionismo” puede encontrarse otra vez en KELSEN, *Democracia*, 1934, 21-24 y en GARDNER, *Tenn. L. Rev.* 63 (1996), 421-451.

Pero, naturalmente, adoptar el *principio de mayoría* habla de algo más que de nuestra preocupación por maximizar la autodeterminación –la libertad política– o de nuestras habilidades para hacer operaciones matemáticas. Habla, sobre todo, de que estamos partiendo de un *principio de igualdad de condiciones*, pues resulta evidente que nuestras cuentas solo pueden funcionar allí donde se dé por sentado que “todos los individuos tienen un valor político igual y cada uno posee el mismo derecho a la libertad, es decir, la misma pretensión de que la voluntad colectiva concuerde con su voluntad individual”³¹³. Así entonces, cuando afirmamos que nuestro propósito es el de establecernos como una sociedad autónoma, y adoptamos luego el *principio de la mayoría*, dejamos claro que la nuestra no es una asociación cualquiera entre personas autónomas. Que es una asociación entre personas libres o autónomas e iguales. O, lo que es lo mismo, una sociedad democrática³¹⁴.

Con estos arreglos iniciales, nuestra asociación puede empezar a lucir atractiva para cualquiera que la quiera juzgar en términos de libertad política –sobre todo si la miramos en comparación con las monarquías o aristocracias de las que hablábamos atrás–. Pero, como ya habíamos dicho que íbamos a aceptar la sugerencia –que nos hacían KELSEN y BOBBIO– de mirar más allá de cuestiones numéricas, debemos dar ahora un paso adelante para considerar nuestra situación actual. Notemos entonces que, por definición, la existencia de una mayoría –que como hemos dicho será la que en adelante pondrá las normas– implica siempre la de una minoría. De allí que, tan pronto como nos percatamos

³¹³ KELSEN, *Teoría general*, 2.^a, 1958, 340. En un mismo sentido: KELSEN, *Democracia*, 1934, 22 s.; CONDORCET, *Condorcet*, 2012, (1793-1794), 184; EMERSON, *General Theory*, 1966, 9; PITKIN/SCHUMER, *Democracy* 4 (1982), 43; BARBER, *Strong Democracy*, 1984, 136; HELD, *Modelos*, 1992, 334; DAHL, *Democracia y sus críticos*, 1992, 106; BENHABIB, *Culture*, 2002, 107; KEANE, *Democracy and media*, 2013, 214; DWORKIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, ix; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 98; WEINSTEIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 27; Va. L. Rev. 97 (2011), 506.

³¹⁴ PITKIN/SCHUMER, *Democracy* 4 (1982), 43, pondrían el acuerdo que hacemos como miembros de una sociedad democrática en términos tan bellos como precisos: “La idea básica es simple: las personas pueden y deben gobernarse a sí mismas. No necesitan gobernantes especialmente criados o ungidos, ni una casta o clase especial para dirigir sus asuntos. Todos tienen la capacidad de autonomía, incluso personas bastante comunes, sin educación, pobres, amas de casa, obreros, campesinos, forasteros y rechazados de la sociedad. Cada uno es capaz no solo es capaz de autocontrolarse, de hacerse cargo en privado de su propia vida, sino también del autogobierno, de compartir en la deliberación que irá dando forma a su vida en común. Ejercer esta capacidad es un requisito previo tanto para la libertad y el desarrollo pleno de cada uno, como para la libertad y la justicia de la comunidad”. En sentido similar: KELSEN, *Democracia*, 1934, 16; *Teoría general*, 2.^a, 1958, 337, 340 s.; SOLUM, *Nw. U. L. Rev.* 83 (1988-1989), 76; DAHL, *Democracia y sus críticos*, 1992, 105 ss.; MOUFFE, *El retorno*, 1999, 80, 139 s., 153; BENHABIB, *Culture*, 2002, 105, 203; WEINSTEIN *Cas. W. Res. L. Rev.* 54 (2004), 1103; HABERMAS, *Facticidad*, 2005, 466; BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 20; POST, *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 603 (2006), 28; KEANE, *Democracy and media*, 2013, 223.

de la necesidad de transformar la idea de autodeterminación en *principio de la mayoría*, automáticamente nos topamos con la misma cuestión que abordamos junto a NICKEL en el anterior eje argumentativo: ¿Qué va a ser de las minorías? ¿Qué papel van a tener en la vida social y política? ¿Qué clase de dominio van a tener las mayorías sobre ellas?³¹⁵.

Como no estamos por la labor de instituir el que TOCQUEVILLE ha descrito como uno de los peores regímenes sociales, la tiranía de la mayoría, debemos tener precauciones especiales para limitar el poder del gobierno que esta tendrá³¹⁶. Mediante el diseño de arreglos institucionales, debemos conseguir la difícil tarea de que ningún grupo que se haga con la mayoría pueda aprovechar su posición dominante para crear normas con las que pueda someter políticamente a las minorías. Deberá quedar claro que, aun cuando vayan a tener la prerrogativa de poner el derecho, deberán seguir reconociendo que los miembros de la minoría tienen tanto valor político –tantos derechos y libertades políticas– como ellos mismos. Que, en resumen, ni nos olvidaremos el *principio de igualdad de condiciones*, ni nos interesará jamás que se deshaga la identidad entre gobernantes y gobernados para terminar incubando una sociedad heterónoma más.

Por consiguiente, para proteger el carácter democrático de nuestro proyecto, será necesario insistir en que el *principio de mayoría* adoptado: “solamente se observa en una democracia cuando se permite a todos los ciudadanos participar en la creación del orden jurídico, aun cuando el contenido de éste resulte determinado por la voluntad del mayor número”³¹⁷. Puesto que partimos de esta fórmula restrictiva, podemos incluso seguir en adelante a SARTORI, y, para dejar muy claro el asunto, referirnos al principio que guía nuestro régimen constitucional como un *principio de mayoría limitada*. Este, por oposición, al que este autor denomina *principio de mayoría absoluta*, nos permite establecer entonces que las normas que excluyan total o parcialmente a la minoría del proceso político –aun cuando cuenten con el consentimiento de la mayoría–, no podrán ser incorporadas en el ordenamiento jurídico de nuestra sociedad democrática³¹⁸.

³¹⁵ V. arriba, n. 141.

³¹⁶ TOCQUEVILLE, *Democracia en América*, 1957 (1835), 253-265.

³¹⁷ KELSEN, *Teoría general*, 2.^a, 1958, 341. En el mismo sentido, muchos años atrás, decía.

³¹⁸ SARTORI, *Democracia*, 2009, 17, nos dice que en general hoy podemos hablar de dos nociones operativas de democracia, que son guiadas por “el principio de mayoría absoluta o bien de mayoría relativa. El primero quiere decir: los más tienen todos los derechos, mientras que los menos, la minoría, no tienen ningún

Una vez que empezamos a alejarnos de la heteronomía, al determinar que todos tendremos garantizado el mismo derecho a participar activamente en la creación de normas –aun cuando eventualmente estemos en situación minoritaria–, podemos empezar a hablar de la vida política de nuestra asociación democrática, de cómo se producen en estas las transformaciones del orden jurídico. Como decíamos anteriormente, cuando somos los miembros de una sociedad autónoma no podemos quedarnos sentados esperando a que alguna ley caiga del cielo. Debemos establecer nuestras propias normas, lo que significa que debemos *discutir* y *decidir* juntos cuál de las alternativas que van surgiendo entre nosotros debe ser incorporada al ordenamiento jurídico³¹⁹. Como ya

derecho. En cambio, el principio de mayoría relativa se concreta así: los más tienen derecho a mandar, pero en el respeto de los derechos de la minoría. Por tanto, desde un punto de vista operativo, el *demos* es una mayoría, o bien absoluta o bien moderada, y la doctrina es prácticamente unánime al afirmar que la democracia tiene que inspirarse en el principio de mayoría limitada o moderada. Si no, vivirá un día y empezará a morir al día siguiente”. En un sentido similar también: CONDORCET, *Condorcet*, 2012, (1793-1794), 184, quien muchos años atrás postulaba: “La preservación de la libertad requiere que cada individuo haga una contribución igual a la expresión de esa opinión mayoritaria. Se debe hacer la siguiente distinción: *las restricciones impuestas por la mayoría no deben ir tan lejos como para crear condiciones que la minoría pueda encontrar opresivas, contrarias a sus derechos e incompatibles con la justicia*. Si las restricciones impusieran restricciones a la minoría contrarias a sus derechos, si hicieran ilegal el actuar de manera que no perjudicara a otros individuos o no representaran una amenaza para el orden social, estarían imponiendo una restricción a la libertad natural sin el consentimiento de la minoría y pondrían en práctica la voluntad de la mayoría mediante un poder extranjero, arbitrario”; KELSEN, *Teoría general*, 2.^a, 1958, 341; DWORKIN, *Taking Rights*, 1977, 205: “La mayor parte de la ley, la parte que define e implementa la política social, económica y exterior, no puede ser neutral. Debe declarar, en su mayor parte, la opinión que tiene la mayoría del bien común. La institución de los derechos es, por lo tanto, crucial, porque representa la promesa de la mayoría a los de la minoría de que su dignidad e igualdad serán respetadas. Cuando las divisiones entre los grupos son violentas, entonces este gesto, para que la ley funcione, debe ser muy sincero”; en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, vii s.; BOBBIO, RCP 1-2 (1986), 132: “La regla de la democracia, he dicho, es la regla sobre la base de la cual se decide por mayoría; pero la mayoría puede transformarse en tiránica; al igual que el déspota, si no reconoce los derechos de la minoría, esto es, si no reconoce que hay derechos fundamentales que deben ser respetados por todos, incluso por la mayoría. Vale decir, hay límites al poder político, sea aristocrático o democrático”; *El futuro*, 1986, 15; HELD, *Modelos*, 1992, 102, 114 ss., 326 ss., 337; FAIGMAN, Va. L. Rev. 78 (1992), 1522-1529; GAVIRIA, Estudios Políticos 1 (1992), 30-33; POST, U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1114 s.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1995, 859; VIVES ANTÓN, *La libertad*, 1995, 395-404; GARCÍA VILLEGAS, Estudios Políticos, 7-8, (1996), 139; GARDNER, Tenn. L. Rev. 63 (1996), 426 ss.; SUNSTEIN, *Designing democracy*, 2001, 97 s.; TODOROV, *Constant*, 1999, 36 s.: “El poder debe ser la expresión de la voluntad del pueblo; El buen régimen político es democrático. «En una palabra, solo hay dos poderes en el mundo. Uno es ilegítimo; este es la fuerza. El otro es legítimo, y esa es la voluntad general» (...) No es suficiente que el poder deba ser legítimo en sus orígenes; también debe ser ejercido legítimamente, en otras palabras, no debe ser ilimitado. «Cuando esta autoridad se extiende sobre objetos fuera de su esfera, se vuelve ilegítima» (...) No es suficiente exigir que el pueblo sea soberano, aun así, se debe especificar que esta soberanía se extiende solo hasta cierto límite y no más allá. De hecho, el pueblo, como legítimo soberano, puede ejercer un terror peor que el del monarca ilegítimo. «La gente que es todopoderosa es tan peligrosa como, o más peligrosa, que un tirano»; MOUFFE, *El retorno*, 1999, 146 s., 153; BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 19; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 120-125; DAHL, *La democracia*, 2006, 49, 58 ss.; WEINSTEIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 27 s.

³¹⁹ Cfr. PITKIN/SCHUMER, *Democracy* 4 (1982), 43, 52; HELD, *Modelos*, 1992, 325: “La «autonomía» connota la capacidad de los seres humanos de razonar conscientemente, de ser reflexivos y autodeterminantes. Implica cierta habilidad para deliberar, juzgar, escoger y actuar entre los distintos cursos

hemos hablado lo suficiente sobre el mecanismo que emplearemos generalmente para entender que se ha llegado a una *decisión* colectiva sobre un asunto, y que el ordenamiento puede ser modificado, podemos concentrarnos ahora en las condiciones necesarias para estructurar el momento previo. Aquel en que se va formando la voluntad colectiva a través del examen y *discusión* pública de las posibles alternativas de reforma.

Entre los grupos minoritarios, siempre habrá algún individuo inquieto que no esté dispuesto a resignarse a aceptar su situación. Alguien que, movido por el deseo de libertad, estará dispuesto a impulsar las reformas que sean necesarias para que la voluntad colectiva llegue en algún momento a reconciliarse con la voluntad individual. Para que, dicho más simplemente, las normas que reflejan los valores e ideales en los que cree firmemente sean los que rijan la vida común. Mientras tengamos la fortuna de que esto suceda –mientras haya personas que no renuncian a la idea de ser libres–, tendremos asegurado que habrá marcadas en la agenda política nuevas alternativas por considerar³²⁰.

Tan pronto como estas alternativas empiecen a encontrar quien las apoye, encontrarán también quien las resista. Entre los miembros del grupo que se ha hecho con la mayoría, muchos se mostrarán preocupados ante la posibilidad de que adquieran tanta resonancia como para alcanzar a virar la opinión pública –haciendo que cada vez sea menos remota la posibilidad de una modificación del orden vigente–, por lo que reaccionarán tratando de defender su propia voluntad, su propia libertad³²¹.

Partiendo de que todos somos seres autónomos e iguales –y, en consecuencia, hemos establecido el *principio de mayoría limitada*–, por lo que ninguno de nosotros tiene el poder para hacer que su propia voluntad sea las que se imponga automáticamente,

de acción posibles en la vida privada al igual que en la pública”; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 122 s.; HABERMAS, *Facticidad*, 2005, 61: “bajo el signo de una política completamente secularizada, el Estado de derecho no puede tenerse ni mantenerse sin democracia radical”; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 317: “En ausencia de criterios metafísicos, los hombres son libres para decidir por sí mismos en qué sentido y hacia qué dirección desean orientar el cambio histórico”.

³²⁰ Cfr. TOCQUEVILLE, *Democracia en América*, 1957 (1835), 263 s.; KELSEN, *Democracia*, 1934, 15 s., 18, 22, 35; BLACK, voto disidente en: *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); KELSEN, *Teoría general*, 2.ª, 1958, 341 s.; PITKIN/SCHUMER, *Democracy* 4 (1982), 48 s., 53; BARBER, *Strong Democracy*, 1984, 192; POST, *Mich. L. Rev.* 95 (1996-1997), 1526; BERLIN, *Estudio adecuado*, 1997, 398; LEFORT, *El arte de escribir*, 2007, 237 s., 272; *Maquiavelo*, 2010, 575; *Democracia y representación*, 2011, 191; MOLINA, *Enrahonar* 48 (2012), 50-66; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 316 s., 324 s.

³²¹ Cfr. KELSEN, *Teoría general*, 2.ª, 1958, 341 s.; LEFORT, *El arte de escribir*, 2007, 237 s.

a los miembros de las minorías y las mayorías coyunturales no les quedará otro camino que presentar su conflicto ante la *opinión pública*³²². Unos y otros deberán discutir libre, abierta y explícitamente sobre el motivo de su desacuerdo, explicando sus razones y tratándonos de convencer, al público en general, de que determinada ley es buena o mala, justa o injusta, legítima o ilegítima³²³. De que, en definitiva, hay motivos suficientes como para someternos por voluntad propia a la ley por la que ellos abogan.

¿Qué actores logran imponerse en estas contiendas? ¿Quién logra que su posición adquiera más resonancia en la opinión pública? Pensando en estos interrogantes, se nos pueden venir a la cabeza las victorias conseguidas por el movimiento feminista o por la comunidad LGTBI –entre muchas otras–. La convicción con la que encararon esta discusión en la arena pública –pues, como señala KELSEN, esta discusión “no solamente tiene lugar en el parlamento, sino también, y sobre todo, en reuniones políticas, periódicos, libros y otros vehículos de la opinión pública”³²⁴ –y cómo fueron logrando conquistar su libertad política al hacer que su propia voluntad fuera cada vez más la voluntad de *todos*. Pero, más que probablemente –tal y como en su momento les ocurrió a esas mayorías machistas y/u homófobas–, muchos de nosotros sabemos también lo que

³²² Sobre esta expresión, y el sentido particular que le queremos dar ahora, v., más abajo, n. 335.

³²³ Cfr. KELSEN, *Teoría general*, 2.^a, 1958, 341; PITKIN/SCHUMER, *Democracy* 4 (1982), 47: “La política democrática es un encuentro entre personas con diferentes intereses, perspectivas y opiniones, un encuentro en el que reconsideran y revisan mutuamente las opiniones y los intereses, tanto individuales como comunes. Sucede siempre en un contexto de conflicto, conocimiento imperfecto e incertidumbre, pero donde la acción de la comunidad es necesaria. Las resoluciones logradas son siempre más o menos temporales, sujetas a reconsideración, y rara vez son unánimes. Lo que importa no es la unanimidad sino el discurso. El interés común de fondo solo se descubre o crea en la lucha política democrática, y sigue siendo cuestionado tanto como compartido. Lejos de ser contrario a la democracia, el conflicto se maneja de manera democrática, con franqueza y persuasión, es lo que hace que la democracia funcione, lo que contribuye a la revisión mutua de opiniones e intereses.”; BARBER, *Strong Democracy*, 1984, 136: “La autonomía del proceso democrático bajo una democracia fuerte iguala el valor de los *inputs*. Da a las convicciones y creencias de cada individuo un lugar de inicio igualitario y asocia la legitimidad con lo que sucede con las convicciones y creencias en el curso de conversaciones y acciones públicas en lugar de con su estado epistemológico anterior. La legitimidad de un valor es, por lo tanto, una característica de su publicidad, de cómo se refina, se cambia o se transforma cuando se enfrenta a un público y las normas públicas que ese público ya ha legitimado a través de su política. La política en el modo participativo no elige o simplemente ratifica valores cuya legitimidad es una cuestión de registro previo. Hace que las preferencias y las opiniones ganen legitimidad al obligarlas a correr el reto de la deliberación pública y el juicio público. Estas surgen no solo legitimadas sino transformadas por los procesos a los que han sido sometidas”. BOBBIO, RCP 1-2 (1986), 128; POST, *U. Colo. L. Rev.* 64 (1993), 1116; *Va. L. Rev.* 97 (2011), 620; MOUFFE, *El retorno*, 1999, 157 s.; BENHABIB, *Culture*, 2002, 114 ss.; DWORKIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, viii.

³²⁴ KELSEN, *Teoría general*, 2.^a, 1958, 341. Hoy, sin duda, destacaríamos singularmente el Internet dentro de esos “otros vehículos de opinión” que muy pertinentemente dejó abiertos KELSEN. En cualquier caso, v. otro listado de vehículos de la opinión pública en: MASSEY, *UCLA L. Rev.* 40 (1992), 118.

es salir derrotados del juego democrático. Lo que significa ver que no se puede influir en la voluntad colectiva y que esta corra en otra dirección.

Por eso, cuantas más anécdotas y experiencias podamos recopilar, seguramente más nos terminaríamos acercando a una misma conclusión: en el juego democrático no se puede saber con certeza qué grupo puede terminar ganando cada partida³²⁵. Como cualquiera puede salir derrotado en este debate, todos podemos ser los vencedores. Como no hay quien tenga un dominio absoluto sobre la voluntad colectiva, no hay quien la sujete más que contingentemente, ella es siempre libre de partir en la dirección que desee.

Insistamos entonces sobre estas cuestiones para que nos demos cuenta de la notable indeterminación del verdadero experimento democrático. Recordemos, para empezar, que partimos de un *principio de mayoría limitada*. Por eso, cuando la democracia entra en sesión, cuando hay un procedimiento comunicativo abierto en que diferentes voluntades compiten libremente por ser la voluntad colectiva –cuando varias opiniones están compitiendo por ser la opinión pública–, ni siquiera la mayoría puede partir desde un sitio privilegiado de poder como el que en otros regímenes ocupan los reyes o *los mejores*³²⁶. Cuando se imponen las que BOBBIO denomina “reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego”³²⁷, cuando el marco jurídico-institucional es lo

³²⁵ Cfr. PITKIN/SCHUMER, *Democracy* 4 (1982), 48 s.; KEANE, *Democracia*, 1992, 48 s.: “los resultados inesperados son uno de los hechos más fascinantes de la democracia, cuya extensión y alcance tiende a incrementar la frecuencia de sorpresas en todos los grupos, movimientos, partidos y gobiernos (...) los procedimientos democráticos no son superiores a todas las demás formas de adoptar decisiones porque garantizan mejores resultados, sino porque ofrecen a los ciudadanos el derecho a juzgar (y a reconsiderar sus juicios) sobre la calidad de esos resultados”; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 191, quien nos dice que esta imprevisibilidad resulta del “carácter salvaje” de la democracia; MOLINA, *Enrahonar* 48 (2012), 65: “A diferencia de una legitimidad fundada en la certeza de una tradición, de una fe, o de una naturaleza, la distinción democrática de lo legítimo y lo ilegítimo está afectada de incertidumbre. No hay nada –ninguna organización o partido– ni nadie en quien pueda recaer el poder de la certeza”; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 313: “La democracia nos arroja a un espacio social donde (...) la ausencia de fundamento se muestra abiertamente en la historia y nos vemos abocados a vivir en ella (...) vivir en democracia significa tener el coraje de vivir sin fundamentos *necesarios* y de construir, al mismo tiempo, fundamentos *contingentes* a través de la política”.

³²⁶ Cfr. LEFORT, *Democracy*, 1988, 27: “La destrucción del poder monárquico personal tiene el efecto de crear un vacío en el mismo lugar donde la sustancia de la comunidad estaba aparentemente representada por el Rey, por su cuerpo. En vista de este fenómeno, la operación de la negatividad y la institución de la libertad política son una y la misma. Y el hecho es que la libertad política sobrevive siempre que se reconozca que los guardianes de la autoridad pública tienen prohibido apropiarse del poder, siempre que se considere imposible ocupar el lugar del poder. El poder se vuelve y sigue siendo democrático cuando se demuestra que no pertenece a nadie”; RANCIERE, *El odio a la democracia*, 2006, 53 s.; MOLINA, *Enrahonar* 48 (2012), 65; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 306-310; MOUFFE, *El retorno*, 1999, 19, 30, 94.

³²⁷ Aunque resultaría mucho más fácil denominarlas simplemente reglas del juego, BOBBIO, *El futuro*, 1986, 15, nos propone esta enunciación para terminar de clarificar su sentido: “para una definición mínima de

suficientemente fuerte como para alcanzar a asegurar las libertades políticas de las minorías, ni siquiera la mayoría más poderosa puede conseguir que la cancha esté lo suficientemente inclinada a su favor como para confiar de antemano en una victoria, en que se hará siempre su voluntad política³²⁸.

Solo cuando no tiene esta certeza –cuando se da cuenta que ni siquiera ella puede ocupar el trono que ha quedado vacío con la ausencia de un Rey–, ni puede recurrir a la fuerza y a la censura para obtenerla, ella también se ve obligada a concurrir ante la opinión pública³²⁹. Tiene que salir a confrontar sus adversarios, a frenar su influencia haciendo frente a sus argumentos, a dar explicaciones, a rendir cuentas, a persuadir, a reinterpretar los intereses sociales, a examinar su postura, a contemplar alternativas, a buscar acuerdos, a hacer concesiones, a aceptar cambios, a transigir, a imaginar soluciones, a buscar

democracia, como es la que adopto, no basta ni la atribución del derecho de participar –directa o indirectamente– en la toma de decisiones colectivas para un número muy alto de ciudadanos ni la existencia de reglas procesales como la de mayoría (o en el caso extremo de unanimidad). Es necesaria una tercera condición: es indispensable que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra. Con el objeto de que se realice esta condición es necesario que a quienes deciden les sean garantizados los llamados derechos de libertad de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc., los derechos con base en los cuales nació el Estado liberal y se construyó la doctrina del Estado de Derecho en sentido fuerte, es decir, del Estado que no sólo ejerce el poder *sub lege*, sino que lo ejerce dentro de los límites derivados del reconocimiento constitucional de los llamados derechos «inviolables» del individuo. Cualquiera que sea el fundamento filosófico de estos derechos, ellos son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentalmente procesales que caracterizan un régimen democrático. Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego”.

³²⁸ Cfr. POST, U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1122.

³²⁹ Aunque no sea lo más adecuado desde el punto de vista estrictamente ortográfico, pongo en esta y otras ocasiones la palabra *Rey* con mayúscula para tratar –quizá muy sutilmente– de que evoquemos esa figura histórica de un “Rey” omnipotente –una suerte de encarnación de un *Dios*– y la distingamos de la de un “rey” con minúscula –de esos que persisten en países como España o Suecia y cuyo papel en el escenario político es sumamente residual, simbólico y, en algún caso, hasta decorativo–. Hecha esta aclaración, sobre la idea sostenida en el texto cfr.: LEFORT, *Democracy*, 1988, 29; HELD, *Modelos*, 1992, 344; KAGAN, U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 428 s.; POST, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 166; MOLINA, *Enrahonar* 48 (2012), 66: “la dimensión simbólica del derecho no solo impide que algo o alguien pueda ocupar el lugar de juez supremo, sino que induce la formación de un espacio público de discusión, sin límites definidos –ya que no es propiedad de nadie–, y abierto a todos los que quieren reconocerse en él y darle un sentido. El espacio público democrático no excluye la formación de eventuales mayorías de opinión, pero esas mayorías están sujetas a los efectos de la división social; no pueden ponerse a cubierto de la duda, situarse al margen del cuestionamiento. Solo cuando es anulado el sentido simbólico de ese espacio, cuando se lo pretende determinar señalando su contenido y sus lindes, su exterior y su interior; solo cuando la dimensión simbólica del derecho es rebajada a un plano empírico, las mayorías pueden ser confundidas con la sustancia de la sociedad y sentirse llamadas a llenar el sitio del poder. Pero ese mismo movimiento, que no significaría sino la anulación de la división política y el fracaso de los mecanismos de su representación, nos lanza ya fuera de la democracia”; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 309: “En esto radica precisamente la revolución democrática: no es un grupo, un partido, o una «mayoría» quien ocupa la casilla vacía del Rey, sino que es el antagonismo de las voluntades el que «llena» esa ausencia”.

legitimidad. En pocas palabras, tiene que abrirse a discutir públicamente los términos en que se darán las normas con los demás grupos, con *todos*³³⁰.

De allí que una opinión pública surgida de un debate “desinhibido, robusto y abierto”³³¹ sobre los asuntos que nos conciernen a todos sea empíricamente necesaria para una verdadera práctica democrática de gobierno, para que *todos* podamos experimentar el valor de la autonomía –el valor de ser los potenciales creadores de las normas que rigen la vida social–, y no solo la mayoría de nosotros³³². Solo cuando la voluntad colectiva se forma tras “la libre consideración de los argumentos”³³³ de los distintos actores, cuando

³³⁰ Cfr. KELSEN, *Democracia*, 1934, 43 s.; *Teoría general*, 2.^a, 1958, 341 s.; LIPSKY, Am. Pol. Sci. Rev. 62 (1968), 1146, quien, concentrándose en el único recurso político del que suelen disponer las minorías, la protesta, nos va a proporcionar un esquema que –aunque en un lenguaje quizá en términos excesivamente económicos para una concepción como la que estamos viendo– puede darnos una perspectiva muy gráfica del punto que estamos haciendo: “para protestar por alguna situación, A [minoría] quisiera entrar en una situación de negociación con B [mayoría]. Pero A no tiene nada que B quiera, y, por tanto, no puede negociar. A entonces, intenta crear recursos políticos activando a otros grupos para que entren en el conflicto. A se organiza para tomar medidas frente a B con respecto a ciertos objetivos. *La información relativa a estos objetivos debe ser transmitida a través de medios de comunicación (C, D y E) a F, G y H*, que son los *públicos de referencia* de B. En respuesta a las reacciones de F, G y H, o en anticipación de sus reacciones, B responde, *de alguna manera*, a las demandas de los manifestantes. Una formulación como esta requiere de la conceptualización de la actividad de protesta, cuando se emprende para crear recursos de negociación, como un proceso político que requiere comunicación (...) la protesta es un proceso altamente indirecto en el que los medios de comunicación y los públicos de referencia de los objetivos de protesta desempeñan un papel crítico”; PITKIN/SCHUMER, *Democracy* 4 (1982), 47 s.; BARBER, *Strong Democracy*, 1984, 136; POST, Wm. & Mary L. Rev. 32 (1991), 282; Va. L. Rev. 97 (2011), 620 s.; WEINSTEIN Cas. W. Res. L. Rev. 54 (2004), 1104 s.; HELD, *Modelos*, 1992, 334; LEFORT, *El arte de escribir*, 2007, 237 s., 272 s.; DWORKIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, viii; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 319: “la democracia es una experiencia ontológica que nos habilita para vivir políticamente en medio del abismo; que nos permite crear «voluntades comunes» en medio de un mundo donde no es posible garantizar de *antemano* la verdad del pensar y del decir. La democracia no se define entonces por la igualdad abstracta frente a la ley, sino por la autolimitación del poder, que ahora ya no pertenece a una persona o grupo en particular, sino que pertenece a todos y a ninguno”.

³³¹ BRENNAN en *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 270 (1964).

³³² Cfr. PITKIN/SCHUMER, *Democracy* 4 (1982), 44; FISS, Iowa L. Rev. 71 (1986), 1407; Harv. L. Rev. 100 (1987), 786; LEFORT, *Democracy*, 1988, 29, 39; BARBER, *Strong Democracy*, 1984, 136 s. BOBBIO, *El futuro*, 1986, 29: “El contenido mínimo del Estado democrático no ha decaído: garantía de los principales derechos de libertad, existencia de varios partidos en competencia, elecciones periódicas y sufragio universal, decisiones colectivas o concertadas (en las democracias coasociativas o en el sistema neocorporativo) o tomadas con base en el principio de mayoría, de cualquier manera siempre después del debate libre entre las partes o entre los aliados de una coalición de gobierno; HELD, *Modelos*, 1992, 98, 309; MOUFFE, *El retorno*, 1999, 17; BENHABIB, *Culture*, 2002, 114 ss.; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 28; DAHL, *La democracia*, 2006, 60 s.; DWORKIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, v; MOLINA, *Enrahonar* 48 (2012), 66: “La definición de lo legítimo en una sociedad democrática no puede sustraerse al debate público. Solo cuando la posibilidad de participar en ese debate es restringida o cerrada completamente, la «democracia» es alcanzada por la incredulidad y el desafecto hacia las leyes; ambas abrirán el camino a la desnuda violencia y a la figuración de otra forma de sociedad”; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 309.

³³³ KELSEN, *Teoría general*, 2.^a, 1958, 341.

la palabra de alguien no es la ley, podemos crear las condiciones necesarias para empujar a todas las partes a discutir y hacer política, a buscar juntos hacia dónde queremos encaminar la sociedad³³⁴.

Solamente en estas condiciones podemos decir que, aun en sociedades tan grandes, complejas y heterogéneas como las nuestras, nos hemos acercado tanto como podemos al ideal de la libertad política y la autodeterminación: todos *participamos* en la creación de las normas que nos gobiernan porque estas tienen una génesis democrática, pues todos hacemos parte de la opinión pública en que estas son formadas, debatidas y acordadas³³⁵. Como el poder político que va a establecer el Derecho encuentra su fundamento en la opinión pública, tras la decisión, la mayoría de nosotros debería tener una norma que refleja en buena medida nuestros valores e ideales, que refleja nuestra propia voz. La

³³⁴ Cfr. KELSEN, *Teoría general*, 2.^a, 1958, 341 s.; PITKIN/SCHUMER, *Democracy* 4 (1982), 44, 48; POST, Wm. & Mary L. Rev. 32 (1991), 283: “La coerción está excluida del debate público porque el propósito mismo de ese debate es la práctica de la autodeterminación. El objetivo es el «acuerdo» (o el alcance de «una voluntad común») por lo que, en tales circunstancias, la voluntad individual estaría, por hipótesis, completamente reconciliada con la voluntad general. Es importante entender, sin embargo, que este objetivo es puramente aspiracional. De hecho, es precisamente porque nunca se puede alcanzar un acuerdo absoluto que el debate que constituye la democracia es necesariamente «sin ningún fin» y, por lo tanto, debe mantenerse independientemente como una estructura de comunicación continua. Sin esta estructura, el tipo simple de gobierno mayoritario como el que Schauer compara con una democracia pierde su fundamento en el principio de autodeterminación y simplemente representa lo heteronomía. La sumisión de una minoría al dominio forzoso de una mayoría. Por otra parte, con una estructura de este tipo en su lugar, se puede entender que tanto la mayoría como la minoría han tenido la oportunidad de participar libremente dentro de un «sistema» de comunicación de la que depende la legitimidad de todos los acuerdos políticos”; Mich. L. Rev. 95 (1996-1997), 1527; *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 603 (2006), 27.; WEINSTEIN *Cas. W. Res. L. Rev.* 54 (2004), 1104; RANCIERE, *El odio a la democracia*, 2006, 53 s.; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 309 s., 313 ss., 352.

³³⁵ Cfr. BARBER, *Strong Democracy*, 1984, 136 s.; POST, Wm. & Mary L. Rev. 32 (1991), 282, quien comentando la obra de KELSEN nos va a decir que: “La democracia sirve al principio de la autodeterminación porque somete el orden político y social a la opinión pública, que es el producto de un intercambio comunicativo dialógico abierto a todos. *La esencia normativa de la democracia se ubica así en los procesos comunicativos necesarios para inculcar un sentido de autodeterminación y en la subordinación de la toma de decisiones políticas a esos procesos*” (cursivas propias); *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 603 (2006), 27 s.; Va. L. Rev. 97 (2011), 621: “La opinión pública se refiere a lo que una sociedad generalmente cree y piensa. En una democracia, las instituciones gubernamentales traducen la opinión pública en «decisiones»”; MASSEY, *UCLA L. Rev.* 40 (1992), 118: “La democracia necesariamente implica algún orden social; el truco es llegar a ese orden social de una manera que deje a cada miembro de la política con un sentido de su propia autodeterminación. La única forma en que esto puede lograrse es a través de un sistema social que permita, o directamente invita, a cada persona participar en la creación del orden social. Esta participación no es solo mediante la votación, o mediante el discurso indirecto de los representantes de uno en los consejos de gobierno, sino que está presente en todos los aspectos de la opinión pública: libros, periódicos, discursos, conversaciones, carteles, cartas, arengas al aire libre, botones. y calcomanías de parachoques, banderas y símbolos, y todas las otras innumerables formas en que una comunidad lleva a cabo el diálogo que finalmente se destila en el orden social. Así, «la democracia sirve al principio de autodeterminación porque somete el orden político y social a la opinión pública, que es el producto de un intercambio comunicativo dialógico abierto a todos»”; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 110 s.; BALKIN, *Nw. U. L. Rev.* 110 (2016), 1065.

minoría, por su parte, habrá participado activamente de un proceso justo y equitativo en el todos hemos participado y en el que se consiguió una norma que, sin ser de su total agrado, al menos fue debatida y “no se encuentra exclusivamente determinada por el interés de la mayoría”³³⁶. Y, lo que quizá sea más importante, tendrá plenamente garantizado el derecho a disentir públicamente y a demostrarnos –a la mayoría de nosotros– que hemos errado el juicio, que no hemos elegido la mejor alternativa. Tendrá abierta, en otras palabras, la posibilidad de volver a llevar el caso ante el tribunal de la opinión pública.

Y esta, ya no podemos equivocarnos viéndola desde aquí, es la imagen del derecho a la libertad de expresión que queríamos capturar desde esta concepción democrática-participativa³³⁷. Tener un derecho constitucional a la libertad de expresión es tener una garantía de que la posibilidad de participar activa y equitativamente en los asuntos de gobierno, formando parte de los procesos comunicativos en que se forja la opinión pública, no va a depender nunca –no va a estar sujeta– de la voluntad de la mayoría o de

³³⁶ KELSEN, *Teoría general*, 2.^a, 1958, 342. En el mismo sentido: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 111.

³³⁷ Cfr. POST, U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1115: “Qué significa que las leyes sean «hechas» por las «mismas personas a las que se aplican» no es fácil de entender. Si, con Rousseau, postulamos una fusión completa entre voluntad individual y colectiva, la dificultad se disuelve. Pero el postulado no es convincente en las condiciones modernas de heterogeneidad. *La doctrina tradicional de la Primera Enmienda* y un amplio espectro de teorías políticas modernas resuelven esta dificultad al ubicar la esencia normativa de la democracia en la oportunidad de participar en la formación de la «voluntad de la comunidad» a través de «una discusión continua entre mayoría y minoría». En este sentido, la democracia intenta reconciliar la autonomía individual con la autodeterminación colectiva al subordinar la toma de decisiones gubernamentales a procesos comunicativos suficientes para inculcar en los ciudadanos un sentido de participación, legitimidad e identificación. Si bien los ciudadanos pueden no estar de acuerdo con todas las disposiciones legislativas, y aunque puede que no haya una fusión completa de voluntad individual y colectiva, los ciudadanos pueden sin embargo abrazar *al gobierno como legítimamente "propio"* debido a su participación en estos procesos comunicativos” (cursivas propias); en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 166; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 93 s., quien hace este argumento precisamente en contraposición a Meiklejohn: “Dado este énfasis en los derechos políticos como la base de la protección del discurso de la Primera Enmienda, es particularmente sorprendente que la teoría de Meiklejohn tome los valores de audiencia, el derecho de los ciudadanos a estar informados, como los únicos fundamentales. Entre los derechos políticos de los ciudadanos democráticos se destaca el derecho a participar en el proceso político, en particular, el derecho a defender los propios intereses y puntos de vista e intentar persuadir a los conciudadanos. Tales derechos de participación no se derivan enteramente de la necesidad de que los conciudadanos estén informados; el derecho a presentar su caso y tratar de persuadir a otros de su validez no se evaporaría si pudiera suponerse que otros ya estaban perfectamente informados sobre las cuestiones en cuestión”; WEINSTEIN Cas. W. Res. L. Rev. 54 (2004), 1103: “La norma, entonces, que mejor explica el principio de libertad de expresión estadounidense es un compromiso con el autogobierno democrático, no en el sentido instrumental descrito por Meiklejohn, sino más bien como un derecho individual a la libertad de las regulaciones gubernamentales que impiden indebidamente la participación libre e igualitaria en el diálogo que forma la «opinión pública» y que es la fuente final de gobierno en un estado democrático”; Va. L. Rev. 97 (2011), 497 s.

quienes actúen en su representación³³⁸. Es tener una garantía de que el gobierno se ejercerá siempre dentro de un marco delimitado por un *principio de mayoría limitada*. Lo que hará que yo esté efectivamente atado a las decisiones mayoritarias, pero que no pueda ser expulsado del escenario permanente de debate público por disentir y/o formular propuestas alternativas, pues, en una sociedad autónoma entre iguales, nadie tendrá un título que le permita interferir legítimamente con la posibilidad de que yo pueda seguir

³³⁸ Cfr. West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943); HART ELY, *Democracy and distrust*, 1980, 78 ss. SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 74; POST, Wm. & Mary L. Rev. 32 (1991), 283; MASSEY, UCLA L. Rev. 40 (1992), 118: “La razón para el debate público es permitir que cada persona dentro de la política exprese su opinión con la esperanza de que convenza a los demás. Idealmente, este diálogo público produciría consenso. Si lo hiciera, el orden social sería verdaderamente autodeterminado y en armonía con las opiniones individuales de cada miembro constitutivo de la política. Por supuesto, este ideal es imposible. El hecho de su imposibilidad es lo que hace de la prevención de la coerción en el discurso público una cuestión tan crítica en el mantenimiento de la democracia al servicio de la autonomía en lugar de la heteronomía. Si las mayorías pueden censurar las expresiones propias del discurso público, el proceso mediante el cual la mayoría gobierna es, desde la perspectiva de los individuos silenciados, tan tiránicamente heterónimo como el empleado por los jemes rojos. Es solo porque las normas legales democráticas están sujetas a conformación por un discurso público sin restricciones que la democracia puede mantener su afirmación moral de que sirve a la autonomía”; FAIGMAN, Va. L. Rev. 78 (1992), 1522; Hastings L.J. 44 (1993) 832; POST, U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1114 s.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1995, 859; KAGAN, U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 429 s.; LEVY, *Origins*, 1999, 130: “Hay una condición indispensable para el desarrollo de personas libres en una sociedad libre: el poder estatal debe ser atado y frenado por una declaración de derechos que debe interpretarse en los términos más generosos y cuyas protecciones no deben ser nunca los juguetes de las mayorías momentáneas”; SUNSTEIN, *Designing democracy*, 2001, 96 s., 100; BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 19: “Todos, incluidos, por supuesto, los miembros de grupos minoritarios y partidos, tienen derecho a participar en el discurso y debate público del cual se genera, como resultado, la formación de las mayorías políticas temporales. Este derecho es tan fundamental que no puede ser entregado a los poderes de la mayoría elegida”; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 124 s.; DWORKIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, vii s.: “Las personas que creen en la democracia piensan que es justo usar el poder de policía para hacer cumplir la ley si la ley ha sido adoptada a través de procedimientos políticos democráticos que expresan la voluntad de la mayoría. Pero, aunque los procedimientos mayoritarios pueden ser una condición necesaria de la legitimidad política, no son una condición suficiente. La democracia justa requiere lo que podríamos llamar un fondo democrático: requiere, por ejemplo, que cada adulto competente tenga un voto para decidir cuál es la voluntad de la mayoría. Y requiere, además, que cada ciudadano tenga no solo un voto sino una voz: una decisión mayoritaria no es justa a menos que todos hayan tenido una oportunidad justa de expresar sus actitudes u opiniones o temores o gustos o presuposiciones o prejuicios o ideales, no solo con la esperanza de influir en otros (aunque esa esperanza es crucialmente importante), sino también para confirmar su posición como agente responsable en lugar de ser una víctima pasiva de la acción colectiva. La mayoría no tiene derecho a imponer su voluntad a alguien a quien se le prohíba levantar una voz en protesta o argumentación u objeción antes de que se tome la decisión (...) La legislación y la política de una comunidad están más determinadas por su entorno moral y cultural, la mezcla de opiniones, prejuicios, gustos y actitudes de su gente que por las columnas editoriales o las emisiones políticas de los partidos o los discursos políticos. Es tan injusto imponer una decisión colectiva a alguien a quien no se le ha permitido contribuir a ese ambiente moral, expresando sus convicciones políticas, sociales, gustos o prejuicios informalmente, como a alguien cuyos panfletos en contra de la decisión fueron destruidos por la policía. Esto es cierto, sin importar cuán ofensiva sea la mayoría de estas convicciones o gustos o prejuicios, ni cuán razonable sea su objeción”; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 111; ARENDT, *Sobre la revolución*, 2013, 236; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1069.

buscando conquistar, *mediante la palabra*, mi libertad política, mi autodeterminación^{339/340}.

Estamos, entonces –corramos el riesgo de ser repetitivos para finalizar–, ante un derecho a: interrogar explícita y públicamente el contenido del Derecho; disentir y a incomodar a la mayoría; reivindicar el punto de vista particular; seguir siendo un miembro activo de la comunidad política participando efectivamente de los asuntos de gobierno través de la opinión; ser minoría; seguir teniendo igual valor y capacidad política aun desde esa posición; seguir co-gobernando; seguir accediendo al espacio público; seguir poniendo temas en la agenda pública; que la opinión propia se pueda seguir poniendo en contacto con otras opiniones; que la opinión se difunda hasta encontrarse con otras para

³³⁹ El derecho a que yo pueda ser aquel que, como decíamos antes, movido por el deseo de alcanzar su libertad –y/o la de su grupo– dentro de la comunidad política de la que forma parte, esté dispuesto a impulsar en la esfera pública aquellas reformas que son necesarias para que la voluntad colectiva llegue en algún momento a reconciliarse con la voluntad individual.

³⁴⁰ BARBER, *Strong Democracy*, 1984, 192, va a conseguir poner esta cuestión en términos que pueden clarificar la idea que queremos expresar en el texto principal: “«Soy parte de la comunidad, participé en la conversación y la deliberación que condujeron a la decisión, por lo que me considero atado a ella; pero quiero que quede constancia de que no creo que hayamos tomado la decisión correcta», dice el disidente en una democracia fuerte. Quiere decir, por lo tanto, que no se cambiará la decisión esta vez, pues esta ya se ha tomado, pero que da testimonio de que hay otro punto de vista (y, por lo tanto, mantiene el tema en la agenda pública)”. En un sentido similar: CONDORCET, *Condorcet*, 2012, (1793-1794), 185: “la capacidad de contribuir en una base completamente igual al establecimiento de reglas comunes, que imponen una obligación a todos de acuerdo con la voluntad del mayor número, constituye la libertad política. Esta no es un complemento a la libertad del individuo, sino más bien una rama de esa libertad que debe considerarse por separado. Quienquiera que esté sujeto a la voluntad de la mayoría sin haber contribuido a la expresión de esa voluntad, estaría sujeto a una fuerza externa: en un sentido absoluto si no hubiera hecho ninguna contribución en absoluto, y en un sentido relativo si lo hubiera podido contribuir sobre una base desigual porque entonces esa parte de la contribución a la voluntad de la mayoría de la cual está excluido, esa ventaja adicional otorgada al resto, sería equivalente a la de una fuerza que para él es externa”; EMERSON, *General Theory*, 1966, 13; POST, Wm. & Mary L. Rev. 32 (1991), 285: “la democracia, como todas las formas de gobierno, en última instancia, debe ser capaz de cumplir las tareas de gobierno. Como señala Alexander Meiklejohn, «el auto-gobierno no tiene sentido a menos que el «auto» que gobierna sea capaz y esté determinado a hacer que su voluntad sea efectiva». Por lo tanto, los gobiernos democráticos deben tener el poder de regular el comportamiento. Pero como el discurso público se entiende como el medio comunicativo a través del cual se constituye el «auto» democrático, el discurso público debe, en aspectos importantes, permanecer exento de la regulación democrática. Utilizamos la distinción entre discurso y acción para marcar los límites de esta exención. Debido a que todas las palabras son acciones, esta distinción es puramente pragmática. Designamos los procesos comunicativos necesarios para sostener el principio de «expresión» de autodeterminación colectiva y, por lo tanto, lo aislamos de la interferencia mayoritaria”; U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1116; en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 166; Va. L. Rev. 97 (2011), 625; BOBBIO, RCP 1-2 (1986), 132 s.; WEINSTEIN, Cas. W. Res. L. Rev. 54 (2004), 1104: “De acuerdo con la opinión de que el principio de libertad de expresión estadounidense se deriva de la esencia misma de la democracia en lugar de un principio de libertad más amplio, este fuerte rasgo antipaternalista de la doctrina de la libertad de expresión se aplica solo cuando la regulación gubernamental se dirige a nosotros como ciudadanos, no en otros aspectos”; en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 30; DAHL, *La democracia*, 2006, 47 s., 66; WEINSTEIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 493 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 110 s; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1064, 1069.

transformarse mutuamente –que influya y que influyan en ella, que persuada y que la persuadan, que deshaga los prejuicios de otros y reconozca los propios–; tener oportunidad de intercambiar impresiones con otras posturas; tener oportunidad de llegar a acuerdos con ellas; tener oportunidad de buscar aliados y consensos hasta lograr encontrar mi voz reflejada en la opinión pública; tener oportunidad de encaminar el rumbo de la voluntad general; ser, sobre todo, el potencial autor de las normas que rigen la vida social. En síntesis, ante un derecho a que la democracia, y el debate libre y abierto que la caracteriza, nunca tengan un punto final.

b) Libertad de expresión, controles y contrapesos

Para seguir conociendo la familia de las concepciones democráticas de la libertad de expresión, vamos a prestar ahora mucha atención a algunas de las críticas que recibieron las propuestas interpretativas de POST y WEINSTEIN. Al enfocarnos en comentarios desfavorables, nuestra intención no será la de borrar el tablero que hemos ido llenando a partir del sugerente trabajo de estos autores, sino la de ir incorporando otros puntos de vista a nuestras reflexiones, lo que va a permitirnos adquirir una comprensión más ancha y mejor balanceada de la dimensión política de la libertad de expresión.

Habiendo fijado nuestro objetivo, fijemos el plan que vamos a seguir para ir tras este. Inicialmente, nos daremos a la tarea de presentar y analizar las más agudas críticas que dos autores, SHIFFRIN y BLASI, dirigen hacia una concepción democrático-participativa de la libertad de expresión³⁴¹. Pasaremos, tras haber incorporado a nuestro análisis la perspectiva que nos dejan estos insumos críticos, a reflexionar nuevamente sobre la concepción democrática de la libertad de expresión.

En su reseña crítica, SHIFFRIN va a señalar que la argumentación que presentan POST y WEINSTEIN es el resultado de la reunión de tres elementos: (i) participación política, (ii) un robusto espacio para la opinión pública y (iii) la importancia del autogobierno³⁴². Aunque estén lejos de encajar perfectamente, SHIFFRIN nos va a decir que los dos primeros elementos no resultan especialmente problemáticos. Ello, puesto que ambos

³⁴¹ V. SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 559-566; BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 531-540.

³⁴² Cfr. SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 560.

deben ser vistos como una “parte vital” de la teoría y la praxis de cualquier sociedad que esté realmente comprometida con la idea de un gobierno democrático³⁴³.

El tercer componente de la argumentación va a ser, en cambio, rechazado de plano por SHIFFRIN. En ninguna democracia representativa, nos dice este autor, resulta realista o conveniente sostener, como lo hacen POST y WEINSTEIN, que los ciudadanos “participan en el autogobierno o que son autores de sus propias leyes”³⁴⁴. Con esta crítica, acláremoslo, SHIFFRIN no pretende llegar al extremo de afirmar que, en el día a día de nuestras sociedades, los ciudadanos no tienen la más mínima participación en el proceso político –que nunca influyen directamente en el curso de la actividad legislativa–. Su objetivo es sostener, de manera enfática, que la idea de que, en los EE. UU. actuales, “cada uno de los cientos de millones de ciudadanos sea en realidad el autor de las leyes estadounidenses”³⁴⁵ no es “más que una película de ficción”³⁴⁶. Y que, ya dentro de ese género, es, de hecho, “una muy mala película de ficción”³⁴⁷.

SHIFFRIN considera que es importante descartar la expedición normativa a la que nos invita un cuadro como el que trazan POST y WEINSTEIN para, en su lugar, teniendo los pies en la tierra, empezar a enterarnos de que: 1) “los representantes electos son los autores de la ley”³⁴⁸, no los ciudadanos; 2) en esta tarea, la de producir las leyes, los representantes suelen “representar a algunos ciudadanos más que a otros”³⁴⁹; 3) que los ciudadanos cuyos intereses y deseos son sobrerrepresentados son “con demasiada

³⁴³ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 560 s., repara sobre esa falta de simetría, que implicaría una importante infrainclusión en el alcance del derecho a la libertad de expresión, en estos términos: “vale la pena señalar que la participación política y la esfera pública no son co-extensivas. Primero, la esfera pública contiene un discurso que es mucho más amplio que el necesario para la vida política. Gran parte de la literatura, el arte, la música, la ciencia y las expresiones sobre religión, viajes y la vida cotidiana (por ejemplo, las revistas de computadoras o las revistas de deportes) no son relevantes y no se utilizarán en la vida política. Incluso si fueran potencialmente relevantes para la vida política, sería difícil decir que la «verdadera razón» por la que protegemos la literatura, la ciencia o el discurso religioso es porque ayuda o es un ejemplo de participación política”.

³⁴⁴ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562.

³⁴⁵ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562.

³⁴⁶ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562.

³⁴⁷ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562.

³⁴⁸ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562.

³⁴⁹ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562.

frecuencia, aquellos con el dinero para contribuir a la reelección de los representantes”³⁵⁰; y 4) que los intereses y deseos de los ciudadanos de a pie, los del pueblo, suelen ser, en consecuencia, infravalorados³⁵¹.

Una vez que acordamos lo injusto y desigualitario que irremediablemente tiende a ser este proceso en el trajín político del día a día, SHIFFRIN nos diría que hemos dado un paso adelante y que hemos conseguido llegar hasta una posición desde la que podemos empezar a observar el verdadero sentido y valor que tiene la consagración constitucional del derecho a la libertad de expresión. La vida social, a pequeña y gran escala, en el sector público y en el privado, está plagada de este tipo de relaciones y repartos jerárquicos. De desigualdad e injusticia³⁵². El derecho a la libertad de expresión debe ser mirado, en este contexto más realista, “como parte de una Constitución diseñada para hacer que haya más justicia (fallando estruendosamente en este propósito) y para empoderar a aquellos que van precisamente a combatir las injusticias mediante el recurso al disenso”³⁵³.

Así las cosas, este derecho puede verse como un instrumento diseñado para desestabilizar el suelo de las relaciones jerárquicas de poder y dar lugar a cambios progresivos. Para hacer que los millones de personas, que padecen en carne propia los efectos de la desigualdad, en “sitios de trabajo, escuelas, universidades, hospitales, y otras

³⁵⁰ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562.

³⁵¹ V. SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562.

³⁵² Cfr. SHIFFRIN, *Dissent*, 1999: “[Estados Unidos de] América no es la tierra de la perfecta igualdad. Las jerarquías existen en toda la sociedad, tanto en el ámbito político como en el no político. Sería posible suponer que las jerarquías son perfectamente justas, pero tal suposición sería una fantasía. Similarmente improbable sería la sugerencia de que toda jerarquía es inherente o principalmente injusta. Pero las jerarquías son a menudo, en general o parcialmente, injustas por muchas razones. Las personas que ejercen un poder sustancial en las jerarquías son propensas a actuar por su propio interés y están en condiciones de ser efectivas. Incluso si no se ven a sí mismos actuando en su propio interés, a menudo tienden a ver las cosas de una manera parcial que opera en su beneficio. Por otra parte, el poder en una jerarquía tiene una tendencia a extenderse a otras arenas de manera injusta. La riqueza no debería permitir que uno compre favores políticos, pero a menudo lo hace. Incluso sin una flagrante corrupción, y lamentablemente hay mucho de eso, las personas con posiciones prominentes en jerarquías a menudo disfrutan de privilegios que no merecen”.

³⁵³ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562. En el mismo sentido: PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *Libertad de expresión*, 2017, 22.

instituciones”³⁵⁴, puedan valerse de esa especial garantía jurídica para tratar de conseguir justicia elevando su voz y “criticando libremente estas jerarquías injustas”³⁵⁵.

SHIFFRIN es lo suficientemente delicado en el análisis como para advertir que, de una parte, no todo disenso debe ser protegido por esta garantía constitucional y, de otra, hay expresiones valiosas y merecedoras de expresión que no pueden ser categorizadas como disenso³⁵⁶. No obstante, tras hacer estas aclaraciones, vuelve a poner toda su energía en hacernos reflexionar sobre el hecho de que ninguna concepción de la democracia y del *principio de la libertad de expresión* por la que valga la pena preocuparse debería dejar de lado la tarea de “proteger y promover el disenso”³⁵⁷. De brindar un escudo a esas expresiones con las que los ciudadanos se ocupan de “criticar las costumbres, hábitos, instituciones y autoridades existentes”³⁵⁸.

³⁵⁴ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562.

³⁵⁵ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562. En el mismo sentido: SHIFFRIN, *Dissent*, 1999, 92; BALKIN, Widener L. Symp. J. 4 (1999), 170 ss.

³⁵⁶ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 562 s. En el mismo sentido: SHIFFRIN, *Dissent*, 1999, xi s.

³⁵⁷ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 563. En el mismo sentido: SHIFFRIN, *Dissent*, 1999, 91: “La teoría de la libertad de expresión debe ir más allá de la protección o tolerancia de la disidencia: la Primera Enmienda debe tomarse como un reflejo de un compromiso constitucional para *promover* la disidencia. Aunque mucho disenso no es valioso, la promoción institucional de la disidencia es necesaria para combatir injusticias”.

³⁵⁸ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 563. En el mismo sentido: SHIFFRIN, *Dissent*, 1999: “No existe tal cosa como una sociedad perfectamente justa. En cualquier sociedad de gran escala, los poderosos grupos de interés, y los políticos, y los burócratas autodirigidos, son inevitables. No es solo que el poder les corrompa. Las personas en el poder también tienen la tendencia demasiado humana de creer de buena fe que las respuestas «correctas» a los problemas morales y políticos son precisamente las que consolidan y aumentan su propio poder. Además, como estos individuos tienen poder, poseen una capacidad desproporcionada para convertir sus respuestas en respuestas de la sociedad. Los elementos de la injusticia, por lo tanto, invaden las jerarquías sociales tanto dentro como fuera de la política, desde la economía hasta la academia. Esto no es una prescripción para la abdicación desesperada; la injusticia nunca puede ser completamente erradicada, pero algunas sociedades son más justas que otras. Siempre es posible avanzar hacia una sociedad mejor. Dada esta perspectiva general, una contribución importante de la teoría de la libertad de expresión es su apoyo a una práctica social particular, a saber, la disidencia. La disidencia ataca las costumbres, hábitos, tradiciones, instituciones y autoridades existentes. Espía la injusticia y la saca a la luz. Esto no significa que la disidencia sea siempre efectiva; de hecho, mucha disidencia hace poco para lograr un cambio efectivo. Tampoco que la disidencia sea siempre justa. A menudo puede estar distorsionada por la envidia hacia los que están más arriba en una jerarquía particular. No obstante, la disidencia es parte de la dialéctica diaria de las relaciones de poder en la sociedad. Con todo y sus fallas ocasionales, la disidencia es indispensable. Sin ella, las jerarquías injustas seguramente florecerían con pocas posibilidades de cambio constructivo. Si la verdad sobre la presencia de la injusticia se va a difundir, las instituciones sociales deben construirse de una manera que se nutra el discurso crítico. Al final, las premisas del argumento son bastante simples. La injusticia existe; el impulso de resistirlo es menor de lo que debería ser; Se debe alentar la disidencia”.

Y es allí donde, en definitiva, radica la gran molestia de SHIFFRIN con el uso que POST y WEINSTEIN le dan a la “metáfora del autogobierno”³⁵⁹. Si queremos que la opinión pública critique libre y abiertamente un proceso legislativo injusto e inequitativo, deberíamos empezar por “abstenernos de alentar a los ciudadanos a creer que ellos mismos son los autores de esas leyes”³⁶⁰. Fomentando este tipo de pensamientos, corremos el peligro de legitimar estructuras sociales y políticas que no paran de producir injusticias, de desestimular una opinión pública crítica y de terminar forjando una serie de actitudes pasivas e incautas entre los ciudadanos. En lugar de ello, deberíamos hacer que los ciudadanos centren su atención en la más que latente posibilidad de una nueva injusticia legislativa. Para ello, convendría más bien sugerirles que, aun cuando no sea efectivamente hecha *por* la ciudadanía, toda ley debe ser hecha *para* la ciudadanía³⁶¹.

Aunque las críticas que BLASI le hace al trabajo de POST y a WEINSTEIN –a las que pasaremos ahora siguiendo con el recorrido que diseñamos antes– tienen el sello propio de un autor distinto, no cabe duda de que con ellas también se quiere poner el dedo en la misma llaga que lo puso SHIFFRIN. BLASI, con un tono más moderado, también va a preocuparse por llamar la atención sobre los problemas que tiene una concepción democrático-participativa para: (i) explicar o describir adecuadamente el estado de cosas al que se refiere³⁶²; (ii) presentar un proyecto normativo que sea, desde un punto de vista consecuencialista, más atractivo que el que ya han ofrecido otras concepciones³⁶³.

Vemos entonces que, como SHIFFRIN, BLASI no piensa que la democracia o la libertad de expresión de las que hablan POST y WEINSTEIN sean muy parecidas a las que efectivamente existen en los EE. UU.³⁶⁴. Para evitar ser farragosamente reiterativos,

³⁵⁹ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 563.

³⁶⁰ SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 563.

³⁶¹ Cfr. SHIFFRIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 563.

³⁶² Cfr. BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 531-536.

³⁶³ Cfr. BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 536-540.

³⁶⁴ Cfr. BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 531-536. En este punto, para poder juzgar el “cruce” entre estos autores, es importante que tengamos muy en cuenta que BLASI se va a mover sobre una base evaluativa principalmente consecuencialista. El caso de POST y WEINSTEIN, que como hemos visto se mueve alrededor de criterios como el de legitimidad, tiene una base eminentemente no-consecuencialista: por más que una sociedad autocrática haga normas inmensamente atractivas y provechosas para el conjunto de la población, estas serán rechazadas como ilegítimas de acuerdo a los criterios de establecimiento del orden jurídico propios de una sociedad autónoma. Sobre esta cuestión particular cfr., de una parte, BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 539 s. y, de la otra, v. principalmente: WEINSTEIN, en Hare/Weinstein (ed.), *Extreme speech*, 2009,

podemos explicar sucintamente su posición señalando lo siguiente. BLASI acepta sin reparo alguno la existencia de un “profundo compromiso histórico y de un consenso contemporáneo frente a la democracia”³⁶⁵. Cree, incluso, que de ese compromiso y ese consenso puede inferirse legítimamente –como tan frecuentemente se ha hecho³⁶⁶– “la necesidad de una opinión pública que sea independiente, en el modesto sentido de no estar dominada por el gobierno”³⁶⁷. BLASI considera, sin embargo, que, una vez que se acepta la existencia de esta necesidad en general, se agotan las posibilidades de llegar a acuerdos con POST, WEINSTEIN y su idiosincrática concepción democrático-participativa³⁶⁸. Esto, pues, al igual que SHIFFRIN, entiende que tenemos a nuestra disponibilidad, dentro de la gran familia de concepciones democráticas de la libertad de expresión, rutas más fecundas y sugestivas –tanto descriptiva como normativamente–, para la particularización o concreción del sentido de esta necesidad³⁶⁹.

La primera ruta que nos invita a considerar BLASI está representada por una concepción democrática que “enfatisa el rol que cumple la opinión pública al ayudar a garantizar que los objetivos perseguidos por los funcionarios estén en consonancia con los objetivos que los ciudadanos comunes más valoran”³⁷⁰. BLASI quiere que notemos

28: “Tal oportunidad para una participación libre e igualitaria es vital para la legitimidad de todo el sistema legal. Si se excluye a un individuo de participar en el discurso público porque el gobierno no está de acuerdo con las opiniones del orador o porque considera que sus ideas son demasiado perturbadoras o demasiado peligrosas, cualquier decisión tomada como resultado de esa discusión, frente al ciudadano excluido, carecerá de legitimidad. Así entonces, si a alguien se le impide expresar una opinión sobre un aumento de impuestos propuesto o si la nación va a la guerra, o sobre la política de inmigración del país, en esa medida y con respecto a ese ciudadano, el gobierno no es una democracia sino una autocracia ilegítima”; WEINSTEIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 499: “Este derecho a participar en el autogobierno democrático, tanto como orador o como público, se conoce como la norma básica de la libertad de expresión (...) Encuadrándose dentro de una norma constitucional básica, estos intereses participativos constituyen un derecho en el sentido fuerte de ese término: un interés que posee un individuo que no puede ser anulado sobre la base de que la utilidad social general se incrementaría al hacerlo (...) La Primera Enmienda impide que el gobierno prohíba la expresión de ideas racistas en el discurso público, incluso si la sociedad en su conjunto estaría mejor si se eliminaran de la discusión pública las ideas odiosas sobre las minorías”.

³⁶⁵ BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 533.

³⁶⁶ Cfr. BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 536.

³⁶⁷ BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 536.

³⁶⁸ Cfr. BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 533, 536-540.

³⁶⁹ Cfr. BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 533, 536-540.

³⁷⁰ BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 533.

que, en esta concepción de democracia, a la que denomina de “servicio-al-electorado”³⁷¹, la atención está puesta sobre los *outputs* del procedimiento gubernamental. Esto la hace muy distinta a la concepción democrática-participativa, pues esta interpretación se centra exclusivamente en los *inputs*, en la legitimidad del proceso de creación o establecimiento de la norma³⁷².

Desde una perspectiva consecuencialista, BLASI considera que la participación equitativa en la opinión pública –cuestión en la que se centra el caso de POST y WEINSTEIN– es valiosa porque permite que las personas “experimenten placer desarrollando conexiones con otras personas: influenciándolas, logrando el reconocimiento de ellas, desarrollando un sentido de lugar y/o un propósito en relación con ellas”³⁷³. Sin embargo, el potencial bienestar agregado que se derivaría de un derecho a la libertad de expresión que, interpretado conforme a una concepción democrática de *servicio-al-electorado*, pone el acento en el *output* de la actividad gubernamental, es probablemente superior³⁷⁴. Ello, pues, “cuando las políticas del gobierno no reflejan las prioridades de la ciudadanía, el costo para el bienestar humano, en forma de oportunidades perdidas e ineficiencias perpetuas, puede ser mayor al darse de una manera más generalizada y a más largo plazo”³⁷⁵.

La segunda ruta a la que se refiere BLASI nos lleva hacia una concepción democrática de la libertad de expresión que no concede prioridad a la participación ciudadana, sino “al objetivo de controlar los abusos más graves de la autoridad política”³⁷⁶. Este valor, el de controlar los abusos de poder por parte de los funcionarios

³⁷¹ BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 533. Notará el lector que esta concepción es, cuanto menos, muy similar a la que utilizaba SHIFFRIN como punto de partida. V., arriba, n. 361 y texto principal ligado a ella, en cualquier caso, una descripción más detenida puede verse en: WARREN/CASTIGLIONE, *Dem. and Soc.* 2 (2004), 20.

³⁷² Cfr. BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 533; POST, Mich. L. Rev. 95 (1996-1997), 1523 s.; Va. L. Rev. 97 (2011), 482.

³⁷³ BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 537.

³⁷⁴ En este punto, resulta muy importante hacer una claridad. BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 532, no está discutiendo la idea de que la participación política, tal y como la interpretan POST y WEINSTEIN, deba tener valor al momento de interpretar el derecho a la libertad de expresión. Su problema es con la prioridad axiológica que pretenden POST y WEINSTEIN que esta tenga sobre cualquier otra clase de consideración, en tal ejercicio hermenéutico.

³⁷⁵ BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 537.

³⁷⁶ BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 533. Será muy importante para nosotros definir cuál es esa concepción alternativa de democracia a la que está haciendo tan parca referencia nuestro autor. Esta tarea es en realidad

muy sencilla, puesto que el autor está haciendo aquí referencia, de manera muy sucinta, a su propia obra, a la concepción de la libertad de expresión que había defendido de manera más extensa en BLASI, *Am. B. Found. Res. J.* (1977), 521-649. En ese artículo BLASI defendió la idea de que el valor que tiene la libertad de expresión para controlar los abusos de los funcionarios públicos –al que se refiere abreviadamente como valor de control (*checking value*)– debía ser articulado al complejo de valores que hacen parte de la teoría general de la libertad de expresión. En la próxima n. especificaremos mejor el sentido de este valor, pero, por ahora, veamos que, en esta obra, (p. 542), BLASI nos permite dar un mejor vistazo a la cuestión de las concepciones de la democracia: “el valor de control se basa en la premisa de que la población general debe ser el último juez del comportamiento de los funcionarios públicos. En este sentido, el valor de control surge de la teoría democrática, pero es la teoría democrática de John Locke y Joseph Schumpeter, no la de Alexander Meiklejohn. Bajo el punto de vista de Locke o Schumpeter de la democracia, *el papel del ciudadano común no es tanto contribuir de manera continua a la formación de políticas públicas sino retener un poder de veto que pueda ser empleado cuando las decisiones de los funcionarios pasan ciertos límites*. Uno podría, por supuesto, *ser un demócrata directo, en el sentido de favorecer un papel participativo significativo* para el ciudadano común en las actividades del día a día del gobierno, y también creer que la población general debe definir y hacer cumplir las normas relacionadas con el abuso del poder oficial. El punto aquí es que *uno no necesita ser un demócrata directo* para adoptar el valor de control, sino que debe ser al menos un demócrata al estilo de Locke. Ello, puesto que, si uno ni siquiera aprueba un papel significativo para el ciudadano del común como el último juez de la conducta oficial, hay pocas razones para poner tanto énfasis en la comunicación masiva como lo hace un defensor del valor de control” (cursivas propias). De este fragmento, uno podría extraer ciertas conclusiones, como que: 1) el valor de control necesitaría de un compromiso democrático mucho menos robusto, en términos de participación activa de todos los ciudadanos en los asuntos de gobierno, que el que exigen teorías como las de MEIKLEJOHN, POST y WEINSTEIN, 2) POST y WEINSTEIN, con su concepción democrático-participativa, estarían abogando por una especie de democracia directa. Antes de que nos formemos un juicio sobre estas cuestiones en particular, me gustaría que siguiéramos describiendo las premisas que sostienen el tipo de concepción de la que nos habla BLASI. Para hacer una buena caracterización, vamos a recurrir al trabajo de HELD, *Modelos*, 1992. En este trabajo, HELD, *Modelos*, 1992, 60 s., va a decirnos que la tradición republicana, con Maquiavelo a la cabeza, sería la fuente de inspiración –el principal precursor o referente– del pensamiento político liberal que sostiene concepciones “protectoras” de la democracia como la de BLASI. Pero que, sin embargo, la que el autor denomina “democracia protectora” actual encuentra su formulación plenamente perfilada en términos que siguen vigentes en los trabajos de BENTHAM y MILL –padre–. Estos autores partían de la base, nos cuenta HELD, *Modelos*, 1992, 87, de que: “la motivación predominante de los seres humanos es satisfacer sus deseos, maximizar su satisfacción y utilidad y minimizar el sufrimiento; la sociedad está compuesta por individuos que persiguen obtener tanta utilidad como puedan tener de todo aquello que deseen; los intereses de los individuos siempre están en conflicto unos con otros, ya que «una gran ley rectora de la naturaleza humana» es, tal como pensaba Hobbes, subordinar a «las personas y las propiedades de los seres humanos a nuestros placeres». Puesto que los que gobiernan actuarán naturalmente de la misma forma que los gobernados, si se quiere evitar un abuso sistemático, deberán responder directamente ante un electorado convocado frecuentemente para decidir si sus objetivos han sido cumplidos”. Utilizando estos argumentos como punto de partida, de acuerdo a HELD, *Modelos*, 1992, 87, estos dos autores británicos iban a conseguir la que sigue siendo la explicación más clara de la democracia protectora: “Para Bentham y Mill, la democracia liberal estaba asociada con un aparato político que asegurase la responsabilidad de los gobernantes ante los gobernados. Tan solo a través del gobierno democrático existirían los medios satisfactorios para generar decisiones políticas que correspondieran al interés público, a saber, a los intereses de la masa de individuos. Tal como escribiría Bentham: «Una democracia tiene como característica, objeto y efecto preservar a los miembros de la opresión y la depredación de mano de aquellos funcionarios que emplea para su defensa» Se exige al gobierno democrático que proteja a sus ciudadanos del poder político; ya sea por parte de un monarca, de una aristocracia, o de cualquier grupo”. Notemos entonces el tinte que toma aquí la participación ciudadana, pues esta es muy diferente a la que veíamos cuando estábamos orbitando más cerca del trabajo de POST y WEINSTEIN. Para ello, aprovechemos el muy incisivo análisis crítico de PATEMAN, *Participation*, 1970, que va a decirnos en qué consiste la participación en una “democracia protectora” como la que defienden BENTHAM o MILL –padre–: “La participación de las personas tiene aquí una función muy estrecha; garantiza que el buen gobierno, es decir, el «gobierno en el interés universal», se logre mediante la sanción de la pérdida del cargo. Para Bentham y Mill, la participación tenía una función puramente protectora, aseguraba que los intereses privados de cada ciudadano estuvieran protegidos (el interés universal era simplemente una suma de intereses individuales). Sus teorías pueden clasificarse como «democráticas» porque pensaban

públicos, que es el que se confiere principalmente a la libertad de expresión en una concepción protectora de la democracia³⁷⁷, tiene un mayor atractivo consecuencialista que

que solo las «numerosas clases» eran capaces de defender el interés universal y, por lo tanto, defendían la participación (votación y discusión) de todas las personas. Sin embargo, otros teóricos han sostenido que esa participación es necesaria debido a su función protectora, sin considerar que sea necesario que *todas* las personas, por lo tanto, participen. No hay nada específicamente democrático en esta visión de la función de participación. Juega, por ejemplo, un papel similar en la teoría de Locke, que estaba lejos de ser un demócrata. Como hemos visto, los formuladores de la teoría contemporánea de la democracia también consideran la participación exclusivamente como un dispositivo protector. En su opinión, la naturaleza «democrática» del sistema se basa principalmente en la forma de los «acuerdos institucionales» nacionales, específicamente en la competencia de los líderes (representantes potenciales) por los votos, de modo que los teóricos que sostienen esta visión del papel de la participación son, en primer lugar, los teóricos del gobierno representativo. Este es, por supuesto, un aspecto importante de la teoría democrática; sería absurdo intentar negar esto, o cuestionar la contribución influyente de Bentham o Locke a la teoría y la práctica de la democracia actual. El punto es, sin embargo, que la teoría del gobierno representativo no es la totalidad de la teoría democrática, como lo sugiere mucho trabajo recientemente”. ¿Describe PATEMAN la clase de participación por la que aboga BLASI? Consideremos el siguiente fragmento, que puede permitirnos terminar de rastrear las diferencias entre una concepción democrática como la de POST y WEINSTEIN y otra a la que se acerca mucho más BLASI. BLASI, Am. B. Found. Res. J. (1977), 561 s.: “El ideal de autogobierno puede no incorporar intuiciones ampliamente compartidas debido al alto nivel de participación política que exige. Para Meiklejohn, la buena sociedad es una sociedad altamente politizada: los hombres son políticamente libres si, y solo si, con la inteligencia adecuada, con un entusiasmo incansable por el bienestar de la nación, y por autorización constitucional, se gobiernan activamente. Ser libre no significa estar bien gobernado. No significa ser justamente gobernado. Significa ser auto-gobernado. Transfiere este tema de la participación total a su lectura de la Primera Enmienda: «La Primera Enmienda no es, principalmente, un dispositivo para conseguir una nueva verdad, aunque eso es muy importante, es un dispositivo para compartir cualquier verdad que se haya ganado. Su propósito es otorgar a cada miembro votante del organismo político la mayor participación posible en la comprensión de los problemas con los que deben lidiar los ciudadanos de una sociedad autónoma». Mi punto no es que el autogobierno presuponga un compromiso por parte del electorado que parece poco realista en nuestra época de baja participación de votantes y discurso político empobrecido (...) Lo que cuestiono es sí la sociedad altamente politizada y exaltada por Meiklejohn es, o alguna vez fue, un ideal compartido del pueblo estadounidense. Hay poco que indique que los redactores de la Constitución pensaron que un gran porcentaje de la población debería tener un interés diario activo en los asuntos de Estado. Además, la apatía política de nuestra propia época puede ser algo más que un simple hecho de no estar a la altura de los estándares de conducta reconocidos. Yo elijo pasar poco de mi tiempo pensando en el bienestar general en general o incluso en cuestiones políticas puntuales. Prefiero pensar en Mozart, Jane Austen, las Montañas Blancas o en el equipo de fútbol de Michigan. No creo que yo sea inusual a este respecto, ni creo que sea indigno del título de «ciudadano». Cuando las fuerzas totalitarias asoman en el horizonte, como lo han hecho durante mi vida, me siento obligado a hacer lo que pueda para detenerlas. Pero tales ocasiones para involucrarse en asuntos públicos son motivo de tristeza; no describen para mí la buena sociedad”.

³⁷⁷ Cfr. BLASI, Am. B. Found. Res. J. (1977), 539 s.: “La premisa central del valor del control es que el abuso del poder oficial es un mal especialmente grave, más serio que el abuso del poder privado, incluso por parte de instituciones como las grandes corporaciones que pueden afectar la vida de millones de personas. Hay varias razones por las cuales una conducta indebida por parte de funcionarios del gobierno puede ser considerada como una especie diferente de una conducta indebida por parte de personas privadas. Primero, y quizás lo más importante, el impacto potencial del gobierno en las vidas de los individuos es único debido a su capacidad para emplear la violencia legitimada. Esto significa que no solo en la mayoría de los casos, el gobierno puede lograr un mayor grado de cumplimiento de sus decisiones que los organismos privados, sino también que los funcionarios públicos controlan los recursos que, si se utilizan incorrectamente, pueden hacer el máximo daño. Ningún partido privado, ni Lockheed, ni United Fruit, ni la mafia, podría haber hecho lo que nuestro gobierno hizo con el pueblo vietnamita y la tierra vietnamita. Las fuerzas privadas nunca podrían haber exterminado a porciones tan significativas de la población doméstica como lo hicieron los gobiernos nazi y soviético en los años treinta. Si bien la amenaza a la humanidad planteada por el «estado corporativo» no debe ser descartada a la ligera, la amenaza planteada por el estado totalitario representa, en mi opinión, el problema principal de la política del siglo veinte. El

el valor al que apuntan POST y WEINSTEIN pues, como ha enseñado una ardua experiencia histórica, “cuando se previenen o contienen los graves abusos del poder oficial, los beneficios materiales pueden ser considerables”³⁷⁸.

Finalmente, BLASI nos propone considerar la concepción de la democracia que ofrecía MEIKLEJOHN³⁷⁹. Como ya hemos visto esta variante anteriormente, simplemente debemos recordar que la función del derecho a la libertad de expresión en ella es la de tratar de generar toda la información y discusión que sea necesaria para que el electorado, como pueblo soberano, pueda tomar decisiones colectivas inteligentes al momento de votar.

Pues bien, frente a los potenciales beneficios agregados que se pueden esperar de la adopción de una concepción como la de MEIKLEJOHN, BLASI nos dirá que su valor es muy significativo pues “cuando las políticas reflejan las preferencias de los ciudadanos,

monopolio gubernamental de la violencia legitimada significa también que no hay una fuerza concentrada disponible para controlar al gobierno de la manera en que el gobierno está disponible para controlar incluso a los partidos privados más poderosos. El control sobre el gobierno debe provenir entonces del poder de la opinión pública, que a su vez se basa en el poder de la población para retirar a los funcionarios de las urnas, retirar la cooperación mínima necesaria para una gobernabilidad efectiva y, en última instancia, para hacer una revolución”.

³⁷⁸ BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 537. Considérenos al respecto, en la misma línea de los comentarios de BLASI sobre el totalitarismo en las dos notas anteriores, el siguiente fragmento de DAHL, *La democracia*, 2006, 57 s., a quien se suele ubicar también dentro del linaje de la concepción protectora de la democracia: “*La democracia ayuda a evitar el gobierno de autócratas crueles y depravados*. El problema quizá más persistente y fundamental de la política es el de evitar el gobierno autocrático. Durante toda la historia conocida, incluyendo nuestra propia época, los líderes guiados por megalomanía, paranoia, interés propio, ideología, nacionalismo, creencias religiosas, convicciones de superioridad innata, o puro impulso y sentimiento, han explotado las excepcionales capacidades del Estado para la coerción y la violencia con el objetivo de ponerlas al servicio de sus propios fines. Los costes humanos del gobierno despótico rivalizan con los de la enfermedad, la hambruna y la guerra. Veamos unos cuantos ejemplos del siglo xx. Bajo el gobierno de José Stalin en la Unión Soviética (1929-1953), muchos millones de personas fueron encarceladas por razones políticas, a menudo por el miedo paranoico de Stalin a conspiraciones en su contra. Se estima que veinte millones de personas murieron en campos de trabajo, fueron ejecutadas por razones políticas o perecieron durante la hambruna (1932-33) que se produjo cuando Stalin obligó a los campesinos a incorporarse a granjas de propiedad estatal. Aunque otros veinte millones de víctimas del gobierno de Stalin consiguieran sobrevivir, tuvieron que soportar crueles sufrimientos. O tomemos el caso de Adolfo Hitler, el dirigente autocrático de la Alemania nazi (1933-1945). Sin contar las decenas de millones de bajas militares y civiles producto de la II Guerra Mundial, Hitler fue responsable directo de la muerte de seis millones de judíos en campos de concentración, así como de numerosos oponentes, polacos, gitanos, homosexuales y miembros de otros grupos sociales que se propuso exterminar. Bajo el liderazgo despótico de Pol Pot en Camboya (1975-1979), los Jemeres Rojos asesinaron a un cuarto de la población de su país: un caso, podría decirse, de genocidio autoinfligido. El temor de Pol Pot a las clases instruidas era tal que fueron casi exterminadas: llevar gafas o no tener manos callosas equivalía casi literalmente a una pena de muerte”.

³⁷⁹ BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 533.

pero esas preferencias no están bien informadas ni han sido definidas a través del debate público, un gran número de ciudadanos suele quedar en una posición desfavorable, pues no puede considerar sus preferencias de tal forma que estas puedan promover de manera efectiva los que son sus verdaderos intereses o sus nociones del bien común”³⁸⁰.

Habiendo hecho el recorrido por las críticas de estos dos autores, observemos que, en los análisis consecuencialistas que va realizando BLASI en cada una de estas tres concepciones, así como en el análisis sobre el valor del disenso que realiza SHIFFRIN, hay por lo menos dos temas comunes. El primero es que la libertad de expresión es valorada principalmente por los males que evita, y no tanto por los efectos positivos que produce. El segundo es que el verdadero motor del análisis es una permanente e indisimulada actitud de desconfianza frente a los gobernantes –que son vistos como los potenciales opresores del pueblo, nunca como miembros del pueblo–³⁸¹. Juntemos ambos temas y tenemos la perspectiva desde la que la concepción de POST y WEINSTEIN es juzgada y rechazada: el derecho constitucional a la libertad de expresión sirve, sobre todas las cosas,

³⁸⁰ BLASI, Va. L. Rev. 97 (2011), 537. Debemos aclarar que, en ese punto, BLASI reconoce estar haciendo un análisis consecuencialista de una teoría de la democracia y de la libertad de expresión que no lo es. Lo que quiere demostrar BLASI es que, incluso entre proyectos normativos no-consecuencialistas, hay alternativas, como la que ofrece MEIKLEJOHN, que terminan produciendo efectos más positivos que la concepción presentada por POST y WEINSTEIN. De otra parte, quizá SOLUM, Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 73, logre ofrecernos una imagen más clara y sencilla de entender de este punto en la obra de MEIKLEJOHN: “Si a los ciudadanos se les niega el acceso a datos, opiniones, críticas o argumentos que son relevantes para una decisión que deben tomar, el resultado puede ser una mala decisión”.

³⁸¹ BRENNAN, en *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 274 (1964), expone muy bien este punto cuando, comentando el pensamiento de MADISON –principal arquitecto de la Constitución estadounidense y que como veremos más adelante era un feroz crítico de la democracia directa o asambleísta al estilo ateniense–, veía la sociedad democrática a contraluz de la sociedad monárquica y nos decía: “Su premisa [la de MADISON] era que la Constitución creó una forma de gobierno bajo la cual «El pueblo, no el gobierno, posee la soberanía absoluta». La estructura del gobierno dispersó el poder como reflejo de la desconfianza de la gente hacia el poder concentrado y al poder mismo en todos los niveles. Esta forma de gobierno era «totalmente diferente» de la forma británica, según la cual la Corona era soberana y la gente era súbdita. «¿No es natural y necesario, en circunstancias tan diferentes» – se preguntaba– «que se deba contemplar un grado diferente de libertad en el uso de la prensa?». Anteriormente, en un debate en la Cámara de Representantes, Madison había dicho: «Si nos damos cuenta de la naturaleza del Gobierno republicano, encontraremos que el poder de censura está en el pueblo sobre el Gobierno, y no en el Gobierno sobre el pueblo». Sobre el ejercicio de ese poder por parte de la prensa, su Informe decía: «En todos los estados, probablemente, en la Unión, la prensa ha ejercido con libertad la exploración de los méritos y las medidas de los hombres públicos, de cada descripción, que no ha sido limitada por los estrictos límites ordinarios del *common law*. En este sentido, la libertad de prensa se ha mantenido; sobre esta base, se mantiene». El derecho de libre discusión pública sobre la administración de los funcionarios públicos era, por lo tanto, a juicio de Madison, un principio fundamental de la forma de gobierno estadounidense”. En el mismo sentido: BLASI, Colum. L. Rev. 85 (1985), 463; SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 31 (1989), 1 s.; U. Chi. L. Rev. 56 (1989) 397-414; KAGAN, U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 413-517; GARCÍA VILLEGAS, *Estudios Políticos* 7-8 (1996), 123; BHAGWAT, *The myth*, 2010, 88; ARENDT, *Sobre la revolución*, 2013, 235.

para apoyar el establecimiento del “tribunal de la opinión pública”³⁸² –una instancia popular que forma parte de una compleja red de estrategias, que involucran principalmente al principio de separación de poderes y al sistema de *controles* y

³⁸² El sentido de esta expresión, que va a ser clave para nuestro análisis, ha sido tomado de: TOCQUEVILLE, *Democracia en América*, 1957 (1835), 199, quien señalaba que: “En ciertas naciones que se pretendan libres, cada uno de los agentes del poder puede impunemente violar la ley, sin que la constitución del país dé a los oprimidos el derecho de quejarse ante la justicia. En esos pueblos no hay que considerar ya la independencia de la prensa como una de las garantías, sino como la única garantía que queda de la libertad y de la seguridad de los ciudadanos. Si los hombres que gobiernan esas naciones hablaran de arrebatar su independencia a la prensa, el pueblo entero podría responderles: dejadnos perseguir vuestros crímenes ante los jueces ordinarios y quizá consentiremos entonces nosotros en no apelar al tribunal de la opinión” y p. 203: “la prensa ejerce todavía un inmenso poder en Norteamérica. Hace circular la vida política en todas las partes de ese vasto territorio. Es ella la que con ojo siempre vigilante pone sin cesar al descubierto los secretos resortes de la política, y obliga a los hombres públicos a comparecer alternativamente ante el tribunal de la opinión. Es ella la que concilia los intereses en torno de ciertas doctrinas y formula el programa de los partidos; por medio de ella, éstos se hablan sin verse y se escuchan sin ponerse en contacto. Cuando un gran número de órganos de la prensa logra caminar por la misma vía, su influencia a la larga se hace casi inevitable y la opinión pública, atacada siempre por el mismo lado, acaba por ceder ante sus golpes”; BLASI, *Am. B. Found. Res. J.* (1977), 537, nos permite ver el uso que a esta expresión daba JEFFERSON: “Thomas Jefferson también tendió a ver la libertad de la prensa en términos del valor del control. En una carta escrita a Noah Webster en 1790, Jefferson distinguió entre los derechos que los individuos retienen porque su disfrute no es inconsistente con los propósitos del gobierno y otros derechos que constituyen «ciertas cercas que la experiencia ha demostrado que son particularmente eficaces contra el mal». Luego dio ejemplos: «Del primer tipo, por ejemplo, es la libertad de religión; del segundo, el juicio por jurado, las leyes de hábeas corpus, y la prensa libre». Treinta y tres años más tarde, en una carta a Adamantios Coray, Jefferson destacó una vez más el valor del control al explicar su compromiso con la libertad de prensa: «Este formidable censor de los funcionarios públicos, al acusarlos ante el tribunal de la opinión pública, produce reformar pacíficamente, lo que de otra manera debería hacerse por vía de revolución»”; LEVY, *Origins*, 1999, 124, quien hablando de lo que significó en su momento el establecimiento del derecho constitucional a la libertad de expresión en los EE. UU. iba a decir: “la libertad de prensa significaba algo más que la libertad de la restricción previa. Significaba el derecho de criticar duramente al gobierno, sus funcionarios y sus políticas, así como a comentar sobre asuntos de interés público. El derecho a criticar y comentar ya no implicaba que se hiciese de una manera decente o templada. Significaba una libertad para una expresión más malhumorada y mezquina (...) También significaba que la prensa disfrutaba de una posición privilegiada en el esquema constitucional estadounidense debido a su relación especial con el gobierno popular. El proceso electoral hubiera sido una farsa si los votantes no hubieran contado con la ayuda de la prensa para saber qué defendían los candidatos y qué mostraban sus registros sobre su desempeño y sus cualificaciones. Una prensa libre se ha vuelto indispensable para la existencia de un gobierno libre y responsable. Incluso Blackstone admitió que «la libertad de prensa es de hecho esencial para la naturaleza de un estado libre». Su esencialidad se deriva también del hecho de que la prensa se había convertido en un tribunal del pueblo en el que se juzgaba la conducta de los funcionarios públicos. Una prensa libre significaba que la prensa era el Cuarto Estado o, más bien, en el esquema estadounidense, una cuarta rama informal o extraconstitucional del poder que funcionaba como parte del intrincado sistema de controles y contrapesos que exponía la mala gestión pública y mantenía el poder fragmentado, manejable y responsable. La libertad de prensa había acumulado otra función que la asociaba íntimamente con un estado libre, que le merecía su protección constitucional. El cliché de que era el baluarte de la libertad, que era «esencial», como afirmaba la constitución de Massachusetts, «para la seguridad de la libertad en un estado», significaba que la existencia de varias libertades personales dependía, al menos en parte, de la vigilancia que hacia la prensa que podía exponer la desigualdad y la injusticia. La libertad de prensa se había convertido en parte de la matriz para el funcionamiento del gobierno popular y la protección de las libertades civiles”.

contrapesos, con la que se busca evitar la arbitrariedad y los abusos de poder por parte de los funcionarios públicos—³⁸³.

³⁸³ Reparando en la n. anterior, ya podemos empezar a observar la instauración de ese tribunal de la opinión como un elemento crucial dentro de la estrategia de separación de poderes y el sistema de controles y contrapesos que busca instituir y proteger la democracia. Sobre esta cuestión, la de la relación entre la consagración del derecho constitucional a la libertad de expresión y esta estrategia, nos vamos a extender entonces en esta n. —pues ello resultará decisivo para mejorar nuestra comprensión de la dimensión política de la libertad de expresión— v. especialmente: BRENNAN, en *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 274 (1964); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); EMERSON, *General Theory*, 1966, 9 s.; STEWART, *Hastings L.J.* 26 (1975), 633 s., quien nos va a permitir profundizar en esta relación, en la idea de que cuando consideramos el derecho constitucional a la libertad de expresión estamos, antes que cualquier otra cosa, considerando uno de los pilares de la organización y limitación del poder público en una sociedad democrática: “Es un error suponer que el único propósito de la garantía constitucional de una prensa libre es asegurar que un periódico sirva como un foro neutral para el debate, un «mercado de las ideas», una especie de esquina del Hyde Park para la comunidad. Una teoría relacionada ve a la prensa como un conducto neutral de información entre la gente y sus líderes electos. Estas teorías, en mi opinión, vuelven a dar un peso insuficiente a la autonomía institucional de la prensa, que era el propósito que la Constitución buscaba garantizar. Al establecer las tres ramas del gobierno federal, los fundadores crearon deliberadamente un sistema internamente competitivo. Como el Sr. Juez Brandeis escribió una vez: «El propósito [de los Fundadores] no era evitar la fricción, sino, por medio de la inevitable fricción relacionada con la distribución de los poderes gubernamentales entre tres departamentos, salvar a la gente de la autocracia». El objetivo principal de la garantía constitucional de una prensa libre era similar: crear una cuarta institución fuera del gobierno como un control adicional en las tres ramas oficiales. Considérense las palabras de apertura de la Cláusula de Prensa Libre de la Constitución de Massachusetts, redactadas por John Adams: La libertad de la prensa es esencial para la seguridad del estado. La metáfora relevante, creo, es la metáfora del Cuarto Estado. Lo que Thomas Carlyle escribió sobre el gobierno británico hace un siglo tiene un tono curiosamente contemporáneo: Burke dijo que había Tres Estados en el Parlamento; pero, más allá, en la Galería de los Reporteros, había un Cuarto Estado más importante que todos ellos. No es una mera figura discursiva o una forma ingeniosa de decir las cosas; Es un hecho literal, muy importante para nosotros en estos tiempos. Durante siglos antes de nuestra Revolución, la prensa en Inglaterra había sido desautorizada, censurada y acosada por juicios por difamación sediciosa. La Corona británica sabía que una prensa libre no era solo un vehículo neutral para la discusión equilibrada de diversas ideas. En cambio, la prensa libre significaba un escrutinio organizado y experto del gobierno (...) Este formidable control del poder oficial era lo que la Corona británica había temido y algo a lo que los fundadores estadounidenses se decidieron arriesgar”; BLASI, *Am. B. Found. Res. J.* (1977), 562, quien continuando con la discusión que veíamos atrás nos va a decir, sobre la visión de MEIKLEJHON, algo que seguramente diría también frente a la concepción participativa de POST y WEINSTEIN: “Si la visión de Meiklejohn de participación activa y continua de los ciudadanos no solo no describe la realidad, sino que tampoco refleja el ideal compartido de la política estadounidense, esa visión no proporciona una base segura para interpretar la Primera Enmienda. El valor de control se basa en una visión diferente: una en la que el gobierno está estructurado de tal manera que las contrafuerzas incorporadas hacen posible que los ciudadanos en la mayoría de los períodos, pero no en todos, puedan darse el lujo de ocuparse casi exclusivamente de perseguir sus intereses privados. Esta visión no niega que la supervivencia de los valores humanistas dependa en última instancia de la capacidad continua de la población para movilizarse políticamente con el fin de prevenir el advenimiento del totalitarismo irreversible o para deshacer el daño causado por los pequeños tiranos. Pero el nivel de participación política y la conciencia necesaria para mantener esa capacidad es considerablemente más bajo que el requerido por la visión del autogobierno” y, también p. 539: “aunque posiblemente podría operar en un vacío de opinión pública, el sistema de controles y contrapesos por lo general funciona solo cuando una población alarmada exige que un segmento del gobierno realice su función de control. En este sentido, el sistema se puede ver como parte del proceso más amplio mediante el cual el electorado verifica la mala conducta de los funcionarios públicos y, por lo tanto, es un complemento del *checking value* de la libertad de prensa”; BLASI, *Colum. L. Rev.* 85 (1985), 455, 463; SCHAUER, *Free speech*, 1982, 90, en un tono similar al de BLASI va a valorar lo siguiente: “La complejidad de las sociedades modernas reduce aún más el rango de aplicación del argumento de la democracia. Cuanto más se aleja una estructura gubernamental del paradigma de la reunión de pueblo al estilo de Nueva Inglaterra [de la asamblea popular], menos aplicable resulta la estéril formulación de Meiklejohn del argumento de la democracia. Pero esta distancia entre la

Aprovechemos entonces este breve recuento para reflexionar sobre el peso de estas críticas, sobre la manera en que deben afectar nuestra comprensión general de la dimensión política del derecho constitucional a la libertad de expresión. Lo primero que debemos señalar es que, tal y como sostenía BLASI³⁸⁴, todas las concepciones democráticas del derecho constitucional a la libertad de expresión están tejidas en torno a la misma idea general. En todas y cada una de ellas se entiende que este derecho apoya el establecimiento de los regímenes democráticos actuales al liberar el espacio necesario para la creación de una opinión pública independiente –esto es, que no depende de la voluntad de los gobernantes de turno–.

Puesto que nuestro objetivo principal, en este capítulo, es averiguar qué tiene de especial la libertad de expresión –qué la hace merecedora de una protección jurídica extraordinaria–, no podemos dejar de aprovechar este momento para dejar constancia del que debe ser uno de sus principales méritos. Nos estamos refiriendo, por supuesto, al hecho de que hoy ya prácticamente nadie discute que esta protección especial de la libertad de expresión está detrás de la institución de una opinión pública independiente que se ha mostrado como una pieza esencial del engranaje que hace funcionar los

realidad y el modelo de reunión de la ciudad sugiere una formulación alternativa del argumento de la democracia. A medida que nuestros líderes se convierten en gobernantes elegidos en lugar de servidores, es más probable que las superestructuras gubernamentales se preocupen tanto por la perpetuación de su propio poder como por actuar en lo que perciben como el interés público. No pretendo ofrecer propaganda por el estado mínimo, o un testimonio de las ideas de Robert Nozick. Estoy haciendo la observación mucho más modesta de que las mismas motivaciones que llevan a las personas a aspirar a una oficina gubernamental también llevan a esas personas a querer conservar esas posiciones. La libertad de criticar al gobierno es un control de los instintos de supervivencia de las organizaciones gubernamentales que se perpetúan a sí mismas. La libertad de expresión, y quizás más particularmente la libertad de prensa, puede ser una parte integral de un sistema de gobierno basado en la separación de poderes y controles y contrapesos”; BOBBIO, *El futuro*, 1986, 69 s.; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 26, 174 s.; *Leathers v. Medlock*, 499 U.S. 439 (1991); SUNSTEIN, U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 256 s.; *Designing democracy*, 2001, 98 s.; HELD, *Modelos*, 1992, 87 s.; SHIFFRIN, *Dissent*, 1999, 76, 96; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Revista de Derecho* 7 (2004), 152-156; CORTÉS RODAS, *Estudios Políticos*, 40 (2012), 20; TARODO SORIA, en Díaz y García Conlledo/García Amado/Junieles Acosta/Tarodo Soria, (coords.), *Libertad de expresión*, 2012, 21 s.; ARENDT, *Sobre la revolución*, 2013, 242 s.; KEANE, *Democracy and media*, 2013, 219 ss.; BHAGWAT, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1102 s; BALKIN, Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1075.

³⁸⁴ V. arriba, n. 365 ss. y texto principal ligado a ella.

regímenes democráticos en la actualidad³⁸⁵. Dicho más brevemente, al hecho de que hoy todos aceptamos que la libertad de expresión es indispensable para las democracias³⁸⁶.

³⁸⁵ Es tal el acuerdo que, SARTORI, *Democracia*, 2009, 31, un autor que está en las antípodas de la concepción participativa de la democracia, que defiende una versión raquílica de democracia, va a expresarse sobre la relación entre esa opinión pública independiente y la democracia en estos términos: “Se dice que las elecciones deben ser libres. Sin duda, pero también las opiniones deben ser libres, es decir, libremente formadas. Si las opiniones se imponen, las elecciones no pueden ser libres. Un pueblo soberano que no tiene nada que decir de sí mismo, un pueblo sin opiniones propias, cuenta menos que el dos de copas. Por tanto, *todo el edificio de la democracia se apoya en la opinión pública y en una opinión que surja del seno de los públicos que la expresan. Lo que significa que las opiniones en el público tienen que ser también opiniones del público, opiniones que en alguna forma o medida el público se forma por sí solo*” (cursivas propias).

³⁸⁶ Para empezar a sondear este gran acuerdo, cuya exposición exhaustiva es un imposible, el lector puede tener en cuenta las siguientes sentencias. Empecemos reseñando algunas sentencias emitidas por tribunales internacionales: COIDH, Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile, 5 de febrero de 2001, párr. 68; COIDH, Caso Ivcher Bronstein, 6 de febrero de 2001, párr. 152; COIDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, 2 de julio de 2004, párr. 116; COIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, 31 de agosto de 2004, párr. 86; COIDH, Caso Palamara Iribarne v. Chile, 22 de noviembre de 2005, párr. 68; COIDH, Caso Claude Reyes y otros v. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 85; COIDH, Caso Perozo y otros v. Venezuela, 28 de enero de 2009, párr. 116; COIDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela, 22 de junio de 2015, párr. 140; COIDH, Caso López Lone y otros v. Honduras, 5 de octubre de 2015, párr. 160; COIDH, Caso Lagos del Campo v. Perú, 31 de agosto de 2017, párr. 90. “la libertad de expresión es indispensable para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática”; CADHP, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria, Comunicaciones 105/93, 128/94, 130/94 y 152/96, 31 de octubre de 1998, párr. 54; TEDH, Caso Handyside v. United Kingdom, 7 de diciembre 1976, párr. 49; TEDH, Caso The Sunday Times v. United Kingdom, 29 de marzo 1979, párr. 65; TEDH, Caso Barthold v. Germany, 25 de marzo 1985, párr. 58; TEDH, Caso Lingens v. Austria, 8 de julio 1986, párr. 41; TEDH, Caso Müller y otros v. Switzerland, 24 de mayo 1988, párr. 33; TEDH, Caso Thorgeir Thorgeirson v. Islandia, 22 de junio de 1992, párr. 63; TEDH, Caso Castells v España, 23 de abril 1992, párr. 42; TEDH, Caso Otto-Preminger-Institut v. Austria, 20 de 1994, párr. 49; TEDH, Caso Pavel Ivanov v. Rusia, 18 de diciembre de 1996; TEDH, Caso Lehideux y Isorni v. France, 23 de septiembre de 1998, párr. 55; TEDH, Caso Dichand y otros v. Austria, 26 de febrero de 2002, párr. 37; TEDH., Caso Perna v. Italy, 6 de mayo de 2003, párr. 39; TEDH, Caso Scharsach y News Verlagsgesellschaft v. Austria, 13 de febrero de 2004, párr. 29; TEDH, Caso Giniewski v. Francia, 31 de abril de 2006, párr. 44; TEDH, Caso Yurdatapan v. Turquía, 8 de enero de 2008, párr. 38; TEDH, Caso Soulas y otros v. Francia, 10 de octubre de 2008, párr. 34; TEDH, Caso Otegi Mondragon v. España, 15 de marzo de 2011, párrs. 48 ss.; TEDH, Caso Affaire Perinçek v. Suisse, 15 de octubre de 2015, párr. 196; TEDH, Caso Toranzo Gómez v. España, 20 de noviembre de 2018, párr. 48. De diferentes tribunales nacionales podemos destacar, en Colombia: CConst, Sentencia T-066/98; Sentencia C-431/04 de 6 de mayo de 2004; C-010/00, de 19 de enero de 2000; T-391/07, de 22 de mayo de 2007; C-442/11, de 25 de mayo de 2011. En Guatemala: Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1 de febrero de 2006; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 14 de septiembre de 2010. En Costa Rica: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de 29 de marzo de 2011. En México: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de 17 de junio de 2009. En Argentina: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de 24 de junio de 2008, Patitó, José Ángel y otro v. Diario La Nación y otros. En Bolivia: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, de 20 de septiembre 2012. En Brasil: “Supremo Tribunal Federal de Brasil., de 30 de abril de 2009; Supremo Tribunal Federal de Brasil, de 2 de septiembre de 2010. En los EE. UU.: BRANDEIS, voto concurrente en: Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927); Schneider v. State (Town of Irvington), 308 U. S. 147 (1939); Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940); West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943); Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945); Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949); BLACK, votos disidentes en: Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952); Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109 (1959); Braden v. United States, 365 U.S. 431 (1961); Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1963); New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 270 (1964); Mills v. Alabama, 384 U.S. 214 (1966); Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969); Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971); Time, Inc. v. Firestone, 424 U.S. 448 (1976); Young v. American Mini Theaters, Inc., 427 U.S. 50 (1976);

Habiendo rendido el debido tributo a esta cuestión, tenemos que dar un paso adelante para, abandonando la más confortable zona de virtual consenso, cambiar esa idea general, que une a las concepciones democráticas, por una más concreta, que las vuelve a desunir. Por ello, para observar hacia qué rutas se han aventurado los autores que hemos venido trabajando, y así ubicar mejor el terreno en que nosotros tendremos que movernos, concretemos inicialmente esta idea en la parte en que nos referimos a los “regímenes democráticos actuales”, cambiando esta expresión por la de regímenes democráticos modernos.

Con este cambio, apoyados en MOUFFE, y recordando gran parte de lo que hemos estado viendo en este capítulo, podemos señalar que buena parte de la singularidad de los regímenes democráticos modernos está dada por su esfuerzo por articular, en un mismo sistema político, elementos provenientes de dos tradiciones diferentes: la antigua tradición democrática y la moderna tradición liberal³⁸⁷. De la tradición democrática y de su preocupación por llevar a la práctica los ideales propios de una sociedad autónoma nos vienen cuestiones como “la igualdad, la identidad entre gobernantes y gobernados y la soberanía popular”³⁸⁸. De la tradición liberal, del hecho de que el valor que otorga a la autonomía privada del individuo le hace preocuparse principalmente por cuestionar, templar y limitar el ejercicio del poder público, podemos destacar –entre los muchos otros

First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978); Hutchinson v. Proxmire, 443 U.S. 111, (1979); Carey v. Brown, 447 U.S. 455 (1980); Citizens Against Rent Control v. Berkeley, 102 S. Ct. 434 (1981); Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982); NAACP v. Claiborne Hardware Co., 102 S. Ct. 3409 (1982); Brown v. Hartlage, 456 U.S. 45 (1982); Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310 (2010); Borough of Duryea, Pa. v. Guarnieri, 131 S. Ct. 2488 (2011); Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011); Knox v. Serv. Emps. Int'l Union, Local 1000, 132 S. Ct. 2277 (2012); McCutcheon v. Fed. Election Comm'n, 134 S. Ct. 1434, (2014).

³⁸⁷ V. MOUFFE, *Democratic Paradox*, 2000, 1-5. En el mismo sentido: BOBBIO, RCP 1-2 (1986), 129; *Igualdad y libertad*, 1993, 117 s.; VIVES ANTÓN, *La libertad*, 1995, 397 ss.; TODOROV, *Constant*, 1999, 36 s.; GAVIRIA, *Criterio jurídico* 3 (2010), 179: “Nosotros asumimos que democracia y liberalismo son la misma cosa, hablamos de Estado liberal y muchas veces algo que es propio de la democracia lo atribuimos al liberalismo y algo que es propio del liberalismo se lo atribuimos a la democracia, pero son dos conceptos perfectamente distintos, hasta el punto de que podemos concebir una sociedad liberal no democrática y una sociedad democrática no liberal”.

³⁸⁸ MOUFFE, *Democratic Paradox*, 2000, 3.

elementos que permiten caracterizar el aparato estatal moderno—, la laicidad³⁸⁹, el principio de legalidad y la defensa de los derechos humanos³⁹⁰.

Al propiciar que los elementos de ambas tradiciones se encuentren en una misma estrategia —con la que se busca tomar distancia frente a los regímenes despóticos³⁹¹—, las democracias modernas han desencadenado una serie de efectos que iremos tratando de elucidar. De momento, como nuestro propósito es el de identificar la dirección en la que se han movido quienes abogan por concepciones democráticas particulares de la libertad de expresión, indiquemos que los regímenes democráticos modernos han hecho que se tengan que sentar en la misma mesa pensadores con preocupaciones, intereses e ideas muy diferentes —a veces incluso opuestas—³⁹².

³⁸⁹ Este concepto puede sernos de gran utilidad, pues puede ayudarnos como un hilo que nos permita tejer estas reflexiones con las que ya hicimos de manera extensa en los dos anteriores ejes argumentativos. Para que pueda cumplir esta función, sin dejarnos muchas cosas importantes en el camino, vamos a entenderlo conforme al sentido amplio que le da RIMOLI, *Isonomía* 24 (2006) 51: “antes de ser un concepto jurídico-institucional o un dato político-cultural, la laicidad puede estar referida a una condición existencial, ideológicamente y psicológicamente definida en el plano individual, que encuentra su proyección ética en el relativismo axiológico, y su expresión política más coherente primero en el liberalismo y, después, en las diferentes hipótesis teóricas de la democracia pluralista (...) su significado no se agota en la mera contraposición laico/católico, que históricamente ha adoptado (y sigue adoptando) relevancia primaria en el contexto social y político occidental (...) el concepto de la laicidad, si se configura correctamente en sus términos más comprensivos, en cambio, es un concepto que tiende a incluir no sólo los filones inherentes al fenómeno religioso, sino todo lo que se refiere a las actividades humanas del conocimiento, imponiendo una orientación pluralista en la política del poder democrático que abarca los campos más diversos del saber, desde la investigación científica hasta la expresión artística, desde la enseñanza pública hasta el uso de las nuevas y viejas tecnologías de la comunicación. De aquí, además, se desprende la continuidad dimensional entre el nivel de la conciencia y de la libertad individual, el nivel asociativo-comunitario, y el institucional-estatal que siempre configura el momento más completo de realización de la idea de laicidad”. En el mismo sentido también: BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 126; VÁSQUEZ, *Diálogos* 4 (2010), 44, quien define como laicidad “la doctrina que sostiene la imparcialidad del Estado ante las diversas creencias de los ciudadanos en materia de religión o de convicciones metafísicas. Esto quiere decir que: 1. las creencias religiosas o metafísicas, su transmisión y enseñanza se localizan en el ámbito privado; 2. en tanto expresión de un derecho individual, el Estado debe proteger la libertad ideológica, que se manifiesta también en la no profesión de creencia religiosa alguna, así como las ideas antirreligiosas o antimetafísicas; 3. Las faltas a la moral de inspiración religiosa no tienen trascendencia política y más bien el Estado debe definir los delitos mediante criterios universalizables; 4. se debe privilegiar el criterio de argumentación y consentimiento de los individuos, a través del voto y del principio de mayoría, frente a la pretensión de la custodia de verdades reveladas por la divinidad”; URIBE ÁLVAREZ, *Criterio Jurídico* 12 (2012), 103-120.

³⁹⁰ Cfr. MOUFFE, *Democratic Paradox*, 2000, 2 s. En el mismo sentido: GAVIRIA, *Criterio jurídico* 3 (2010), 179 s.

³⁹¹ En este sentido cfr. BOBBIO, *El futuro*, 1986, 15 s.; *Igualdad y libertad*, 1993, 119 s.

³⁹² TODOROV, *Constant*, 1999, 35 s., al explicarnos que las democracias modernas buscan articular el legado intelectual de autores tan distintos como Montesquieu y a Rousseau, nos permite ver muy claramente este punto: “Para Montesquieu, no es el número de personas que tienen el poder lo que importa (monarquía, aristocracia, democracia), sino la forma en que se ejerce el poder. A sus ojos, el poder es legítimo cuando no es ilimitado. Uno puede limitarlo por leyes o por otro poder. Por lo tanto, Montesquieu quiere que el gobierno esté sujeto a las leyes existentes, y que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial no se concentren

A este punto, creo que no será difícil para nosotros mostrar a nuestros autores como un buen ejemplo de esta tensión: mientras MEIKLEJHON, POST y WEINSTEIN interpretan las nociones de democracia y de libertad de expresión desde una orilla cercana a la tradición propiamente democrática, SHIFFRIN y BLASI critican estas concepciones, y exponen las propias, atrincherándose en una perspectiva más cercana al extremo opuesto del espectro, ocupado por la tradición más liberal. Mientras que los primeros ven en el derecho a la libertad de expresión –y en la opinión pública independiente que ayuda a crear– una oportunidad para que participemos de los asuntos públicos y nos gobernemos a nosotros mismos, los segundos ven en ellas el mejor recurso para proteger nuestras libertades, para generar una fuerza de vigilancia que controle y contrarreste el gran poder que tienen en sus manos quienes nos gobiernan. Mientras los primeros se preguntan quién tiene el poder político, los segundos preguntan quién controla el poder político. Más

en las mismas manos, de modo que uno pueda contrarrestar al otro. Si se siguen estos preceptos, el resultado es un régimen «moderado» o, como diríamos hoy, liberal. No importa mucho si es una monarquía o una república; El régimen moderado es, en sí mismo, bueno. En el caso contrario, el régimen es despótico, y el despotismo debe ser combatido siempre y en todas partes. Rousseau razona en términos muy diferentes. Para él, la autonomía es esencial, es decir, si una acción es el resultado de la voluntad de su sujeto, en otras palabras, si uno vive bajo las leyes que uno mismo se ha dado. Descartes exigía que la razón no estuviera sujeta a ninguna autoridad externa; Rousseau traslada este requisito al campo político y declara: solo el gobierno es legítimo y nos hace vivir de acuerdo con la ley que nosotros mismos queríamos. No es la forma en que se ejerce el poder lo que lo hace bueno, sino la forma en que se instituye. La monarquía es fundada por la tradición; pero la tradición puede ser solo el resultado de una injusticia pasada y es siempre el efecto de la fuerza, no de lo que es correcto. Sólo la república es legítima, ya que aquí es el pueblo soberano el que decide la ley según la cual vivirá”. En un sentido similar: MACPHERSON, *Liberal Democracy*, 1977, 1 s.; BOBBIO, RCP 1-2 (1986), 132; *Igualdad y libertad*, 1993, 117 ss.; KEANE, *Democracia*, 1992, 13-50, que realiza un ejercicio similar al que nosotros plantearemos a continuación, pero con socialistas, de una parte, y neoconservadores, de la otra; VIVES ANTÓN, *La libertad*, 1995, 397 ss.; GARDNER, *Tenn. L. Rev.* 63 (1996), 425, quien expone así la cuestión: “El pensamiento estadounidense sobre la democracia ha estado dominado durante mucho tiempo por dos teorías políticas en competencia, algunas veces referidas (...) como «democracia protectora» y «democracia desarrollista». La democracia protectora es la teoría de la democracia más estrechamente asociada con el liberalismo y con los pensadores liberales, como Locke, Montesquieu y Madison. Sostiene que la última justificación para la democracia radica en la capacidad única que tiene la democracia para proteger a los ciudadanos privados de la tiranía del gobierno. Esta protección se logra normalmente mediante el uso de dispositivos tales como elecciones frecuentes; la división del poder gubernamental; y la protección constitucional y jurídica de los derechos y libertades individuales. El propósito final de esta seguridad es permitir que los ciudadanos persigan libremente sus fines privados. Las teorías de la democracia desarrollista, en contraste, sostienen que la democracia se justifica principalmente por su efecto en la ciudadanía. La participación activa en una política democrática crea ciudadanos informados, políticamente conscientes y de espíritu público que, como resultado de participar conjuntamente en la empresa pública de autogobierno colectivo, disfrutan de una membresía significativa en una comunidad genuina. En algunas cuentas, la ciudadanía democrática se entiende como la realización última de la vida humana y, por lo tanto, un fin en sí misma”; COHEN/ARATO, *Sociedad civil*, 2000, 21-44, quienes, pasando revista por la teoría política contemporánea, nos permiten ver los siguientes enfrentamientos: elitistas vs. participacionistas; liberalismo orientado a derechos vs. comunitarismo; y, finalmente, la defensa del Estado benefactor vs. el antiestatismo neoconservador; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 97 s.

brevemente, mientras los primeros ven en la opinión pública un poder, los segundos ven un contrapoder.

Como –recordémoslo una vez más– nuestro objeto de estudio es la libertad de expresión, y no la democracia en sí misma, tenemos que aprovechar nuestros avances en este segundo momento para dejar en el registro otra constancia frente a nuestro tema. Dado que los teóricos de la tradición democrática y de la tradición liberal se siguen mostrando igual de preocupados por defender su visión idiosincrática de la libertad de expresión, ambos siguen trayendo a la mesa de debate poderosas interpretaciones que se encargan de nutrir nuestra comprensión de la dimensión política de esta libertad. Por esta razón, cualquier lector que, preocupado por estos temas, quiera consultar la jurisprudencia de su país, encontrará rápidamente que las concepciones propias de ambas tradiciones no solo son bienvenidas y tenidas en cuenta, sino que son incorporadas dentro de una misma estrategia argumentativa con la que se pretende resaltar el inmenso valor político del derecho constitucional a la libertad de expresión. Y, yendo incluso más allá, encontrará el lector que cuando los tribunales logran enderezar y articular estas concepciones producen sinergia. Ello, pues se crean argumentaciones que tienen un peso superior al que se obtendría partiendo exclusivamente de alguna de las visiones extremas del par de tradiciones que componen nuestros regímenes democráticos modernos³⁹³.

Es justo esta labor de ensamblaje hacia la que nos avocaremos ahora. Así, en lugar de proponer una nueva concepción democrática, trataremos de incorporar ciertos principios y conceptos que nos permitirán hacer mejores argumentaciones con las concepciones que ya hemos trabajado, que nos permitirán tener mejores posibilidades de –para decirlo en los términos que ya hemos empleado–, comprenderlas, enderezarlas y, hasta cierto punto, articularlas. Para dar este, que será entonces nuestro tercer paso, vayamos directamente al centro de la controversia, al punto que consigue hacer que la

³⁹³ Dejando esta constancia, quiero que nos preparemos para que, al revisar la jurisprudencia que reseñamos en la n. 386–o la que el lector prefiera– veamos que: i) Nuestras cortes o tribunales no suelen tomar posturas unidimensionales y definitivas, sino que optan por nutrir su argumentación tomando insumos de ambas tradiciones –esto no quiere decir que no acentúen una u otra tradición en algún momento y ante algún tipo de caso, sino que mantienen muy vigentes ambas tradiciones al no optar tanto por una postura como para hacer que la otra se torne obsoleta–. ii) Que precisamente es en ese ejercicio de considerar conjuntamente ambas tradiciones que nuestras cortes van llegando a un consenso en torno al hecho de que hay razones suficientes como para considerar que la libertad de expresión es efectivamente algo muy especial, algo que merece una posición central en nuestros ordenamientos jurídicos y, sobre todo, algo merecedor de una protección extraordinaria. En cualquier caso, sobre este asunto volveremos, con mucho más detalle, en las n. 402-411 y el texto principal que las acompaña.

concepción democrática del derecho a la libertad de expresión sea una familia con miembros muy diferentes: ¿Cómo precisar el papel que desempeña, o que debería desempeñar, una opinión pública independiente en la escena política de nuestras sociedades? O, poniendo esta misma cuestión, en otros términos: ¿Qué clase de participación ciudadana es la que debe estar alentada y/o escudada por el derecho constitucional a la libertad de expresión?

Para referirnos con mayor propiedad a la escena política de nuestras sociedades, y para empezar a aproximarnos al importante papel que efectivamente ha desempeñado la opinión pública, hace falta que revisitemos nuestra caracterización de los regímenes democráticos actuales. Es cierto que, para ubicar las fuentes y los caminos teóricos que habían tomado nuestros autores, nos ha bastado con señalar junto a MOUFFE que los regímenes democráticos modernos sientan en una misma mesa a los miembros de la vieja tradición democrática y a los de la más reciente tradición liberal. Pero también puede ser cierto que, ahora que nuestras necesidades son otras, haya caracterizaciones más útiles, más precisas, de las que podamos echar mano.

Por ello, con el fin de percibir la singularidad o especificidad de nuestros regímenes, de una forma en la que consigamos poner el foco sobre su particular escena política, vamos a indicar que los regímenes democráticos *modernos* son regímenes democráticos *representativos*. Esta caracterización nos conduce directamente a la idea de una forma de asociación política que surge de una novedosa –y difícil– articulación. Las más antiguas ideas democráticas son traídas de vuelta en nuestras constituciones con una condición particular: ellas deben operar dentro de un marco donde la más reciente idea de la representación política, que es tomada de otro lugar –de los desarrollos propios de los Estados Monárquicos europeos³⁹⁴–, adquiere un valor capital³⁹⁵.

³⁹⁴ BOBBIO, *Estado*, 1989, 214; URBINATI, *Representative Democracy*, 2006, 17; SAWARD, *Sociol. Compass* 2/3 (2008), 1001 s.; URBINATI/WARREN, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11 (2008), 391; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 19.

³⁹⁵ Cfr. KELSEN, *Democracia*, 1934, 45: “Sólo en la democracia directa, que, dada la magnitud de los Estados modernos y la diversidad de sus fines no puede encarnar en ninguna forma política viable, es factible la creación de la ordenación social por acuerdo de la mayoría de los titulares de derechos políticos mediante el ejercicio de éstos en la Asamblea del pueblo. La democracia del Estado moderno es una democracia mediata, parlamentaria [representativa], en la cual la voluntad colectiva que prevalece es la determinada por la mayoría de aquellos que han sido elegidos por la mayoría de los ciudadanos. Así, los derechos políticos - en los que consiste la libertad se reducen en síntesis a un mero derecho de sufragio. De todos los elementos mencionados hasta ahora como restrictivos de la idea liberal y, por consiguiente, de la

Es justo en el contexto de esta compleja articulación en el que –a mi modo de ver– mejor podemos observar la dimensión política del derecho constitucional a la libertad de expresión. En ningún momento llegaremos a afirmar que todos y cada uno de los aspectos relacionados con la representación política están definidos con precisión quirúrgica en nuestras constituciones democráticas. De hecho, sabemos que hay en ellas una serie de ambigüedades y de silencios que abren el ancho campo de dudas en que se muevan cómodamente los integrantes de una variopinta familia de concepciones acerca de lo que debería entenderse por democracia representativa³⁹⁶. Lo que sí vamos a afirmar, en cambio, es que detrás de nuestras constituciones hay una teoría normativa sobre las condiciones mínimas que se deben satisfacer para poder empezar a hablar de representación política en una democracia sin temor a ruborizarnos o a contradecirnos. Que, tomados en su conjunto, los diversos dispositivos constitucionales –p. ej. el *derecho a expresarse*, a asociarse, a reunirse o a manifestarse libremente; el principio de legalidad, el de *laicidad* o el de separación de poderes; y, quizá, sobre todo, la soberanía *popular*–,

democracia, el parlamentarismo es tal vez el más poderoso. Por ello es preciso comprenderlo para entender también la verdadera naturaleza de aquellas formas que hoy se consideran como democracias”; BOBBIO, *El futuro*, 1986, 34 s.; *Estado*, 1989, 210 s.: “En honor a la verdad, algunos de los padres fundadores del nuevo Estado, que demostraron en las contiendas teóricas y en las construcciones constitucionales conocer bien el pensamiento político clásico y moderno, quisieron que no se confundiese la República que ellos contemplaban y en la que habían metido las manos con la democracia de los antiguos. El juicio que Madison presenta en El Federalista (núm. 10), sobre la democracia de los antiguos, no se distingue del de los más acérrimos antidemocráticos: «Las democracias siempre han ofrecido un espectáculo de turbulencia y de desidia, siempre se han mostrado en contraste. con toda forma de garantía de las personas y de las cosas; y han tenido una existencia tan breve como violenta». Pero la forma de gobierno que Madison llama democracia, siguiendo la lección de los clásicos que llega hasta Rousseau, era la democracia directa; en cambio, por república entiende el gobierno representativo, precisamente la forma de gobierno que hoy nosotros, convencidos de que en los grandes estados no sea posible otra democracia más que la representativa, si bien en algunos casos corregida e integrada por institutos de la democracia directa, llamamos sin necesidad de especificaciones ulteriores democracia que contraponemos a todas las formas antiguas y nuevas de autocracia”; GARCÍA VILLEGAS, *Estudios Políticos* 7-8, (1996), 124 s., 139; WARREN/CASTIGLIONE, *Dem. and Soc.* 2 (2004),5; URBINATI, *Representative Democracy*, 2006, 3; SAWARD, *Sociol. Compass* 2/3 (2008), 1001 s.; URBINATI/WARREN, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11 (2008), 402; LEFORT, *El arte de escribir*, 2007, 108 ss.; GAVIRIA, *Criterio jurídico* 3 (2010), 184; *Democracia y representación*, 2011, 19, quien además nos provee de la definición de representación política que vamos a utilizar: “un conjunto de instituciones cuyos miembros están habilitados a deliberar, hasta a decidir acerca de los asuntos públicos en nombre de aquellos que les reconocieron el derecho de acreditarlos”; ARENDT, *Sobre la revolución*, 2013, 248.

³⁹⁶ Cfr. BOBBIO, *El futuro*, 1986, 36, 40; GARCÍA VILLEGAS, *Estudios Políticos* 7-8, (1996), 140; MOUFFE, *El retorno*, 1999, 11; URBINATI, *Representative Democracy*, 2006, 8 s., 21 ss.; SAWARD, *Sociol Compass* 2/3 (2008), 1002 s.; URBINATI/WARREN, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11 (2008), 389 ss. Así mismo, v., más atrás, n. 295.

son nuestra manera de responder a las preguntas: ¿Cómo compaginar democracia y representación? ¿Cómo democratizar la representación política?³⁹⁷.

Sea que los veamos como una guía que establece los criterios mínimos de legitimidad democrática, los engranajes de la estrategia con que se encara el reto de unir democracia y representación en un mismo régimen, unas promesas que habrán de ser cumplidas, o como las normas para hacer las normas, lo fundamental es que prestemos

³⁹⁷ Aunque vamos a ir profundizando sobre estas cuestiones, HABERMAS, *Facticidad*, 2005, 448, nos puede dar, de entrada, elementos claves para ir entendiendo cómo podemos ver los dispositivos constitucionales como los engranajes de una estrategia bien definida para democratizar la representación política cuando, apoyado en COHEN/ARATO, nos habla de estos dispositivos como el estatuto jurídico de la sociedad civil: “La articulación de esa esfera [la de una sociedad civil moderna y deslindada de del Estado, la economía y otros subsistemas funcionales] en términos de derechos fundamentales nos suministra una primera aclaración acerca de su estructura social. La libertad de asociación y el derecho a fundar asociaciones y sociedades definen, junto con la libertad de opinión, un espacio para asociaciones libres que intervienen en el proceso de formación de la opinión pública, tratan de temas de interés general y representando vicariamente a grupos (o a asuntos e intereses) subrepresentados o difícilmente organizables, que persiguen fines culturales, religiosos o humanitarios, que forman sociedades confesionales, etc. La libertad de prensa, de radio y de televisión, así como el derecho a desarrollar una actividad publicística libre, aseguran la infraestructura de medios de comunicación que la comunicación pública necesita, habiendo de protegerse la apertura para opiniones que compitan unas con otras y para una diversidad de opiniones que resulte representativa. El sistema político, que no tiene más remedio que permanecer sensible a estas influencias publicísticas, queda entrelazado (a través de la actividad de los partidos y del derecho a voto de los ciudadanos) con la esfera de la opinión pública y con la sociedad civil”. En un sentido similar también: BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 122 s.

atención al hecho de que estos dispositivos constitucionales han ido creando una nueva escena política³⁹⁸. Una nueva sociedad³⁹⁹.

³⁹⁸ Permitámonos insistir en este punto porque, como decimos en el texto principal, es fundamental. La función de los derechos fundamentales –así como la de otros dispositivos constitucionales tales como, p. ej., la separación de poderes y el sistema de controles y contrapesos–, no es la de *limitar* un régimen democrático, sino la de *crearlo*. La de, para decirlo en los términos empleados en el texto principal, dejar fijado el escenario político que le es propio. Sobre esta cuestión cfr. principalmente LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 20 s., a quien hemos seguido de manera muy cercana para formular la cuestión. En el mismo sentido también: JACKSON, en: *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952); FRANTZ, *Cal. L. Rev.* 51 (1963) 735; FRIED, *Harv. L. Rev.* 76 (1963), 768-778; HART ELY, *Democracy and distrust*, 1980, *passim.*; BLASI, *Colum. L. Rev.* 85 (1985), 450; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 121: “Toda democracia sitúa la libertad de expresión el centro del catálogo de derechos legalmente protegidos. Es por esta razón que debemos rechazar la extraña, pero generalizada visión de que la democracia es incompatible con la protección de derechos individuales. El derecho a la libertad de expresión difícilmente está en tensión con la democracia; es, de hecho, una precondition para ella”; *Designing democracy*, 2001, 97-100; ELSTER, *Ulises desatado*, 2002, 111-204; SCHAUER, *Cal. L. Rev.* 92 (2004), 1065; BHAGWAT, *The myth*, 2010, 38; HOLMES, en: Elster/Slagstad (eds.), *Constitucionalismo*, 2012, 219-265, es una referencia prácticamente imprescindible para quien desee ahondar en esta cuestión, aquí, tan solo para abrir una ventana que nos permita familiarizarnos con las nociones de *precompromiso* –o *compromiso previo*– y *limitaciones laterales*, tomaremos las siguientes muestras: (p. 233 s.): “Como respuesta a Jefferson, Madison negó esencialmente que una Constitución fuese un peso muerto o una obstrucción. Los nexos no necesariamente forman una atadura; las limitaciones pueden promover la libertad. La Constitución estadounidense era un instrumento de gobierno, no un obstáculo para el gobierno; no incapacitaba, sino capacitaba. Sus creadores se habían sentido impulsados a la acción al ver que el país sufría por falta de gobierno y de atención a los intereses comunes. Al establecer un gobierno firme y enérgico, la Constitución que impusieron remediaría estas fallas. *No sólo limitaría el poder; también crearía y asignaría poderes* y, desde luego, impondría una preocupación gubernamental por el bienestar general (...) Si podemos dar por sentados ciertos procedimientos e instituciones establecidos en el pasado, podremos alcanzar nuestros actuales objetivos mejor de lo que podríamos lograrlo si estuviésemos siendo constantemente distraídos por la necesidad recurrente de establecer *un marco básico para la vida política*. Una Constitución heredada puede ayudar a posibilitar la democracia, así como a estabilizarla. *No es tan sólo ni esencialmente un obstáculo contra el gobierno arbitrario*. Dado que resulta relativamente difícil cambiarla, una Constitución puede liberar, es decir, emancipar a la generación actual. Por ello no es plausible caracterizarla como fuerza opresora, como intento autocrático del pasado para encadenar al futuro. El compromiso previo se justifica porque no esclaviza, sino que, por lo contrario, libera a las generaciones futuras” (p. 242 s.): “Una generación anterior no puede impedir que una generación ulterior diga: «¡No queremos más libertad!» Pero esta incapacidad no implica que los predecesores no tengan derecho o razón para formar unas instituciones pensando en dificultar semejantes decisiones. Cuando intentan atar el futuro, los constitucionalistas no sólo están tratando de ejercer dominación y control. El precompromiso se justifica porque, en lugar de simplemente quitar opciones, pone a su disposición ciertas posibilidades que de otra manera quedarían fuera de todo alcance. Por ejemplo, la fórmula de Paine-Jefferson sólo es convincente si limitamos nuestra vista al corto plazo, a las relaciones entre dos generaciones. Pero una perspectiva más amplia modifica la ecuación. Por medio de una Constitución, la generación *a* puede ayudar a la generación *c* a protegerse de ser vendida en esclavitud por la generación *b*. Para salvaguardar las posibilidades de los sucesores más distantes, los constitucionalistas restringen las posibilidades de sus sucesores más próximos. Los primeros constitucionalistas se esforzaron por crear no sólo un gobierno popular, sino un gobierno popular que (en contraste con las repúblicas griegas) pudiera perdurar. Tuvieron del derecho de atarnos mínimamente para impedir que nosotros atáramos máximamente a nuestros sucesores. Reconociendo, a su vez, los derechos de su posteridad, una generación actual puede limitar voluntariamente su propio poder sobre el futuro sometiéndose a la autoridad del pasado. En otras palabras, los precompromisos madisonianos son, en principio, a la vez democráticos y mayoritarios. Desde luego, para conceder poder a todas las mayorías futuras una Constitución debe limitar el poder de cualquier mayoría dada. De hecho, las constituciones liberales consisten, en gran parte, en metalimitaciones: *reglas* que obligan a cada mayoría a exponer a la crítica y a una posible revisión sus decisiones; reglas que limitan la capacidad de cada generación de robar opciones significativas a sus sucesoras. Paine y Jefferson se estremecieron ante la sola idea de atar el futuro, porque no pudieron concebir el «atar» en forma positiva, emancipadora o favorable a la libertad. Su lado

En ella, podemos advertir que los actores políticos conservan unos roles bien definidos, pues –como en todas las sociedades que han existido– todavía hay quien(es) gobierna(n) y quienes son gobernados. Y, sin embargo, no hay Reyes ni súbditos, sino

flaco se debió, en parte, a su fe en el proceso. Pero también resultó de su concepción excesivamente conservadora de cómo funcionan las constituciones. Las metáforas de frenar, bloquear, limitar y restringir sugieren que las constituciones son, básicamente, recursos negativos que se utilizan para impedir el abuso del poder. Pero las reglas también son creadoras. Organizan nuevas prácticas y generan nuevas posibilidades, que de otra manera no existirían. Puede resultar útil comparar las constituciones con las reglas de un juego o hasta con las de la gramática. Mientras las reglas regulativas (por ejemplo, «se prohíbe fumar») gobiernan las actividades preexistentes, las reglas constitutivas (por ejemplo, «el alfil se mueve en diagonal») hacen posible una práctica por vez primera. Las reglas de esta última índole no se deben concebir simplemente como obstáculos o cadenas. Por ejemplo, los principios gramaticales no sólo limitan al que habla, reprimiendo sus impulsos rebeldes, sino que permiten que los impulsos ordenados se filtren. Lejos de simplemente encadenar a la gente, las reglas lingüísticas, permiten hacer muchas cosas que de otra manera no habría podido hacer, y que ni siquiera habría podido pensar en hacer. En otras palabras, no se debe contrastar la flexibilidad con la rigidez a la manera convencional, por la sencilla razón de que las rigideces pueden crear flexibilidades. Como lo he estado arguyendo, una Constitución democrática no sólo maniatada a mayorías y funcionarios, también asigna facultades (da estructura al gobierno, garantiza la participación popular, etc.) y regula el modo en que se emplean estas facultades (por ejemplo, de acuerdo con principios como el proceso legal correspondiente y el trato equitativo). En general, las reglas constitucionales son capacitadoras y no incapacitantes, y por ello resulta insatisfactorio identificar exclusivamente el constitucionalismo con limitaciones al poder. O tal vez debiéramos volver a considerar nuestro concepto de limitaciones. Las limitaciones no necesariamente debilitan, también pueden robustecer. Por una parte, «mal merece el nombre de confinamiento aquello que sólo nos aparta de pantanos y precipicios». Más aún, las constituciones pueden ser restrictivas de una manera que engendre posibilidades. Al atarse al palo mayor, Ulises pudo gozar de un hecho (el canto, sin el naufragio) que de otra manera no habría podido experimentar. Sin embargo, su estrategia de autoincapacitación preventiva no es precisamente análoga a la formación y ratificación de una Constitución. Por ejemplo, si en los Estados Unidos los que estructuraron la Constitución no hubiesen «atado» a sus sucesores, no habría habido nación. Por ello, a los estructuradores también se les llama los fundadores. Ulises se ató a sí mismo, pero no se encontró a sí mismo. Las constituciones no sólo limitan el poder, también pueden crear y organizar el poder, así como dar al poder cierta dirección. Y lo más importante de todo, el gobierno limitado puede servir al autogobierno, ayudando a crear ese «ego» (o unidad nacional) que se encarga de gobernar. El hecho de que el constitucionalismo pueda contribuir a la formación de naciones es poderosa prueba de que tiene una función positiva, no sólo una negativa.”; ARENDT, *Sobre la revolución*, 2013, 225-293, –v. especialmente (p. 237): “el contenido real de la Constitución no significaba en modo alguno la salvaguardia de las libertades civiles, sino el establecimiento de un sistema de poder enteramente nuevo. En este sentido, la historia de la Revolución americana está expresada en un lenguaje claro y sin ambigüedades. Lo que preocupó a los fundadores no fue el constitucionalismo, en el sentido de gobierno «limitado», legítimo. Sobre este punto estaban en perfecto acuerdo, más allá de toda discusión; por eso, incluso en los días en que los sentimientos contra el rey y el parlamento eran más fuertes en el país, no dejaron de tener conciencia ni por un momento de que hacían frente a una «monarquía limitada», no a un príncipe absoluto. Cuando declararon su independencia de este gobierno, y abjuraron, más tarde, de su lealtad a la Corona, el problema principal que se les planteó no consistió en limitar el poder, sino en establecerlo, no en limitar el gobierno, sino en fundar uno nuevo”; (p.249): “Es evidente que el auténtico objetivo de la Constitución americana no era limitar el poder, sino crear más poder, a fin de establecer y constituir debidamente un centro de poder completamente nuevo, concebido para compensar a la república confederada, cuya autoridad iba a ejercer sobre un gran territorio en expansión, del poder perdido al separarse las colonias de la corona inglesa. Este complicado y delicado sistema, proyectado para mantener intacto el poder potencial de la república e impedir que cualquiera de las numerosas fuentes de poder se secase en el supuesto de una expansión futura, «de su incremento por la suma de otros miembros», fue enteramente obra de la revolución”.

³⁹⁹ Cfr. LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 193. En el mismo sentido: EMERSON, *General Theory*, 1966, 14; BALKIN, Widener L. Symp. J. 4 (1999), 170 ss.

instancias de representación y ciudadanos. Las instancias de representación, dado que en ellas el poder es ejercido en nombre de los ciudadanos, son diseñadas para limitar cuanto sea posible el margen de arbitrariedad y los abusos de poder de los funcionarios públicos. Por esta razón, porque el poder es ejercido de manera indirecta, por interpuesta persona, no deberá haber ni un representante que pueda: dar la espalda a los intereses y a las opiniones de los representados; que pueda actuar en secreto o sin rendir cuentas, sin buscar que sus actos sean vistos como legítimos por sus representados; que no esté de turno; o, por fin, que esté por encima del Derecho –expresión de la voluntad popular que circunscribe los límites de su poder–. Por parte de los ciudadanos, aunque estos no suelen negar que el poder para decidir sobre la acción colectiva recae en las instancias representativas, están lejos de aceptar que ese poder sea absoluto y aprovechan el estatus y las herramientas que van ligadas a su condición de ciudadanos –las libertades políticas– para participar, influir, presionar, vigilar y controlar de manera continua lo que sucede en ellas⁴⁰⁰.

Antes de concentrarnos específicamente en el tema de la opinión pública, quisiera que, ahora que nos hemos acercado a la escena política que pretenden crear nuestras constituciones –al compaginar democracia y representación en un mismo régimen–, nos tomáramos un momento para acordar lo siguiente. Cuando nuestra tarea sea la de interpretar el sentido de los textos constitucionales vigentes, debemos tomar con la mayor cautela tanto las concepciones de la democracia que no son (lo suficientemente) representativas, como las concepciones de la representación que no son (lo suficientemente) democráticas⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Para elaborar esta vista panorámica e introductoria de la escena política en una democracia representativa he encontrado inspiración principalmente en las siguientes obras –a las que invito a ir al lector que desee tener una visión más precisa–: TOCQUEVILLE, *Democracia en América*, 1957 (1835), *passim*.; LEFORT, *Democracy*, 1988, *passim*; Social Research 69 (2002), 447-459; *El arte de escribir*, 2007, *passim*; *Maquiavelo*, 2010, 567-577; *Democracia y representación*, 2011, *passim*; BOBBIO, *Estado*, 1989, 188-233; KEANE, *Democracia*, 1992, 17-50 y *passim*.; MANIN, *Representative government*, 1997, *passim*.; MOUFFE, *El retorno*, 1999, *passim*; URBINATI, *Representative Democracy*, 2006, *passim*; CORTÉS RODAS, *Estudios Políticos*, 40 (2012), 20 ss.; ARENDT, *Sobre la revolución*, 2013, 225-294; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 303-397.

⁴⁰¹ Estamos diciendo que deben ser tomadas con la mayor cautela, que no es lo mismo que decir que no deben ser tenidas en cuenta. No estamos hablando, para exponer el asunto desde el ángulo opuesto, de que uno no pueda encontrar muchísima inspiración y conocimiento en la oración fúnebre de Pericles, ni de que bibliotecas enteras se hayan convertido en basura. Tan solo indicamos que, si los vamos a mover de su propio contexto y a utilizar como lentes que nos ayuden a interpretar algunos de los dispositivos propios de

Aunque resulte difícil delimitar las fronteras de aplicación del que vamos a denominar *principio de precaución* –principio que a mí parecer es aplicado ordinaria y atinadamente por nuestros tribunales⁴⁰²– podemos hacer uso de este como una herramienta aproximativa que nos permitirá iluminar los aspectos más problemáticos de algunos miembros de la familia de las concepciones democráticas de la libertad de expresión.

Empezando con la tradición democrática, que en nuestro estudio ha estado representada principalmente por las concepciones de MEIKLEJOHN, POST o WEINSTEIN, indiquemos que el *principio de precaución* nos llevaría a tener mucho cuidado con la forma en que vamos a expresar el comprensible entusiasmo que nos producen nociones como las de soberanía popular o autogobierno.

En primer lugar, debemos evitar llevar a nuestro interlocutor a confusiones. A que tenga la sensación de que no estamos considerando que las democracias representativas deben tener un fuerte componente participativo en el proceso de gestación de normas para sostener su legitimidad, sino que las democracias representativas –y sus instancias representativas– deberían ser sustituidas por democracias directas –y sus asambleas populares–⁴⁰³.

nuestros regímenes políticos modernos, debemos considerar que podemos equivocarnos sino tenemos el suficiente cuidado.

⁴⁰² V., más abajo, n. 419. Para evitar cualquier confusión, aprovechemos esta n. para indicar que no debemos confundir el *principio de precaución* del que estamos hablando con el que emplean diversas áreas jurídicas con fines concretos e idiosincráticos. Estamos hablando de un principio de precaución interpretativo, hermenéutico, cuya referencia y utilidad no pretende ir más allá de los alcances que señalamos en el texto principal.

⁴⁰³ Debo decirle al lector que estoy plenamente convencido de que esto no es lo que están planteando POST y/o WEINSTEIN. Por ello, el lector dubitativo que regrese a la presentación que hemos hecho de su trabajo, verá que su concepción es plenamente compatible con la existencia de un gobierno, de instituciones representativas. Esa es la concepción que fuimos trazando –acompañados también de autores muy delicados y muy claramente lejanos a la idea de democracia directa como LEFORT, KELSEN o BOBBIO v. n. 395– y por eso, como lo decíamos anteriormente, *no vamos a borrar nada de lo que escribimos en el tablero*. Sin embargo, el punto que queremos destacar ahora es que hay elementos en las obras de POST y WEINSTEIN – y por ello, tal vez, en la concepción que expusimos apoyados en ellos–, que pueden ser lo suficientemente confusos como para alcanzar a alentar lecturas menos caritativas, como las que hemos visto que efectivamente hacen SHIFFRIN y BLASI. Tomemos, p. ej., esta afirmación de MEIKLEJOHN, Sup. Ct. Rev. 6 (1961), 255: “La Primera Enmienda no protege la «libertad de expresarse». Protege la libertad de aquellas actividades de pensamiento y comunicación por las que nosotros «nos gobernamos» y esta otra de WEINSTEIN, Va. L. Rev. 97 (2011), 491: “La doctrina contemporánea de la libertad de expresión en los Estados Unidos se explica mejor como una oportunidad para que los individuos participen en el discurso mediante el cual nos gobernamos a nosotros mismos”. La pregunta que quiero que nos hagamos es: ¿Bajo qué condiciones podríamos “governarnos a nosotros mismos” a través de actividades de pensamiento o

En segundo lugar, unido a lo anterior, debemos demostrar que nuestro gran interés por estos escenarios en que *todos*, como ciudadanos, damos un paso al frente y tomamos juntos la responsabilidad de debatir y decidir juntos sobre el destino común, no va a hacer que nos distraigamos. Que, por estar inmersos en una especie de noble sueño, no

discusión? ¿A través del discurso? GARDNER, Tenn. L. Rev. 63 (1996), 432 s., movido por la necesidad de interrogar una frase de SUNSTEIN que va exactamente en la misma línea, nos va a facilitar el siguiente análisis: “SUNSTEIN, por ejemplo, caracteriza repetidamente su teoría de la democracia deliberativa como un llamado a una forma de «gobierno por discusión». Suponiendo que (...) SUNSTEIN ha elegido esta frase más por su exactitud sustantiva que por su atractivo retórico, parece haber revelado implícitamente un compromiso subyacente con el logro del consenso real, ya que la frase «gobierno por discusión» es una contradicción en los términos entendiéndose de cualquier otra manera. Gobernar significa decidir la toma de acción colectiva, y por lo tanto requiere alguna forma de poder o control; en palabras de Madison, «primero debe permitirse que el gobierno controle a los gobernados y [luego] ... obligarlo a que se controle a sí mismo». La discusión, sin embargo, no es en términos ordinarios, una forma de controlar, y por lo tanto no es una forma de gobierno: Tú y yo podemos discutir sobre algo, pero cuando finaliza la conversación, conservo el poder de hacer lo que yo quiero a menos que tú tengas alguna forma de controlar mis acciones. Claramente, SUNSTEIN no está pensando en gobernar en términos ordinarios: lo ha redefinido para que signifique acción implementada a través de la persuasión en lugar del control. Pero el gobierno puede lograrse mediante la persuasión solo cuando la unanimidad es un requisito previo para la acción colectiva; si algo menos que la unanimidad autoriza la acción colectiva, entonces estamos hablando de que se gobierna bajo la regla de la mayoría, en lugar de hablar de que gobierna una discusión. Un gobierno *por* discusión, a diferencia de un gobierno *precedido por* la discusión, es posible solo bajo el supuesto de que las acciones no se toman salvo por unanimidad”. ¿Es este consenso imposible e indeseable entre todos los miembros de sociedades complejas y felizmente plurales como las nuestras el que debemos esperar cada vez que vayamos a tener que tomar una decisión sobre la acción colectiva? ¿Es esto lo que esperan nuestros autores? El lector puede estar más o menos convencido la forma en que el asunto es planteado por GARDNER, Tenn. L. Rev. 63 (1996), 432 s., pero si lo ponemos en paralelo con las lecturas de SHIFFRIN o las de BLASI, entonces tiene mucho sentido tomar precauciones, y muchas, cuando vamos a trabajar con este tipo particular de concepciones democráticas. En este mismo sentido: v. FRIED, Harv. L. Rev. 76 (1963), 772; MACPHERSON, *Liberal Democracy*, 1977, 117; KEANE, *Democracia*, 1992, 32, 44 s.; GARDNER, Tenn. L. Rev. 63 (1996), 425, a quien nuevamente hacemos referencia pues este autor nos ayuda a contextualizarnos indicándonos que, en la década de los setenta, la que se denomina “democracia desarrollista” tomó precisamente la forma de “democracia participativa”, de la cual nos va a decir lo siguiente: “los defensores de la democracia participativa sostienen que la maquinaria del gobierno debe abrirse radicalmente a la participación y el control popular, principalmente mediante la distribución de poder significativo hacia cuerpos locales descentralizados lo suficientemente pequeños como para permitir que los ciudadanos individuales experimenten la autogestión de una manera auténtica. En otras palabras, la democracia participativa es una forma de democracia directa”; PLOTKE, *Constellations* 4 (1997) 19 s., 25; COHEN/ARATO, *Sociedad civil*, 2000, 26 s.: “El modelo participativo de la democracia sostiene que lo que hace a los buenos líderes también hace a los buenos ciudadanos: la participación activa en el gobernar y en el ser gobernado (es decir, en el ejercicio del poder) y también en la formación de la voluntad y opinión públicas (...) De aquí la insistencia de que sin espacios públicos para la participación efectiva de la ciudadanía en el gobernar y en el ser gobernada, sin una reducción decisiva de la brecha entre los gobernantes y los gobernados, hasta el punto de su abolición, la organización política de los estados es democrática sólo de nombre. Sin embargo, en su mayor parte, cuando se trata de conceptualizar las alternativas, los teóricos de la participación ofrecen modelos institucionales cuya finalidad es la de sustituir, en vez de complementar, las formas supuestamente no democráticas (y/o burguesas) del gobierno representativo que existen hoy en día. Ya sea que el teórico retorne a un modelo ideal de la *polis* griega, a la tradición republicana de la ciudad. Estado medieval tardía, o a las nuevas formas de democracia generadas dentro de los movimientos de trabajadores (el comunismo de consejos, el sindicalismo revolucionario), en cada caso se presenta la alternativa como el único principio organizativo para la sociedad como un todo. Por lo tanto, la orientación que subyace en estos modelos es la eliminación de la diferenciación de la sociedad, el Estado y la economía. No es sorprendente que sus oponentes acusen a su vez a los participacionistas de utopismo y/o antimodernismo”; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 30; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 390 ss.

terminaremos ignorando, descuidando o despreciando el valor que también tiene el derecho constitucional a la libre expresión en la menos romántica –más fría y pragmática– estrategia que se ha tejido en nuestras constituciones para poder controlar, vigilar y hacer contrapeso a quienes efectivamente van a tener el poder para decidir sobre la acción colectiva⁴⁰⁴. Para, en los términos que ya habíamos incorporado a nuestro estudio, poder

⁴⁰⁴ En este punto, como se han encargado de señalar muy bien SHIFFRIN y BLASI, la excesiva concentración –especialmente de POST– en que el ciudadano experimente el autogobierno directamente, inmediatamente, y no a través de representantes, hace que efectivamente se pierda la atención frente a lo que ocurre en los canales procedimentales establecidos por nuestras democracias –en sus *outputs*–. Entendamos que no hay ningún problema con entender que, gracias al establecimiento constitucional de las libertades políticas, una democracia representativa tiene necesariamente un umbral de exigencia normativa más alto que una mera democracia electoral –de hecho, creo que entender esto es absolutamente indispensable para la interpretación de nuestros regímenes actuales–, pero que debemos ser muy precavidos en la forma en que exponemos este hecho para no dar lugar a confusiones o a descuidos que pueden terminar pagándose con errores muy graves. Consideremos, para ver bien esta cuestión, el siguiente fragmento de POST, *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 603 (2006), 25 s.: “La democracia es distinta de la soberanía popular y el mayoritarismo porque la democracia es una idea normativa que se refiere a valores políticos sustantivos, mientras que la soberanía popular y el mayoritarismo son términos descriptivos que se refieren a procedimientos particulares de toma de decisiones (...) Los gobiernos, por ejemplo, no se vuelven democráticos simplemente porque celebran elecciones en las que gobiernan las mayorías. Dichas elecciones se celebran actualmente en Corea del Norte (...) Es un grave error confundir la democracia con procedimientos particulares de toma de decisiones y no identificar los valores fundamentales que la democracia como forma de gobierno pretende ejemplificar. Los valores de la autonomía son esenciales para la democracia. En el contexto del gobierno, estos valores están asociados con la práctica de la autodeterminación. Por lo tanto, debemos preguntarnos qué significa para un pueblo participar en la práctica de la autodeterminación. Esta práctica a menudo se interpreta en el sentido de que a las personas se las hace responsables en última instancia de las decisiones gubernamentales, ya sea tomando tales decisiones directamente o eligiendo a quienes las toman. Pero en mi opinión, esta es una explicación insuficiente de la práctica del autogobierno. Por las razones que explicaré, creo que es preferible decir que la práctica del autogobierno requiere que las personas tengan la convicción justificada de que están comprometidas en el proceso de gobernarse a sí mismas. La distinción es crucial, ya que enfatiza la diferencia entre tomar decisiones particulares y reconocer decisiones particulares como propias. El autogobierno se trata de la autoría de las decisiones, no de la toma de decisiones”. Sobre este punto cfr. BLASI, *Am. B. Found. Res. J.* (1977), 562; STEWART, *Hastings L.J.* 26 (1975), 633 s.; SCHAUER, *Free speech*, 1982, 90; KEANE, *Democracia*, 1992, 31 s.; PLOTKE, *Constellations* 4 (1997) 19, 22; CORTÉS RODAS, *Estudios Políticos*, 40 (2012), 20; URBINATI, *Representative Democracy*, 2006, 7: “La incompatibilidad entre representación y democracia se ha definido tradicionalmente desde la perspectiva de que la democracia es inmediata, una perspectiva que a priori excluye las formas indirectas de acción política porque está arraigada en una concepción voluntarista y decisionista de la soberanía. De ahí la conclusión de que aunque la representación puede facilitar la toma de decisiones políticas en los estados grandes, no es democrática porque desplaza la voluntad soberana, que no puede ser representada, y porque hace que la gente sea políticamente activa solo el día en que se hacen esclavos, como Rousseau nos cuenta en *El contrato social*” y p. 18: “Los teóricos democráticos le dan una recepción fría a la representación porque se refiere a procesos políticos que son internos al estado, y no a una forma de participación democrática(...). Como resultado, los teóricos políticos enfatizan la naturaleza no democrática de la representación, a pesar del desempeño exitoso de la democracia representativa. «La teoría democrática tiene poco que ganar hablando el lenguaje de la representación, (...)». En otras palabras, la preocupación principal de los teóricos de la democracia debería ser la «oportunidad» que tienen los ciudadanos de «practicar la democracia directa» en un sistema representativo, en lugar de la representación misma. De acuerdo con Jane Mansbridge, para abordar con éxito el tema de las normas apropiadas para un sistema representativo, la primera orden del día es «asumir» que «la representación es, y tiene el propósito normativo como, algo más que un sustituto defectuoso de democracia directa». La implicación es que los teóricos asumen intuitivamente la norma democrática como un gobierno directo de los ciudadanos en lugar de la representación, a pesar de la consolidación de las instituciones representativas y la fiabilidad de las encuestas de comportamiento electoral. Parece que no hay manera de

establecer y asegurar la vigencia de un tribunal de la opinión que esté pendiente de lo que suceda en las instancias representativas del poder público.

Fijémonos ahora en las potenciales dificultades de la tradición liberal. Si vamos a sentarnos de este lado de la mesa, y a defender concepciones como la de BLASI⁴⁰⁵, actuar conforme al *principio de precaución* nos llevaría a prestar atención a la posibilidad de que, al inspirarnos en modelos “democráticos” tan rácanos como los de LOCKE o SCHUMPETER, no llegemos ni siquiera a satisfacer el mínimo de condiciones que resultan indispensables para empezar a hablar de representación política *democrática*⁴⁰⁶. Deberíamos, así las cosas, tomar los correctivos que sean necesarios para que no parezca que, tratando de tomar distancia y de contrarrestar el excesivo romanticismo y la nostalgia soñadora de los demócratas, hemos parado justo en el extremo opuesto. Que hemos venido a caer en una actitud “realista” que esconde muy mal un innegable aire de derrotismo o conformismo⁴⁰⁷.

hacer de la representación lo que no puede ser: un sustituto válido de la democracia directa”; URBINATI/WARREN, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11 (2008), 388: “La teoría democrática, ha tendido a seguir a Jean-Jacques Rousseau al asumir que la democracia representativa es, en el mejor de los casos, un sustituto instrumental de formas más fuertes de democracia (Pateman, 1976; Barber, 1984). Hasta hace poco, los demócratas participativos y deliberativos prestaban poca atención a la representación política, dejando el tema a los teóricos *neoschumpeterianos* que consideraban la democracia principalmente como la selección y organización de las élites políticas (...) los demócratas participativos se centraron en las características de la democracia más inmediatamente relacionadas con la autodeterminación y el autodesarrollo, al tiempo que aceptaron la visión de Rousseau de la representación como esencialmente no democrática”.

⁴⁰⁵ No nos hemos olvidado de SHIFFRIN. Lo que ocurre es que el trabajo de este autor no se presta tanto para esta clase de problemas interpretativos.

⁴⁰⁶ Sobre cómo BLASI conecta su concepción con la de estos autores, y sobre cómo su visión proteccionista de la democracia y de la participación puede llegar a ser vista como insuficiente, v., atrás, n. 376 y, adelante, la siguiente n.

⁴⁰⁷ En este punto, uno de los análisis críticos más estimulantes y convincentes es el realizado por COHEN/ARATO, *Sociedad civil*, 2000, 26 s. Estos autores comienzan definiendo los rasgos de la democracia schumpeteriana en los términos que ya hemos visto en n. anteriores, pero de inmediato pasan a mostrar sus aspectos más problemáticos y a criticarlos: “Definir la organización política de un Estado como democrática si realiza periódicamente elecciones competitivas y garantiza los derechos civiles, sin tener en cuenta la clase de instituciones públicas o acuerdos privados que existan, es ampliar la legitimidad democrática a un rango enormemente extenso de sociedades, a la vez que las protege de un escrutinio crítico. Al mismo tiempo, el concepto de democracia en este caso es demasiado limitado, porque está definido por procedimientos que poco tienen que ver con los procedimientos y presuposiciones del acuerdo libre y de la formación discursiva de la voluntad. De hecho, los teóricos de la participación argumentan que el modelo “realista” ha despojado al concepto de la democracia de tantos de sus elementos que ha perdido cualquier conexión con su significado anterior. ¿Qué es lo que queda si uno abandona las ideas de la autodeterminación, participación, igualdad política, procesos discursivos de la formación de la voluntad política entre iguales y la influencia de la opinión pública autónoma sobre la toma de decisiones? En resumen, el precio del realismo del modelo de elite es la pérdida de lo que siempre se ha considerado el núcleo del concepto democracia, esto es, el principio de la ciudadanía. Además, al restringir el concepto de democracia a un método de selección de los líderes y a los procedimientos de regular la competencia y la

Para decirlo de otro modo, de optar por este tipo de concepciones democráticas deberíamos tener mucho cuidado con la posibilidad de que, en nuestro afán por demostrar que no estamos atrapados en ese noble sueño, acabemos viéndonos como unos “demócratas a regañadientes”⁴⁰⁸. Como aquellos que, consciente o inconscientemente, terminaron olvidando por completo cuál era la esencia normativa que está detrás del sentido y del atractivo de conceptos como democracia o ciudadanía⁴⁰⁹.

Basándonos en los resultados obtenidos en este breve ejercicio, reflexionemos sobre las concepciones democráticas de la libertad de expresión que hemos ido poniendo en nuestro tablero. Hemos visto que responder con precaución (*i*) por qué todos tenemos, o deberíamos tener, un interés en vivir bajo un régimen democrático y (*ii*) por qué la protección especial de la expresión es esencial para la institución y el funcionamiento de

conformación de las políticas por las élites, este modelo sacrifica los mismos principios de legitimidad democrática de los que sin embargo depende. Pierde todo criterio para distinguir entre el ritual formalista, la distorsión sistemática, el consentimiento "coreográfico", la manipulación de la opinión pública y lo que realmente es la democracia”. En un sentido muy similar v. también: KEANE, *Democracia*, 1992, 12, quien nos invita a rechazar “la mezquina complacencia de quienes consideran la democracia simplemente como competencia entre partidos, el gobierno de la mayoría e imperio de la ley”; PLOTKE, *Constellations* 4 (1997) 19 ss.; HABERMAS, *Facticidad*, 2005, 407-421; SAWARD, *Sociol Compass* 2/3 (2008), 1010; URBINATI/WARREN, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11 (2008), 402”.

⁴⁰⁸ Esta expresión, y el sentido de la misma, han sido tomados de HELD, *Modelos*, 1992, 86.

⁴⁰⁹ Contraponiendo liberalismo a republicanism, para reivindicar el primero ante la oleada que entre los ochenta y los noventa tuvo en EE. UU. el segundo, SANDALOW, *Fla. L. Rev.* 41 (1989), 539 s., iba a poner un umbral mínimo para el liberalismo que parece muy sensato. Muy útil para una concepción democrática que beba del liberalismo sin tener que llegar a extremos inconvenientes: “Nada en la teoría liberal requiere negar lo obvio, que la política puede ser un proceso de deliberación colectiva en el que los participantes, a través de argumentos razonados, intentan persuadir y están abiertos a la persuasión unos de otros. El liberalismo tampoco niega que la deliberación colectiva pueda ayudar a ubicar un terreno común entre individuos con intereses u opiniones diferentes. Finalmente, tampoco hay ninguna razón para que los liberales nieguen que la participación en la política pueda ser transformadora, lo que lleva a los individuos no solo a comprometerse, sino a alterar sus objetivos iniciales. Los compromisos centrales del liberalismo, la libertad individual y (como corolario) el gobierno limitado, simplemente no dependen de la suposición de que todos los intereses son exógenos a la política o de un modelo de mercado del proceso político. De hecho, en la medida en que la deliberación colectiva facilita el gobierno democrático y amplía la capacidad de elección inteligente, los liberales tienen todas las razones para valorarlo. La diferencia real entre liberales y republicanos se encuentra en otra parte, no en desacuerdo sobre el valor de la deliberación colectiva en la política, sino en evaluaciones discrepantes sobre si se puede confiar en resolver todos los conflictos sociales en las sociedades industriales modernas. La insistencia del liberalismo en una esfera política restringida se basa en una evaluación que podría considerarse pesimista, pero es fundamentalmente solo escéptica: dado lo que está en juego, parece prudente insistir en que algunos asuntos permanezcan más allá del alcance del gobierno en lugar de apostar por el éxito de la política deliberativa. El gobierno limitado es una cobertura contra el colapso de la política deliberativa, el seguro contra los riesgos relacionados de que la política podría tener que soportar una carga excesiva, potencialmente desestabilizadora y que el poder gubernamental podría ser empleado de manera opresiva. La fuente de este escepticismo es evidente. El liberalismo surgió en respuesta a una erosión de las condiciones intelectuales y sociales que en algún momento pudieron haber hecho plausible mirar exclusivamente a la deliberación colectiva para resolver conflictos sociales”.

tal régimen, implica asumir que la probabilidad de que una respuesta sea incompleta y/o poco atractiva aumenta en la medida en que se esté más cerca de cualquiera de los extremos de la mesa.

Debemos recordar que esa forma de medir la prudencia no está dada aquí por el justo medio aristotélico, sino por el hecho más concreto e indiscutido de que estamos ante regímenes políticos impuros que exigen, o que al menos parecen llevarse mejor, con concepciones impuras⁴¹⁰. Por ello, para movernos en paralelo con nuestras constituciones debemos aceptar el enorme reto de pensar en concepciones democráticas que resulten de ensamblar o articular de manera atractiva: soberanía popular y derechos fundamentales, autonomía pública y autonomía privada, democracia y liberalismo, igualdad y libertad, democracia y representación. Podemos tener favoritismos y resolver la tensión inclinando sutilmente la balanza hacia los primeros o hacia los segundos, pero pensar en términos disyuntivos y pretender desaparecer violentamente el problema eliminando alguna de las variables de la ecuación implica generalmente que estamos ignorando la Constitución, no interpretándola. Que estamos, en otras palabras, desarmando la compleja escena política que nuestras sociedades buscan armar⁴¹¹.

Y es precisamente este tema, el de la escena política de nuestras sociedades, al que nos volveremos a enganchar justo ahora —una vez que hemos reflexionado sobre las concepciones democráticas—, para tratar de encontrar el papel que una opinión pública

⁴¹⁰ Cfr. BOBBIO, *El futuro*, 1986, 40 s.; RCP 1-2 (1986), 132, 136; KEANE, *Democracia*, 1992, 16, 49; BOBBIO, *Igualdad y libertad*, 1993, 119 s.; COHEN, en Heyd (ed.), *Toleration*, 1996, 176; GARCÍA VILLEGAS, *Estudios Políticos* 7-8, (1996), 121, 141 s.; TODOROV, *Constant*, 1999, 35 s.; GAVIRIA, *Criterio jurídico* 3 (2010), 179-183; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 389.

⁴¹¹ Para cerrar este punto con un ejemplo “en positivo”, tomemos el trabajo de COHEN/ARATO, *Sociedad civil*, 2000, 37 s. Estos autores nos permiten visualizar una atractiva y vibrante escena política que, conforme al principio de precaución, ubica el papel de la participación ciudadana y de los movimientos sociales lejos de los extremos interpretativos más problemáticos —empleando como su principal herramienta el concepto de sociedad civil—: “Lejos de considerar a los movimientos sociales como antitéticos ya sea al sistema político democrático o a la esfera social adecuadamente organizada (el punto de vista de los pluralistas), los consideramos como una característica clave de una sociedad civil moderna, vital y una forma importante de participación ciudadana en la vida pública. No obstante, no consideramos que los movimientos sociales prefiguren una forma de participación ciudadana que habrá o incluso deberá sustituir a los acuerdos institucionales de la democracia representativa (que afirma la posición democrática radical). Desde nuestro punto de vista, los movimientos sociales para la expansión de los derechos, para la defensa de la autonomía de la sociedad civil y para su mayor democratización son los que mantienen viva una cultura política democrática. Entre otras cosas, los movimientos introducen nuevos problemas y valores en la esfera pública y contribuyen a reproducir el consenso que presupone el modelo de democracia de élite/pluralista, pero el que nunca se preocupa por explicar. Los movimientos pueden y deben complementar en vez de querer remplazar los sistemas partidarios competitivos. Nuestro concepto de sociedad civil, por lo tanto, retiene el núcleo normativo de la teoría democrática a la vez que sigue siendo compatible con las presuposiciones estructurales de la modernidad”.

independiente está llamada a cumplir. Volvamos un momento atrás para retomar el hilo. Estábamos señalando –antes de empezar a levantar el *principio de precaución*– que uno de los rasgos fundamentales de nuestros regímenes estaba dado por el hecho de que, aunque no se pretenda acabar con la brecha que hay entre gobernados y gobernantes, se busca garantizar que esta permanezca tan reducida como sea necesario para que los primeros nunca dejen de tener una influencia verdadera en los segundos. Para acortar distancias, para garantizar que los gobernantes no puedan ser una aristocracia que se enclaustra y que ignora los intereses y las opiniones de los gobernados, veíamos que se teje una compleja estrategia constitucional de controles y contrapesos. Una estrategia que, en resumen, equilibra la cancha al degradar a los gobernantes –que de Reyes pasan a representantes fungibles con poder limitado– y realzar a los gobernados –que de súbditos pasan a ciudadanos con derecho a influir, con su *voz* y con su voto, en las decisiones que los afectan–, de tal manera que unos no puedan dar la espalda a otros sin generar una profunda crisis de legitimidad en el sistema político.

¿Qué papel juega la *voz* de los ciudadanos en este cuadro? O, en términos que nos pueden llevar aún más lejos, ¿Qué hace que la opinión pública *independiente*⁴¹² sea un actor imprescindible en la escena política de nuestras democracias representativas? Volviendo la mirada sobre las consideraciones que ya hemos realizado –y aplicando el *principio de precaución* sobre las concepciones que ya hemos visto– creo que podemos conseguir algunas respuestas interesantes: estamos ante una *voz* que no surge de la identidad entre gobernantes y gobernados, sino precisamente del reparto de poderes que exige su irremediable desunión. Una *voz* que no es la de quienes gobiernan, sino la de quienes saben que otros gobiernan –que otros tienen el poder para tomar las decisiones– y no quieren ser excluidos, oprimidos, humillados o tratados de forma injusta. Una *voz* que, debido a que el poder político se estructura de tal manera que el pueblo soberano deba ejercerlo por vía indirecta –a través de representantes–, cumple funciones como referencia latente *positiva* o *propositiva* –cuenta los problemas, intereses y opiniones de los representados que deben llegar a oídos de los representantes y ser puestos en la agenda

⁴¹² Recordemos, por las dudas, que ya hemos dejado constancia de que hoy en día hay un virtual consenso sobre el hecho de que el derecho constitucional a la libertad de expresión es un instrumento creado para apoyar el establecimiento de una opinión pública que no dependa de (o que no esté dominada por) la voluntad de los gobernantes. O, formulada la cuestión en términos positivos como los que empleamos arriba, apoyar el establecimiento de una opinión pública *independiente, autónoma o libre*.

pública— y *negativas* o *defensivas* —vigila los representantes y asegura que no abusen de su poder—⁴¹³. Una voz que es entonces la de los ciudadanos que opinan, resisten, critican, disienten, protestan, discuten, denuncian, vigilan, satirizan, protestan, etc., públicamente porque buscan influir, tener un impacto directo, en los resultados del proceso político, en las decisiones colectivas que se toman respecto a asuntos que los afectan. Una voz llamada a ser el soporte que garantice una relación comunicativa lo suficientemente horizontal entre los estamentos sociales —entre los gobernados consigo mismos y entre los gobernados con quienes gobiernan—. Una voz sin la cual no tiene ningún sentido hablar ni de representación, ni de democracia⁴¹⁴.

⁴¹³ Las expresiones *voz positiva* y *voz negativa*, así como el sentido de las mismas, han sido tomadas de URBINATI, *Representative Democracy*, 2006, 5: “El discurso público es una de las principales características que caracterizan y dan valor a las políticas democráticas, antiguas y modernas, directas y representativas. La presencia a través de la voz, expresión con la cual me refiero a la exposición pública del juicio político de los ciudadanos, define el carácter indirecto de la política democrática tanto cuando los ciudadanos votan sobre las leyes como cuando votan por representantes. Independientemente de la forma del proceso de toma de decisiones, la voz implica dos tipos de actividades activas: *positiva* como activadora y propositiva, y *negativa* como receptiva y de vigilancia. Esta idea es esencial para comprender el papel del juicio y la naturaleza de la participación en la democracia representativa”. Estas expresiones son muy importantes para nosotros porque nos permiten observar la necesidad de articular el caso que presentan POST y WEINSTEIN, de una parte, y BLASI, de otra. Por ello, quiero también que consideremos en este punto el brillante análisis de KEANE, *Democracy and media*, 2013, 221, quien tras aceptar la importancia de esa voz *negativa* o *defensiva* nos dice: “Sin embargo, la libertad de comunicación no es solo un arma para prevenir daños a otros. Su función defensiva tiene implicaciones constructivas; sirve a la causa más positiva de recordar a otros la importancia de fomentar la *dignidad* de los ciudadanos. La comunicación libre es una forma de acción. Rechaza la opinión de que las personas son aptas solo para inclinarse y arrodillarse en presencia de maestros. Arrastrarse no es lo suyo. La libertad de comunicación supone que los ciudadanos son capaces de definir los proyectos de la vida por sí mismos. Por lo tanto, anticipa y requiere el fin de la práctica de que las personas sean tratadas como objetos de la voluntad de los demás. Esta es otra forma de decir que la libertad de comunicación es el aliado de la libertad de los ciudadanos, sus capacidades para vivir sus vidas con la expectativa de que no serán gobernados y acosados por el poder arbitrario. Cuando los ciudadanos disfrutan de la libertad de expresarse, de decir su parte, la libertad de comunicación sirve para otro propósito positivo importante: les permite a los ciudadanos dar sentido a las múltiples elecciones y decisiones que son el resultado de su libertad. La libertad de comunicación permite la coordinación no violenta y la resolución de sus puntos de vista potencialmente conflictivos sobre quién debe obtener qué, cuándo y cómo. La comunicación sin restricciones implica que la política democrática puede florecer. Apunta a un mundo en el que el poder ya no está sujeto al gobierno de los más ricos, o los más fuertes, o los caprichosos, donde no se respetan el fraude, la mendacidad, la anarquía y la violencia, un mundo donde los que ejercen el poder están obligados a tener en cuenta sus acciones y ser responsabilizados públicamente por sus acciones”. En este sentido también: WARREN/CASTIGLIONE, *Dem. and Soc.* 2 (2004), 5, 20; ARENDT, *Sobre la revolución*, 2013, 229; BHAGWAT, *The myth*, 2010, 82 s.; TARODO SORIA, en Díaz y García Conlledo/García Amado/Junieles Acosta/Tarodo Soria, (coords.), *Libertad de expresión*, 2012, 21 s.

⁴¹⁴ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 10; BORK, *Ind. L.J.* 47 (1971), 23, 25; STEWART, *Hastings L.J.* 26 (1975), 633 s.; BLASI, *Am. B. Found. Res. J.* (1977), 562; BEVIER, *Stan. L. Rev.* 30 (1978), 308 s.; SCHAUER, *Free speech*, 1982, 90; MANIN, *Representative government*, 1997, 174 ss.: “ya sea en forma de demostraciones, peticiones o sondeos, la expresión de la opinión pública suele ser parcial e iniciada por grupos pequeños. Sin embargo, desde el punto de vista de los que están en el poder, incluso esas expresiones limitadas merecen tenerse en cuenta en el proceso de toma de decisiones: una opinión expresada en un punto por un grupo en particular puede generalizarse, el grupo puede ser lo suficientemente organizado e influyente por lo que es difícil ignorar su opinión o una serie de encuestas puede revelar una tendencia que anuncia el resultado de una próxima elección. Aquellos en el gobierno tienen que estimar estas diversas

Conservaremos y desarrollaremos, durante lo que queda de esta tesis, el espíritu de estas respuestas. Sintetizando, y corriendo el riesgo de ser excesivamente insistentes, digamos para finalizar que ya no dejaremos de ver que las democracias representativas: (i) se fundan sobre la división y el antagonismo entre quienes gobiernan y quienes son gobernados⁴¹⁵; (ii) en vez de negar o reprimir la constante fricción generada por estos

probabilidades y decidir, en consecuencia, qué importancia quieren darle a esta o aquella opinión. Aparte de las situaciones en las que las personas amenazan seriamente el orden público y limitan a los que están en el gobierno por pura competencia de fuerza, la única voluntad vinculante de los ciudadanos es la expresada en una votación. Independientemente de las elecciones, sin embargo, los gobernados siempre tienen la posibilidad de expresar una opinión colectiva que difiere de la de los representantes. En general se denomina opinión pública a esta voz colectiva de la gente que, sin poder vinculante, siempre puede manifestarse más allá del control de aquellos en el gobierno”; MOUFFE, *El retorno*, 1999, 19; COHEN/ARATO, *Sociedad civil*, 2000, 37 s.; URBINATI, *Representative Democracy*, 2006, 5: “la representación política es mucho más que un sistema de división del trabajo y una institución estatal; implica un proceso político complejo que activa al “pueblo soberano” mucho más allá del acto formal de autorización electoral. La política representativa tiene el poder de unificar y conectar (mediante fricción o concurrencia) las “unidades atómicas” “fluctuantes” de la sociedad civil al proyectar a los ciudadanos en una perspectiva orientada hacia el futuro”; LEFORT, *El arte de escribir*, 2007, 109; *Maquiavelo*, 2010, 567-577; *Democracia y representación*, 2011, 21: “la eficacia de la *representación* resulta estrechamente ligada al reconocimiento de las libertades políticas y de las libertades civiles, y que dichas libertades tornan manifiesta la diversidad de lo social”; URBINATI/WARREN, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11 (2008), 401 ss.; BHAGWAT, *The myth*, 2010, 81 s.; SCANLON, *Va. L. Rev.* 97 (2011), 544; TARODO SORIA, en Díaz y García Conlledo/García Amado/Junieles Acosta/Tarodo Soria, (coords.), *Libertad de expresión*, 2012, 25 s.; LUKES/URBINATI, en Lukes/Urbinati (eds.), *Condorcet*, 2012, XXX; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 111; CORTÉS RODAS, *Estudios Políticos*, 40 (2012), 20; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 389 ss., 394 s.; BALKIN, *Nw. U. L. Rev.* 110 (2016), 1070.

⁴¹⁵ Además de los comentarios que hemos venido haciendo con insistencia, y de las agudas observaciones que veíamos que hacía SHIFFRIN, consideremos las siguientes fuentes para afianzar el sentido de la posición que estamos tomando: HART ELY, *Democracy and distrust*, 1980, 77 s.; BLASI, *Colum. L. Rev.* 85 (1985), 455; BOBBIO, *El futuro*, 1986, 20; KEANE, *Democracia*, 1992, 16, 20, y, especialmente, 32: “La comunidad política homogénea de la *polis* griega, donde los ciudadanos gobiernan y son gobernados a la vez, no puede reproducirse en el mundo moderno, salvo a veces durante el éxtasis momentáneo de situaciones revolucionarias. Intentos heroicos de instituir un sistema indiferenciado de autogobierno a gran escala suelen terminar en confusión, decepción y, alguna vez, en un chasco sangriento, como observó Hegel del jacobinismo” y 34: “la separación entre Estado y sociedad civil ha de ser una característica permanente de un orden social y político plenamente democrático”; GARCÍA VILLEGAS, *Estudios Políticos*, 7-8, (1996), 124, 138; PLOTKE, *Constellations* 4 (1997), 28: “La no-identidad es una dimensión muy importante de cualquier noción democrática de representación. Los conceptos de representación que afirman una fusión y una identidad plena entre un representante y aquellos que buscan su representación a menudo se implementa en regímenes populistas autoritarios: Perón, Castro, o inclusive Mussolini, lo representa a usted porque es como usted, le entiende, es incluso idéntico a usted como parte del pueblo. En efecto, estás representado por la presencia de una versión superior de ti mismo en el gobierno”; MANIN, *Representative government*, 1997, 175: “La libertad de opinión pública distingue al gobierno representativo de lo que se ha denominado «representación absoluta» cuya formulación más notable se puede encontrar en Hobbes. Para él, un grupo de individuos constituye una entidad política solo cuando ha autorizado a un representante o asamblea para que actúe en su nombre. En nombre y ante quién se someten. Antes de designar al representante e independientemente de su persona, el pueblo no tiene unidad, es un *multitudo disoluta*, una multitud disuelta. El pueblo adquiere agencia política y capacidad de autoexpresión solo a través de la persona del representante. Sin embargo, una vez autorizado, el representante reemplaza por completo a los representados. No tienen otra voz que la suya. Es precisamente esta sustitución total la que impide la libertad de opinión pública. La población siempre puede manifestarse como una entidad política que tiene una unidad (generalmente incompleta) independiente del representante. Cuando los individuos como grupo dan las instrucciones a sus representantes, cuando una multitud se reúne en la calle, cuando se entregan

antagonismos, la visibilizan y la utilizan como resorte para provocar la movilización y la participación de todos los estamentos sociales, para asegurar que la escena política se mantenga vibrante, que esté siempre llena de muchos actores discutiendo sobre lo que debería hacerse con *voces* muy diferentes⁴¹⁶; (iii) parcelan o delimitan, a través del

peticiones o cuando las encuestas señalan una tendencia clara, se revelan como una entidad política capaz de hablar aparte de aquellos que gobiernan. La libertad de opinión pública mantiene abierta la posibilidad de que los representados puedan hacer oír sus propias voces en cualquier momento. El gobierno representativo es, por lo tanto, un sistema en el que los representantes nunca pueden decir con total confianza y certeza «Nosotros, el pueblo». Tanto el autogobierno popular como la representación absoluta dan como resultado la abolición de la brecha entre los que gobiernan y los que están gobernados, el primero porque convierte al gobernado en gobernador, el segundo porque sustituye a los representantes por los representados. El gobierno representativo por otro lado, preserva esa brecha”; MOUFFE, *El retorno*, 1999, 13, 16, 19 ss.; SUNSTEIN, *Designing democracy*, 2001, 98; URBINATI, *Representative Democracy*, 2006, 8; SAWARD, *Sociol Compass* 2/3 (2008), 1005; LEFORT, *El arte de escribir*, 2007, 14; *Maquiavelo*, 2010, 567-577; *Democracia y representación*, 2011, 20; BHAGWAT, *The myth*, 2010, 83; COHEN/ARATO, *Sociedad civil*, 2000, 37 ss.; CORTÉS RODAS, *Estudios Políticos*, 40 (2012), 20; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 380, 391,394 s..

⁴¹⁶ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 11 ss.; STEWART, Hastings L.J. 26 (1975), 633 s.; BOBBIO, *Estado*, 1989, 213; KEANE, *Democracia*, 1992, 32; MANIN, *Representative government*, 1997, 170 s., hace una impresionante lectura que nos va a servir incluso para introducirnos al punto que tratamos en seguida en el texto principal: “La libertad de la opinión pública es una característica democrática de los sistemas representativos, ya que proporciona un medio por el cual la voz de la gente puede llegar a quienes gobiernan, mientras que la independencia de los representantes es claramente una característica no democrática de los sistemas representativos. No se requiere que los representantes actúen según los deseos de la gente, pero tampoco pueden ignorarlos: la libertad de la opinión pública garantiza que dichos deseos puedan expresarse y ponerse en conocimiento de quienes gobiernan. Son los representantes quienes toman las decisiones finales, pero se crea un marco en el que la voluntad de la gente es una de las consideraciones en su proceso de decisión. La expresión pública de la opinión es el elemento clave aquí. Tiene el efecto no solo de llamar la atención de los gobernantes sobre las opiniones populares, sino también de conectar a los gobernados entre sí. De hecho, esta dimensión horizontal de la comunicación afecta la relación vertical entre los gobernados y el gobierno: cuanto más conscientes están las personas de las opiniones de los demás, más fuertes son los incentivos para que los gobernantes tomen en cuenta esas opiniones. Cuando un número de individuos se encuentran expresando puntos de vista similares, cada uno se da cuenta de que no está solo cuando sostiene una opinión particular. Las personas que expresan la misma opinión se dan cuenta de la similitud de sus puntos de vista y esto les da capacidades de acción que no habrían estado disponibles si hubieran mantenido esa opinión para sí mismos. Cuanto menos se sienten las personas aisladas, más se dan cuenta de su eventual potencial y son más capaces de organizarse y de ejercer presión sobre el gobierno. El conocimiento de una similitud de puntos de vista no siempre resulta en organización y acción, pero generalmente es una condición necesaria. Además, la expresión pública de una opinión genera impulso. Las personas que albergan en silencio una opinión que otros expresan en voz alta se vuelven más seguras cuando descubren que no están solas en pensar de esa manera y, por lo tanto, se sienten más inclinadas a expresar esa opinión. De hecho, una de las máximas más antiguas del despotismo es evitar que los sujetos se comuniquen entre sí”; MOUFFE, *El retorno*, 1999, 13 s., 16 s. 19 s.; SUNSTEIN, *Designing democracy*, 2001,101: “Las instituciones de representación y de controles y contrapesos se han diseñado frecuentemente para promover el debate general y la negociación, para disminuir la excesiva influencia de segmentos particulares de la población”; HABERMAS, *Facticidad*, 2005, 443 s.; URBINATI, *Representative Democracy*, 2006, 3 s.; SAWARD, *Sociol Compass* 2/3 (2008), 1003 ss., 1011; URBINATI/WARREN, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11 (2008), 401: “la representación induce y forma relaciones de juicio que permiten la democracia, algunos de estas pueden formalizarse a través de las elecciones y otras pueden funcionar a través de la defensa de grupos, de la voz, de los medios de comunicación o, de hecho, dar lugar a reclamos muy representativos de cualquier número de actores tanto dentro como fuera de la política institucionalizada. (...) La representación funciona para despersonalizar reclamos y opiniones, por ejemplo, lo que a su vez permite a los ciudadanos mezclarse y asociarse sin borrar el espíritu partidista esencial para la libre competencia política. La representación sirve para unificar y conectar a los ciudadanos”; BHAGWAT, *The*

derecho a la libertad de expresión, y otros dispositivos constituciones, un espacio social simbólico autónomo que, fuera del alcance del poder de coacción estatal, es ocupado por una opinión pública independiente que cumple la función de influir, presionar, controlar o contrarrestar el poder de los representantes, por vías tanto formales o indirectas –a través de las elecciones y los canales políticos habituales– como informales o directas⁴¹⁷; (iv)

myth, 2010, 82 s.; LEFORT, *Maquiavelo*, 2010, 567-577.; *Democracia y representación*, 2011, 21: “la democracia representativa no es solamente ese sistema en el cual los *representantes* participan en la autoridad política *en lugar de* los ciudadanos que los designaron; ella garantiza una visibilidad a la sociedad (...) allí donde la democracia está firmemente establecida, y sus principios interiorizados por los grupos que se enfrentan, toda acción social particular es inducida, debido a la *representación*, a encontrar su inscripción en la generalidad de lo político” y p.22 “el establecimiento de la *representación* democrática tiene por objeto –por lo menos en su principio– exhibir, delante de todos, los motores y los resultados de la deliberación pública, tornar legible la confrontación de posturas que se engendran de la diversidad de los intereses y de las opiniones en el seno de la sociedad”; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 111 s. LUKES/URBINATI, en Lukes/Urbinati (eds.), *Condorcet*, 2012, XXV, quienes nos hablan que ya desde los primeros modernos, como CONDORCET, se sentía: “la urgencia de encontrar formas constitucionales de contener e institucionalizar el conflicto, a través de mecanismos procesales que alentarán la deliberación, la pausa y la posibilidad de reversibilidad: su constitución propuesta incluía un cuerpo legislativo sin cabeza, cuyas deliberaciones debían organizarse cuidadosamente para evitar las precipitaciones y la violación de los derechos”; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 309, 394 s.; BALKIN, *Nw. U. L. Rev.* 110 (2016), 1065.

⁴¹⁷ Antes de que nos concentremos en fuentes teóricas, me gustaría que recordemos que los canales, tanto el que denominamos *formal* como el que –quizá con poca precisión– denominamos *informal* están previstos constitucionalmente. Para no equivocarnos con la expresión *informal* –que se mantiene en el texto principal junto a la expresión *indirecta* puesto que su uso está muy afianzado–, tengamos muy en cuenta el texto del art. 23.1 de la CE: “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”; y el del 3 de la CCol: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”. En cuanto a los referentes teóricos, no solo de esta cuestión sino del punto general que se expresa en el texto principal, v.: FRANTZ, *Cal. L. Rev.* 51 (1963) 735; EMERSON, *General Theory*, 1966, 27 s.; STEWART, *Hastings L.J.* 26 (1975), 633 s.; SCHAUER, *Free speech*, 1982, 90; BLASI, *Colum. L. Rev.* 85 (1985), 455 s.; LEFORT, *Democracy*, 1988, 33; MANIN, *Representative government*, 1997, 167 s.: “Desde finales del siglo XVIII, la representación ha estado acompañada en todo momento por la libertad de los gobernados para formar y expresar opiniones políticas fuera del control del gobierno. El vínculo entre el gobierno representativo y la libertad de opinión política pública se estableció de inmediato en los Estados Unidos. Poco a poco en Gran Bretaña, y tras un complicado proceso en Francia”; HABERMAS, *Facticidad*, 2005, 440-468; URBINATI/WARREN, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11 (2008), 401; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 23; BHAGWAT, *The myth*, 2010, 82: “Ciertamente, en nuestra democracia representativa, la votación es la forma más obvia en que los ciudadanos dan forma, controlan y participan en el gobierno. Y ciertamente la libertad de expresión es esencial para una votación efectiva. Pero votar para elegir representantes está lejos de ser la única forma en que los ciudadanos pueden influir en el gobierno y (lo que es más importante) restringir los usos indebidos del poder gubernamental. (...) Brandeis capturó este punto cuando señaló los peligros de una «gente inerte», porque seguramente los ciudadanos que no hacen nada más que votar cada dos años califican como ciudadanos inertes. Una ciudadanía activa debe hacer más que eso. Debe discutir, formar organizaciones y asociaciones, comunicar sus puntos de vista a los funcionarios gubernamentales (tanto elegidos como designados) y, en general, crear instituciones públicas independientes del gobierno dentro de las cuales puedan formarse puntos de vista sobre el gobierno y expresarse libres de la influencia y coacción de los funcionarios públicos. En última instancia, además, tales organizaciones también pueden actuar como centros de resistencia al poder gubernamental (...), es, por supuesto, un último recurso, con la esperanza de que sea poco frecuente. (...) Y estos grupos son una parte tan esencial de nuestro sistema de gobierno (...) Una vez que se acepta la importancia de los grupos públicos, es decir, de las organizaciones de ciudadanos, para el proceso democrático, queda claro el papel

utilizan esta estrategia de distribución o fragmentación del poder –con la que se deja clavada una espina en el flanco del poder político⁴¹⁸– con el fin de garantizar canales institucionales para el tratamiento no violento de los conflictos sociales –canales que permitan, en otras palabras, ambientar una *cultura democrática*, una *sociedad democrática*–⁴¹⁹.

de la Primera Enmienda. Para que tales grupos se organicen y participen en el proceso de gobierno, los ciudadanos que pertenecen a dichos grupos deben poder hablar entre ellos, difundir sus puntos de vista a través de folletos y libros, reunirse en privado y en público (...) Finalmente, para poder participar en el gobierno, tales grupos deben tener el derecho de presentar sus puntos de vista a los funcionarios públicos (...). Esa es la libertad que la Primera Enmienda, en todos sus aspectos, protege. La Primera Enmienda establece que el Estado no puede interferir con ninguna de estas actividades (expresión, prensa, reunión y petición) y, de hecho, las agrupa como parte de un solo principio”; Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1103; SCANLON, Va. L. Rev. 97 (2011), 541; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones*, 2015, 392.

⁴¹⁸ La expresión, y el sentido de la misma, ha sido tomada de KEANE, *Democracia*, 1992, 35: “una multiplicidad de organizaciones sociales –que van desde sindicatos y empresas autogobernadas, compañías o cooperativas de construcción, hasta refugios para mujeres maltratadas, medios de comunicación independientes y asociaciones vecinales de vigilancia– deben aumentar sus poderes para mantener a sus «representantes» políticos bajo control. La sociedad civil debería convertirse en una espina clavada permanentemente en el flanco del poder político. En resumen, estoy manteniendo que, sin una sociedad civil segura e independiente [,] de esferas públicas autónomas, los objetivos de igualdad, libertad, planificación participativa y adopción conjunta de decisiones no serán más que eslóganes vacíos”. Aunque con un lenguaje menos gráfico, también es muy claro en este punto CORTÉS RODAS, *Estudios Políticos*, 40 (2012), 20, quien además nos permite ver la importancia de estas ideas ya en el pensamiento de CONSTANT –uno de los padres del constitucionalismo liberal– y de TOCQUEVILLE: “La experiencia política de Francia en la época posterior a la revolución de 1789, especialmente, los años del Terror y la consolidación de Napoleón como emperador, hicieron ver muy pronto, de un lado, que la representación política y el sistema de pesos y contrapesos entre los tres poderes eran instrumentos insuficientes para enfrentar al despotismo y, de otro lado, que para defender la libertad política era necesario establecer salvaguardias positivas y cuerpos intermedios bastante poderosos para emplear a favor de los oprimidos los medios de defensa que la ley escrita consagra. No basta tener una constitución, es necesario poder ejercer una vigilancia en cada momento para asegurar que los principios constitucionales no sean abrogados en la práctica. Y para poder ejercer esta vigilancia se requiere que los ciudadanos defiendan democráticamente la constitución ejerciendo sus derechos políticos, resistiendo mediante la crítica, la protesta y la huelga todos los abusos del poder, utilizando la libertad de prensa para defenderse de la opresión y apelando a la fuerza de los tribunales para hacer valer los derechos individuales. Constant y Tocqueville vieron que tanto la «tiranía de la mayoría», que se manifestó de forma brutal en la época del Terror, bajo la dirección de Robespierre, como el gobierno despótico, tal y como lo ejerció Napoleón, constituyeron serias amenazas para la libertad política y la democracia y opusieron, en sus respectivas obras, como alternativa tres ideas fundamentales: el sistema representativo igualitario, la defensa de los derechos fundamentales y el principio de la separación de poderes. Así, estos autores plantearon que la defensa de la libertad política exigía el establecimiento de un orden político constitucional fundamentado en el nexo sistemático entre soberanía popular, democracia política y derechos fundamentales”.

⁴¹⁹ Hemos escuchado suficiente la voz de los teóricos y me gustaría que, para explorar este punto con el que cerramos nuestra discusión –el más importante en lo que refiere a la libertad de expresión para quien escribe estas líneas– quisiera que prestáramos atención a nuestros jueces, cuyas sentencias apenas referenciamos en la n. 386. El trabajo de nuestros tribunales, en lo que se refiere a la libertad de expresión, se deja ver muy bien con la lente que hemos ido creando. Su voz está impregnada del mismo espíritu de nuestras reflexiones, de la idea de que la libertad de expresión es un prerrequisito indispensable para cualquier sociedad que esté pensando en ambientar una cultura democrática. Quiero aprovechar la amplitud que nos permite el formato de la tesis doctoral para que finalicemos abriendo una pequeña ventana desde la que podemos alcanzar a ver cómo se cruzan laicidad, pluralismo y cultura democrática en la voz con la que nuestros tribunales hablan de la relación entre libertad de expresión y democracia: HAND, en *Masses*

Publishing Co. v. Patten (1917) 244 F. 535 (S.D.N.Y.): “La opinión pública, es la fuente final del poder del gobierno en un gobierno democrático”; BRANDEIS en su voto concurrente en: Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927). En esta, para explicarnos: “porque a un Estado se le niega normalmente el poder de prohibir la diseminación de una doctrina social, económica y política que una gran mayoría de sus ciudadanos cree que es falsa y está llena de malas consecuencias” nos va a decir lo siguiente: “Quienes ganaron nuestra independencia creían que el fin último del Estado era hacer que los hombres pudiesen desarrollar sus facultades; y que en su gobierno las fuerzas deliberativas deberían prevalecer sobre la arbitrariedad. Valoraron la libertad como un fin y como un medio. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad y que el coraje era el secreto de la libertad. Creyeron que la libertad de pensar como se quiera y hablar como se cree son medios indispensables para el descubrimiento y la difusión de la verdad política; que sin la libertad de expresión y de asociación las discusiones serían inútiles; que, con ellas, la discusión ofrece una protección ordinariamente adecuada contra la diseminación de doctrinas nocivas; que la mayor amenaza para la libertad es un pueblo inerte; que esa discusión pública es un deber político; y que esto debería ser un principio fundamental del gobierno estadounidense. Reconocieron los riesgos a los que están sujetas todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no puede asegurarse simplemente por miedo al castigo por su infracción; que es peligroso desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; ese miedo engendra represión; esa represión engendra odio; que el odio amenaza al gobierno estable; que el camino de la seguridad radica en la oportunidad de discutir libremente sobre los supuestos agravios y los remedios que se proponen; y que el remedio adecuado para los malos consejos son los buenos. Creyendo en el poder de la razón, tal y como se aplica a través de la discusión pública, evitaron el silencio forzado por la ley, el argumento de la fuerza en su peor forma. Reconociendo las tiranías ocasionales de las mayorías gobernantes, modificaron la Constitución para garantizar la libertad de expresión y de reunión. El temor a una lesión grave no puede justificar por sí solo la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los hombres temían a las brujas y a las mujeres quemadas. Es la función del discurso liberar a los hombres de la esclavitud de los miedos irracionales”; DeJonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937): “Los derechos en sí mismos no deben ser recortados. Cuanto mayor es la importancia de proteger a la comunidad de las incitaciones al derrocamiento de nuestras instituciones por la fuerza y la violencia, más imperativa es la necesidad de preservar los derechos constitucionales de libertad de expresión, prensa libre y reunión libre para poder mantener la oportunidad de una discusión política libre con el fin de que el gobierno pueda responder a la voluntad del pueblo y que los cambios, si se desean, puedan obtenerse por medios pacíficos. Ahí radica la seguridad de la República, la base misma del gobierno constitucional”; JACKSON, en West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943): “No hay misticismo en el concepto estadounidense de Estado o de la naturaleza y el origen de su autoridad. Establecimos el gobierno con el consentimiento de los gobernados, y la Carta de Derechos niega a los que están en el poder cualquier oportunidad legal de coaccionar ese consentimiento. La autoridad aquí debe ser controlada por la opinión pública, no la opinión pública por autoridad (...) Si hay una estrella fija en nuestra constelación constitucional, es que ningún funcionario, de alto o bajo rango, puede prescribir lo que será ortodoxo en política, nacionalismo, religión u otros asuntos de opinión, ni obligar a los ciudadanos a confesar, por palabra o por acto, alguna fe. Si hay alguna circunstancia que permita una excepción, ahora no se nos ocurre”; DOUGLAS, en Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949): “Es solo a través del debate libre y el libre intercambio de ideas que el gobierno sigue respondiendo a la voluntad del pueblo y se efectúan cambios pacíficamente. El derecho a hablar libremente y a promover la diversidad de ideas y programas es, por lo tanto, una de las principales distinciones que nos diferencia de los regímenes totalitarios”; BLACK, voto disidente en: Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952): “Mi opinión es que ninguna legislatura tiene a su cargo el deber y no tiene el poder de decidir sobre qué asuntos públicos pueden discutir los estadounidenses. En un país libre esto es elección del individuo, no del Estado. La experimentación estatal en ese intento de frenar la libertad de expresión es una doctrina alarmante y aterradora en un país dedicado al autogobierno por parte de su pueblo. Rechazo la afirmación de que el estado o la nación pueden castigar a las personas por su opinión en asuntos de interés público (...) Esta Ley establece un sistema de censura estatal que está en guerra con el tipo de gobierno libre previsto por aquellos que forzaron la adopción de nuestra Declaración de Derechos”; Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109 (1959): “No puedo estar de acuerdo con la idea de la Corte de que las libertades de la Primera Enmienda deben restringirse para «preservar» nuestro país. Esa noción se basa en la premisa no articulada de que la seguridad de esta Nación depende de su poder para castigar a las personas por lo que piensan, hablan o escriben, o por aquellos con quienes se asocian con fines políticos. El Gobierno, en su escrito, prácticamente admite esta posición cuando habla de la «comunicación de ideas ilegales. Desafío esta premisa y niego que las ideas puedan ser proscritas bajo nuestra Constitución. Estoy de acuerdo en que los gobiernos despóticos no pueden existir sin sofocar la voz de la oposición a sus prácticas opresivas. La Primera Enmienda significa para mí, sin

embargo, que la única forma constitucional en que nuestro gobierno puede preservarse es dejar a su gente la mayor libertad posible para alabar, criticar o discutir, según lo consideren adecuado, todas las políticas gubernamentales y sugerir, si así lo desean, que incluso sus postulados más fundamentales son malos y deben ser cambiados; «Ahí radica la seguridad de la República, la base misma del gobierno constitucional». Sobre esa premisa se creó esta tierra, y sobre esa premisa ha crecido hasta la grandeza. Nuestra Constitución asume que el sentido común de las personas y su apego a nuestro país les permitirá, después de una discusión libre, resistir a las ideas erróneas. Decir que nuestro patriotismo debe protegerse contra ideas falsas por medios distintos a estos es, creo, hacer una acusación sin fundamento. A menos que podamos confiar en estas cualidades (si, en resumen, comenzamos a castigar la expresión), honestamente no podemos proclamar que somos una Nación libre y hemos perdido entonces lo que los Fundadores de esta tierra arriesgaron sus vidas y su sagrado honor por defender. El hecho es que una vez que permitimos que cualquier grupo que tenga algún objetivo político o idea sea expulsado de la votación y de la batalla por las mentes de los hombres porque algunos de sus miembros son malos y algunos de sus principios son ilegales, ningún grupo está a salvo”; *Braden v. United States*, 365 U.S. 431 (1961): “Una vez más niego, como lo he visto repetidamente necesario en otros casos, que la capacidad de esta Nación para preservarse a sí misma dependa de la supresión de las libertades de religión, expresión, prensa, reunión y petición. Creo que un eslogan que suena tan noble como el de «autopreservación» se basa en una premisa que puede destruir a cualquier nación democrática mediante el proceso lento de ir devorando las libertades que son indispensables para su sano crecimiento. Una verdadera democracia, la base sobre la cual se construyó esta Nación, está en el hecho de que el gobierno responda a las opiniones de sus ciudadanos, y ninguna nación puede continuar existiendo en tal régimen a menos de que sus ciudadanos sean totalmente libres de hablar sin temor a favor o en contra de sus funcionarios y sus leyes. Cuando se comienzan a enviar a sus disidentes (...) a la cárcel, las libertades indispensables para su existencia desaparecen rápidamente. Si la autopreservación es la cuestión que decide estos casos, creo firmemente que deben decidirse a la inversa. Solo con la preservación dedicada de las libertades de la Primera Enmienda podemos esperar preservar nuestra Nación y su forma de vida tradicional”; *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 23 (1971): “El derecho constitucional de la libre expresión es una medicina poderosa en una sociedad tan diversa y poblada como la nuestra. Está diseñado y tiene la intención de eliminar las restricciones gubernamentales del ámbito de la discusión pública, estableciendo la decisión sobre qué opiniones se expresarán en gran medida en manos de cada uno de nosotros, con la esperanza de que el uso de esa libertad en última instancia produzca una ciudadanía más capaz y unas políticas más perfectas y en la creencia de que ningún otro enfoque se correspondería con la premisa de la dignidad y elección individuales sobre las que se basa nuestro sistema político”; TEDH, *Caso Handyside v. United Kingdom*, 7 de diciembre 1976, párr. 49: “Las funciones de supervisión de la Corte le obligan a prestar la máxima atención a los principios que caracterizan a una "sociedad democrática". La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada hombre. Conforme al párrafo 2 del Artículo 10 (art. 10-2), esto es aplicable no solo a la «información» o las «ideas» que se reciban favorablemente o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, conmocionan o perturban el Estado o cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de mente abierta, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Esto significa, entre otras cosas, que cada «formalidad», «condición», «restricción» o «penalización» impuesta en esta esfera debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido”; TEDH, *Caso Barthold v. Germany*, 25 de marzo 1985, párr. 58: “la libertad de expresión ocupa un lugar prominente en una sociedad democrática. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada hombre y mujer”; STC 20/1990, de 15 de febrero: “Desde las SSTC 6/1981 y 12/1982, hasta las SSTC 104/1986 y 159/1986, viene sosteniendo el Tribunal que «las libertades del art. 20 (STC 104/1986) no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (STC 12/1982) o, como se dijo ya en la STC 6/1981: «El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política». En el mismo sentido se pronuncia la STC 159/1986, al afirmar que «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas». Y recordando esta Sentencia la doctrina expuesta en

las que hemos citado anteriormente, insiste en que los derechos reconocidos por el art. 20, no sólo protegen un interés individual sino que son garantía de la opinión pública libremente formada, «indisolublemente ligada con el pluralismo político»»; CConst, Sentencia T-066/98: “la libertad de prensa constituye un requisito esencial para la existencia de la democracia. En efecto, una prensa libre contribuye a informar y formar a los ciudadanos; sirve de vehículo para la realización de los debates sobre los temas que inquietan a la sociedad; ayuda de manera decisiva a la formación de la opinión pública; actúa como instancia de control sobre los poderes públicos y privados, etc. (...) La importancia de la libertad de prensa para el buen funcionamiento del sistema político y para el desarrollo libre de cada una de las personas explica la amplia protección que se le dispensa a esta garantía en el constitucionalismo moderno; COIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, 31 de agosto de 2004, párr. 86 “Existe entonces una coincidencia entre los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática”; C-431/04 de 6 de mayo de 2004: “En anteriores pronunciamientos la Corte ha destacado la importancia de la libertad de expresión dentro de un régimen democrático como el que adopta la Constitución que nos rige, por cuanto dicha libertad construye la base de una verdadera democracia participativa”; COIDH, Caso Claude Reyes y otros v. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 85: “La Corte Interamericana ha hecho referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que (...) la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada”; T-391/07, de 22 de mayo de 2007: “la principal justificación para conferir a la libertad de expresión una posición central dentro de los regímenes constitucionales contemporáneos es que, mediante su protección, se facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación. Este argumento subraya que la comunicación y el libre flujo de informaciones, opiniones e ideas en la sociedad es un elemento esencial del esquema de gobierno democrático y representativo, por lo cual la libertad de expresión, al permitir un debate abierto y vigoroso sobre los asuntos públicos, cumple una función política central”; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de 24 de junio de 2008, Patitó, José Ángel y otro v. Diario La Nación y otros: “con respecto a la libertad de expresión, esta Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que ella tiene en un régimen republicano. En este sentido ha dicho desde antiguo que (...) entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal”; TEDH, Caso Soulas y otros v. Francia, 10 de octubre de 2008, párr. 34: “la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y la apertura. En repetidas ocasiones, la Corte reiteró la importancia crucial de la libertad de expresión, que es uno de los requisitos previos para el buen funcionamiento de la democracia. Esta afirmación de la función social de la libertad de expresión es la filosofía básica de la jurisprudencia del Tribunal sobre el artículo 10”; Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de 17 de junio de 2009: “Al respecto ha explicado que la libertad de expresión es un derecho “funcionalmente esencial en la estructura del Estado constitucional de derecho” y que en su “vertiente pública, colectiva e institucional” se convierte en “pieza central para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa”; C-010/00, de 19 de enero de 2000: “La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas (CP art. 16) y en el desarrollo del conocimiento y la cultura (CP art. 71) sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa (CP arts. 1º, 3º y 40). Por ello, en numerosas decisiones, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad, que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado. Directamente ligado a la libertad de expresión, la Carta protege también de manera preferente la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación (CP art. 20), tradicionalmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado (CP art. 74), pues también es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En efecto, sólo con una prensa libre, pluralista e independiente, puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes”; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de 29 de marzo de 2011: “debe tenerse presente también que la libertad de expresión es un requisito indispensable de la democracia, -aunque ciertamente no el único-, pues permite la creación de la opinión pública, esencial para darle

4. Recapitulación

En el primer capítulo, tras decidir abandonar la idea de interpretar el derecho constitucional a la libertad de expresión con la lente de un literalismo absolutista, adquirimos automáticamente una deuda que estaremos intentando pagar durante el resto de la tesis. Recordemos que, una vez que reflexionamos sobre los reveladores resultados del ejercicio de reducción al absurdo que llevamos a cabo, nos comprometimos con buscar la manera de reducir el alcance de este derecho a sus justas dimensiones. En otras palabras, con tratar de ofrecer una interpretación más especializada y atractiva con la que pudiésemos hacer ver este derecho como un instrumento valioso, operativo, útil, necesario. Como *algo* cuya importancia social, política y jurídica podemos justificar con plena convicción.

En este segundo capítulo trabajamos con el propósito de empezar a saldar esa deuda. Iniciamos con unas consideraciones preliminares que nos llevaron a plantear las dos preguntas que debían encaminar o dirigir el esfuerzo por redefinir el alcance de este derecho: ¿Qué tienen de *especial* las “expresiones”? ¿Qué justifica que se les extienda un *bonus de escrutinio y protección constitucional*? Luego, mientras íbamos presentando diferentes respuestas, fuimos poniendo en la mira el conjunto de comunicaciones de las que podemos llegar a afirmar: *(i)* que tenemos razones de peso para considerar que, al

contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son por ejemplo el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política. La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas constituye el presupuesto necesario para la construcción de una dinámica social de intercambio de conocimientos, ideas e información, que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos, que en la democracia son tan necesarios como los acuerdos. Por su parte, el intercambio de opiniones e informaciones que se origina con la discusión pública contribuye a formar la opinión personal, ambas conforman la opinión pública, que acaba manifestándose por medio de los canales de la democracia representativa”; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, de 20 de septiembre 2012, cuando señala que la libertad de expresión “constituye uno de los derechos más importantes de la persona y uno de los pilares fundamentales de todo Estado democrático” e, igualmente, que “el deber del Estado de respetar y garantizar los principios fundamentales de una sociedad democrática incluye la obligación de promover un debate público abierto y plural”; COIDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela, 22 de junio de 2015, párr. 140: “Los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana resaltan la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, al establecer que «son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos» y «son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa»”.

menos en principio, deben permanecer salvaguardadas *aun cuando* real o potencialmente causen un daño, afecten un interés, un derecho o un bien jurídico –o, simplemente, que parezca razonable no salvaguardarlas– y (ii) que por su fragilidad necesitan de un contexto social y jurídico que solo puede crearse mediante estrategias extraordinarias de protección que respondan a su singular importancia y vulnerabilidad.

Aunque no conseguimos trazar con precisión quirúrgica las líneas que marcan las fronteras de ese conjunto o categoría –al que hemos tratado de apuntar con nuestro *principio de la libertad de expresión* –, me parece que el esfuerzo teórico que hicimos nos permitió avanzar en nuestro empeño por tratar de conseguir una interpretación más atractiva y convincente.

Por una parte, al irnos encontrando con concepciones más estrechas y bien definidas técnicamente del ámbito de regulación de este derecho –como las de MILTON, KANT, MILL, HOLMES, NICKEL, KARST, RAZ, BALKIN, SCANLON, STRAUSS, NAGEL, MEIKLEJOHN, POST, WEINSTEIN, SHIFFRIN o BLASI, entre otros–, fuimos tomando distancia frente a las acciones comunicativas más exóticas e indeseables del ejercicio de reducción al absurdo con que iniciamos esta tesis. Y, por la otra, conseguimos hacernos con una perspectiva teórica que nos permite separar y mantener iluminado el espacio en el que se encuentran los intereses comunicativos que debemos tener en mente cuando – en los siguientes capítulos– continuemos precisando y desarrollando jurídicamente el derecho constitucional a la libertad de expresión.

En palabras más sencillas, y ya para concluir, digamos entonces que nos hemos acercado al subconjunto de intereses comunicativos que realmente nos preocupa y para el que verdaderamente vamos a estar trabajando. Que ahora –sabiendo que tenemos una mejor guía o fundamentación que cuando estábamos “armados” únicamente con el diccionario y con nuestra intuición– podemos animarnos a hacer mejores juicios sobre cuáles actos comunicativos recae el derecho constitucional a la libertad de expresión y qué alcance –y qué grado de protección jurídica– necesita para poder cumplir satisfactoriamente esta función.

SEGUNDA PARTE: ¿CÓMO PROTEGER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

CAPÍTULO III: LAS FORMAS DEL DERECHO

1. Planteamiento del capítulo

Para comenzar, consideremos el siguiente escenario hipotético. Imaginemos que hay un lugar en que los conductores de la tercera edad son, en buena medida, los responsables de un elevado índice de accidentalidad vial. Con el propósito de lidiar con tan trágica situación –de mejorar la seguridad vial y de disminuir el número de accidentes– hemos estimado que es necesario regular jurídicamente la situación, retirando permisos o licencias de conducción cuando sea necesario. Estamos meditando ahora la forma en que vamos a hacerlo y, de entrada, pensamos en la siguiente opción: Ninguna persona podrá conducir automóviles por las vías públicas una vez que cumpla X años. Luego, se nos ha ocurrido esta otra: Ninguna persona podrá conducir automóviles por las vías públicas sí al hacerlo genera riesgos considerables de producir un accidente. Finalmente, contemplamos esta última alternativa: Ninguna persona podrá conducir automóviles por las vías públicas una vez que cumpla X años a no ser que renueve anualmente su licencia superando las pruebas pertinentes para determinar que al hacerlo no va a generar riesgos sustanciales de producir un accidente.

Toda nueva indagación comienza con una nueva pregunta. La nuestra, en una tesis sobre el derecho constitucional a la libertad de expresión, no es, por supuesto, la que nos haga buscar respuestas a problemas relacionados con la seguridad vial. Este escenario hipotético nos conduce a esa nueva pregunta por una vía un tanto más sutil. Nos deja frente al hecho de que siempre –o al menos generalmente– hay, aun ante una misma situación fáctica y unos mismos propósitos normativos, más de una alternativa a nivel institucional y jurídico. Y que, justo por ello –porque suele haber más de un camino–, es preciso que empecemos por preguntarnos por cuál de ellos vamos a movernos.

En este capítulo, y en el que le sigue, vamos a hacernos cargo precisamente de esta clase de preguntas y a elegir el camino por el que nos moveremos. Para hacerlo, tendremos la difícil tarea de observar diferentes alternativas y de escoger cuál de ellas nos

vendrá mejor para desarrollar técnico-jurídicamente un *principio de la libertad de expresión* como el que hemos venido perfilando.

Si, para afrontar esta nueva tarea, reflexionamos sobre nuestros avances en la tesis tomando como referente ese escenario hipotético, observaremos que la exploración que venimos de realizar en el capítulo anterior nos ha dado muchas de las respuestas que necesitamos –nosotros también sabemos, así sea prototípicamente, qué situaciones queremos regular y con qué propósito las queremos regular–. Pero no puede darnos todas las respuestas que vamos a necesitar dar para presentar una interpretación verdaderamente atractiva del derecho constitucional a la libertad de expresión –pues al fin y al cabo este es, como el Derecho constitucional en general, algo más que filosofía política–. Tenemos ahora que dar un paso adelante y asumir el reto de precisar la *forma* jurídica que le vamos a dar a la *sustancia* –al principio– que hemos ido obteniendo con nuestra exploración.

Desde esta nueva perspectiva, ya no nos preocuparemos solamente por delimitar el conjunto de acciones comunicativas que deben despertar el interés del derecho constitucional a la libertad de expresión, sino que también tendremos que establecer que es lo que este derecho puede hacer para defenderlas una vez que efectivamente entre en juego. Debemos determinar, en otras palabras, no solo el *alcance* del *principio de la libertad de expresión* que hemos ido levantando, sino también su *peso, fuerza o poder* – hasta qué punto puede y debe mantener protegidas las acciones comunicativas sobre las que recae incluso cuando estas causen algún daño o se interponen en el camino de otros derechos e intereses que también estimamos como valiosos–.

Para aventurar –por ahora tan solo con fines introductorios– las *formas* en que podríamos construir este principio, de manera que ofrezca diferentes grados de protección, consideremos las siguientes posibilidades. Moviéndonos en paralelo a las alternativas que contemplamos en el escenario hipotético, podríamos comenzar estableciendo que la protección de la acción comunicativa será la consecuencia jurídica necesaria de un derecho construido como una *regla categórica* que no admitirá excepciones en su aplicación –por lo que ofreceríamos una “*protección absoluta*” a todas las acciones comunicativas que estén dentro de su alcance–. En segundo lugar, tendríamos la posibilidad de crear un *estándar* que nos permita postergar la decisión sobre la consecuencia jurídica –la *eventual protección* de la acción comunicativa– hasta cuando tengamos los resultados de un proceso en el que ponderaremos todas las circunstancias y

los intereses que están en juego en cada caso particular. Finalmente, podríamos pensar en levantar un modelo de protección que se base en una fuerte *presunción de inconstitucionalidad* para toda limitación que afecte una conducta que esté cubierta por el derecho a la libertad de expresión.

Ahora que dejamos de hablar de seguridad vial, y empezamos a hablar de libertad de expresión, podemos entonces reiterar una pregunta y avanzar otra para dejar planteado este tercer capítulo: ¿En qué *forma* debemos construir el derecho constitucional a la libertad de expresión? ¿Por cuál estas u otras alternativas deberíamos optar?

2. La forma del derecho

Como veíamos en el escenario hipotético del planteamiento del capítulo, para construir el derecho debemos encontrar la manera de traducir políticas públicas y/o principios en una red de directivas jurídicas que puedan ser aplicadas por los operadores a los casos particulares¹. Este proceso de construcción se ha dado de manera contingente y, naturalmente, es fácil imaginar cómo algunas de las cosas que hoy damos por sentadas hubieran podido darse de otra manera. Así, p. ej., si estuviéramos en sociedades menos desarrolladas jurídicamente, probablemente discutiríamos y aplicaríamos las políticas públicas y/o los principios que subyacen a cada directiva de manera directa, es decir, sobre los hechos y los condicionantes específicos de cada caso. Iríamos, de esta manera, resolviendo los conflictos a medida que estos se fueran presentando.

Pero, insistamos, este no es el caso en las sociedades donde rige un sistema jurídico. En estas, usamos esa red de directivas generales para que, cuando se presenten ciertas

¹ Evidentemente, no podremos sumergirnos tan profundamente como para captar toda esa compleja trama que se va tejiendo entre diferentes directivas, principios, políticas públicas, operadores, aplicadores, ciudadanos de a pie, etc. Estando la exhaustividad fuera de nuestras necesidades, objetivos o propósitos, nos contentaremos con abrirnos un camino que, aunque no nos permite recorrer todo el escenario en el que se entreteje esa compleja trama –suponiendo que ello fuera posible–, tiene la ventaja de estar diseñado en función de las necesidades particulares de esta tesis. Sobre la necesidad de realizar esta clase de enfoques v. HART, J. Soc'y Pub. Tchrs. L. 4 (1957), 143, quien, haciendo una reseña de un extenso texto jurídico, planteaba: “Después de las primeras circunnavegaciones de los exploradores, ¿siguen siendo realmente necesarias estas visitas guiadas por el mundo de la Jurisprudencia en más de 500 páginas? ¿Son incluso saludables? ¿No sería mejor hacer viajes más cortos y penetrar más profundamente en un solo territorio? Parece que solo los británicos tienen esta pasión por estas guías de viaje globales; Los estadounidenses, interesados en la jurisprudencia, las encuentran desconcertantes y deprimentes, y sospechan, probablemente con razón, que solo florecen aquí porque están orientados a un tipo de evaluación estándar que obliga al estudiante a prepararse para regurgitar una gran variedad de opiniones de alguien en una gran variedad de asuntos.”.

situaciones –o incluso antes de que lleguen a ocurrir– los operadores ya cuenten con un marco que les permita enfocar el espacio en que se encuentran las mejores respuestas frente al asunto –o que, por lo menos, excluya o deje fuera de su alcance algunas posibilidades que podrían ser consideradas si es que pudiesen examinar y resolver el asunto con una “discrecionalidad ilimitada”²–.

En los sistemas jurídicos estas directivas pueden llegar a ser muy diferentes y es común que se les distinga y clasifique atendiendo a ciertas características como la autoridad que las ha emitido, la materia que regulan, su jerarquía dentro del sistema jurídico, lo ancho de su alcance, su grado de generalidad, entre muchas otras particularidades³. Para nuestros objetivos actuales, señalemos simplemente que estas directivas suelen ser distinguidas también por su *forma*, que puede variar dependiendo del grado de discrecionalidad que le permite emplear legítimamente al operador^{4/5}. O, siguiendo las pistas de la misma idea con la formulación de KAPLOW, según cuántas

² La expresión –y el sentido de la misma–, ha sido tomada de SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 960. Este autor se refiere con esta a: “la capacidad de ejercer el poder oficial como uno elige, haciendo referencia a las consideraciones que uno quiere considerar, ponderadas como uno quiera ponderarlas.”. El mismo autor también desarrolla esta idea en: SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 106 ss. En el mismo sentido también: FRIED, Harv. L. Rev. 76 (1963), 759 s.; SCHAUER, Va. L. Rev. 90 (2004), 1909-1956; ALEXANDER/SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 48 (2006-2007), 1586 s.

³ Cfr. DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 66; SCHLAG, UCLA L. Rev. 33 (1985) 380; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 108; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 540.

⁴ Cfr. KELMAN, *A guide to CLS*, 1987,16; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994), 1194; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 542; SCHAUER, J. Contemp. Legal Issues 14 (2004-2005), 803; LEHR 4 (2010), 40; en Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, 2012, 312; SOAMES, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 26 s.; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 172. KENNEDY, Harv. L. Rev. 89 (1976), 1687 ss., nos va a proponer, por su parte, incorporando el pensamiento de Jhering, que no miremos este *continuum* con grados de discrecionalidad, sino con el grado de “realizabilidad formal” de la directiva. Aunque se mirarían así las cosas desde el ángulo inverso, la idea, en cualquier caso, se mantendría intacta.

⁵ La definición que hace GARCÍA AMADO, Isegoría 35 (2006), 151 s., de discrecionalidad, a pesar de que, por sus intereses, él tan solo la refiera a los jueces, también puede resultar muy iluminadora en este punto: “¿Qué significa aquí discrecionalidad? Con este término aludimos a la libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. Así pues, si hay discrecionalidad significa que al juez las soluciones de los asuntos que decide no le vienen dadas y predeterminadas enteramente, al cien por cien, por el sistema jurídico, sino que éste, en medida mayor o menor, le deja espacios para escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico”.

cuestiones relevantes para la solución jurídica del caso sean atendidas desde una perspectiva *ex ante* o desde una *ex post*⁶.

Una manera muy común de hacer esta clase de distinciones –entre las *formas* de las directivas– es la de clasificarlas como *reglas* o *estándares*⁷ según el espacio que ellas ocupen dentro de ese espectro continuo de mayor o menor discrecionalidad con que cuenta el operador.⁸ Cuando queremos apuntar hacia el lado del tablero en el que se encuentran aquellas directivas que trasladan un menor grado de discrecionalidad al operador –y que tienen una solución jurídica prevista incluso antes de que las circunstancias del caso ocurran–, entonces hablamos de que la directiva es una *regla* o, por lo menos, de que la directiva tiene una *tendencia a la regla*⁹. Cuando queremos apuntar en la dirección contraria, hacia donde se encuentran aquellas directivas que confieren mayor discrecionalidad al operador –que delegan en este un mayor número de

⁶ KAPLOW, Duke L.J. 42 (1992), 560, en los propios términos que emplea el autor: “La única distinción entre reglas y estándares es la medida en que los esfuerzos para dar contenido a la ley se llevan a cabo antes o después de que los individuos actúen.”. En un sentido similar también se habían pronunciado anteriormente: EASTERBROOK, Harv. L. Rev. 98 (1984), 4 s., 10s., *passim*; ROSE, Stan. L. Rev. 40 (1988), 591 ss. Y, más recientemente, SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 965; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 5; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1295 s.; PARK, Cal. L. Rev. 100 (2012), 130; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 166; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 564 s., 572-576.

⁷ Cfr. SCHLAG, UCLA L. Rev. 33 (1985), 380; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 15-63; KRESS, Cal. L. Rev. 77 (1989), 308; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994), 1194; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 964; Harv. L. Rev. 110 (1996-1997), 19, 42; ALEXANDER, Notre Dame L. Rev. 72 (1996-1997), 542; FALLON, Harv. L. Rev. 111(1997-1998), 81; Harv. L. Rev. 119 (2006), 1288; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 9; KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 23; SCHAUER, J. Contemp. Legal Issues 14 (2004-2005), 803; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1295; BLOCHER, N.Y.U. L. Rev. 84 (2009), 381; WALDRON, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 62-67; PARK, Cal. L. Rev. 100 (2012), 130; RIDGWAY, Am. U. L. Rev. 61 (2012), 1183; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 166; KOLBER, Ala. L. Rev. 67 (2016), 861.

⁸ Cfr. EHRLICH/POSNER, J. Legal Stud. 3 (1974), 261; BAIRD/WEISBERG, Va. L. Rev. 68 (1982), 1227; SCHAUER, Nw. U. L. Rev. 78 (1983-1984), 1285 s.; Harv. J. L. & Pub. Pol'y. 14 (1991), 650 s.; J. Contemp. Legal Issues 14 (2004-2005), 803; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 15-63; RADIN, Harv. J.L. & Pub. Pol'y 14 (1991), 828-832; SULLIVAN, Harv. L. Rev. 106 (1992), 61; FAIGMAN, Hastings L.J. 44 (1993) 831 s.; POST, Cal. L. Rev. 82 (1994), 493; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 960 s.; U. Chi. L. Rev. 33 (1999), 640; WILSON, Ariz. St. L.J. 27 (1995), 776, 778; FALLON, Colum. L. Rev. 97 (1997), 3; Harv. L. Rev. 111(1997-1998), 82; Cal L. Rev. 87(1999), 539; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 8 s.; KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 24 s.; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1296; WALDRON, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 65, 70; MERRILL, Admin. L. Rev. 54 (2002), 819; PARK, Cal. L. Rev. 100 (2012), 131 s.; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 173, 180 s.

⁹ Cfr. KENNEDY, Harv. L. Rev. 89 (1976), 1687 ss.; DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 73 s.; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 15; SCHAUER, U. Cin. L. Rev. 56 (1988), 1189 s.; J. Contemp. Legal Issues 14 (2004-2005), 803; ROSE, Stan. L. Rev. 40 (1988), 592; SULLIVAN, Harv. L. Rev. 106 (1992), 57; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 961 s.; *Legal Reasoning*, 1996, 112; Harv. L. Rev. 110 (1996-1997), 42; WILSON, Ariz. St. L.J. 27 (1995), 777; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 8; BLOCHER, N.Y.U. L. Rev. 84 (2009), 382; PARK, Cal. L. Rev. 100 (2012), 130.

cuestiones relevantes para que sean valoradas solamente después de que el caso bajo examen haya ocurrido—, entonces decimos que la directiva luce más bien como un *estándar*¹⁰.

Siendo estas las definiciones estipulativas de *regla* y *estándar* de las que partiremos, detengámonos en este punto para insistir en algunas de las características de estas dos *formas* que, aunque como veremos están lejos de ser las únicas, pueden darnos una mano ahora para introducirnos al tema. Cuando queremos formular una directiva para que sea aplicada como una regla, tratamos de describirle un *supuesto de hecho* al operador jurídico de la manera más clara posible con el fin de que, cuando este compruebe su ocurrencia en el mundo social, aplique la *consecuencia jurídica* que ya hemos determinado por anticipado¹¹. La primera de las alternativas que proponíamos en el planteamiento del capítulo es un buen ejemplo de una directiva que luce como una regla. Decíamos que, para lidiar con el alto índice de accidentalidad vial, producido por los conductores de la tercera edad, podíamos diseñar la siguiente directiva: *Sí ya cumplió X años, entonces se le prohíbe conducir automóviles por las vías públicas*. Notará el lector que con esta directiva buscamos restringir la actividad del aplicador a una verificación fáctica¹². Nosotros, al diseñar o crear la directiva, ya estamos haciendo, *ex ante*, las

¹⁰ Cfr. SUNSTEIN, Harv. L. Rev. 110 (1996-1997), 42; SCHAUER, J. Contemp. Legal Issues 14 (2004-2005), 804; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 542; ALEXANDER/SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 48 (2006-2007), 1590; NASH, Vand. L. Rev. 65 (2012), 527; PARK, Cal. L. Rev. 100 (2012), 130, 136; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 166.

¹¹ Cfr. KENNEDY, J. Legal Stud. 2 (1973), 355; Harv. L. Rev. 89 (1976), 1687 ss.; HART, *Essays*, 1983, 63 s.; SCHLAG, UCLA L. Rev. 33 (1985) 380; SCHAUER, Law and Philosophy 6 (1987), 1117; Wm. & Mary L. Rev. 29 (1987-1988), 47; Yale L.J. 97 (1987-1988), 534; Const. Comment. 6 (1989), 75; en Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, 2012, 312 s.; FAIGMAN, Hastings L.J. 44 (1993) 834; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994), 1194; SULLIVAN, Harv. L. Rev. 106 (1992) 58; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 961: “La característica clave de las reglas es que intentan especificar los resultados antes de que surjan los casos particulares. Las reglas se definen en gran medida por el carácter *ex ante* de la ley. Por la aspiración a un sistema de reglas, me refiero a algo muy simple: *los enfoques del derecho que tratan de hacer que la mayoría o casi todos los juicios jurídicos bajo la disposición jurídica vigente antes de los casos reales*. Tenemos reglas, o (mejor) «tendencia a la regla», en la medida en que el contenido de la ley se haya establecido antes de las aplicaciones de la ley”; *Legal Reasoning*, 1996, 104; CAMPBELL, *Legal Theory*, 1996, 6; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 538; Queen’s L.J. 33 (2007-2008), 6; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 5, 9; POSNER, en *MindGames, Inc. v. W. Pub. Co.*, 218 F.3d 652 (7th Cir. 2000); KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 23 ss.; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1295; SOAMES, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 17; WALDRON, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 62; PARK, Cal. L. Rev. 100 (2012), 130; RIDGWAY, Am. U. L. Rev. 61 (2012), 1184; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 166, 173, 175; KOLBER, Ala. L. Rev. 67 (2016), 861. V. adicionalmente: Cap. I, n.1.

¹² Cfr. KELMAN, *A guide to CLS*, 1987,15; KRESS, Cal. L. Rev. 77 (1989), 308; KAPLOW, Duke L.J. 42 (1992), 559 s.; SULLIVAN, Harv. L. Rev. 106 (1992), 58; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994), 1192, 1196; FALLON, Harv. L. Rev. 119 (2006), 1288; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1296; POSNER,

valoraciones necesarias para resolver el caso. A el operador solo le corresponde, tras encontrar un caso perteneciente a la categoría que le hemos referenciado, aplicar la solución jurídica que ya hemos dispuesto. No es necesario –e incluso puede resultar inconveniente–, que el operador haga cualquier maquinación, ponderación o valoración adicional sobre las razones de fondo que nos llevaron a adoptar la directiva¹³. La regla, por lo menos frente a los casos claros, centrales o paradigmáticos que ella describe, puede y debe aplicarse directamente^{14/15}.

Cuando queremos formular una directiva jurídica como un estándar, las cosas –al nivel de la aplicación– pueden llegar a ser muy distintas. Mientras que la regla va a traducir –a capturar en cierto sentido– las políticas públicas o los principios subyacentes en una categoría fáctica, para poder ser aplicada con independencia de estos¹⁶, con el

en *MindGames, Inc. v. W. Pub. Co.*, 218 F.3d 652 (7th Cir. 2000); ALEXANDER/SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 48 (2006-2007), 1588; WALDRON, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 62.

¹³ Cfr. NIMMER, Cal. L. Rev. 56 (1968), 946 s.; KENNEDY, J. Legal Stud. 2 (1973), 359; EHRlich/POSNER, J. Legal Stud. 3 (1974), 271; RAZ, Phil. & Pub. Aff. 14 (1985) 15; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 15; SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 29 (1987-1988), 43 ss.; Yale L.J. 97 (1987-1988), 535; Const. Comment. 6 (1989), 69; en Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, 2012, 312 s.; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994) 1192 s., *passim*.; FALLON Notre Dame L. Rev. 72 (1996-1997), 1392; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 106, 109, 114; SHAPIRO, Legal Theory 4 (1998) 494; KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 23; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1296; ALEXANDER/SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 48 (2006-2007), 1588; ALEXANDER, Queen's L.J. 33 (2007-2008), 6; BLOCHER, N.Y.U. L. Rev. 84 (2009), 382; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 173.

¹⁴ Cfr.: HART, *Essays*, 1983, 63 s., 71 s.; *El concepto*, 3.^a, 2011, 14 s., 158; Harv. L. Rev. 127 (2013-2014), 653; SCHLAG, UCLA L. Rev. 33 (1985) 385; SCHAUER, S. Cal. L. Rev. 58 (1985) 410 s.; *Pensar como abogado*, 2013, 35 s.; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 114; KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 23; ALEXANDER/SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 48 (2006-2007), 1588; PARK, Cal. L. Rev. 100 (2012), 130; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 173 s.

¹⁵ Para tener más ejemplos, de directivas diseñadas como reglas, consideremos primero el caso de una directiva que debe seguir cualquier expendedor de bebidas alcohólicas: *si* quien está interesado en la compra no acredita ser mayor de edad, *entonces* está prohibido venderle bebidas alcohólicas. Así de simple. No debe interesar aquí que, como seguramente suceda en muchas ocasiones, un potencial comprador, al que le falten pocos días para alcanzar la mayoría de edad, pudiera ser justamente considerado por el operador como un consumidor de licor mucho más responsable que varias de las personas que ya tienen la edad suficiente para comprar bebidas alcohólicas. Al crear este tipo de directivas ya hemos considerado que esas cuestiones se podrían presentar y aun así hemos previsto una solución: esa venta está prohibida. El punto central de hacer una regla en que el único factor sea la edad es precisamente excluir la consideración de esos otros factores. Son esas mismas expectativas las que tenemos, frente a la labor de un jurado de votación, cuando hemos regulado jurídicamente el derecho al voto. No nos interesa en lo más mínimo que al jurado le parece que el joven que recién llega a votar a su mesa no esté preparado, por su evidente inmadurez, para asumir la enorme responsabilidad de escoger un presidente. La consideración de ese tipo de factores ha quedado excluida por la regla. Su función, frente a esta cuestión en particular, se debe limitar a lo siguiente: *si* verifica que se trata de un mayor de edad, *entonces* debe permitirle votar.

¹⁶ Cfr. BAIRD/WEISBERG, Va. L. Rev. 68 (1982), 1227; SCHAUER, *Law and Philosophy* 6 (1987), 1117, va a hablar de esa traducción que se hace con la regla como una en la que se “reducen abstractas e infinitamente flexibles justificaciones por más particulares y menos maleables reglas”; Wm. & Mary L. Rev. 29 (1987-1988), 43 ss.; Yale L.J. 97 (1987-1988), 536; Const. Comment. 6 (1989), 75 ss.; *Pensar como abogado*,

estándar tendemos a deshacer esa instancia mediadora y a proponer, en cambio, que el operador tenga más acceso a las justificaciones subyacentes para que las pueda aplicar directamente sobre el caso particular¹⁷. La segunda de las alternativas que esbozábamos en el escenario hipotético nos puede servir como ejemplo de esta *forma* de directiva: Ninguna persona podrá conducir automóviles por las vías públicas si al hacerlo genera riesgos *considerables* de producir un accidente. Al diseñar alternativas de este tipo lo que pretendemos es que, cuando un operador deba decidir si a X persona de la tercera edad se le va a permitir conducir por las vías públicas, no tenga en cuenta exclusivamente la edad, sino todos los factores que pueden resultar pertinentes para poder *considerar* el riesgo que genera ese conductor en particular –factores que nosotros, como creadores de la directiva, desde una limitada perspectiva *ex ante*, no podemos si quiera llegar a imaginar–¹⁸. El operador conoce nuestros propósitos: queremos reducir el alto índice de accidentalidad vial que, al menos en gran medida, es provocado por los conductores de la tercera edad. Dejamos en sus manos la responsabilidad de encontrar la mejor forma de

2013, 34: “entender lo que las reglas son y cómo funcionan implica entender que la regla, como regla escrita, es importante en sí misma, no solo una ventana transparente que deja ver la justificación subyacente.”; KRESS, Cal. L. Rev. 77 (1989), 308; CAMPBELL, *Legal Theory*, 1996, 6; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 106, 111; SHAPIRO, *Legal Theory* 4 (1998) 494; NANCE, *Fordham L. Rev.* 75 (2006), 1295; ALEXANDER/SCHAUER, *Wm. & Mary L. Rev.* 48 (2006-2007), 1588; ALEXANDER, *Queen's L.J.* 33 (2007-2008), 6, 11; BLOCHER, *N.Y.U. L. Rev.* 84 (2009), 382; PARCHOMOVSKY/STEIN, *Colum. L. Rev.* 115 (2015), 173.

¹⁷ Cfr. FRIED, *Harv. L. Rev.* 76 (1963), 755; NIMMER, *Cal. L. Rev.* 56 (1968), 939; KENNEDY, *J. Legal Stud.* 2 (1973), 351 s.; *Harv. L. Rev.* 89 (1976), 1688; EHRlich/POSNER, *J. Legal Stud.* 3 (1974), 270 s.; BAIRD/WEISBERG, *Va. L. Rev.* 68 (1982), 1227 s.; HART, *Essays*, 1983, 72; DIVER, *Yale L.J.* 93 (1983), 70; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 41 s.; KRESS, *Cal. L. Rev.* 77 (1989), 308; SCHAUER, *Harv. J. L. & Pub. Pol'y.* 14 (1991), 648; *J. Contemp. Legal Issues* 14 (2004-2005), 804; en Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, 2012, 312 s.; *Pensar como abogado*, 2013, 30 ss.; SULLIVAN, *Harv. L. Rev.* 106 (1992), 58; FAIGMAN, *Hastings L.J.* 44 (1993) 834; ALEXANDER/SHERWIN, *U. Pa. L. Rev.* 142 (1994), 1194; ALEXANDER, *U. Chi. L. Rev.* 66 (1999), 542 ss.; KOROBKIN, *Or. L. Rev.* 79 (2000), 23; NANCE, *Fordham L. Rev.* 75 (2006), 1295; FALLON, *Harv. L. Rev.* 119 (2006), 1288; HART, *El concepto*, 3.^a, 2011, 163; POSNER, en *MindGames, Inc. v. W. Pub. Co.*, 218 F.3d 652 (7th Cir. 2000); PARCHOMOVSKY/STEIN, *Colum. L. Rev.* 115 (2015), 174; KOLBER, *Ala. L. Rev.* 67 (2016), 861.

¹⁸ KOROBKIN, *Or. L. Rev.* 79 (2000), 26; SOAMES, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 28; NASH, *Vand. L. Rev.* 65 (2012), 522; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 571.

perseguirlos atendiendo –siendo sensible– a las circunstancias específicas de cada caso^{19/20}.

Antes de mirar algunos de los costos y los beneficios que deben ser tenidos en cuenta para decidir cuál de estas *formas* va a dársele a una directiva, es importante que, partiendo del hecho de que esta clase de distinciones marcan la ubicación aproximada de una directiva dentro de un espectro continuo de discrecionalidad –y no la existencia de un par de conceptos perfectamente separables–, hagamos un par de precisiones que mejoren nuestro análisis sobre las *formas*. Que hagan nuestro análisis sea –aunque todavía muy breve– más sutil y refinado. Inicialmente, vamos a observar cómo se puede ir ampliando la caja de herramientas o materiales para la construcción jurídica, añadiendo otras *formas* del derecho distintas a las que ya hemos contemplado. Luego, veremos hasta qué punto podemos definir cuestiones sobre la aplicación de las directivas desde la etapa de su diseño o creación.

A. Otras formas del derecho

¹⁹ SCHAUER, *Const. Comment.* 6 (1989), 70; ALEXANDER, *U. Chi. L. Rev.* 66 (1999), 543; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 134; SOAMES, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 23 s., 27; WALDRON, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 65 s.; NASH, *Vand. L. Rev.* 65 (2012), 522; PARK, *Cal. L. Rev.* 100 (2012), 136; RIDGWAY, *Am. U. L. Rev.* 61 (2012), 1184; PARCHOMOVSKY/STEIN, *Colum. L. Rev.* 115 (2015), 170, 174; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 571 s.

²⁰ HART, *El concepto*, 3.^a, 2011, 163, puede dar una mano para entender cómo operan los *estándares* con otro ejemplo: “El ejemplo más famoso de esta técnica en el derecho angloamericano es el uso del *standard de due care* (debido cuidado), en los casos de culpa o negligencia. Se pueden aplicar sanciones civiles, y con menos frecuencia sanciones penales, a quienes omiten poner un cuidado razonable para no causar daños físicos a otros. Pero ¿qué es cuidado razonable o debido cuidado en una situación concreta? Podemos, por supuesto, citar ejemplos típicos de debido cuidado: hacer cosas tales como detenerse, observar y escuchar en las intersecciones de tránsito. Pero todos sabemos que las situaciones en que hay que poner cuidado son enormemente diversas y que muchas otras acciones se exigen además de “detenerse, observar y escuchar”, o en lugar de estas últimas; en realidad éstas pueden no ser suficientes. y podrían ser totalmente inútiles si observar no ayudara a conjurar el peligro. Mediante la aplicación de *standards* de cuidado razonable se trata de asegurar (1) que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial, y (2) que esas precauciones sean tales que el peso de ellas no implique un sacrificio demasiado grande de otros intereses respetables. No es mucho lo que se sacrifica deteniéndose, observando y escuchando, salvo, naturalmente, que se esté transportando al hospital a un hombre con una hemorragia que pone en peligro su vida. Pero debido a la inmensa variedad de casos posibles en que se exige prudencia o cuidado, no podemos prever *ab initio* qué combinaciones de circunstancias se presentarán, ni prever qué intereses tendrán que ser sacrificados, o en qué medida, para adoptar precauciones contra el daño. Por ello es que no podemos considerar, antes de que se presenten los casos particulares, cuál es precisamente el sacrificio o compromiso de intereses y valores que estamos dispuestos a hacer para reducir el riesgo de daño. También aquí, nuestro propósito de proteger a los hombres contra el daño será indeterminado mientras no lo pongamos a prueba en relación con posibilidades que sólo la experiencia nos brindará; cuando esto ocurre tenemos que enfrentar una decisión que, si se toma, hará que nuestro propósito quede determinado en esa medida”.

Hablamos de diferentes *formas* cuando queremos señalar diferencias de grado, no de género. Por eso, no habría ningún obstáculo para distinguir, p. ej., los *estándares* que otorgan menos discrecionalidad al operador de los que le otorgan más²¹. Así, para seguir con el caso de los conductores de la tercera edad, se podría definir que, para determinar si estos generan un riesgo *considerable*, deben valorarse única y exclusivamente los siguientes factores: edad, estado de salud del conductor, resultados de una prueba escrita sobre conducción y resultados de una prueba real de conducción. Sin llegar a ser una regla, este estándar ciertamente se mueve en esa dirección. Tendría una estructura más definida, en la que se concede menor discrecionalidad al aplicador al restringirse por anticipado los criterios en que debe basarse la decisión. Así, por tanto, estaríamos ante una *forma* más cerrada –más trabajada desde una perspectiva *ex ante*– que sería notoriamente distinta a la de un estándar puro –completamente abierto o desestructurado–, como el que contemplábamos en la segunda de las alternativas²².

No interesa ahora comprobar si esta nueva *forma*, que llamaremos estipulativamente *test de múltiples factores*²³, es superior a la del *estándar* que habíamos

²¹ Cfr. KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 19 s.; KAPLOW, Duke L.J. 42 (1992), 562; WILSON, Ariz. St. L.J. 27 (1995), 773; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, *Ethics* 110 (1999), 19 ss.; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1296; FALLON, UCLA L. Rev. 54 (2006-2007), 1271; SCHAUER, LEHR 4 (2010), 39, *passim*; en Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, 2012, 308-316, quien muestra muy convincentemente este punto rastreando muy hábilmente la diferencia *formal* que hay entre el nivel de discrecionalidad que otorga un estándar completamente desestructurado y un test como el de proporcionalidad (316): “la estructura de la argumento de la proporcionalidad le hace menos variable que un proceso de ponderación abierta en el que quien toma la decisión es libre, no solo de decidir qué factores son los relevantes, sino también de decidir cuándo peso debe tener cada uno de esos factores”; en Huscroft/Miller/Webber (eds.), *Proportionality*, 2012, 173-185; Wm. & Mary L. Rev. 56 (2015), 1620 s.; WALDRON, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 72 ss.; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 181.

²² Cfr. RAZ, Phil. & Pub. Aff. 14 (1985) 14; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 963 s.; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, *Ethics* 110 (1999), 19 ss.; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 544 s.; KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 28 s.; SCHAUER, LEHR 4 (2010), 38 s.; en Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, 2012, 310.

²³ Siguiendo en ello autores como KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 28 o SCHAUER, J. Contemp. Legal Issues 14 (2004-2005), 806.

definido con antelación^{24/25}. Lo único que debemos saber ahora es que hay más *formas*, más herramientas para trabajar en el diseño de las directivas jurídicas. Y a esto apunta precisamente esta primera cuestión, a que logremos ver que hay sobre la mesa muchas opciones²⁶.

Para hacer más refinada nuestra aproximación al desarrollo técnico-jurídico del derecho constitucional a la libertad de expresión, tendremos entonces que empezar teniendo en cuenta lo siguiente. Cuando se juega con las diferencias de grado que hay en el espectro de discrecionalidad se pueden ir encontrando una serie de *formas*, de combinaciones y posibilidades para la creación de directivas, virtualmente infinita²⁷. En otras palabras, para buscar todos los materiales que pueden ser empleados legítimamente para construir el derecho, no debemos concentrarnos exclusivamente en las *reglas* y los

²⁴ Esta claramente fuera de nuestros intereses hacer un catálogo completo de las *formas* posibles y sus respectivos nombres, definiciones o etiquetas. Lo único que queremos ahora, siguiendo el programa que se ha trazado desde el planteamiento del capítulo, es mostrar que siempre, o al menos muy generalmente, hay, aún ante una misma situación fáctica y unos mismos propósitos normativos, una amplia gama de materiales o herramientas con las que se puede trabajar al nivel jurídico. Que hay, en cualquier sistema jurídico, distintas formas de hacer las cosas. En cualquier caso, digamos que es ese *estándar* –más abierto o desestructurado, que deja que prácticamente todas las cuestiones relevantes para resolver el caso sean consideradas desde una perspectiva *ex post*– el que luego va a aplicarse con un nivel de “discrecionalidad ilimitada” o, en cualquier caso, algo muy cercano a ello. Siguiendo la denominación que emplean autores como SCHAUER, Harv. J. L. & Pub. Pol’y. 14 (1991), 649; en Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, 2012, 309, 311; Va. L. Rev. 90 (2004) 1909;1926, 1939; TUSHNET, J. Legal Analysis 4 (2012), 109 o SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 11, podríamos decir que son estas directivas las que llaman a una aplicación mediante “juicios-específicos-del-caso” con “todas-las-cosas-consideradas” o, si preferimos una como la que emplea MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 564 s., 575, podríamos hablar de “juicios holísticos con todas las cosas consideradas”.

²⁵ Si dejamos de lado por un momento a los realistas, entre los juristas los penalistas suelen ser los que más han desarrollado habilidades para notar estas diferencias de grados en el espectro de discrecionalidad también dentro de las reglas. Así, aunque cualquier tipo penal luzca y deba ser aplicado como una regla, los penalistas se las han arreglado para, con gran sutileza, sostener una distinción entre los tipos penales más vagos o indeterminados y los tipos penales más cerrados. Se suele, tras haber hecho esta clasificación, apuntar críticamente a los primeros, que siempre resultarán más sospechosos justamente por permitir un mayor grado de discrecionalidad al aplicador. La exposición que hace MOLINA FERNÁNDEZ, en Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), *La justificación penal*, 2008, 20 s. es especialmente iluminadora. También, fuera del DP, resulta muy interesante el estudio de KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 23, *passim*.

²⁶ Que, para decirlo con PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 181: “El debate entre reglas-versus-estándares es importante y esclarecedor. Pero también es incompleto”. En este mismo sentido: SULLIVAN, Harv. L. Rev. 106 (1992), 62; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 961; WILSON, Ariz. St. L.J. 27 (1995), 773, 776, *passim*; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1296 s.

²⁷ Cfr. SCHAUER, Harv. J. L. & Pub. Pol’y. 14 (1991), 651; WILSON, Ariz. St. L.J. 27 (1995), 776, *passim*.

estándares puros, pues estos solo ocupan los extremos de un tablero que deja, en su espacio central, un mundo entero de alternativas²⁸.

Haciendo movimientos en ese tablero central, aprovechando esa gama de posibilidades, podríamos, p. ej., establecer un *test de múltiples factores*, similar al que acabamos de proponer, para que trabaje en una *regla*²⁹. Tendríamos una directiva con la *forma* de una *regla compleja*³⁰ o una *regla con excepciones explícitas*^{31/32}, en la que este *test de múltiples factores* regularía precisamente esos casos excepcionales en que se abre una puerta al aplicador para que considere otros factores antes de determinar la consecuencia jurídica³³. Esta *forma*, similar a la tercera alternativa de nuestro escenario hipotético, podría verse más o menos así: *Sí* ya cumplió X años y *no* ha obtenido una nueva licencia o permiso especial (aprobando las pruebas que se establezcan para determinar que al hacerlo no va a generar riesgos sustanciales de producir un accidente), *entonces* se le prohíbe conducir automóviles por las vías públicas³⁴.

²⁸ Cfr. KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 18 s.; RADIN, Harv. J.L. & Pub. Pol'y 14 (1991), 828-832; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 961: "A menudo se cree que un sistema de reglas es el polo opuesto de un sistema de discreción ilimitada. Como he notado, no existe tal oposición polar. Las disposiciones que parecen ser reglas pueden no eliminar la discreción. Existe un *continuum* que va de las reglas a la discreción ilimitada, con factores, guías de aplicación y estándares que se encuentran en el medio."; STRAUSS, U. Chi. L. Rev. 64 (1997), 373-387; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 172, *passim*.

²⁹ Cfr. EHRLICH/POSNER, J. Legal Stud. 3 (1974), 268; DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 70 s.; SULLIVAN, Harv. L. Rev. 106 (1992), 61.

³⁰ De acuerdo a la denominación que de este tipo de reglas hacen KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 26, NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1297 o PARK, Cal. L. Rev. 100 (2012), 136.

³¹ De acuerdo a la denominación que de este tipo de reglas hace SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 962 s.; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 9.

³² ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 544, por su parte, denominaría este tipo de regla como "regla impura" para distinguirla de la "regla pura": "La norma postulada «Conduzca a cincuenta y cinco» es una regla pura si se establece para cada conductor en nuestra comunidad la cuestión, de otra manera no resuelta, de qué tan rápido él o ella debe conducir. Una norma postulada que resuelve algunas, pero no todas las preguntas sin resolver que caen dentro de su alcance: «Conduzca a cincuenta y cinco a menos que esté lloviendo, en cuyo caso, conduzca razonablemente» podría llamarse una regla impura".

³³ Cfr. DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 70 s.; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 962 s.; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1297; HART, *El concepto*, 3.^a, 2011, 166.

³⁴ La estructura resultante en este caso sería algo como *Sí A y no B entonces C*. Pero tomemos otro ejemplo para que veamos cómo dentro de un sistema jurídico se suelen diseñar estructuras mucho más complejas. Para ello, veamos la variedad y plasticidad de la multiforme directiva que contempla el CPCol en su art. 64 para regular la concesión de la libertad condicional: "El juez, previa *valoración de la conducta punible*, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos: 1. Que la persona *haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena*. 2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita *suponer fundadamente* que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. 3. Que demuestre arraigo familiar y social. *Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer*, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o

B. Cuestiones sociojurídicas que afectan las formas del derecho

Íntimamente ligada al hecho de que nos estamos moviendo dentro de un espectro de discrecionalidad –donde no hay abismos insalvables sino sutiles diferencias–, se encuentra otra cuestión que, de alguna manera, puede complicar las cosas. La *forma* en que finalmente van a ser aplicadas las directivas no solo obedecerá a su diseño³⁵, sino también a diversas cuestiones sociojurídicas que, en algunas ocasiones, pueden ser anticipadas. Así, al crear directivas jurídicas, nuestra atención no debe permanecer enfocada solo al plano analítico más abstracto, pues debemos tratar de prever, todo cuanto podamos, las circunstancias institucionales, psicológicas, sociales, antropológicas, culturales, económicas, etc., que pudieran hacer que, *previsiblemente*, una directiva que hemos diseñado de cierta *forma* pueda ser trabajada de otra *forma* al momento de ser aplicada.

Tomemos el caso de la segunda de las alternativas examinadas: un estándar en que el operador debe atender a *todos* los factores que sean relevantes para decidir si un conductor genera un nivel de riesgo *considerable* de futuros accidentes. Siendo realistas, si cada uno de los aplicadores de nuestra directiva debe resolver cada día 10, 20 o 30 casos de personas de la tercera edad conduciendo por las vías, puede ser *previsible* que estos no vayan a poder detenerse a considerar, en cada ocasión, todos y cada uno de los factores que podrían llegar a ser relevantes para tomar una decisión en cada caso. Si este el volumen de casos que va a manejar un mismo aplicador, sería incluso factible anticipar que –para simplificar sus decisiones– en la práctica el único factor que este decida valorar

inexistencia del arraigo. *En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado* El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, *de considerarlo necesario*” (cursivas propias). Encontrará el lector aquí, en una sola directiva, que al aplicador se le encomiendan muchas tareas para que pueda determinar cuál es la consecuencia jurídica aceptable para ese caso. Hay, por lo menos, mandatos que parecen los de una regla, otros que parecen reglas con excepciones explícitas, también hay estándares con factores reducidos, y, por lo menos, un estándar abierto o desestructurado.

³⁵ Cfr.: DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 76; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987,20; SCHAUER, Const. Comment. 6 (1989), 80; U. Chi. L. Rev. 58 (1991), 872 s.; LEHR 4 (2010), 44; Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, 2012, 315; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 959 s.; WILSON, Ariz. St. L.J. 27 (1995), 779; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 9; ENDICOTT, *Palabras y reglas*, 2004, 76 ss.; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1296 s.

sea el de la edad del conductor, prohibiéndosele conducir si tiene más de X años³⁶. Independientemente de su diseño abierto, la directiva, en la práctica, pudiera funcionar más como una *regla* que como un *estándar*³⁷. Igualmente, podría darse el caso de que el costo del permiso especial para conducir –que deben tramitar las personas de la tercera edad en nuestra tercera alternativa– sea tan desproporcionadamente alto que ninguno de los conductores pueda permitirse costearlo. Así, nuestra tercera alternativa terminaría, *previsiblemente*, coincidiendo, en la práctica, con la primera, pues no habría esas excepciones³⁸.

C. Los costos y beneficios de las diferentes formas

Como bien señala KENNEDY, uno podría quedarse precisando este tipo de cuestiones, sobre las *formas* del derecho, “por un tiempo indefinido”³⁹. Para nuestros intereses, creo que con el par de elementos que hemos examinado podemos advertir suficientemente bien que, cuando hablamos de estas *formas*, las cosas son hartamente más sutiles y variadas –y si se quiere complicadas– de lo que las muestra esa clasificación ente

³⁶ Un ejemplo similar en: SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 965; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 9; KLEIN, Mich. L. Rev. 99 (2001), 1035 s.

³⁷ Volvamos al caso de la regulación jurídica de la libertad condicional en Colombia, que exponíamos en la n. 34. Cualquier persona mínimamente familiarizada con la situación del sistema penitenciario colombiano –en el que, para decirlo muy simple y resumidamente, hay miles de internos por cada juez de ejecución de penas–, imaginará que, en la práctica, el aplicador de esta directiva no pueda atender a todos los factores que podrían llegar a ser relevantes para tomar las decisiones que son delegadas en él por los creadores de la directiva. No se trata de que incumplan su labor, sino de que necesariamente –por falta de tiempo, recursos e información– tienen que encontrar un camino diferente para realizarla, y este camino es muy diferente al de la consideración de *todos* los factores relevantes de cada caso. Sobre la posibilidad de una paulatina transición de estándares a reglas v. EHRLICH/POSNER, J. Legal Stud. 3 (1974), 266 s.; KENNEDY, Harv. L. Rev. 89 (1976), 1690; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 20,44; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 546; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 9; KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 29; SCHAUER, J. Contemp. Legal Issues 14 (2004-2005), 803-814; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1297; TUSHNET, J. Legal Analysis 4 (2012) 106; PARK, Cal. L. Rev. 100 (2012), 142 s.; JACKSON, Yale L. J. 124 (2014-2015), 3167. Desde una perspectiva más general Cfr. KENNEDY, Harv. L. Rev. 89 (1976), 1688; SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 859 s., quien va a poner el asunto en los siguientes términos: “Si una disposición legal es una regla, una presunción, un principio, un estándar, una guía, un conjunto de factores -o algo más- no puede decidirse en abstracto. Todo depende de la comprensión y las prácticas de las personas que interpretan la disposición. Las prácticas interpretativas pueden convertir una disposición aparentemente similar a una regla en algo muy diferente a una regla”; WILSON, Ariz. St. L.J. 27 (1995), 779.

³⁸ O, también, podría darse el caso de que conseguir este permiso o licencia especial para conducir después de X años sea tan sencillo, que, en la práctica, toda persona de la tercera edad lo pueda conseguir con independencia de que genere o no mayores riesgos de accidentalidad al conducir. En este caso, la laxitud del permiso haría que nuestra regulación pierda toda racionalidad desde el punto de vista de los objetivos y las finalidades que pretendíamos con ella. En este mismo sentido: KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 26 s. WILSON, Ariz. St. L.J. 27 (1995), 779: “las formas se solapan unas con otras en la teoría y en la práctica”.

³⁹ Cfr. KENNEDY, Harv. L. Rev. 89 (1976), 1709.

reglas y estándares de la que habíamos partido⁴⁰. Esas pequeñas ventanas que abrimos para conocer algo más sobre este tema nos han permitido apreciar que las diferencias entre *formas* son, de una parte, más cuantitativas que cualitativas y, de otra, más dinámicas que estables. Que, en resumen, nuestros sistemas jurídicos están contruidos con herramientas variadas y multiformes que se entienden y se diseñan mejor desde esa escala de grises que hemos ido mostrando que desde una tosca aproximación a blanco y negro.

Uno de nuestros propósitos principales, en este capítulo, es ver qué caminos o alternativas tenemos para movernos. Por lo tanto, conocer estos matices –y hacer estas precisiones– puede llegar a ser útil para resistirnos a la idea de que, al momento de construir o desarrollar el derecho constitucional a la libertad de expresión, tendremos que escoger únicamente entre una de dos posibilidades: o tomamos el camino de la *regla* o tomamos el del *estándar*. Sin embargo, lo que nos interesa, ahora, es completar nuestro cuadro sobre las *formas* del derecho con una mirada general al tema de los costos y los beneficios que resultan de trabajar con los materiales que se ubican de un lado u otro del tablero –de dar un mayor o menor grado de discrecionalidad a los operadores–⁴¹.

Cuando las estrategias al diseñar directivas jurídicas se mueven hacia el lado del tablero habitado por las reglas, generalmente se está esperando, en primer lugar, restringir la arbitrariedad de los operadores, y, en segundo, aunque íntimamente ligado a ello, aumentar el grado de certeza jurídica o previsibilidad⁴². Sobre lo primero digamos que,

⁴⁰ Cfr. SCHAUER, Nw. U. L. Rev. 78 (1983-1984), 1295 s.; SCHLAG, UCLA L. Rev. 33 (1985) 379, 387.

⁴¹ Antes de ponernos en ello, es importante puntualizar el alcance de nuestra exploración. No vamos a analizar aún los costos y beneficios de movernos, en la construcción del derecho constitucional a la libertad de expresión, en una u otra dirección. Esto solo lo definiremos cuando ya estemos enfocados propiamente en el estudio de este derecho, habiendo abandonado este plano más general y abstracto del que hemos partido y en el que aún nos encontramos. Por ahora lo único que nos interesa preguntarnos es, en general: ¿Por qué alguien construiría el derecho con materiales más cercanos a las reglas? ¿Por qué alguien construiría el derecho con materiales más cercanos a los estándares? ¿Por qué, como ya hemos podido ver, el sistema jurídico se mueve a veces en una dirección y a veces en otra? En cualquier caso, pensando en el lector que no solo esté interesado en lo que toca al objetivo de esta tesis –discutir qué *forma* es mejor para construir el derecho a la libertad de expresión–, sino que también quiere saber qué *forma* es mejor en un plano general y abstracto, he tratado de referenciar en las siguientes notas los trabajos que, considero, pueden ser un buen punto de partida para la exploración muchísimo más ambiciosa que exige esa pregunta que acá, se insiste, no se pretende abordar.

⁴² Cfr. EHRLICH/POSNER, J. Legal Stud. 3 (1974), 261; KENNEDY, Harv. L. Rev. 89 (1976), 1688; DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 72; RAZ, Phil. & Pub. Aff. 14 (1985) 15; SCHLAG, UCLA L. Rev. 33 (1985) 380; SCHAUER, Law and Philosophy 6 (1987), 1117; Wm. & Mary L. Rev. 29 (1987-1988), 48; Yale L.J. 97 (1987-1988), 539; U. Cin. L. Rev. 56 (1988) 1189 s.; *Las reglas*, 2004, 202; LEHR 4 (2010), 40 s.; SCALIA, U. Chi. L. Rev. 56 (1989), 1179; RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 2.^a, 1995, 222-229; SUNSTEIN, *Legal*

transfiriendo el mínimo posible de discrecionalidad al operador, buscamos evitar, y poder monitorizar más fácilmente, posibles aplicaciones arbitrarias y/o parcializadas, o simplemente erradas, por parte de estos⁴³. En conexión directa con ello, mirando el asunto con relación a los ciudadanos, esperamos que estos puedan organizar y coordinar sus conductas e interacciones de manera más eficiente, al contar con información disponible para prever –con un buen grado de certeza– las consecuencias jurídicas negativas o positivas que se derivarían de realizar, o dejar de realizar, cierto tipo de conductas⁴⁴.

Pero moverse en esta dirección también tiene sus costos. Como nos cuenta KENNEDY: “escoger las reglas como modo de intervención supone sacrificar precisión en el logro de los objetivos que subyacen tras las reglas”⁴⁵. Tal y como decíamos atrás, para buscar que una directiva pueda restringir la discrecionalidad del aplicador se hace una

Reasoning, 1996, viii; ALEXANDER, *Notre Dame L. Rev.* 72 (1996-1997), 542; FALLON, *Colum. L. Rev.* 97 (1997), 1 ss.; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, *Ethics* 110 (1999), 7; MERRILL, *Admin. L. Rev.* 54 (2002), 819; MIR PUIG, *Introducción*, 2.^a, 2003, 129; ENDICOTT, *Palabras y reglas*, 2004, 75; ALEXANDER/SCHAUER, *Wm. & Mary L. Rev.* 48 (2006-2007), 1588 s.; SOAMES, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 24; PARK, *Cal. L. Rev.* 100 (2012), 136; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 564 s.

⁴³ Cfr. EHRLICH/POSNER, *J. Legal Stud.* 3 (1974), 265 ss.; KENNEDY, *Harv. L. Rev.* 89 (1976), 1688 s.; EMERSON, *Cal. L. Rev.* 68 (1980), 429; SCHLAG, *UCLA L. Rev.* 33 (1985) 381; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 15, 25; SCHAUER, *Wm. & Mary L. Rev.* 29 (1987-1988), 49 s.; *Const. Comment.* 6 (1989), 69; *Las reglas*, 2004, 212-217; KRESS, *Cal. L. Rev.* 77 (1989), 308; SCALIA, *U. Chi. L. Rev.* 56 (1989), 1179; SUNSTEIN, *Cal. L. Rev.* 83 (1995), 974 s.; *Legal Reasoning*, 1996, 105, 111 ss.; WILSON, *Ariz. St. L.J.* 27 (1995), 777; ALEXANDER, *Notre Dame L. Rev.* 72 (1996-1997), 542; KOROBKIN, *Or. L. Rev.* 79 (2000), 32 s.; SOAMES, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 22; NASH, *Vand. L. Rev.* 65 (2012), 522; PARCHOMOVSKY/STEIN, *Colum. L. Rev.* 115 (2015), 174 s., 177 ss.; KOLBER, *Ala. L. Rev.* 67 (2016), 861.

⁴⁴ Cfr. FULLER, *Morality of Law*, 1969, 33-94; EHRLICH/POSNER, *J. Legal Stud.* 3 (1974), 263 ss.; KENNEDY, *Harv. L. Rev.* 89 (1976), 1688; POSTEMA, *J. Legal Stud.* 11 (1982), 172-203; DIVER, *Yale L.J.* 93 (1983), 67-74; BAIRD/WEISBERG, *Va. L. Rev.* 68 (1982), 1229 s.; SCHLAG, *UCLA L. Rev.* 33 (1985) 379 s.; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 25, 44; SUNSTEIN, *Cal. L. Rev.* 83 (1995), 976; *Legal Reasoning*, 1996, 108 s., 114 s.; WILSON, *Ariz. St. L.J.* 27 (1995), 777; CAMPBELL, *Legal Theory*, 1996, 6, 50 s.; FALLON, *Notre Dame L. Rev.* 72 (1996-1997), 1395; ALEXANDER, *U. Chi. L. Rev.* 66 (1999), 534; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, *Ethics* 110 (1999), 27 s.; KOROBKIN, *Or. L. Rev.* 79 (2000), 25, 35; MERRILL, *Admin. L. Rev.* 54 (2002), 819; ENDICOTT, *Palabras y reglas*, 2004, 74 s.; NANCE, *Fordham L. Rev.* 75 (2006), 1300 s.; ALEXANDER/SCHAUER, *Wm. & Mary L. Rev.* 48 (2006-2007), 1590; SCHAUER, *LEHR* 4 (2010), 40 s.; SOAMES, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 19 s.; WALDRON, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 58; NASH, *Vand. L. Rev.* 65 (2012), 521 s.; PARK, *Cal. L. Rev.* 100 (2012), 130; PARCHOMOVSKY/STEIN, *Colum. L. Rev.* 115 (2015), 166 s., 177 s.

⁴⁵ KENNEDY, *Harv. L. Rev.* 89 (1976), 1689. En sentido similar: DIVER, *Yale L.J.* 93 (1983), 70; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 15, 40; SCHAUER, *Wm. & Mary L. Rev.* 29 (1987-1988), 47; *Const. Comment.* 6 (1989), 75 s.; *Harv. J. L. & Pub. Pol'y.* 14 (1991), 648; *Profiles*, 2003, 235: “virtualmente toda la legislación clasifica de manera imprecisa”; ALEXANDER/SHERWIN, *U. Pa. L. Rev.* 142 (1994), 1194, lo van a poner en estos términos: “la regla (por definición) no está hecha a la medida perfecta de su objetivo y, en algunas oportunidades, perderá incluso su rastro”; ENDICOTT, *Palabras y reglas*, 2004, 75; NANCE, *Fordham L. Rev.* 75 (2006), 1297; ALEXANDER, *Queen's L.J.* 33 (2007-2008), 7.

regla que traduce la política pública y los principios políticos que tenemos en mente para poder funcionar y ser aplicada en un futuro con independencia de estos⁴⁶. Para hacer esto –para evitar que la decisión jurídica de un asunto se tenga que basar principalmente en los juicios *ex post* del operador–, se valora la situación incluso antes de que ella ocurra – desde una probabilística y generalizadora perspectiva *ex ante*– y se crea una categoría de casos que desencadenarían la consecuencia jurídica estipulada⁴⁷. Tanto las limitaciones del lenguaje con que se cuenta para hacer esa traducción⁴⁸, como los precarios métodos con que contamos los humanos para anticiparnos a las contingencias del futuro⁴⁹, se terminan confabulando para que, al momento de la aplicación de esas directivas, se vayan a generar “experiencias recalcitrantes”⁵⁰. Estas experiencias, señala SCHAUER, van a venir en forma de *infrainclusión y/o sobreinclusión*⁵¹ de supuestos de hecho dentro de la categoría o el conjunto de casos cubiertos por una directiva que no obedecen a los objetivos que se persiguen cuando se crea la directiva⁵². En otras palabras, para decirlo

⁴⁶ Cfr. BAIRD/WEISBERG, Va. L. Rev. 68 (1982), 1227; SCHAUER, Yale L.J. 97 (1987-1988), 535; Wm. & Mary L. Rev. 29 (1987-1988), 44-47; Harv. J. L. & Pub. Pol'y. 14 (1991), 649; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994), 1194; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 544.

⁴⁷ Cfr. SCHAUER, Harv. J. L. & Pub. Pol'y. 14 (1991), 648; *Las reglas*, 2004, 106; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 538.

⁴⁸ Cfr. EHRLICH/POSNER, J. Legal Stud. 3 (1974), 267 s.; HART, *Essays*, 1983, 63 s.; *El concepto*, 3.^a, 2011, 158 ss.; SCHAUER, Law and Philosophy 6 (1987), 1116 s.; Wm. & Mary L. Rev. 29 (1987-1988), 47 Harv. J. L. & Pub. Pol'y. 14 (1991), 648; U. Chi. L. Rev. 58 (1991), 872-876; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 104; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 538, 548.

⁴⁹ Cfr. EHRLICH/POSNER, J. Legal Stud. 3 (1974), 267 s.; DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 73; SCHAUER, Const. Comment. 6 (1989), 75; *Pensar como abogado*, 2013, 44: “ni aun el más cuidadoso de los redactores puede predecir lo que sucederá en el futuro, ni cómo queremos lidiar con ese futuro cuando arribemos a él”; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 171; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 104; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 538, 545, 548; Queen's L.J. 33 (2007-2008), 7; HART, *El concepto*, 3.^a, 2011, 160 ss.;

⁵⁰ La expresión –así como el sentido de la misma– es tomada de: SCHAUER, Const. Comment. 6 (1989), 70-75; *Las reglas*, 2004, 98. En este mismo sentido v. KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 40; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994), 1192 *passim*, quienes provocadoramente señalan que esta clase de experiencias llega cuando nos damos cuenta que, ante el caso particular la regla nos ha querido “engañar”. Que la regla “miente”, en el sentido de que es falso que la solución que ella propone sea la mejor forma que tendríamos de responder a ese caso; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 130 s.; FALLON, Notre Dame L. Rev. 72 (1996-1997), 1392 s.; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 547.

⁵¹ V. Cap. I, apartado 2.

⁵² V. SCHAUER, U. Cin. L. Rev. 56 (1988), 1190 s.; Harv. J. L. & Pub. Pol'y. 14 (1991), 648; *Profiles*, 2003, 235 s.; *Las reglas*, 2004, 98; *Pensar como abogado*, 2013, 39-44 Cfr. también: EHRLICH/POSNER, J. Legal Stud. 3 (1974), 267 ss.; KENNEDY, Harv. L. Rev. 89 (1976), 1689; DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 70; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 40; SCALIA, U. Chi. L. Rev. 56 (1989), 1177; TUSHNET, Mich. L. Rev. 90 (1992), 1560; SULLIVAN, Harv. L. Rev. 106 (1992), 58; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994), 1192, 1197; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 109; ALEXANDER, Notre Dame L. Rev. 72 (1996-1997), 542; Chi. L. Rev. 66 (1999), 547; FALLON, Harv. L. Rev. 111 (1997-1998), 82; Harv. L. Rev. 119 (2006), 1283 s.; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 5 s.; KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 36; MERRILL,

más simplemente, tenemos *experiencias recalcitrantes* como operadores cuando la generalización que hizo quien creó la regla que ahora aplicamos ha atado nuestras manos. Cuando sentimos que el legislador ha “cortado el acceso”⁵³ a un factor importante que podría conducirnos, desde nuestra mejor perspectiva *ex post*, a estimar una respuesta jurídica diferente –una que parece llevarse mejor con las peculiares circunstancias del caso que se tiene en frente–^{54/55}.

Esos beneficios, y el precio que ha de pagarse por ellos, se pueden llegar a ver mejor cuando llevamos el asunto nuevamente a nuestro escenario hipotético. Consideremos las situaciones que se producen cuando diseñamos la directiva como una regla cerrada –*Sí ya cumplió X años, entonces se le prohíbe conducir automóviles por las vías públicas*–. Ciertamente tenemos buenas chances de controlar la arbitrariedad, parcialidad o las

Admin. L. Rev. 54 (2002), 830; POSNER, en *MindGames, Inc. v. W. Pub. Co.*, 218 F.3d 652 (7th Cir. 2000); SOAMES, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 22; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 171, 175; KOLBER, Ala. L. Rev. 67 (2016), 861.

⁵³ SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 29 (1987-1988), 43.

⁵⁴ Cfr. KELMAN, *A guide to CLS*, 1987,15; SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 29 (1987-1988), 43, 50; LEHR 4 (2010), 44; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994), 1192; FALLON, Notre Dame L. Rev. 72 (1996-1997),1392; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 547 s.

⁵⁵ SCHAUER, *Las reglas*, 2004, 106 s., con un ejemplo muy gráfico, nos va a permitir ilustrar y redondear el mundo conceptual que venimos exponiendo y del que seguiremos hablando. Inicialmente, este autor nos va a pedir que consideremos una regla “como «no se admiten perros» colocada en la puerta de un restaurante.” Y nos va a decir sobre esta lo siguiente: “El predicado fáctico de la regla comprende a todos los perros, no solamente a aquellos cuyas acciones podrían acarrear la consecuencia que dio origen al dictado de la regla. La regla parece así literalmente vedar el ingreso al restaurante a todo perro, sin consideración de su tamaño, forma, raza o comportamiento. Veda el ingreso a los perros educados tanto como a los molestos, a los limpios como a los sucios y a los sanos tanto como a los enfermos. Más aún, el predicado fáctico incluye –y, consecuentemente, la regla prohíbe (o al menos en virtud de sus términos parece prohibir)– a los lazarillos, a los perros de policía en búsqueda de drogas ilegales o del rastro de un sospechoso y a los perros galeses que acompañan a la Reina de Inglaterra. Y si bien existen buenas razones para escindir de la aplicación de la regla a cada una de estas variedades de perros, así como a muchas otras, la generalización de la regla es indiscriminada y comprende el universo íntegro de los perros, sean malos o buenos, fastidiosos o serviciales, molestos u obedientes. El predicado fáctico de la regla «no se admiten perros» parece así soslayar un sinnúmero de diferencias fácticas potencialmente relevantes entre diversos tipos de perros. Tal como hemos descubierto más arriba, la relevancia resulta determinada por la justificación de la regla, pero esta regla soslaya diferencias que su justificación reconocería. Supóngase nuevamente que la regla se justifica sobre la base de la conclusión probabilística de que muchos perros tienen mala conducta, creando por ello disturbios que molestan a los restantes clientes del restaurante. Siendo la justificación de la regla el evitar molestias a los clientes, la regla resultante se funda en una generalización probabilística –poseer la propiedad de ser perro indica de manera probabilística la propiedad de ser molesto–. De todos modos, la regla originada en esta generalización probabilística –«no se admiten perros»– es *sobreincluyente*, dado que prohíbe el ingreso de todos los perros. La regla prohíbe el ingreso de lazarillos, los cuales (además de ser de utilidad) están especialmente entrenados para ser particularmente educados, quizás más educados que muchos niños y que ciertos adultos. Por otra parte, la regla «no se admiten perros» veda el ingreso tanto a los perros de policía en búsqueda de criminales como a los perros galeses que acompañan a la Reina de Inglaterra, aunque en cada uno de estos casos cierta propiedad de esos perros parezca relevante para determinar si deberían ser excluidos”.

valoraciones erradas de los operadores, los hemos atado a una verificación fáctica de un único factor, la edad. Nos aseguramos también, alejándonos del casuismo, una aplicación certera y previsible de las consecuencias jurídicas para que todos los implicados tengan chances de poderse organizar en atención a las mismas. Pero también resulta evidente el sacrificio que estamos haciendo. Habrá *infrainclusión* porque sabemos muy bien que algunos conductores que no han cumplido X años ya generan graves riesgos de accidentalidad vial. También somos conscientes de que hay conductores que ya han cumplido X años y que les estamos prohibiendo conducir a pesar de que estarían en perfectas condiciones para hacerlo –o que, al menos, no generarían *ex ante* un riesgo mayor al que ya generan el promedio de personas menores de X años⁵⁶–, por lo que también hay *sobreinclusión* en el alcance⁵⁷. No podremos, al querer dar una solución jurídica general y anticipada, hacer total justicia a la singularidad de cada uno de esos casos⁵⁸. Lo máximo que podemos, y debemos hacer, es tratar de acercarnos a una edad X en que, por lo menos, la prohibición tenga sentido desde un punto de vista probabilístico⁵⁹.

⁵⁶ Esto también se veía muy bien en los ejemplos que poníamos en la n. 15. A nadie puede caberle duda de que algunos menores de edad, quizá porque les falte un día para dejar de serlo, tienen la suficiente responsabilidad como para tomar bebidas alcohólicas o votar. Tampoco dudamos que algunas personas que ya tienen, a veces desde hace muchos años, la mayoría de edad, les falta mucha madurez para realizar cualquiera de esas actividades con la responsabilidad del caso. Sin embargo, el único factor que nos permite considerar la regla es el de la edad. En el primero de los supuestos estaríamos ante un fenómeno de *infrainclusión*, en el segundo de ellos ante uno de *sobre-inclusión*. Sobre la necesaria conexión entre estos fenómenos problemáticos de inclusión y la generalización anticipada que hacen las reglas v. DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 69 ss.; KAPLOW, Duke L.J. 42 (1992), 586-593; SCHAUER, *Profiles*, 2003, 235 s.; SOAMES, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 22; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 175 s.; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 564 s.

⁵⁷ Cfr. KENNEDY, Harv. L. Rev. 89 (1976), 1689; DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 70.

⁵⁸ Cfr. SCHAUER, Const. Comment. 6 (1989), 70: “Al intentar inhabilitar a los tomadores de decisiones malvados, equivocados o simplemente incompetentes, las reglas también deshabilitan a los tomadores de decisiones sabios, bien intencionados y capaces para alcanzar los resultados óptimos en instancias individuales”; *Pensar como abogado*, 2013, 30-34. En este sentido también: SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 5 s.; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1297.

⁵⁹ Cfr. DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 72 s.; SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 31 (1989), 9; Const. Comment. 6 (1989), 75: “Comúnmente, las reglas no se crean con la expectativa de que cada miembro de la categoría instanciada se ajuste a la justificación. (...) Aun así, la categoría identificada es estadísticamente relevante para el objetivo o peligro más profundo, y, por lo tanto, la regla no parece arbitraria. Pero, aunque la regla no es arbitraria, aún existirán algunos casos en los que la generalización es inapta. Lo que es cierto para la mayoría de los casos puede no ser cierto para alguno.”; Harv. J. L. & Pub. Pol’y. 14 (1991), 648; *Profiles*, 2003, 237 s.; *Pensar como abogado*, 2013, 39-44; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994), 1198; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 135; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, Ethics 110 (1999), 5 s.; STONE, Pepp. L. Rev. 36 (2008-2009), 289; PARK, Cal. L. Rev. 100 (2012), 135; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 564 s., 570.

Ahora observemos el camino opuesto, cuando los movimientos apuntan hacia el lado del tablero en que están los estándares. Cuando se transfiere discrecionalidad –esto es, cuando se pasa una parte importante de la toma de decisiones jurídicas de la fase de creación a la fase de aplicación de la directiva⁶⁰– generalmente se está pensando que, con tal delegación, podrá haber una mejor adaptación a la inimaginable complejidad y diversidad de escenarios futuros en que la prescripción deberá ser tenida en cuenta⁶¹. Se busca brindar al operador más *flexibilidad*, que tenga “válvulas de escape”⁶² que pueda utilizar libre y legítimamente. Se quiere que sus manos no estén atadas y que sea él quien, desde una perspectiva *ex post*, pueda ver la mejor forma de acomodar los objetivos perseguidos con la directiva a las ambivalentes circunstancias de cada caso⁶³. No se desea, en definitiva, pagar el precio de una generalización probabilística –los fenómenos de *sobre e infrainclusión*– y se está dispuesto a mantener unos márgenes más flexibles que permitan juicios más particularizados⁶⁴.

⁶⁰ MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 564 s., 571: “Usar un lenguaje legislativo vago es, de hecho, la principal técnica que emplean los legisladores para delegar poder en las cortes sin decir explícitamente que eso es lo que están haciendo”. En el mismo sentido: NANCE, *Fordham L. Rev.* 75 (2006), 1298; SOAMES, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 26.

⁶¹ Cfr. CURTIS, *Vand. L. Rev.* 3 (1950), 423 s.; SCHLAG, *UCLA L. Rev.* 33 (1985) 384; WILSON, *Ariz. St. L.J.* 27 (1995), 777; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 116, 131; *Harv. L. Rev.* 110 (1996-1997), 42; SUNSTEIN/ULLMAN-MARGALIT, *Ethics* 110 (1999), 9, 34; KOROBKIN, *Or. L. Rev.* 79 (2000), 26, 33; ENDICOTT, *Palabras y reglas*, 2004, 78-81; WALDRON, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 65 s.; NANCE, *Fordham L. Rev.* 75 (2006), 1298: “Los costos retrospectivos de la toma de decisiones basada en estándares tenderán, *ceteris paribus*, a ser más óptimos cuando la heterogeneidad fáctica de una clase de actividad regulada, incluyendo su variación en el tiempo, hagan que la adaptación de normas más particularizada sea útil”; PARCHOMOVSKY/STEIN, *Colum. L. Rev.* 115 (2015), 167, 176; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 571.

⁶² La expresión y el sentido de la misma es tomada de SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, 1991, 37 y SCHAUER, *Profiles*, 2003, 234. WILSON, *Ariz. St. L.J.* 27 (1995), 788, utiliza, con los mismos fines, la expresión “escotilla de emergencia”: “Una «escotilla de emergencia de una línea rígida» existe cuando un juez deja expresamente una pequeña abertura para suavizar el impacto de una regla rígida. La metáfora de la escotilla de escape crea la sensación de una posibilidad mínima, normalmente inaccesible, disponible solo en situaciones extremas. Al proporcionar una abertura que reduce la presión sobre la regla subyacente, la escotilla de escape fortalece esa regla. Las escotillas de escape permiten a los tribunales formular una doctrina rígida, aunque los jueces no pueden prever todos los problemas posibles y todos los posibles abusos que puedan surgir. Para desarrollar la metáfora un poco más, las escotillas de escape liberan vapor que de otro modo podría romper una regla rígida”.

⁶³ Cfr. KENNEDY, *Harv. L. Rev.* 89 (1976), 1688; SCHAUER, *Wm. & Mary L. Rev.* 29 (1987-1988), 48; LEHR 4 (2010), 44 s.; en Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, 2012, 310; KRESS, *Cal. L. Rev.* 77 (1989), 308; ALEXANDER/SHERWIN, *U. Pa. L. Rev.* 142 (1994), 1194; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 116, 131; KOROBKIN, *Or. L. Rev.* 79 (2000), 23; WALDRON, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 65 s., 70 s.; NASH, *Vand. L. Rev.* 65 (2012), 522; PARCHOMOVSKY/STEIN, *Colum. L. Rev.* 115 (2015), 172, 174.

⁶⁴ Cfr. DIVER, *Yale L.J.* 93 (1983), 74 s.; SCHAUER, *Const. Comment.* 6 (1989), 70; *Harv. J. L. & Pub. Pol'y.* 14 (1991), 648 s.; SULLIVAN, *Harv. L. Rev.* 106 (1992), 58 s.; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996,

Proveer a nuestras directivas de los beneficios de una mayor flexibilidad también tiene costos. De un lado, cuanto más discrecionalidad tengan los operadores de la directiva, más difícil podrá llegar a ser que los ciudadanos de a pie puedan anticipar con certeza cuál será la consecuencia jurídica de sus actos⁶⁵. La falta de previsibilidad en el derecho es de por sí problemática –de ahí el valor que damos a la seguridad jurídica–, pero es que la falta de información puede hacer que los ciudadanos se equivoquen⁶⁶, no puedan coordinar sus interacciones⁶⁷ y se abstengan de realizar conductas legítimas –incluso deseables desde el punto de vista de los fines e intereses sociales que persigue el sistema jurídico– por temor a que luego estas puedan llegar a ser reprochadas y sancionadas por un operador⁶⁸. Como sostiene RAWLS, esta falta de certeza o seguridad

116, 130 s.; ALEXANDER, *Notre Dame L. Rev.* 72 (1996-1997), 542; SCHAUER, *LEHR* 4 (2010), 44 s.; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 564 s.

⁶⁵ Cfr. NIMMER, *Cal. L. Rev.* 56 (1968), 939; KRESS, *Cal. L. Rev.* 77 (1989), 308; KOROBKIN, *Or. L. Rev.* 79 (2000), 26; ALEXANDER, *Notre Dame L. Rev.* 72 (1996-1997), 542; Queen's L.J. 33 (2007-2008), 1-18; NANCE, *Fordham L. Rev.* 75 (2006), 1299-1302; SCHAUER, *LEHR* 4 (2010), 39.

⁶⁶ Pensemos en una carretera en la que hay cientos de accidentes mortales al año por exceso de velocidad. Podríamos crear una directiva que luzca como un estándar para advertir a los conductores sobre este riesgo y hacer que ellos moderen la velocidad como lo estimen pertinente: “Conduzca a una *velocidad razonable*”. Otra opción, para buscar una directiva que pueda reducir ese índice de accidentalidad sería utilizar recursos institucionales para hacer un cálculo técnico de la velocidad máxima en la que diferentes tipos de pilotos que tienen permiso para conducir en esas vías –los regulares, los buenos, pero sobre todo los malos– podrían, considerando diferentes factores como lluvia, visibilidad, estado del asfalto, etc., llegar a transitar por esta vía sin crear especiales riesgos de accidentes. Podríamos llegar a concluir, aprovechando que los datos de nuestra investigación nos dan una buena, aunque no perfecta, perspectiva, que la *velocidad razonable*, en la que se evitarían muchos de los accidentes, es la de 100 kilómetros por hora. Con ese dato, traducimos la política pública y los principios perseguidos y creamos la categoría fáctica que define el alcance de una directiva que luce como una regla: “Prohibido conducir a más de 100 kilómetros por hora” –lo que equivaldría a decir: *Sí usted es piloto de un vehículo y va conduciendo por esta vía a más de 100 kilómetros por hora entonces su conducta está prohibida*–. A nivel de costos sociales, sería preferible asumir el error de *sobreinclusión* que resulta de la generalización que crea el alcance de la regla –pues es evidente que en condiciones perfectas muchos pilotos podrían conducir a más de 100 kilómetros por hora por esa vía sin causar accidentes– que el error que cometan los pilotos al estimar la *velocidad razonable* –sabemos que no hay pilotos perfectos y que en esta vía ha sido normal que ellos infravaloren el peligro, sobrevaloren sus capacidades al volante, se distraigan, sean inexpertos, etc. y terminen errando el cálculo–, pues este último error podría seguir causando más accidentes mortales por exceso de velocidad. Ejemplos similares en: EHRLICH/POSNER, *J. Legal Stud.* 3 (1974), 266; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 111; ALEXANDER, *U. Chi. L. Rev.* 66 (1999), 535 ss., 543; Queen's L.J. 33 (2007-2008), 6; SCHAUER, *Pensar como abogado*, 2013, 30 s.; PARCHOMOVSKY/STEIN, *Colum. L. Rev.* 115 (2015), 175 s.; KOLBER, *Ala. L. Rev.* 67 (2016), 861.

⁶⁷ Cfr. POSTEMA, *J. Legal Stud.* 11 (1982), 172-203; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 43; ALEXANDER, *Notre Dame L. Rev.* 72 (1996-1997), 542; Queen's L.J. 33 (2007-2008), 1-18.

⁶⁸ Cfr. NIMMER, *Cal. L. Rev.* 56 (1968), 939; EHRLICH/POSNER, *J. Legal Stud.* 3 (1974), 263; KENNEDY, *Harv. L. Rev.* 89 (1976), 1696; SCHLAG, *UCLA L. Rev.* 33 (1985) 380 s.; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 43; ROSE, *Stan. L. Rev.* 40 (1988), 592 s.; MIR PUIG, *Introducción*, 2.^a, 2003, 129; PARK, *Cal. L. Rev.* 100 (2012), 142; PARCHOMOVSKY/STEIN, *Colum. L. Rev.* 115 (2015), 167, 179; MARMOR, en Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Legal Reasoning*, 2018, 564 s., 572: “Cuando la ley regula la conducta con estándares vagos, pone la decisión sobre las sanciones por violación en manos de los tribunales, y es el tribunal el que determina, *ex post*, si el sujeto violó la norma o no. Por lo tanto, el

jurídica afecta gravemente el nivel de goce efectivo de nuestras libertades⁶⁹. Adicionalmente, ya desde el punto de vista del operador, una mayor flexibilidad quiere decir que existe una menor estructura para acompañar el proceso de elección de la solución del caso, por lo que habrá que hacer más trabajo —y será por ende más costoso— llegar a una buena decisión⁷⁰. Cuanto más abierto sea el marco que otorga la directiva, menos información se tiene sobre cuáles son los criterios o factores que deben tenerse en cuenta para alcanzar una buena decisión⁷¹. Con que los aplicadores no sean perfectos, esta mayor flexibilidad va a hacer que crezcan, proporcionalmente, las chances de que se equivoquen⁷².

Recurramos, por última vez, al caso de los conductores de la tercera edad para ejemplificar los beneficios y costos de la *particularización* en las directivas jurídicas. Si construimos la directiva jurídica tal y como lo pensábamos en la segunda alternativa —

efecto real de tal regulación vaga es transferir a los sujetos no el tipo de decisión que es respetuosa de su autonomía o agencia moral, sino la carga de intentar predecir lo que los tribunales decidirán. Y mientras menos información tengan sobre ella, y/o más grave sea el costo de la violación, más necesitarán los sujetos de errar por el lado de la precaución”. Para ver otros de los costos asociados consúltense las fuentes citadas en la n. 44.

⁶⁹ V. RAWLS, *Teoría de la justicia*, 2.^a, 1995, 222-229.

⁷⁰ Cfr. DIVER, Yale L.J. 93 (1983), 72 s.; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994), 1196; SHAPIRO, Legal Theory 4 (1998) 495; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 543; KOROBKIN, Or. L. Rev. 79 (2000), 32; NASH, Vand. L. Rev. 65 (2012), 522; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 167, 171; KOLBER, Ala. L. Rev. 67 (2016), 861; TUSHNET, Wm. & Mary Bill Rts. J. 25 (2017), 1076.

⁷¹ Cfr. SCHLAG, UCLA L. Rev. 33 (1985), 381; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 41 s.; ALEXANDER/SHERWIN, U. Pa. L. Rev. 142 (1994), 1196; SHAPIRO, Legal Theory 4 (1998) 495; ALEXANDER, U. Chi. L. Rev. 66 (1999), 543: “los estándares no mejoran su habilidad para determinar lo que necesitan determinar.”; SCHAUER, *Las reglas*, 2004, 213: “Cuando los decisores tienen libertad para tomar en cuenta todos los factores relevantes, pueden equivocarse de muy diversas maneras. Anteriormente (...) me referí al error de cálculo, pero ése es sólo un miembro de la clase más amplia de los errores de comprensión. Son tantos los factores que se espera que la gente tome en cuenta, que cuanto mayor sea el número de los que toman parte en el proceso de decisión, mayor será la probabilidad de confusión, error de cálculo o de comprensión en razón de la diversidad de factores que deben ser evaluados y sopesados. Es más, con frecuencia el entrenamiento o la educación especializada hacen que ciertas personas estén mejor dotadas que el resto de nosotros para evaluar ciertos factores. Cuando quienes carecen de ese entrenamiento o educación son colocados, pese a ello, en situaciones en las que se les exige tomar en cuenta esos factores, es dable esperar que se produzcan errores en la aplicación. Considérese al típico oficial de policía tratando de evaluar, en un caso particular, el espectro completo de doctrinas constitucionales relativas a la investigación, arresto, interrogatorio y confesión, o bien al típico obrero de la construcción tratando de calcular el esfuerzo de torsión que puede soportar una cierta viga de acero, bajo determinadas condiciones arquitectónicas y atmosféricas. En estas y en un sinnúmero de otras situaciones, sentimos que la toma de decisiones particularista no producirá una mayor sensibilidad a los matices que distinguen un caso de otro, sino simplemente más errores”; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 177.

⁷² Cfr. SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 111; FALLON, Harv. L. Rev. 111(1997-1998), 82; SCHAUER, LEHR 4 (2010), 39.; NANCE, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1297; RIDGWAY, Am. U. L. Rev. 61 (2012), 1184; TUSHNET, Wm. & Mary Bill Rts. J. 25 (2017), 1076.

Ninguna persona podrá conducir automóviles por las vías públicas sí al hacerlo genera riesgos *considerables* de producir un accidente— tendremos una directiva más plástica que brinda más posibilidades al operador. Este podrá permitir conducir al piloto septuagenario que le demuestre que la edad no es un factor determinante en su caso —que él todavía puede conducir sin poner en riesgo su seguridad o la de los otros usuarios de las vías públicas—. También podrá el operador solucionar fácilmente los casos que, con una directiva más rígida, en *forma* de regla, serían de *infrainclusión*. Podrá prohibir, libre y legítimamente, la conducción de pilotos —incluso mucho más jóvenes que ese bien conservado septuagenario— cuando, a su juicio, estos ya no estén en condiciones de hacerlo sin generar riesgos *considerables* de producir accidentes.

Sin embargo, como los humanos no somos perfectos, y los operadores de nuestras directivas serán humanos, debemos saber que no hemos conseguido solucionar todos los problemas, sino que tan solo habremos decidido cambiar un error por otro⁷³. Es verdad que ya no tendremos los inevitables errores que vienen con nuestra pretensión de anticipar la solución jurídica de casos que, de una parte, todavía no conocemos, y, de la otra, debemos referenciar al futuro aplicador con la mediación de un lenguaje imperfecto. Pero, en cambio, tendremos que contar con los resultados erráticos que se van a derivar de no haber informado a los operadores cuáles son los criterios relevantes para su decisión.

⁷³ Cfr. EHRLICH/POSNER, J. *Legal Stud.* 3 (1974), 268; DIVER, *Yale L.J.* 93 (1983), 73; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 41 s.; SCHAUER, Wm. & Mary L. *Rev.* 29 (1987-1988), 49 s.; *Las reglas*, 2004, 212: “Al truncar el espectro de hechos a considerar, las reglas hacen que el proceso de decisión quede sujeto a cierto número de errores, entendiéndose por «error» un resultado distinto del que indica la aplicación particularista directa de una justificación subyacente o de una teoría de la justificación. Estos errores no son una función de las equivocaciones en las que pueden incurrir los decisores, sino que son generados, en cambio, por el seguimiento fiel y preciso de las reglas por parte de los decisores. Los errores no se producen por culpa de los decisores, sino de la vida, porque la vida, a diferencia del predicado fáctico de las reglas, es probabilística y no universal, variable y no determinada, fluida y no atrincherada. Así como la complejidad de la experiencia contrasta con la simplicidad de las reglas, los errores se producen incluso cuando las reglas se aplican conscientemente. Aunque estos errores se definen por contraste con la aplicación óptima de la justificación que subyace a la regla, la referencia a una «aplicación óptima» pone de manifiesto otro tipo de error, cuya prevención suministra un fuerte argumento en favor de la toma de decisiones basada en reglas. Cuando los decisores no se encuentran encadenados a reglas y tienen, por consiguiente, la potestad para inquirir sobre cualquier factor que pueda llevar a la mejor decisión para el caso particular, podría sencillamente ocurrir que no tomen la mejor decisión. Liberados para examinarlo todo, con frecuencia los decisores no emplean esa libertad con sabiduría, sino que hacen uso de factores que *podrían* producir el mejor resultado para generar, en su lugar, un resultado inferior. A diferencia de los errores que son consecuencia necesaria incluso de la aplicación correcta de reglas simplificadoras, los errores de los que ahora debemos ocuparnos surgen de la aplicación incorrecta de un procedimiento de decisión particularista teóricamente optimizador”; TUSHNET, *Mich. L.Rev.* 90 (1992), 1562; SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 111; NANCE, *Fordham L. Rev.* 75 (2006), 1297; SOAMES, en Marmor/Soames (eds.), *Language in the Law*, 2011, 22, 28; PARCHOMOVSKY/STEIN, *Colum. L. Rev.* 115 (2015), 174.

Algunos se las arreglarán. Decidirán sin mayores problemas cuales conductores pueden seguir conduciendo sin generar riesgos considerables y agradecerán la libertad que les brinda la directiva. Más no todos los operadores conseguirán tan buenos resultados. Muchos tendrán problemas, al aplicar la directiva, cuando no consigan “pensar como Albert Einstein, tener la memoria del computador Big Blue de IBM, o ejercer el poder de voluntad de Mahatma Gandhi.”^{74/75}.

Como vemos, no tenemos, a la hora de escoger la *forma* del derecho, el acceso a una fórmula perfecta. Si lo tuviéramos, hace tiempo que nuestros sistemas hubieran remplazado todo el arsenal de herramientas que emplean continuamente –reglas simples, reglas con excusas, presunciones, tests, guías de aplicación, etc.⁷⁶– por esa única *forma* capaz de adaptarse y responder bien a cualquier clase de circunstancias. Como este no es nuestro mundo, y somos conscientes de ello, no renunciamos a mantener un buen número de opciones abiertas. Conservar siempre una amplia caja de herramientas nos brinda la posibilidad de tener a la mano las más diversas combinaciones –entre precisión y flexibilidad, entre juicios *ex ante* y juicios *ex post*, entre el grado de discrecionalidad que retiene el creador de la directiva y el que traspasa al operador– para ver cuál es la que puede ser más conveniente para atender a la especificidad de las políticas públicas y/o los principios que queremos priorizar sin generar, en el proceso de implementación jurídica, más costes sociales de los que sean estrictamente necesarios.

⁷⁴ THALER/SUNSTEIN, *Nudge*, 2008, 6. En el mismo sentido v. FALLON, *Notre Dame L. Rev.* 72 (1996-1997), 1392 ss.; SCHAUER, *LEHR* 4 (2010), 39.

⁷⁵ Además de los errores que cometerían sin ningún lugar a duda los funcionarios humanos, no podemos dejar de resaltar lo humillante que sería, para las personas de la tercera edad, o incluso las que están llegando a ella, tener que estar sometidos al arbitrio de los operadores de esta directiva. Para ilustrar mejor este punto nos viene muy bien el ejemplo de SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 115:” Las reglas evitan la humillación de someter a las personas a ejercicios de discreción oficial en su caso particular. Una ventaja especial de las reglas es que, debido a su fijeza y generalidad, no hacen innecesario que los ciudadanos soliciten permiso a un funcionario para participar en determinada conducta. Las reglas convierten a los ciudadanos en titulares de derechos. La discreción, los estándares o los factores convierten a los ciudadanos en suplicantes. Es importante destacar que los factores y los estándares permiten misericordia, cierto alivio, frente a las reglas rígidas. Pero las reglas tienen la ventaja comparativa de prohibir que los funcionarios sean punitivos, o indiferentes, por razones irrelevantes o desagradables, a las solicitudes de un solicitante en particular. Compárese, por ejemplo, una jubilación obligatoria para las personas mayores de setenta años con una ley que permita a los empleadores despedir a los empleados que, debido a su edad, ya no son capaces de realizar su trabajo de manera adecuada. Si usted es un empleado, es especialmente humillante y estigmatizador que los empleadores decidan si ha quedado incompetente por edad. Una regla evita por completo esta indagación, y podría ser favorecida por esta razón, incluso si es excesiva e insuficiente”. En este mismo sentido: KENNEDY, *Harv. L. Rev.* 89 (1976), 1777; ENDICOTT, *Palabras y reglas*, 2004, 75 s.; PARCHOMOVSKY/STEIN, *Colum. L. Rev.* 115 (2015), 180.

⁷⁶ SUNSTEIN, *Cal. L. Rev.* 83 (1995), 953, *passim*. WILSON, *Ariz. St. L.J.* 27 (1995), 773.

3. Cómo hacer cosas con la forma del derecho

Hemos visto, en el anterior apartado, que, para poder cumplir sus funciones, el sistema jurídico cuenta con una caja de herramientas llena de artefactos y de posibilidades. Entre la regla más cerrada o formal que podamos imaginar y el estándar más abierto –el que confiere el mayor grado de discrecionalidad–, contamos con posibilidades virtualmente infinitas de maniobra para diseñar la *forma* de una directiva jurídica. Y no se trata solo de que entre ambos extremos podemos encontrar otras herramientas –reglas complejas, reglas con excusas, presunciones, tests o guías de aplicación, etc.–, sino de que varias de estas *formas* pueden combinarse al momento de diseñar directivas.

Pero no haríamos sino engañarnos al pensar que este siempre ha sido el cuadro del que han partido nuestros debates sobre la *forma* del derecho. Podría llegar a resultar sorprendente el número de ocasiones en que, tras una inocente discusión sobre una señal de tráfico, una orden judicial, una cláusula de un contrato, o un artículo de una ley, se esconde en el trasfondo la idea de que el otro está interpretando como una regla cerrada lo que debería ser tomado como un estándar abierto o viceversa⁷⁷. Parece, por los términos en que se suelen dar esas discusiones, que no existiesen otras opciones menos extremas, que todo el derecho debiera ser ubicado del lado de las reglas de aplicación mecánica o

⁷⁷ SCHLAG, UCLA L. Rev. 33 (1985), 379, va a poner la cuestión en los siguientes términos: “Las disputas que enfrentan una regla contra un estándar son extremadamente comunes en el discurso jurídico. De hecho, las batallas de los juristas adversarios (ya sean jueces, abogados o académicos) a menudo se organizan de tal manera que una de las partes defiende una regla, mientras que la otra promueve un estándar. Y esto es cierto independientemente de si las disputas son las pequeñas riñas que se escuchan en un tribunal de tráfico o en las controversias de vanguardia que adornan las páginas de la élite de las revistas de derecho. Como miembros de la comunidad jurídica, siempre estamos involucrados en argumentos a favor o en contra de las reglas o estándares (...) los argumentos que hacemos a favor o en contra de las reglas o de los estándares tienden a ser más o menos los mismos independientemente del tema específico involucrado. Los argumentos están modelados y estereotipados; el contexto sustantivo en el que surgen los argumentos apenas parece influir en su carácter básico. Los argumentos son tristemente predecibles, casi rutinarios; podrían ser fácilmente enlatados para un consumo inmediato en un Gilbert's del razonamiento legal”. KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 31, por su parte va a decir del “omnipresente problema de la forma” que es “de hecho no es posible concebir una disputa legal en la escogencia de la forma no esté implicada”. Más recientemente, RIDGWAY, Am. U. L. Rev. 61 (2012), 1183 s., ha dicho que son “incontables las áreas del derecho” en que aparece este debate; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 167s., han mostrado como estas discusiones siguen siendo muy dominantes: en el derecho de contratos; en el derecho administrativo; en el derecho de títulos y valores; en las grandes batallas de la SCOTUS; o, finalmente, hasta en la construcción de los derechos de los veteranos de guerra estadounidenses.

del lado de los estándares más abiertos: o no permitimos la discrecionalidad o tenemos que permitir una discrecionalidad ilimitada⁷⁸.

Deberíamos, con estos antecedentes generales, ir haciéndonos a la idea de que esta puede ser la clase de discusión con que nos topemos cuando llegemos al terreno propio del derecho constitucional a la libertad de expresión. Y, lo que es aun más interesante, puede ser que tengamos que prepararnos incluso para que la penetración de este esquema binario en nuestro campo sea tal, que esta no sea tan solo la clase de discusión con que efectivamente vayamos a encontrarnos, sino que también sea la que queramos encontrar. La única, en pocas palabras, para la que estamos realmente preparados, pues quizá exista ya, en muchos de nosotros, una fuerte tendencia o predisposición a encarar estos debates de esta manera extrema y bipolar.

Sean cuales sean las razones que nos lleven a tomar estas posiciones extremas⁷⁹, en lo que queda de este capítulo se intentará empezar a demostrar al lector que, si lo que estamos preguntándonos es por qué camino debemos movernos, al momento de desarrollar el derecho a la libertad de expresión, esta idea de una bifurcación nos va a dejar atrapados en una situación precaria. En primer lugar, como vamos a comprobar más adelante, aceptaríamos limitar la cuestión a elegir entre dos pésimas alternativas. Y, en

⁷⁸ SUNSTEIN, Cal. L. Rev. 83 (1995), 961; WILSON, Ariz. St. L.J. 27 (1995), 773: “La duradera controversia jurisprudencial sobre si los tribunales deberían utilizar reglas de líneas brillantes o test de ponderación no ha informado suficientemente a los abogados y jueces. Esta estricta dicotomía entre reglas y normas arquetípicas puede distraernos de evaluar la frecuente aplicación de otras «formas de doctrina» por parte de los tribunales y los efectos previsibles de aplicar esas otras formas. La frase «formas de doctrina» se refiere a estructuras doctrinales como excepciones, tests de factores múltiples, tests de todas las circunstancias, «escotillas de emergencia» y varias otras variantes híbridas (que contienen elementos tanto de reglas como de estándares), todas las cuales pueden aparecer por separado o en una miríada de combinaciones en un área sustantiva particular”; ZAFFARONI, en Bertoni (comp.), *Criminalización de la protesta social*, 2010, 5. Adicionalmente v. arriba, apartado 2, A.

⁷⁹ Puede ser que, cuando hablamos de los derechos fundamentales, todavía se quieran mantener las cosas muy simples, y por eso se está dispuesto a seguir enquistado en ese debate a “todo o nada”; o que se parta de la premisa de que aceptar algún grado de discrecionalidad en la aplicación de estos derechos nos llevaría “por una pendiente resbalosa”; o que no se quiera dar tanto poder a los jueces; o quizá haya también quien prefiera trabajar en sacar todo el filo posible a una herramienta como la del abuso del derecho pues, más que al abuso del poder estatal, le teme a los ciudadanos, a la idea de que estos tengan una esfera en que sus acciones quedan fuera del alcance de este; o, en últimas, tal vez sea cuestión de que el proceso de constitucionalización en nuestros sistemas jurídicos está aún en pañales, y no hemos contado con tiempo suficiente para llevar el desarrollo continuador de las directivas constitucionales al mismo nivel que han conseguido alcanzar las áreas jurídicas tradicionales, que desde hace siglos se ocupan de la construcción de textos legales. Aunque no es momento de detenernos en análisis más rigurosos de estas hipótesis –que aquí se consideran de manera un tanto especulativa y ejemplificativa–, el lector que quiera explorar estas cuestiones seguro encontrará ideas muy estimulantes en: SCHAUER, en Nolte (ed.), *European and US*, 2005, 47-65.

segundo, de manera más sutil e indirecta, estaríamos cerrando la posibilidad de movernos por rutas alternas, de buscar, p. ej., una construcción sistemática del derecho a la libertad de expresión que fluya por diferentes caminos para conseguir hacerse con toda la gama de materiales de los que, como ya hemos visto, podemos disponer legítimamente para crear y/o implementar directivas. En una palabra, estaríamos renunciando a los caminos que podrían conseguir llevarnos más lejos⁸⁰.

⁸⁰ Si bien en el texto principal vamos a considerar un ejemplo que puede ayudar a enseñar el sentido de estas ideas, me gustaría que nos detuviéramos un poco más –aquí– para explicar, de manera menos telegráfica, cómo es que esta forma de plantear el debate en términos binarios puede conseguir dejarnos “atrapados”. Supongamos, para ir en la línea de este debate, que, tras haber visto la generalidad o vaguedad con que están escritos los derechos fundamentales en nuestras constituciones, nos hiciéramos la siguiente pregunta: ¿Son los derechos fundamentales –ergo el que consagra la libertad de expresión– reglas o principios? Notará el lector la forma en que esta pregunta enmarca la búsqueda de quienes se animen a responderla: los derechos fundamentales son una cosa o la otra. La única misión es responder cuál de las dos. No hay terceras opciones, y quien responda que son, o deberían ser, presunciones, reglas con excepciones, tests de tres o cuatro partes, un sistema de directivas multiformes, etc., estará lejos de responder esa pregunta. LANGER, *Philosophy*, 1948, 1 ss., una filósofa extremadamente aguda, puede ayudarnos a ver esto mucho mejor: “La técnica o el tratamiento de un problema inicia ya desde su primera forma de expresarlo como una pregunta. La forma en que una cuestión es planteada va a limitar y a disponer las formas en que cualquier respuesta a la misma –sea verdadera o falsa– va a poder ser dada. Si nos preguntan: «¿Quién hizo el mundo?» podemos responder: «Dios lo hizo», «El azar lo hizo», «El amor y el odio lo hicieron», o lo el que uno quiera. Podemos tener razón o podemos estar equivocados. Pero si respondemos: «Nadie lo hizo», se nos acusará de tratar de ser crípticos, groseros o «antipáticos». Porque, en esta última instancia, solo hemos dado una respuesta en apariencia; pues en realidad, hemos *rechazado la pregunta*. El que pregunta se siente llamado a repetir su problema. «Entonces, ¿cómo se volvió el mundo tal y como es?» Si ahora respondemos: «No se “volvió” en absoluto», estará realmente perturbado. Esta «respuesta» claramente repudia el marco mismo de su pensamiento, la orientación de su mente, las suposiciones básicas que siempre ha considerado como nociones de sentido común sobre las cosas en general”. Como vemos, las preguntas parten de ciertas suposiciones que no están abiertas a debate, que hacen parte del sentido común de quien lanza la pregunta y no está ofreciendo una vía abierta para discutir sobre ellas. Tomemos nuestro caso. En él se parte de que los derechos fundamentales de las constituciones son reglas o son principios, y eso no se somete a debate. Solo podemos hacer movimientos, combinaciones, aparatos más híbridos y sofisticados con las *formas* que vimos en el apartado anterior siendo “antipáticos” y rechazando la pregunta que se nos hace. Pero volvamos nuevamente a nuestra autora: “Una pregunta es realmente una proposición ambigua: la respuesta es su determinación. Solo puede haber unas alternativas de respuesta que pueden completar su sentido. De esta manera el tratamiento intelectual de cualquier dato, cualquier experiencia, cualquier tema, está determinado por la naturaleza de nuestras preguntas, y solo se lleva a cabo en las respuestas.”. En el caso de nuestra pregunta –¿Son los derechos fundamentales reglas o principios? –, es claro que solo se nos ofrecen dos alternativas de respuesta, dos caminos para movernos. Nuevamente, vemos como esta opción binaria no nos permite mantener otros caminos abiertos: queda fuera de la mesa la posibilidad de emplear toda la gama de recursos de esa caja de herramientas que fuimos llenando en el primer apartado. Retomemos, para finalizar, al trabajo de LANGER, quien, incorporando ahora el pensamiento de Whitehead, nos va a decir: «Cuando estés criticando la filosofía de una época», dice el profesor Whitehead, «no dirijas la atención principalmente hacia aquellas posiciones intelectuales que sus exponentes creen que es necesario defender explícitamente. Van a haber algunas suposiciones fundamentales que los adherentes de todas las variantes de los sistemas dentro de una misma época inconscientemente presuponen. Tales suposiciones parecen tan obvias que las personas no saben que las están dando por supuestas porque no se les ha ocurrido ninguna otra forma de plantear las cosas. Con estas suposiciones es posible un cierto número limitado de tipos de sistemas filosóficos, y este grupo de sistemas constituye la filosofía de la época”. Este sería un buen autoexamen para nosotros, ahora que consideramos la mejor forma de plantear el asunto de la forma de nuestro derecho constitucional a la libertad de expresión. Deberíamos reflexionar sobre nuestras suposiciones, más o menos inconscientes, en este campo y empezar a considerar si estamos dispuestos a movernos tan solo dentro de los límites que

Aunque en el derecho generalmente no disponemos de comprobaciones matemáticas para demostrar esta clase de cuestiones, moviéndonos por territorios más conocidos podremos comenzar a evidenciar más fácilmente los perniciosos efectos de querer enmarcar la cuestión en términos binarios. Supongamos que se le pide a un grupo de penalistas expertos que trate de desarrollar jurídicamente una política pública que busca proteger la vida de las personas sancionando penalmente a todo aquel que matare a otro⁸¹. Ahora imaginemos que se les ordena que, para encarar esta tarea, prescindan de todo el juego de herramientas que les brinda la teoría del hecho punible y, en su lugar, se limiten a indicar cuál, entre estas dos alternativas, es la mejor: crear una directiva con la *forma de regla* o crear una directiva con la forma de *estándar*. Cualquiera sea la elección, esta deberá desarrollarse en su versión más pura o extrema: o se construye una regla que mecánica o formalmente impone su consecuencia jurídica o se permite una ponderación de todas las circunstancias e intereses caso por caso.

Seguramente algunos de nuestros expertos, ante la tesitura, puestos entre la espada y la pared, escogerían las reglas mecánicas e intentarían –haciendo una definición precisa de los supuestos de hecho efectivamente cobijados– dejar fuera del alcance todas las situaciones en que la imposición de la pena sea indeseable, injusta, desproporcionada, etc. Otros, conscientes de la irremediable imposibilidad de anticiparse a todas las excepciones que serían del caso, optarían más bien por crear estándares puros que dieran flexibilidad a los jueces para que, antes de determinar la consecuencia jurídica, pudieran analizar cada homicidio conforme a sus propias circunstancias.

No deberíamos poner en duda la habilidad retórica de los juristas cuando se trenzan en esta clase de debates. Seguramente tendríamos ante este escenario una discusión apasionante en la que la elección que hagan nuestros penalistas expertos diría incluso mucho sobre ellos mismos. A los del primer bando, se les tacharía posiblemente de

estas terminan imponiéndonos. La invitación de este capítulo es –como ya lo tendrá claro el lector a este punto– a no quedarnos “atrapados” en ellas. A ser “antipáticos” y rechazar la pregunta ¿Son los derechos fundamentales –ergo la libertad de expresión– reglas o principios? como marco del debate.

⁸¹ Como, por una parte, visitamos ahora al campo del DP solo para observar en acción algunas de las ideas que estamos introduciendo –en territorios que nos resulten más familiares– y, por la otra, estos temas terminarán solapándose con los contenidos del Cap. IV, no necesitamos ni es conveniente hacer ahora una aproximación especialmente detallada. Por el contrario, con una muy elemental nos vale para poder ilustrar los puntos que queremos tocar. En cualquier caso, considerando el caso del lector más interesado en estos temas, se irán sugiriendo un mínimo de referencias que pueden llegar a ofrecer una guía básica para iniciar una exploración más completa y exigente de estos temas.

punitivistas, conservadores, conformistas, fríos, calculadores, formalistas, ingenuos, insensibles, y se les acusaría de estar dispuestos a sacrificar la justicia en el altar de la seguridad jurídica. A los del otro, se les recriminaría en cambio la falta de previsibilidad e información, la inseguridad jurídica, la arbitrariedad, la improvisación, el antiformalismo, la oscuridad, la dificultad para monitorear la corrupción o, en general, el caos social que vendría con su propuesta; se les penalizaría por aventurarse a hacer de la vida un juego de dados, por su excesivo romanticismo y su forma de pensar premoderna, religiosa y tribal⁸².

Es cierto que *reglas* y *estándares* son alternativas legítimamente diferentes, y que, por ello, este debate entre penalistas expertos no tendría por qué acabar nunca. Pudieran incluso llegar nuevas generaciones a mantener encendida la discusión por siglos enteros preguntándose cuál de los bandos tenía la razón y cuál de estas *formas* –o quien las patrocina– tiene defectos más graves. Pero, mirando la cuestión desde el muy humilde y

⁸² Hacen listados más completos de los calificativos que suelen ser comunes en los debates *reglas vs. estándares*: KENNEDY, Harv. L. Rev. 89 (1976), 1710 s.; PARCHOMOVSKY/STEIN, Colum. L. Rev. 115 (2015), 180. En cualquier caso, el aspecto más interesante de esta clase de debates es la facilidad con que etiquetas o calificativos se emplean para auto-vanagloriarse o vejar al otro con independencia de las circunstancias o el contexto particular. Así, se dice frecuentemente que alguien es conservador, autoritario o de derechas por utilizar reglas, y liberal, *progre* o de izquierda por utilizar estándares, sin que sea importante identificar el contexto político, moral o histórico –lo que estaba en juego al construir el derecho de una u otra manera– ni revisar los aspectos técnicos puntuales de la materia concreta que se va a regular. Algunos de los trabajos en los que no solo se critica esta muy sorprendente, persistente y desafortunada tendencia, sino que se demuestra claramente lo errada de la misma, son: HART ELY, *Democracy and distrust*, 1980,1; KELMAN, *A guide to CLS*, 1987, 15-63; BALKIN, Tex. L. Rev. 69 (1991) 1831, *passim*; Duke L.J. (1990) 375, *passim*; Conn. L. Rev. 25 (1993), 870: “Los estilos de argumentación jurídica, las teorías del derecho y las teorías de la interpretación constitucional no tienen una valencia normativa o política fija. Su valencia varía con el tiempo a medida que se aplican y comprenden repetidamente en nuevos contextos y situaciones”, SULLIVAN, Harv. L. Rev. 106 (1992), 103 s.; U. Colo. L. Rev. 63 (1992), 308: “Bajo esta evidencia histórica, parece que la categorización y la ponderación no pueden ser mapeados ni en una teoría constitucional general ni en una postura de litigio particular. En cambio, es tentador concluir que estas dos técnicas estructurales, a pesar de todas sus diferencias en la retórica, en realidad no son tan distintas. La elección estructural entre ellas es neutral en cuanto a los resultados; cómo se use cualquiera de ellas estará impulsado por una teoría política sustantiva externa”; SCHAUER, Conn. L. Rev. 25 (1993), 827, *passim*; WILSON, Ariz. St. L.J. 27 (1995), 777 s.; OSIEL, Law & Soc. Inquiry 20 (1995), 481: “En todo el mundo, a los jueces a menudo se les pide que implementen las medidas represivas de los gobernantes autoritarios. ¿Qué concepción de interpretación legal y qué rol judicial, si es que existe, hace que los jueces sean más propensos a resistir tales presiones? Esa pregunta, central en la jurisprudencia angloamericana desde el debate Hart-Fuller, se aborda examinando el reciente gobierno militar en Argentina y Brasil. (...) El estudio empírico de los casos y el análisis conceptual de las teorías existentes revelan que ningún punto de vista de la interpretación legal inherentemente dispone a sus seguidores para que acepten o repudien la ley represiva. Las circunstancias políticas contingentes –la forma preferida de retórica legal de los gobernantes, y el grado en que los jueces aceptan la necesidad de un período de gobierno extra-constitucional determinan qué teoría jurídica fomenta la mayor resistencia”; HARCOURT, J. Crim. L. & Criminology 90 (1999-2000), 117 ss., *passim*; POSNER, en MindGames, Inc. v. W. Pub. Co., 218 F.3d 652 (7th Cir. 2000), 657: “Ninguna persona sensata pensaría que las reglas son siempre mejores que los estándares o viceversa”; Mich. L. Rev. 101 (2003), 958, *passim*.

humano afán de desarrollar técnico-jurídicamente una política pública para disminuir homicidios, surgen de inmediato algunos interrogantes sobre los costos sociales que se derivarían de mantener vigente ese debate. En primer lugar: ¿No defiende cada lado del debate una pésima alternativa? Y, en segundo, estrechamente relacionado con ello: ¿No sería mejor que nuestros penalistas expertos se revelaran ante la idea de tener que elegir obligatoriamente entre dos pésimas alternativas? ¿No harían mejor su trabajo si pudieran sacudirse de ese veto que no les permite señalar legítimamente las ventajas de emplear toda la gama de herramientas disponibles en la teoría del hecho punible? ¿No trabajarían mejor al emplear no una sola directiva, sino una estructura compleja y sistemática de directivas en la que los tipos penales son diseñados aproximadamente como *reglas* y las causas de justificación aproximadamente como *estándares*?⁸³ ¿No trabajarían mejor como un frente relativamente unido que, a través de la dogmática, busca estabilizar o estructurar *ex ante* –con esfuerzos cada vez más audaces– unas causas de justificación que se necesitan para solucionar los problemas de *sobreinclusión* que generan unos tipos penales que, en todo caso, seguirán cumpliendo una función importante e incluso necesaria como reglas generales?^{84/85}.

Llamemos a todo este supuesto, para simplificar, el caso de los penalistas expertos. Digamos que, si fijamos nuestra atención en lo que no tiene de ficticio este caso, quedamos frente a unas interesantes preguntas, cuyas respuestas no deberían darse por sentado ni resultar obvias. Por el contrario, es tarea de la dogmática penal enseñarnos que

⁸³ SUNSTEIN, *Legal Reasoning*, 1996, 116, 131; MORESO, *Doxa* 24 (2001), 5-41; MOLINA FERNÁNDEZ, en Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), *Justificación penal*, 2008, 13-35.

⁸⁴ Son particularmente claros ROXIN, *PG*, 1997, 7/6, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª, 2016, 12/13 y ALEXANDER/SCHAUER, *Wm. & Mary L. Rev.* 48 (2006-2007), 1598.

⁸⁵ Estarían estos penalistas expertos revelándose a la idea de moverse entre las dos opciones que inicialmente se les daban para volver a trabajar con toda la estructura compleja con que habitualmente lo hacen. Saben bien que con esta pueden reducir más fácilmente los costos sociales de la penalización de conductas, logrando conciliar dos importantes necesidades sociales sin hacer sacrificios excesivos de la una por estar concentrado exclusivamente en conseguir la otra. Las necesidades sociales de las que ahora hablamos son, en los términos de HART, *El concepto*, 3.ª, 2011, 14: “por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto”.

toda esa construcción sistemática no es ni excesiva ni “superflua”⁸⁶, que su farragosa complejidad está soportada en buenas razones⁸⁷.

Pero, volviendo a nuestro tema, si nuestras respuestas a esas preguntas son algo más positivas –si creemos que esos penalistas expertos harían un mejor trabajo si no tienen que elegir entre dos pésimas alternativas y, en cambio, se pueden mover legítimamente por el camino alternativo que ya han desarrollado–, el caso de los penalistas expertos puede empezar a darnos frutos sirviendo como una suerte de aviso o advertencia. Puede ayudarnos a poner luz sobre algunos de los efectos perniciosos que se generan al mantener enmarcado el debate jurídico en términos estrictamente binarios.

Sin embargo, las marcadas tendencias o predisposiciones de las que hemos estado hablando –a encarar el debate sobre la *forma* de los derechos fundamentales de manera binaria y extrema– pueden hacer que terminemos ignorando esta advertencia, que no aceptemos si quiera esta analogía. Así, podría concedérsenos que esa caja de herramientas –cuya utilidad hemos tratado de justificar en casos como el de los conductores de la tercera edad o el de los penalistas expertos– nos sirve para explicar cómo se hacen las cosas en el resto de las materias jurídicas. Pero –seguiría quien nos hace esta crítica– que valga para muchas áreas jurídicas, incluso para todas, no hace que automáticamente deba valer para la que se encargue de los derechos fundamentales.

Y, como este contraargumento escéptico quizá no iría del todo mal encaminado, probablemente aún no hemos conseguido demostrar la necesidad de rechazar y abandonar ese debate bipolar. La necesidad de empezar a imitar otras áreas jurídicas más asentadas y comenzar a movernos por caminos en los que podamos emplear legítimamente todos los instrumentos de esa caja de herramientas –reglas puras, reglas complejas, reglas con excusas, presunciones, *tests de múltiples factores*, guías de aplicación, etc.– para “poner carne en el esqueleto de la Constitución”⁸⁸.

⁸⁶ SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, 1991, 31.

⁸⁷ El lector puede encontrar una poderosa y sumamente convincente presentación de estas razones en: SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, 1991, 31-80.

⁸⁸ SCHAUER, UCLA L. Rev. 29 (1981-1982), 825: “Nos equivocáramos al ver el lenguaje constitucional como una criatura totalmente única. La apertura aparentemente intencional de muchos términos constitucionales, sobre los cuales se basa la mayor parte de la suposición sobre la singularidad del lenguaje constitucional, tiene contrapartidas en otras áreas del derecho, especialmente en el derecho estadounidense. La generalidad de «igual protección de las leyes» o «la libertad de expresión» difiere poco del lenguaje en

Esto puede ser cierto, pero no tiene por qué ser un problema. La idea en este capítulo –y en esta tesis– es la de opinar y abrir el debate, no la de cerrarlo. Así, aunque estas comparaciones puedan perder parte de su fuerza con este tipo de contraargumentos, no necesariamente pierden toda su fuerza. Y es precisamente con esa fuerza restante que instalan el debate, que enfocan la atención en nuestras presuposiciones y hacen que empecemos a preguntarnos: ¿Por qué, cuando de lo que se trata es de nuestros derechos fundamentales, no podemos emplear legítimamente todas las herramientas que utilizan otras áreas jurídicas? ¿Por qué no deberíamos revelarnos y sacudirnos el veto que nos impide movernos por los caminos en que se mueven las otras áreas jurídicas? ¿Por qué no podemos hacer cosas con las *formas* del derecho aquí? En síntesis, ¿Por qué no tenemos una construcción sistemática de nuestras libertades constitucionales?⁸⁹.

la Regla 10b-5 de la Comisión de Bolsa y Valores, que prohíbe el empleo de «cualquier dispositivo, esquema o artificio para defraudar». Del mismo modo, la prohibición de la cuarta enmienda de hacer registros e incautaciones «irracionales» no proporciona más orientación que la prohibición de la Ley Sherman sobre «cada contrato, combinación. . . o conspiración, que restrinja el comercio o el comercio». Como resultado, la tarea de los tribunales de poner carne en el esqueleto de la Constitución no es completamente diferente de la tarea que los tribunales han emprendido en el desarrollo de la muy elaborada estructura de las tests, reglas y estándares que rodean y gobiernan la aplicación de las leyes de valores, las leyes antimonopolio y muchos otros esquemas estatutarios”. En un sentido similar: REX/NICKEL, APQ 17 (1980), 165-180, cuyo fuerza por clarificar el lenguaje grandilocuente, inexacto y sentimentalista con que se habla de derechos fundamentales es –a mi modo de ver– un muy buen punto de partida para empezar a avanzar en esta dirección; SEDLER, Wash. & Lee L. Rev. 48 (1991), 457, *passim*.; FALLON, Harv. L. Rev. 111 (1997-1998), 57: “Incluso cuando existe un acuerdo general de que la Constitución refleja un valor particular o un propósito de protección, las cuestiones de implementación de las diez permanecen. Por ejemplo, puede ser un propósito de la Primera Enmienda brindar protección contra los esfuerzos gubernamentales para reprimir el disenso (...) Pero las normas que reflejan propósitos como estos son demasiado vagas para servir como reglas de derecho; su implementación efectiva requiere la elaboración de doctrina por parte de los tribunales. La Corte Suprema ha respondido en consecuencia. De una manera todo menos ilegítima, ha desarrollado una serie compleja, cada vez más parecida al estilo de un código, de factores de dos, tres y cuatro partes, cada una con su dominio limitado. Los críticos han protestado porque los factores de varias partes de la Corte son inapropiados porque no reflejan de manera plausible el verdadero significado de la Constitución. Pero esta crítica pierde de vista un punto crucial. Identificar el «significado» de la Constitución no es la única función de la Corte. Una misión crucial de la Corte es *implementar* la Constitución con éxito”.

⁸⁹ En este sentido, un esfuerzo similar al de SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, 1991, 31-80 –quien como decíamos trata de mostrarnos que la teoría del hecho punible no es una criatura “extraña”, “inteligible” o “superflua”– es el de SCHAUER, en Nolte (ed.), *European and US*, 2005, 47-65. Este autor va a tratar de mostrarnos, también con una poderosa argumentación, que la doctrina de la libertad de expresión de origen estadounidense no tiene que ser mirada necesariamente como algo “barroco”, “formal” o “ridículo”, sino como la aproximación variada y multiforme a una materia compleja que cabría esperar de cualquier área jurídica madura. En palabras del propio autor: “El enfoque estadounidense de la libertad de expresión no solo se caracteriza por el uso de tests complejos, como se indicó anteriormente, y no solo por las determinaciones de lo que está dentro o fuera de la cobertura de la Primera Enmienda, sino también por una amplia gama de reservas, excepciones, principios, reglas y presunciones. A primera vista, la tentación es ver esto como barroco, formal, y vagamente ridículo. Sin embargo, por tentadora que sea esta caracterización, la tentación debe resistirse. Después de todo, los análisis de tres y cuatro partes (o más) son una parte común de numerosos estatutos y regulaciones en todo el mundo, y principios, reglas, presunciones, las reservas y las excepciones impregnan prácticamente todos los temas legales maduros.

Aunque las ideas que hemos ido recolectando pueden dar una base de legitimidad a este tipo de interrogantes, lo cierto es que estos tienen un alcance más profundo y abstracto que el que tiene esta tesis. Nuestro campo específico, el del derecho constitucional a la libertad de expresión, exige que nos concentremos en aspectos más particulares. Por eso, aunque no nos olvidemos de estas cuestiones de fondo, debemos pensar en unos interrogantes y conjeturas más precisas y mejor direccionadas con las que podamos trabajar en el siguiente capítulo.

El caso de los penalistas expertos –pero ahora no los que en el ejemplo tenían el veto, sino los que ya han escapado del mismo para desarrollar el actual DP de nuestros países– puede resultar inspirador para nosotros. Puede llegar a servirnos para desarrollar estas hipótesis de trabajo. Por ello, para finalizar, sería bueno que, examinando cómo hacen cosas con las *formas* del derecho los penalistas expertos, interrogáramos algunas de nuestras presuposiciones y le vayamos abriendo un espacio a la idea de que, para conseguir una construcción sistemática del derecho a la libertad de expresión –que sea realista y que tenga un futuro– tal vez necesitemos empezar a considerar las siguientes posibilidades:

(i) Los penalistas, al entender que es imposible solucionar todo problema de *sobreinclusión* desde la tipicidad, señalan que debe dejarse abierta una “válvula de escape”⁹⁰ en la antijuridicidad que permita mayor flexibilidad al momento de enfrentarse a las circunstancias particulares de ciertos casos futuros⁹¹. Es probable que, al desarrollar jurídicamente el derecho constitucional a la libertad de expresión, nos encontremos ante el mismo problema y tengamos que plantearnos una solución similar. Ante la

Una vez que vemos esto, y una vez que vemos la libertad de comunicación como un área de derecho y no solo como un manifiesto abstracto e ininteligible que se pregona en feriados nacionales, la pregunta cambia, y enfrentamos la posibilidad de que el derecho de libertad de expresión, no menos que el derecho de contratos, daños, bienes inmuebles, competencia desleal, o el de regulación de valores, es simplemente un tema legal maduro –un área bien desarrollada de doctrina legal– con todas las características que se puede esperar que conlleve tal madurez”.

⁹⁰ SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, 1991, 37. Adicionalmente v. arriba n. 62.

⁹¹ Cfr. SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, 1991, 37; ROXIN, *PG*, 1997, 14/37; MORESO, *Doxa* 24 (2001), 23, 25 s. : “la función principal para la que las causas de justificación existen en Derecho penal: eliminar la sobreinclusión de los comportamientos prohibidos”; ENDICOTT, *Palabras y reglas*, 2004, 81 s.; MOLINA FERNÁNDEZ, en Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), *Justificación penal*, 2008, 23: “es materialmente imposible prever en la ley penal todas las situaciones de conflicto imaginables y darles solución particular.” Adicionalmente v. arriba n. 48 s. y el texto principal que va ligado a ellas.

imposibilidad de solucionar –por adelantado– todos los problemas de *sobreinclusión* desde la *delimitación del alcance* del derecho, quizá tengamos que llevar a cabo parte de ese trabajo dejando abierta una válvula de escape al determinar que el *grado de protección jurídica* no deba ser *absoluto*.

(ii) Los penalistas no han entendido que el tipo penal de homicidio sea menos regla –o menos importante o necesario– porque en ocasiones no logre imponer su *consecuencia jurídica* a pesar de haberse verificado fácticamente su *supuesto de hecho* –porque el aplicador vio la necesidad de utilizar esa *válvula de escape* pues había otro factor a considerar que terminó imponiendo la solución jurídica del caso–⁹². Es probable que, al desarrollar el derecho constitucional a la libertad de expresión, nosotros tengamos que entender lo mismo. Tal vez el derecho constitucional a la libertad de expresión no va a ser, ni menos regla –ni menos importante, ni menos necesario– porque en ocasiones no logre imponer su *consecuencia jurídica* a pesar de haber entrado en juego –porque el aplicador vio la necesidad de utilizar esa *válvula de escape* pues había otro factor a considerar que terminó imponiendo la solución jurídica del caso–.

(iii) Y, finalmente, los penalistas han entendido que deben hacer grandes esfuerzos para diseñar estructuras que permitan que, en el análisis propio de la antijuridicidad, la argumentación no tenga que ser “tópica”⁹³, “caótica”⁹⁴ o netamente casuística⁹⁵. Es probable que, al desarrollar jurídicamente el derecho constitucional a la libertad de expresión, nosotros también debamos reconocer la necesidad de hacer un esfuerzo similar. Así las cosas, para analizar sí este derecho constitucional *protege* definitivamente una conducta que está dentro de su alcance, tendríamos que ir haciendo fórmulas –doctrinas, tests, presunciones, guías de aplicación–, que puedan hacer que nuestras elecciones, y sus correspondientes fundamentaciones, se deriven de criterios cada vez más precisos y mejor definidos –de tal manera que estas no tengan que darse en contextos *tópicos, caóticos* o casuísticos–.

⁹² Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), *La justificación penal*, 2008, 14 s., 19 s.; HART, *El concepto*, 3.^a, 2011, 166, 169 s.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a, 2016, 12/13-19., 13/10. Adicionalmente v. arriba n. 29-34 y el texto principal que va ligado a ellas.

⁹³ SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, 1991, 39 s.

⁹⁴ SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, 1991, 37.

⁹⁵ Cfr. SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, 1991, 37. En el mismo sentido: BACIGALUPO, *Principios constitucionales*, 1999, 51 ss.; MORESO, *Doxa* 24 (2001), 28 s.; 41 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, en Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), *La justificación penal*, 2008, 13-35.

4. Recapitulación

En el segundo capítulo, movidos por el deseo de encontrar una interpretación más técnica y atractiva del derecho constitucional a la libertad de expresión que la literal-absolutista, buscamos unas perspectivas teóricas que nos aportaran criterios para identificar, dentro del inmenso conjunto universal formado por las acciones comunicativas, el subconjunto sobre el que recae el derecho a la libertad de expresión. Justo con ese fin, el de distinguir y mantener bien iluminado ese subconjunto, creamos, y fuimos dando contenido, al *principio de la libertad de expresión* –etiqueta con la que nos referimos al conjunto de razones (argumentos, fundamentos, valores, lecciones históricas, etc.) subyacentes que justifican la protección constitucional *adicional* que se otorga a esta libertad en todos nuestros ordenamientos–.

En este capítulo, continuamos con el proceso de edificar nuestra interpretación. Para hacerlo, abrimos una ventana desde la cual pudiéramos empezar a observar el panorama que tenemos por delante y a reflexionar sobre cómo creemos que debería ser administrado jurídica e institucionalmente este *principio de la libertad de expresión*.

Inicialmente, nuestro objetivo fue, precisamente, instalar un escenario desde el que pudiéramos considerar los diferentes caminos por los que podríamos movernos. Con esta idea en mente, hicimos un recorrido que nos permitió familiarizarnos con el amplio catálogo de materiales que –gracias al nivel de desarrollo actual de nuestros sistemas jurídicos– tenemos disponible para poder traducir satisfactoriamente la más variada gama de políticas públicas y/o principios en una directiva (o en una red de directivas) jurídica(s).

Tras este primer recorrido, decidimos crear otro espacio desde el que pudiéramos empezar a evaluar los eventuales costos y beneficios de trabajar con alguna de las diferentes *formas* jurídicas. Tras hacer esta nueva exploración, terminamos haciéndonos dos ideas. La primera, es que no hay tal cosa como una fórmula jurídica mágica –como una sola *forma* multiusos que se adapte perfectamente a cualquier necesidad–, por lo que es mejor mantener la mente abierta y estar preparado para trabajar con diferentes instrumentos. Y la segunda, muy ligada a la anterior, es que debemos abandonar el plano más abstracto de la discusión para poner nuestra atención en los aspectos sociales, culturales, institucionales, etc., que rodean la regulación jurídica que nos ocupa –pues es

en estos aspectos que encontraremos los datos más valiosos sobre el tipo de herramienta, de *forma*, con la que necesitamos trabajar (esto es, no el tipo de *forma* que nos guste más, sino el tipo de *forma* que nos sirve más)–.

Finalmente, propusimos un par de ejercicios que nos permitieran generar unas ideas y unas hipótesis que fueran transportando nuestro pensamiento hacia el terreno en que se estarán moviendo nuestras reflexiones en el cuarto y definitivo capítulo. Para hacer esta transición, empezamos a tomar nota de la manera en que áreas jurídicas maduras, como el DP, trabajan su campo jurídico –cómo escogen *formas* para encarar los diferentes problemas interpretativos, la falibilidad de los legisladores y de los aplicadores humanos, las antinomias, la tensión entre la justicia del caso y la certeza jurídica, los fenómenos de *infrainclusión* o *sobreinclusión*, etc.–.

Al buscar inspiración en el trabajo jurídico que se realiza en estas áreas, quisimos apuntar –de manera muy específica– al hecho de que su madurez está relacionada con la decisión de dejar de moverse dentro de los paradigmas del desgastado debate a blanco y negro entre reglas y estándares puros. Al hecho de que, solo tras haberse logrado desmarcar de este debate, han podido irse instalando en los escenarios teóricos completamente diferentes en que han conseguido su actual nivel de desarrollo. En estos escenarios, más fecundos, pueden tomar legítimamente cualquier tipo de material jurídico –pueden incluso crear sus propias herramientas haciendo combinaciones, excepciones, presunciones, tests de varios factores– siempre que este se adapte a sus necesidades y que les permita seguir edificando la ambiciosa y sistemática construcción jurídica de los principios y las políticas públicas que subyacen a su área.

CAPÍTULO IV: ¿CÓMO IMPLEMENTAR EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

1. Planteamiento del capítulo

Reconocer el valor y la fragilidad de la libertad de expresión y, actuando en consecuencia, consagrar un derecho constitucional a la libertad de expresión, parece una tarea relativamente fácil –como señala BHAGWAT, pasando lista por países como China, Corea del Norte, Eritrea o Arabia Saudita, terminaremos comprobando que alrededor del 95% de las 194 constituciones vigentes en el mundo incluyen esta garantía¹–. Implementar –llevar a la práctica– el derecho constitucional a la libertad de expresión ha probado ser, en cambio, un reto mucho mayor para todas nuestras sociedades. Una tarea verdaderamente titánica².

¿Por qué ha costado tanto realizar esta implementación? ¿Por qué es tan difícil garantizar o proteger efectiva y no solo formalmente esta libertad? ¿Cuáles son los obstáculos sociales, institucionales, culturales, psicológicos, económicos, etc., con que nos hemos topado cuando intentamos garantizar realmente esta libertad? ¿Cómo podemos enfrentar estos obstáculos? ¿Cómo podemos hacer que la cancha deje de estar inclinada

¹ BHAGWAT, U.C. Davis L. Rev. 49 (2015), 64 –v. Cap. I, n. 47–. En el mismo sentido también: LAW/VERSTEEG, Cal. L. Rev. 101 (2013), 863-952, quienes nos advierten (p.919), por si acaso fuese necesario, que la cifra de países que dicen tener esta garantía constitucional es tan alta porque algunos “regímenes no democráticos pueden adoptar deliberadamente constituciones engañosas como una estrategia para tratar de ganar reconocimiento y aceptación por parte de la comunidad internacional”. Estos regímenes “convierten la redacción de una constitución en un ejercicio cínico de palabrería sin valor dirigida no más que a prevenir el ostracismo de la «sociedad mundial»”.

² LAW/VERSTEEG, Cal. L. Rev. 101 (2013), 893, en su estudio comparativo de la implementación de las Constituciones nos dicen que: “la mera recitación de los derechos en una constitución no se traduce en el respeto real de esos derechos en la práctica” y que son “pocos los estudiosos del Derecho constitucional que serían tan tontos como para suponer explícitamente que la adopción de una declaración de derechos garantiza el respeto de los derechos en la práctica”. Más adelante, en la p.913, nos muestran que, en nuestro caso, el del derecho constitucional a la libertad de expresión, estamos ante uno de los derechos constitucionales más deshonrados en la práctica. En 1981, solo 25 de los 136 países que tenían este derecho consagrado constitucionalmente lo honraban verdaderamente en la práctica –el 18.4%–. En 1990, 21 de los 142 países –el 14.8%–. En 2000, 51 de los 177 países –el 28.8%–. Finalmente, en 2010, 48 de los 180 países –el 26.7%–. En el mismo sentido: EMERSON, *General Theory*, 1966, 16: “solo unas pocas naciones han tenido éxito en el pasado en mantener un grado sustancial de libertad de expresión, e incluso esas sociedades han sufrido graves recaídas en tiempos de presión”; SCHAUER, *Free speech*, 1982, 81; BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 244: “Las épocas y las sociedades en las que las libertades civiles fueron respetadas y la diversidad de opiniones y creencias toleradas han sido muy escasas y distanciadas, oasis en el desierto de la uniformidad, intolerancia y opresión humanas”; LEFORT, *Democracia y representación*, 2011, 97.

en contra de la libertad de expresión? ¿Qué plan o estrategia puede ayudarnos a mantener protegida esta libertad en la práctica?

En este cuarto y último capítulo abordaremos estas preguntas. Inicialmente, apoyándonos en el trabajo de EMERSON³, vamos a centrar toda nuestra atención en los primeros tres interrogantes y a presentar unas observaciones generales que puedan ser útiles al momento de tener que diagnosticar cuáles son los obstáculos que impiden o dificultan la implementación del derecho constitucional a la libertad de expresión. Luego, enfocándonos en las preguntas restantes, y partiendo de las observaciones que ya habremos hecho en la primera parte, consideraremos algunos de los planes o estrategias jurídicas con los que podríamos reaccionar a la presencia de estos obstáculos prácticos –tratando de removerlos o de disminuir su impacto para así tener mejores posibilidades de garantizar este derecho en la práctica–⁴.

2. Factores que dificultan o impiden la implementación del derecho constitucional a la libertad de expresión

Las mejores respuestas a los interrogantes en que nos centraremos ahora –¿Por qué cuesta tanto implementar este derecho? ¿Por qué es tan difícil garantizar efectiva y no solo formalmente esta libertad? ¿Cuáles son los obstáculos con que nos hemos topado

³ EMERSON, *General Theory*, 1966.

⁴ Para diseñar el plan de trabajo que vamos a seguir en este capítulo he tenido en cuenta principalmente a dos autores: EMERSON, *General Theory*, 1966, vi s.; Cal. L. Rev. 68 (1980), 423 y KOPPELMAN, Nw. U. L. Rev. 107 (2013), 648 s. Como en el texto principal nos concentraremos en el primero, me gustaría que nos tomáramos aquí un momento para considerar el trabajo del segundo autor. KOPPELMAN, Nw. U. L. Rev. 107 (2013), 690, para resaltar el sentido eminentemente *práctico* y teleológico de la labor que tenemos ante nosotros, nos dice que: “La libertad de expresión, y específicamente la construcción de las reglas constitucionales que la protegen, es una práctica muy parecida a la medicina. Su objetivo es preservar un sistema de discurso público que facilite la realización de los bienes internos de la práctica y protegerlo frente a las patologías que impidan su funcionamiento adecuado”. Aunque el autor va a desarrollar mucho más sutilmente esta analogía, me interesa que veamos cómo emplea estas ideas para iluminar la forma en que EMERSON trabajaba la libertad de expresión: “La analogía con la práctica de la medicina ilumina por qué Emerson organiza su artículo como lo hace. Antes de que tú puedas ser médico, debes (1) entender lo que constituye la salud, (2) tener una descripción fáctica detallada de la situación que se presenta como obstáculo para su logro y, a partir de estos (3) diseñar un plan provisional de tratamiento, revisable a la luz de la experiencia. Emerson ofrece (1) una declaración de ideales de libertad de expresión, (2) una descripción del entorno en el que la libertad de expresión está en peligro y (3) las reglas propuestas para abordar esos peligros”. Teniendo en cuenta que no vamos a hacer otra excursión como la que ya hicimos en el segundo capítulo de esta tesis para poder abordar (1) –no obstante, v. la n. 119–, en las dos grandes secciones que componen este capítulo nos dedicaremos a: (2) –elaborar un diagnóstico general de las patologías que afectan esta libertad– y (3) –dar unas pautas introductorias sobre el tratamiento jurídico de estas patologías–.

cuando intentamos garantizar esta libertad?– suelen aparecer tras haber hecho un diagnóstico pormenorizado del caso particular de una sociedad. Después de que, en otras palabras, se hayan hecho verdaderos esfuerzos por tratar de llegar hasta la carne misma de lo social para, desde allí, poder empezar a hacer una caracterización más fiel y precisa de los obstáculos institucionales, culturales, históricos, económicos, etc., a los que, en la práctica, se ve enfrentada esta libertad.

Estos exámenes diagnósticos son, así las cosas, una parte indispensable del proceso de implementación de este derecho en cualquier sociedad que se tome en serio la libertad de expresión. Será la continua práctica de estos exámenes la que, junto a la acumulación de experiencias –y en oposición a la mera especulación–, nos dará la oportunidad de saber, en concreto, qué obstáculos afectan el porvenir de esta libertad y qué pueden (y *deben*) hacer los diferentes actores de la escena social y política para que dejemos de toparnos con ellos y podamos vivir a la altura de nuestros compromisos constitucionales⁵.

Como se habrá imaginado el lector, no estamos en condiciones de embarcarnos en la empresa de hacer un examen diagnóstico tan perspicaz y detallado como el que (quienes nos preocupamos por el futuro de esta libertad) quisiéramos que se lleve a cabo en cada una de nuestras respectivas sociedades. Ello, principalmente, porque no podríamos ni soñar hacer algo así desde el nivel de generalidad con el que venimos trabajando la tesis. Pero, además, porque semejante esfuerzo –incluso suponiendo que fuera posible levantar y organizar tal cantidad de información– no estaría suficientemente recompensado, pues está lejos de resultar indispensable para ir tras los objetivos más introductorios que tenemos.

Lo que sí estamos en condiciones de hacer desde el nivel de generalidad en que nos encontramos –y lo que realmente necesitamos para perseguir nuestros objetivos–, es abrir una ventana que nos permita tener una visión panorámica del tipo de cuestión social que puede terminar inclinando la cancha en contra de la efectiva implementación del derecho constitucional a la libertad de expresión⁶. Del tipo de cuestión que, una vez diagnosticado,

⁵ Volviendo a KOPPELMAN, Nw. U. L. Rev. 107 (2013), 648 s., digamos que diagnosticar la patología que aqueja al paciente es muy importante –sino imprescindible– para poder definir cuál será el mejor tratamiento para intentar hacer que recupere su salud.

⁶ Tan pronto como mencionamos que solo necesitamos unas nociones elementales de los obstáculos que hacen que a nuestras sociedades les cueste tanto llevar a la práctica los compromisos derivados de la consagración jurídico-constitucional de la libre expresión, es probable que pensemos que remontarnos al

debería pasar a formar parte de los factores que los tribunales considerarán al momento de establecer el modo en que los diferentes actores sociales deberemos proceder una vez que nos encontremos ante problemas interpretativos que involucran la aplicación de este derecho⁷.

Para empezar a abrir esa ventana, para conseguir esa visión general que necesitamos, utilizaremos principalmente el segundo capítulo de la obra clásica de EMERSON: “Hacia una teoría general de la Primera Enmienda”⁸. Como ya hemos visto que este texto encaja de forma muy natural en nuestras preocupaciones actuales⁹, propondré al lector que nos apropiemos directamente de él y que lo leamos como el esfuerzo que hizo EMERSON por contestar las preguntas que nos estamos haciendo ahora¹⁰.

estudio que realizamos en el segundo capítulo podría ser una buena alternativa. Que, si esta es la finalidad que perseguimos, trastear piezas de allá para acá quizá podría llegar a resultar más que suficiente. No creo que esta sea una mala idea –de hecho, estoy seguro de que buena parte de ese estudio tiene una naturaleza más práctica que abstracta, por lo que muchas de sus piezas nos servirían ahora. Sin embargo, para no hacer excesivamente repetitivo y tedioso nuestro viaje en este nuevo capítulo, y con la ilusión de que un impulso intelectual un tanto diferente nos pueda ayudar a hacer una aproximación más especializada, directa y audaz, propondremos enseguida encaminarnos en otra dirección.

⁷ En otras palabras, el modo en que los diferentes actores deberíamos aproximarnos a aquellas situaciones en que tenemos que decidir si una acción comunicativa se encuentra o no cubierta y/o protegida por el derecho constitucional a la libertad de expresión. Sobre la noción de problema interpretativo que subyace a estas ideas v.: GARCÍA AMADO, *ADP*, 2005, 35 s.

⁸ EMERSON, *General Theory*, 1966, 16-25.

⁹ V., arriba, n. 4.

¹⁰ Permítame el lector que explique a qué me refiero con eso de: (i) “apropiarnos directamente” del trabajo de EMERSON y (ii) hacerlo responder a nuestras preguntas. EMERSON, empecemos por hacer esta claridad, hace un diagnóstico –tendencialmente empírico como el que estamos buscando–, *enfocándose en el contexto propio de su país, EE. UU., y de su época, la década de los sesentas del siglo anterior*. Aunque es verdad que su obra es un clásico –por lo que su contenido ha sido capaz de trascender (de mantenerse vigente, útil, interesante) en el tiempo y en el espacio–, ha de aceptarse que no es menos cierto que su diagnóstico sea situado. Cuando digo que nos apropiemos de su trabajo, lo que estoy diciendo entonces es que lo utilicemos como una especie de lente que podemos usar cuando nos permite enfocar o examinar mejor las condiciones idiosincráticas de nuestra respectiva sociedad, pero que estamos muy dispuestos a criticar, reformular o, incluso, a abandonar, tan pronto como empecemos a sospechar que podríamos llegar a ver mejor sin él. La idea es entonces que, frente a cada una de las cuestiones que vamos a ver a continuación, revisemos, comparemos, actualicemos, modifiquemos los planteamientos originales de EMERSON. Ello, no para poder contarle a EMERSON que las cosas son diferentes en nuestra sociedad –que así lo sean es una mera obviedad–, sino para ver qué es lo que nos puede contar EMERSON a nosotros sobre nuestra propia sociedad: ¿Qué diagnóstico haría EMERSON si estuviera refiriéndose a ella? ¿Qué partes de su análisis modificaría? ¿Qué otro factor tendría en cuenta? ¿Qué diría de nosotros? ¿Encontraría que somos tan intolerantes como sus conciudadanos? ¿Desconfiaría tanto de las autoridades de nuestro país como desconfiaba de las del suyo? etc. Mi intuición, dicho sea de paso, es que EMERSON no solo no tendría inconvenientes en que tomáramos su trabajo con beneficio de inventario, sino que nos criticaría enérgicamente si creyésemos que extrapolando acriticamente sus diagnósticos a nuestras propias sociedades podríamos llegar a tener el diagnóstico que buscamos sobre los obstáculos que dificultan la implementación de esta libertad en cualquiera de nuestras actuales sociedades. Nuestra intención en esta sección, recordémoslo, *no* es remplazar esos diagnósticos más específicos que deben realizarse en cada

EMERSON respondería a nuestras preguntas en dos momentos: uno en que apenas introduciría su postura y otro en que la desarrollaría ampliamente. Vamos ahora con el primero. En todas nuestras sociedades, indicaría EMERSON, se asume que el derecho constitucional a la libertad de expresión *no* debe ser construido como una regla categórica cuyo alcance protege o inmuniza absolutamente todas las acciones comunicativas –si nos preguntamos por la razón tras este consenso, basta con que recordemos los contundentes resultados del ejercicio de reducción al absurdo que hicimos en el primer capítulo—¹¹.

Puesto que la construcción conforme a la interpretación literal-absolutista ha permanecido fuera de la mesa, EMERSON nos diría que, bien vistas las cosas, la cuestión fundamental ha pasado siempre por el modo en que se estructura el proceso en que se define dónde (quién, cómo o cuándo) se deben trazar las líneas que separan las acciones comunicativas que están cubiertas y protegidas por este derecho de aquellas que no lo están¹².

Y es justo cuando entramos al tema del proceso de trazar limitaciones o restricciones –al verdadero “quid del asunto”¹³– que podemos capturar la respuesta inicial que nos daría EMERSON. Para nuestro autor, “la mayoría de los esfuerzos que hemos

sociedad, sino tener una noción general de la clase de obstáculos que, de llegar a presentarse, podrían dificultar o impedir la implementación de la libertad de expresión.

¹¹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 16. Igualmente v.: arriba, Cap. I, 2 y, abajo, n. 12.

¹² Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 16. En el mismo sentido: FRANTZ, Yale L.J. 71 (1961-1962), 1435; Cal. L. Rev. 51 (1963) 750; HYNEMAN, Am. Political Sci. 57 (1962), 847 s.; NIMMER, Cal. L. Rev. 56 (1968), 938: “Pero si la primera enmienda no protege todos los discursos, ¿cómo puede el Tribunal determinar qué discurso está sujeto a una sentencia, y cuál está inmunizado por la primera enmienda? Aquí, aquellos preocupados por la preservación de los valores que subyacen a la primera enmienda se alarman adecuadamente. Si no nos aferramos al ancla de una regla absoluta, no cualificada, ¿no es la alternativa ninguna regla? Si no se requiere que los jueces protejan todo el discurso, ¿no significa esto que el único discurso que se protegerá es aquel que, de manera *ad hoc*, los jueces pueden aprobar de vez en cuando?”; MONAGHAN, Harv. L. Rev. 83 (1970), 518-551; BORK, Ind. L.J. 47 (1971), 21: “Nadie, ni el absolutista más obsesionado, toma una posición semejante, pero si no lo hace, la posición absolutista se abandona, se revela como un juego de palabras. El gobierno no puede funcionar si alguien puede decir algo en cualquier lugar y en cualquier momento. Y así llegamos rápidamente a la conclusión de que se deben trazar líneas, hacer diferenciaciones”; FUCHS, Wm. & Mary L. Rev. 18 (1976), 358; INGRAM, Soc. Theory Pract. 4 (1977), 325; SCHAUER, B.U. L. Rev. 58 (1978), 685 ss., 702; *Free speech*, 1982, 134 ss.; BEVIER, Cal. L. Rev. 73 (1985), 1085; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 925; LAW/VERSTEEG, Cal. L. Rev. 101 (2013), 925: “En la práctica, sin embargo, los derechos constitucionales rara vez son absolutos. Las cláusulas de limitación son ubicuas, y en el caso poco frecuente de que falten límites explícitos en el texto constitucional, los límites se configuran invariablemente por vía de interpretación. Por lo tanto, la verdadera pregunta no es si las limitaciones de los derechos socavan el respeto por los derechos, sino si algunos tipos particulares de limitaciones tienen un impacto más adverso que otros”.

¹³ EMERSON, *General Theory*, 1966, 16.

realizado en el pasado, al formular las directivas que limitan la libertad de expresión, han terminado siendo gravemente defectuosos por no haberse considerado de manera realista el contexto en el que se administrarán dichas limitaciones”¹⁴. Dicho de otro modo, las vías alternativas al absolutismo por las que nos hemos movido no nos han dejado bien preparados para enfrentar el reto de mantener protegidas las expresiones más valiosas en la práctica –esto es, en las condiciones de incertidumbre, falibilidad, parcialidad, miopía, etc., en que distintos actores tomaremos decisiones sobre esos límites y sellaremos la suerte de esta libertad en nuestras sociedades–¹⁵.

¿Y cuáles son esos factores que debemos aprender a considerar si queremos empezar a captar la realidad del contexto en que se administrarán las limitaciones o restricciones que propongamos hacer al derecho constitucional a la libertad de expresión? EMERSON va a ayudarnos a contestar esta nueva pregunta –y, sobre todo, las de la saga inicial– mediante una descripción de los cinco factores que pueden condicionar (negativamente) el entorno en que se toman las decisiones sobre la aplicación de limitaciones o restricciones al derecho a la libertad de expresión –factores a los que nuestro autor se refiere, en su conjunto, como “dinámicas de la limitación”¹⁶–.

Estos cinco factores –que enseguida pasaremos a trabajar individualmente– son: “[i] las fuerzas en conflicto, [ii] las dificultades prácticas en la formulación de limitaciones, [iii] el aparato estatal que es necesario para hacer cumplir las limitaciones, [iv] la posibilidad de distorsionar las limitaciones para lograr otros propósitos y [v] el

¹⁴ EMERSON, *General Theory*, 1966, 16, quien de inmediato agrega que: “El núcleo del problema es que las limitaciones, sean las que sean, deberán ser luego aplicadas por un grupo de seres humanos a otros seres humanos”. En el mismo sentido: EMERSON, *Cal. L. Rev.* 68 (1980), 429.

¹⁵ EMERSON, *General Theory*, 1966, 16-25. En el mismo sentido: SCHAUER, *B.U. L. Rev.* 58 (1978), 687; BEVIER, *Cal. L. Rev.* 73 (1985), 1085; KOPPELMAN, *Nw. U. L. Rev.* 107 (2013), 704.

¹⁶ EMERSON, *General Theory*, 1966, 16, 20, 22, 48. En un artículo posterior, EMERSON, *Cal. L. Rev.* 68 (1980), 423, se iba a referir a estas “dinámicas” como los problemas prácticos que surgen en la fase operativa del sistema, veamos: “La estructura básica del sistema de libertad de expresión, en lo que se refiere a sus características jurídicas, se compone de tres elementos principales. En su raíz están los valores fundamentales a los que el sistema pretende servir. A continuación, se encuentran los principales instrumentos encargados de mantener el sistema: el Derecho y las instituciones legales. Finalmente, *el sistema debe incluir algún reconocimiento de los problemas prácticos, las "dinámicas", que intervienen en el funcionamiento real del sistema*” (cursivas propias).

impacto de todo el proceso de limitaciones en las posibilidades que tenemos de alcanzar un sistema efectivo de libre expresión”¹⁷.

A. Las fuerzas en conflicto

EMERSON nos diría que, para que nuestra estrategia de protección de los valores que subyacen a la libertad de expresión sea realista y pueda funcionar en la práctica, lo primero que debemos hacer es prever y anticiparnos a “las poderosas fuerzas que impulsan a los hombres hacia la eliminación de expresiones heterodoxas”¹⁸. En la descripción que nos va a dar EMERSON, estas fuerzas pueden aparecer como más o menos racionales¹⁹.

Al tomar nota de las fuerzas menos racionales –a las que nuestro autor se refiere también como “propensiones humanas”²⁰, “impulsos innatos”²¹ o “compulsiones internas”²²–, por las que empezaremos, debemos examinar cuidadosamente tanto la “psicología”²³ de quienes traten de aferrarse a las posiciones ortodoxas como la de quienes se animan a disentir o discrepar públicamente de ellas²⁴.

Frente a los primeros, EMERSON –basándose en estudios sobre la personalidad autoritaria– nos dice que debemos prestar atención a la manera en que la mayoría de las personas reaccionan cuando sienten que la expresión de otros “ataca”²⁵ alguna de sus

¹⁷ EMERSON, *General Theory*, 1966, 16. Reiterando lo que ya decíamos expresamente en la n. 10, para nosotros esta lista de factores será ejemplificativa y abierta, *nunca cerrada o taxativa*.

¹⁸ EMERSON, *General Theory*, 1966, 16. Justo después de las palabras citadas en el texto principal, nuestro autor prosigue de la siguiente manera: “La mayoría de los hombres tienen una fuerte inclinación a suprimir la oposición incluso cuando las diferencias en el punto de vista son comparativamente leves. Pero un sistema de libre expresión debe estar estructurado para resistir un estrés mucho mayor. La prueba de tal sistema no es si tolera desviaciones menores, sino si permite la crítica de las creencias y prácticas fundamentales de la sociedad. Y, en esta área, los impulsos para reprimir, tanto irracionales como racionales, tienden a volverse abrumadores”.

¹⁹ Cfr., además del texto citado en la n. anterior, EMERSON, *General Theory*, 1966, 16-19.

²⁰ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

²¹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

²² EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

²³ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

²⁴ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

²⁵ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

“premisas máspreciadas”²⁶. Cuanto más ortodoxa, dogmática o cerrada sea la estructura interior de la persona —entre mayor sea su “necesidad de tener certezas”²⁷—, más grandes serán los sentimientos de incomodidad, ansiedad, miedo, odio, angustia, molestia, etc., que experimente al entrar en contacto con posiciones heterodoxas que se atrevan a cuestionar los fundamentos de su propia visión. En este contexto, en el que el disenso es sentido como una afrenta personal, EMERSON sostiene que es normal que se termine sintiendo “una fuerte compulsión hacia la eliminación de la fuente del peligro”²⁸. Que se trate de empujar a las autoridades para que, limitando o restringiendo la expresión crítica que tanto disturba, les “brinde una protección frente al supuesto mal”^{29/30}.

²⁶ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

²⁷ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

²⁸ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

²⁹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

³⁰ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 17. En este mismo sentido: KALVEN, *UCLA L. Rev.* 14 (1967), 432 ss.; 441 MONAGHAN, *Harv. L. Rev.* 83 (1970), 529, quien nos dice que la “conciencia de la mayoría no ha sido ni nunca será precisamente tolerante frente al disenso” de los grupos minoritarios; SCHAUER, *B.U. L. Rev.* 58 (1978), 696; *Free speech*, 1982, 82 s.; *Harv. L. Rev.* 99 (1985) 376 s., explicando claramente lo “contraintuitiva” que le resulta a la mayoría de las personas la idea de que miembros de grupos impopulares sean protegidos por la libertad de expresión; BLASI, *Colum. L. Rev.* 85 (1985), 457, nos dice que “el impulso agresivo de ser intolerante con los demás reside dentro de todos nosotros. Es un instinto poderoso. Solo la socialización más sostenida, uno podría decir incluso el adoctrinamiento, en el valor de la libertad de expresión mantiene el impulso de suprimir el disenso bajo control (...) el instinto de suprimir la disidencia es básico, primitivo y agresivo”; BOLLINGER, *Tolerant society*, 1986, 81, quien incorporando el pensamiento de MILL, BAGEHOT y el J. HOLMES, nos dice que: “para Mill la intolerancia era «tan natural a la humanidad», como lo fue para el economista político inglés Walter Bagehot, cuyo ensayo de 1874 sobre la tolerancia sigue siendo influyente en la actualidad. Bagehot elogió a Inglaterra por haber aumentado su tolerancia a la «expresión de opinión», sin embargo, todavía sentía la necesidad de escribir un ensayo en defensa de la tolerancia porque la tendencia a reincidir en la persecución era parte integral de la personalidad humana: lo que se dijo hace mucho tiempo de la esclavitud parece para ser igualmente verdad de la persecución: «existe por la ley de la naturaleza». Es tan compatible con la naturaleza humana, que ha surgido en todas partes en tiempos pasados, como lo muestra la historia, que el cese de la misma es apenas un asunto de los últimos tiempos en Inglaterra; Y que incluso ahora, tomando el mundo como un todo, la práctica y la teoría de la misma están en una mayoría triunfante. La mayoría de los hombres siempre han preferido la persecución, y todavía lo hacen; y, por lo tanto, es natural que reaparezca continuamente en la discusión y en el argumento. Estos sentimientos se han repetido en el siglo XX, aunque en general adoptan una forma algo menos explícita y más sumergida. Ya vimos que Holmes encontraba la intolerancia «perfectamente lógica»; HENTOFF, *Free speech*, 1993, 1: “La censura es el impulso más fuerte en la naturaleza humana; el sexo es solo un débil segundo lugar”; *U. Chi. L. Rev.* 72 (2005), 425; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 39: “Brandeis notó hace mucho tiempo que el discurso que desafía fundamentalmente las creencias y los prejuicios de una comunidad a menudo suscita «temores irracionales» entre «una gran mayoría» del cuerpo ciudadano (Whitney v. California, 1927, opinión concurrente). No debería sorprender en un gobierno representativo que los funcionarios públicos a menudo responden a tales temores al intentar silenciar las voces ofensivas. De hecho, Madison consideró la susceptibilidad de los representantes para influir en las pasiones fugaces de sus electores para estar entre los problemas más intratables del gobierno representativo. Como lo demostró la experiencia de la Ley de Sedición de 1798, cuando la censura gubernamental goza del apoyo de la mayoría, los jurados son defensores poco confiables de los derechos de libre expresión de los disidentes. Por lo general, solo en retrospectiva, una vez que el peligro percibido ha pasado, las personas han podido ver que sus temores se han excedido. El juez Brandeis

En relación con los segundos –los disidentes o discrepantes–, EMERSON plantea que debemos fijarnos en el hecho de que, por lo regular, solo las personas de carácter fuerte y convicciones arraigadas se atreven a desafiar públicamente el pensamiento tradicional o mayoritario. Bien sea por esto, o porque su intención es captar la atención de los demás, o, incluso, por la mera falta de adaptación al lenguaje y las costumbres propias de un “orden prevalente”³¹ que no comparte, lo cierto es que seguramente habrá múltiples ocasiones en las que el disidente no se exprese en términos que la mayoría defina como “convencionales”³². Que, en otras palabras, no respete “los estándares habituales de cortesía al expresarse”³³.

Como este tipo de tensiones se ha producido desde siempre, EMERSON pide incluso que recalculemos el impacto que el mensaje de los heterodoxos tiene en los ortodoxos y, consecuentemente, en quienes administran el sistema de la libertad de expresión. La falta de corrección política y el tono irrespetuoso y/o provocador que percibirán en muchas de las expresiones de los disidentes suele hacer que sus pulsaciones se aceleren todavía más –lo que hace que la opción de tolerar ese discurso quede más lejos y que, en cambio, se genere un plus de “ansiedad y hostilidad”³⁴ que tiende a incrementar la fuerza con que la sociedad se ve impulsada hacia la limitación de estas expresiones–³⁵.

Al analizar el otro tipo de fuerzas que componen este primer factor –las más racionales–, EMERSON comienza llamando la atención sobre el hecho de que muchas personas –quizá la mayoría– toman decisiones poniendo generalmente: (i) los intereses

capturó este fenómeno con el inolvidable recuerdo de los juicios de brujas de Salem, un evento en la historia colonial estadounidense que hoy tenemos dificultades para comprender. Brandeis escribió: «Los hombres temían a las brujas y quemaban a las mujeres»»; WEINSTEIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 53, quien nos dice que en toda sociedad ha existido siempre una “tendencia” a “suprimir las opiniones que ofenden a la mayoría”; KOPPELMAN, Nw. U. L. Rev. 107 (2013), 712, quien incorporando el pensamiento de PETERS, nos dice muy frontalmente que: “la mayoría de la población mundial «no puede escuchar ciertas cosas sin querer golpear a alguien»”; GÓMEZ DE ÁGREGA, *Mundo Orwell*, 2019, 122, quien habla de cómo el “gran público” termina apoyando ciertas formas de censura llevado: “por el temor de cada ciudadano a que se cuestione su punto de vista y se le saque de zona de confort” y, también en la línea del texto principal, agrega que esto sucede cuando: “La crítica y la contradicción de los valores propios se entienden como una ofensa en lugar de como una oportunidad de mejora”.

³¹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

³² EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

³³ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

³⁴ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17.

³⁵ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17. En el mismo sentido: NIMMER, Cal. L. Rev. 56 (1968), 940.

particulares por encima de los intereses *generales* –colectivos, sociales– y (ii) los intereses *inmediatos* por encima de los intereses a *largo plazo*³⁶.

Si la aplicación del derecho a la libertad de expresión cayese en manos de esas personas, y esta fuera la “lógica”³⁷ tras sus decisiones, es probable que privilegiasen la protección que otorga este derecho –al que, como vimos en el segundo capítulo, subyacen intereses *generales* a *largo plazo*– siempre que ello beneficie sus intereses *particulares* y/o *inmediatos* (o que, por lo menos, no suponga hacer un sacrificio importante de ellos). Si llegase a ocurrir lo contrario, si la protección de una acción comunicativa implicara la realización de sacrificios personales –sea porque esta acción causa un daño, genera la posibilidad de que se cause un daño, o afecta un interés, derecho o bien jurídico particular–, será en cambio más probable que, siguiendo esa misma lógica, pongan por encima *sus* propios intereses y elijan la limitación de esta libertad³⁸.

³⁶ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17 s. En el mismo sentido: EMERSON, Cal. L. Rev. 68 (1980), 430. Aunque espero que la formulación del texto principal sea clara, quiero compartir al lector el ejemplo con el que yo mismo he intentado comprender estas cuestiones. Creo que prácticamente todos estamos de acuerdo con lo importante y lo urgente que resulta la protección del medio ambiente. Creo que todos estamos de acuerdo en que es importante pensar en el mundo que vamos a dejarle a las generaciones futuras. Y, sin embargo, aun sabiendo todo esto, muchos de nosotros tenemos pocos problemas en usar más agua y electricidad de la que realmente necesitamos para las actividades domésticas; en usar el automóvil cuando podríamos caminar o usar bicicleta; en no saber la proveniencia y el procesamiento de los alimentos que consumimos; usamos envases desechables; imprimimos documentos que podríamos tener en digital; etc. El lector podrá sentirse más o menos conmovido por este ejemplo medio ambiental, pero creo que este devela claramente el patrón que queremos enfocar –podemos pensar también en cómo se aproximan muchas personas al pago de impuestos, o al tener que hacer una dieta, o al ir a un gimnasio–. En frío, en el plano abstracto, prácticamente todos aceptamos el valor de los *intereses generales* a *largo plazo*. En el plano operativo, al momento de tener que tomar decisiones, nos suele resultar más difícil mantener esa disciplina que es necesaria para sacrificarnos y no caer en la tentación de ir anteponiendo los *intereses particulares* e *inmediatos* a esos otros tipos de intereses. Es como si, en cierto modo, ya para concluir este ejemplo, cada uno de nosotros estuviera movido por el deseo de alcanzar una posición desde la que podamos recibir mayores beneficios asumiendo menores costos.

³⁷ EMERSON, *General Theory*, 1966, 18. En este punto, y puntualmente en el empleo de esta expresión, nuestro autor se apoya en HOLMES y su famoso disenso en *Abrams v. US* 250 US 616 (1919), 624. Del aparte más conocido, citado en toda su extensión en Cap. II, n.92, quiero que traigamos únicamente un fragmento muy pertinente para nuestra discusión actual: “La persecución por la expresión de opiniones me parece perfectamente lógica. Si no tienes dudas de tus premisas o de tu poder, y deseas un resultado determinado con todo el corazón, expresas naturalmente tus deseos en la ley y eliminas toda oposición a ella. Permitir la oposición mediante la expresión parece indicar que piensas que el discurso es impotente, como cuando un hombre dice que ha logrado la cuadratura del círculo, o que no te importa de todo corazón el resultado, o que dudas de tu poder o de tus premisas. Pero, cuando los hombres se han dado cuenta de que el tiempo ha trastornado muchas doctrinas, pueden llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos mismos de su propia conducta, que la mejor manera de alcanzar el bien deseado es a través del libre intercambio de ideas”.

³⁸ No se nos puede olvidar que, por definición, es justo a estas acciones comunicativas que este derecho extiende un *bonus de escrutinio y protección constitucional*, pues de las acciones (comunicativas o no) que

Aunque es evidente que un esquema tan simplificado de los procesos de toma de decisión no logra retratar toda su complejidad, el trabajo de EMERSON es una muestra de que hacer este tipo de abstracciones puede ser muy útil para comprender mejor una dinámica que ha hecho tan habitual, y tan previsible, “que individuos y grupos que exijan la libertad de expresión para sí mismos insistan en que esta les sea negada a otros”³⁹. O, asimismo, que quienes “dominen momentáneamente una sociedad traten naturalmente de aferrarse a su posición económica, política y social ventajosa”⁴⁰ y, justo por ello, al tomar decisiones relacionadas con la eventual limitación de esta libertad, tiendan a poner “intereses personales en el *statu quo* o en la ignorancia continua de otras personas”⁴¹ sobre “los intereses más amplios de la sociedad en su conjunto”⁴².

A riesgo de ser reiterativos, concluyamos el examen de este primer factor señalando lo siguiente. Debemos tomarnos en serio la posibilidad de que el sesgo y la miopía de quienes “dominen momentáneamente una sociedad” pueda llegar a marcar (o, por lo menos, a ser un criterio demasiado influyente en) el proceso en que consideran y deciden dónde trazar las líneas que separan las acciones comunicativas cubiertas y protegidas por este derecho de aquellas que no lo están. La posibilidad de que, en otras palabras, la muy humana flaqueza de su voluntad y/o la imperfección de su razonamiento llegue a pesar en ellos hasta el punto de llevarlos frecuentemente a optar por “resistir vigorosamente tanto la expresión de nuevas ideas como cualquier presión de los menos favorecidos que pudiese llegar a cambiar las condiciones existentes en la sociedad”^{43/44}.

no implican estos sacrificios ya se ocupan las directivas que desarrollan el *principio general de libertad*. – al respecto v.: Cap. II, 2 y 3–.

³⁹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 18.

⁴⁰ EMERSON, *General Theory*, 1966, 17 s.

⁴¹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 18.

⁴² EMERSON, *General Theory*, 1966, 18.

⁴³ EMERSON, *General Theory*, 1966, 18.

⁴⁴ Cfr. EMERSON, Cal. L. Rev. 68 (1980), 430: “El sistema [de la libertad de expresión] debe operar para lograr ganancias a largo plazo para la sociedad en su conjunto a expensas de los intereses inmediatos de las mayorías actuales”; SCHAUER, *Free speech*, 1982, 80 s., quien se preocupa por explicar la parte de este factor relacionada con el sesgo de una manera más sutil cuando, preguntándose la razón por la que todos los gobernantes han fallado sistemática y notoriamente al momento de censurar, nos dice: “Una razón puede estar en el sesgo o el interés propio de los encargados de la tarea de regular las expresiones. En particular, la regulación del discurso por motivos de interferencia con el gobierno, como la traición, la sedición, etc., se confía a aquellas personas que, como funcionarios gubernamentales, tienen más que perder de los argumentos en contra de su autoridad. Las razones de poder, prestigio, misión o dinero inspiran en las personas el deseo de alcanzar cargos de gobierno, y esas mismas razones también inspiran en ellos el deseo

B. Las dificultades prácticas en la formulación de limitaciones

Demos un paso más adelante y concentrémonos en el segundo factor que debemos tener en cuenta al diseñar nuestro plan o estrategia jurídica: las dificultades prácticas que surgirán al momento de intentar formular limitaciones o restricciones al derecho constitucional a la libertad de expresión. EMERSON nos diría que, para comenzar, debemos apreciar que, por el valor que se le da a este derecho en abstracto, las limitaciones que se le hacen rara vez son gratuitas. Por el contrario, estas han solido ser un medio con el que se ha tratado de conseguir el objetivo de anticipar y prevenir la realización de *otras* acciones –diferentes a la propia acción comunicativa– que pueden causar daños o afectar intereses, derechos o bienes jurídicos. Dicho con mayor claridad, el objetivo que ha perseguido la restricción o limitación estándar –a la que desea apuntar EMERSON– no ha sido evitar el daño que la comunicación causa directa o inmediatamente, sino el que pueda causar indirecta o mediatamente –esto es, la posibilidad de que su impacto en la audiencia provoque (incite, promueva, induzca, etc.) la acción dañina que realmente se tiene en el punto de mira y se busca prevenir–⁴⁵.

de conservar esas posiciones. Sin embargo, cualquier sistema de regulación del discurso político pone en control a quienes tienen más que perder con las actividades que están regulando. Hay una máxima de justicia natural, *nemo debet esse iudex in sua propria causa* (ningún hombre debe ser juez de su propia causa), que es directamente aplicable aquí. La mayoría de los sistemas de regulación de la expresión sufren justo de este problema. Incluso la intervención de un jurado, que se consideraba tan importante en los argumentos de los siglos XVIII y XIX sobre la libertad de expresión, porque el jurado representa al pueblo, tiene poca importancia cuando la censura es administrativa, y cuando, además, los administradores, legisladores, ejecutivos y fiscales, quienes hacen y hacen cumplir la ley, tienen un interés personal en la preservación de la estructura gubernamental existente. Es cierto que no existe un apoyo empírico decisivo para la proposición de que los funcionarios gubernamentales probablemente sean censores demasiado agresivos por razones de interés propio. Y es igualmente cierto que este argumento suena, incómodamente, como una ingenua teoría de la conspiración. No pretendo tomar esa posición. Pero lo cierto es que rutinariamente excluimos a los familiares de las partes de una demanda de formar parte de un jurado sin ninguna evidencia empírica de que, de hecho, estarían sesgados. También prohibimos que cualquier beneficiario sea testigo de un testamento. Es la naturaleza de la relación la que justifica el supuesto de sesgo, y también pueden aplicarse supuestos similares a la regulación de la expresión, especialmente el discurso político”; Harv. L. Rev. 99 (1985) 376 s.; KOMESAR, U. Chi. L. Rev. 51 (1984), 375, 412 s.; BOLLINGER, *Tolerant society*, 1986, 78, 90; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 38 s.: “La historia también sugiere que los funcionarios del gobierno, si se dejan a su suerte, tienden a regular en exceso la expresión. Es especialmente fácil para los funcionarios del gobierno confundir su propio-interés con el interés público al regular la expresión. Los funcionarios gubernamentales tienen un conflicto de intereses inherente siempre que regulan los comentarios sobre su conducta en el cargo o sobre las políticas que favorecen o temen. Tales conflictos, advirtió James Madison, «ciertamente sesgan el juicio [de uno] y, no improbablemente, corrompen la integridad de uno»”.

⁴⁵ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 19 s. El lector puede encontrar explicaciones más sutiles y detalladas de estas distinciones en: COHEN, en Heyd (ed.), *Tolerance*, 1996, 190, cuya postura puede ser muy interesante no solo por la claridad y sencillez con que expone el tema, sino porque, hasta cierto punto, se aleja un poco de la más tradicional división entre daños –COHEN prefiere hablar de costos– *directos* e *indirectos* para incluir una tercera categoría –daños *ambientales*–: “En primer lugar, hay costos directos.

Una vez que advertimos el tipo de objetivos o finalidades que normalmente se desea alcanzar (de forma indirecta) mediante las limitaciones, las “dificultades que son inherentes”⁴⁶ a la formulación de estas empiezan a saltar a la vista. Como señala EMERSON, “rastrear el efecto”⁴⁷ que haber sido parte de determinada comunicación ha tenido sobre las acciones de los diferentes miembros de su audiencia es una labor supremamente compleja. Y, sin embargo, incluso una tarea cómo esta puede parecer un juego de niños cuando se la compara con la de tener que anticiparse a la emisión de una comunicación, para –desde una mucho menos ventajosa perspectiva *ex ante*– “calcular cuál va a ser su efecto”⁴⁸ sobre las futuras acciones de sus eventuales receptores⁴⁹.

Se me vienen a la cabeza los casos en los que, de manera intuitiva, nada interviene entre la expresión y su costo, donde «la misma expresión inflige lesiones»: yo le grito a una neurasténica con un corazón débil; interrumpo la paz y tranquilidad con gritos muy fuertes; le digo falsamente a una madre anciana que su hijo acaba de morir; difundo falsedades difamatorias sobre un colega; utilizo un lenguaje ofensivo en un entorno público; ofrezco un aumento o una calificación más alta a cambio de sexo. Cuando he dicho lo que he dicho, el daño ya está hecho, y se produce por lo que dije, y en los últimos cuatro casos, por su contenido. Una segunda categoría de costos es la «ambiental». Así, la expresión podría ayudar a constituir un entorno degradado, repugnante, vergonzoso, humillante, moleestamente moralista, hipercomercializado, hostil o degradante. Por ejemplo, podría combinarse con otras acciones expresivas para contribuir a un ambiente de antagonismo racial o nacional, o en el que se erotiza el dominio y la sumisión. Aquí el daño no es la expresión en sí misma, porque en ausencia de otras expresiones similares, el medio ambiente no se degradaría, ni sería hipercomercializado ni hostil; (...) Finalmente, hay costos indirectos más directos. Aquí, la lesión se debe a que la expresión causa (por persuasión, sugerencia o por otorgar información) que alguien haga algo dañino, como cuando alguien persuade a otros que compren en demasía un recurso que es muy escaso o que se unan al Ku Klux Klan o que apoyen una guerra que resulta en muerte masiva y destrucción”; ALEXANDER, *Freedom of expression*, 2005, 55-81, hace una presentación más completa en la que básicamente hace una división –similar a la que hacemos en el texto principal– entre las regulaciones que se preocupan por “los mensajes que causan daños al ser recibidos por la audiencia”, a los que denomina “daños de un paso”, y las que se preocupan por los mensajes que “que causan daños al inducir a la audiencia a participar en acciones perjudiciales”, a los que denomina daños de dos pasos. Una crítica muy aguda e interesante a esta división podrá encontrarse en el disenso del J. BRENNAN en *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988).

⁴⁶ EMERSON, *General Theory*, 1966, 19 s.

⁴⁷ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁴⁸ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁴⁹ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 20. Pensando junto a EMERSON en esta tarea, la de calcular cuál será el efecto de una comunicación sobre sus receptores desde una perspectiva *ex ante*, me he dado cuenta de que buena parte del sector académico que le gusta hablar de estas cuestiones en eventos públicos –incluyéndome– suele hacer un cálculo que alguien podría caracterizar de temerario. Para poner un ejemplo, es muy común que, analizando el derecho constitucional a la libertad de expresión a la luz del popular “Caso Valtonlyc”, se tomen textualmente –de los antecedentes de hecho de la STS 79/2018 de 15 de febrero– frases como “queremos la muerte para estos cerdos” o “llegaremos a la nuez de tu cuello, cabrón, encontrándonos en el palacio del Borbón, kalashnikov” –o un largo etc., con expresiones muchísimo más fuertes– para discutir las con el público y así poder pensar juntos si se trata de acciones comunicativas que deberían estar cubiertas y protegidas por el derecho constitucional a la libertad de expresión. En lo que a mi propio cálculo respecta, debo reconocer que, cuando comparto este tipo de citas textuales con fines académicos, nunca me aproximo a los miembros de mi audiencia –en este caso a mis lectores– como personas que podrían llegar a cometer algún delito tras haber sido persuadidas por este tipo de comunicaciones. Por esta razón, tiendo a pensar que la visión de la audiencia que uno tenga (del grado de

¿Cómo afrontar semejante reto? ¿Cómo formular limitaciones que permitan contrarrestar la escasa capacidad de los humanos para calcular anticipadamente las reacciones que van a tener en un futuro los diferentes receptores de una comunicación? Lo que comúnmente se ha pensado en nuestras sociedades es que, para poder salir de este percance, debemos poner el *principio de precaución* por encima del *principio de la libertad de expresión* –pues, ante la duda, “más vale prevenir que curar”–⁵⁰.

Siendo administrada sobre el trasfondo de esta desproporción entre principios – sobre premisas como la de que en estas circunstancias es *más* imperiosa la necesidad de limitar la libertad de expresión que de protegerla; la seguridad o la cautela que la libertad; la comunidad que el individuo, etc.⁵¹–, a esta libertad le han quedado pocos espacios en los que pueda permanecer refugiada en la práctica. Ello pues, cuando esta desproporción ha entrado en juego, y las limitaciones o restricciones empiezan a parecer pertinentes tan pronto como las acciones comunicativas insinúan alguna *mala tendencia*, los santuarios para esta libertad –o, si el lector prefiere otra terminología, los cotos vedados, los límites infranqueables, la esfera pública, la opinión pública autónoma, etc.– simplemente dejan de existir. Sobre este trasfondo, en otras palabras, se ha establecido una dinámica en la que se “recorta profundamente el derecho a la libertad de expresión”⁵² de manera incluso rutinaria, sin tener que dar mayores explicaciones y sin enseñar excesivas muestras de vacilación, vergüenza o arrepentimiento⁵³.

autonomía o la capacidad de juicio de cada uno de sus miembros) resulta un factor decisivo en este tipo de complejas estimaciones *ex ante*. Por esta misma razón, tiendo a pensar que, analizando el modo en que las autoridades del país X se preocupan por censurar acciones comunicativas para que cierta audiencia –los ciudadanos del país X– no resulte persuadida por ellas y termine cometiendo actos antijurídicos, uno podría llegar a tener una buena noción de la visión que las autoridades del país X tienen de los ciudadanos del país X. Aunque ya puede encontrarse un análisis como el que estoy haciendo –pero más original, agudo y profundo– en MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644), creo que todo lo que dijimos en Cap. II, 3., B, c), sobre la relación entre la libertad de expresión y la autonomía de la audiencia, guarda relación directa con esta reflexión personal y también puede ser de mucha utilidad. Con referencia al tratamiento jurídico que, a mi juicio, debería dársele a las acciones comunicativas que son apologéticas e incitan públicamente a la realización de acciones antijurídicas –como, p. ej., la mayoría de las del caso Valtonyc–, el lector interesado podrá encontrar información más concreta más abajo, en la n. 174.

⁵⁰ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 20. Cabe aclarar que, a diferencia del uso informal o idiosincrático que le di al “principio de precaución” en Cap. II, 3., C. b), en esta oportunidad estoy haciendo uso del término en su sentido técnico-jurídico ordinario.

⁵¹ Cfr. BLASI, *Colum. L. Rev.* 85 (1985), 463 ss.

⁵² EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁵³ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

Pero esta no ha sido la única cuestión práctica que ha hecho que, para intentar asegurar los objetivos que normalmente se buscan al formular las limitaciones, se haya terminado inclinando la cancha en contra de la libertad de expresión. Como hemos podido apreciar a lo largo de la tesis –y como EMERSON se encarga de recordarnos⁵⁴–, nuestro análisis de este factor permanecerá incompleto mientras no hayamos prestado una mayor atención a todo lo que ocurre con el lenguaje y las *formas* jurídicas. Mientras no hayamos puesto el énfasis en el modo en que la escogencia de determinado tipo de términos –por parte del redactor de la directiva limitadora–, tiende a afectar el reparto de discrecionalidad que se hace entre los distintos actores de la escena social al llegar a la fase práctica de aplicación.

EMERSON –siguiendo la misma estructura argumentativa que recién empleamos–, empieza recordándonos que la tarea de redactar “una prohibición contra ciertas formas de conducta”⁵⁵ nunca ha dado muestras de ser sencilla. Pero, con todo y ello, nuestro autor sugeriría que, si vamos a empezar a hacer reconocimientos a quienes se enfrentan a misiones jurídicas complejas, probablemente deberíamos empezar por quienes, además de –(i)–*calcular* el impacto comunicativo desde una perspectiva *ex ante*, deben –(ii)– tratar de dominar el arte de *redactar* “una prohibición que abarque la multiplicidad de palabras y sentidos que podrían influir en la conducta”⁵⁶.

¿Cómo llegar a alcanzar semejante propósito? La respuesta que se suele dar a este interrogante en nuestras sociedades no tomará por sorpresa a ningún lector. El truco ha estado siempre, para decirlo con brevedad, en la vaguedad y en la sobreinclusión. En utilizar “un lenguaje de alcance extremadamente amplio”⁵⁷ para la formulación de las directivas que autorizan la limitación o restricción de la libertad de expresión⁵⁸.

⁵⁴ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁵⁵ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁵⁶ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁵⁷ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁵⁸ Como vimos en la n.1, prácticamente todos los países protegen constitucionalmente la libertad de expresión. Y, sin embargo, allí donde va, la libertad de expresión suele verse enfrentada a “enemigos” tan amplia y vagamente definidos como el “orden público”, la “paz pública”, la “moral pública”, el “honor”, el “respeto”, las “buenas costumbres” y, de un tiempo para acá, “el discurso del odio”. Por esto, desafortunadamente, como muestran LAW/VERSTEEG, *Cal. L. Rev.* 101 (2013), 924 s., podríamos encontrarnos con buenos ejemplos de este tipo de directivas limitantes, vagas, sobreincluyentes, desestructuradas, prácticamente en cualquier país del mundo. Aquí, para no tener que ir muy lejos, consideraremos como ejemplo el artículo 510 del CP. Este artículo, que establece la regulación penal del

Para explicar cómo ha funcionado este sencillo pero útil truco en detalle, EMERSON empieza contándonos que: “a lo largo de las generaciones los hombres han ido encontrado

denominado “discurso del odio” en España, es un excelente ejemplo para nosotros, pues nos muestra cómo los formuladores se las han arreglado para ir colocando dentro de las borrosas fronteras de su ancho alcance casi todas las acciones comunicativas que también están en el alcance del derecho constitucional a la libertad de expresión –recordemos una vez más que, por definición (para no ser un adorno superfluo y redundante), este derecho extiende un *bonus de escrutinio y protección constitucional* tan solo a aquellas acciones comunicativas que causan un daño, generan la posibilidad de que se cause un daño, o afectan un interés, derecho o bien jurídico, etc., pues de las acciones (comunicativas o no) que no tienen ninguno de estos efectos ya se ocupan las directivas que desarrollan el *principio general de libertad* en España–. Observemos entonces como se emplea este truco, una y otra vez, en esta directiva restrictiva: “Artículo 510. 1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos. 2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos. b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos. 3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas. 4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado(...)”.

formas ingeniosas de evadir las fórmulas mecánicas de la censura”⁵⁹. Por ello, los “creadores de las limitaciones”⁶⁰ no se han quedado de brazos cruzados y, tan pronto como se han percatado de la existencia de estas vías de escape, han respondido cambiando por completo su estrategia de caza. Dejando atrás esas fórmulas más mecánicas y previsibles, han empezado a utilizar amplias “generalizaciones radicales”⁶¹ para crear sistemas de censura mucho más sorprendidos y difíciles de sortear⁶².

⁵⁹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20. Permítame el lector que ambiente este tema de la evasión de la censura con un hermosísimo relato autobiográfico de TODOROV, *Enemigos*, 2012, 5 ss.: “El tema de la libertad irrumpió muy pronto en mi vida. Hasta los veinticuatro años, vivía en un país con un régimen totalitario, la Bulgaria comunista. Es cierto que lo primero de lo que todo el mundo se quejaba a mi alrededor era de la escasez, de la dificultad para conseguir tanto los productos de primera necesidad como los pequeños extras que hacen la vida más agradable, ya sea comida, ropa, productos de aseo o mobiliario. Pero la falta de libertad venía inmediatamente después. Los dirigentes del país, con el apoyo de un sinnúmero de organizaciones y del aparato del partido, la policía y la policía política, a la que llamaban «Seguridad del Estado», controlaban todo tipo de actividades, por profesiones, por barrios, por edades, etc. Vigilaban todos los aspectos de nuestra vida, y el menor desvío respecto de la línea impuesta podía ser denunciado. Evidentemente, eso incluía los ámbitos que podían tener relación con los principios políticos que proclamaban, desde la literatura y las humanidades hasta las instituciones públicas, pero a ellos se añadían aspectos más neutros de la existencia, que en otras circunstancias nos costaría imaginar que puedan adoptar un significado ideológico: elegir dónde vivir y en qué trabajar, incluso cosas aparentemente tan banales como preferir un tipo de ropa u otro. Llevar minifalda o un pantalón demasiado ceñido (o demasiado ancho) era severamente castigado. La primera vez podían llevarte a la comisaría y darte un par de bofetadas, pero en caso de reincidencia podías acabar en un campo de «reeducación» del que nadie tenía garantías de salir vivo. Según las necesidades de cada uno, se sufría más o menos esta falta de libertad. En aquella época yo era un chico curioso que vivía en la capital. Estudiaba letras. Me preparaba para ejercer una profesión intelectual, la docencia o la escritura. La palabra libertad era lícita, por supuesto, incluso se valoraba, pero, como los demás elementos de la propaganda oficial, servía para ocultar -o rellenar- su ausencia. A falta de la cosa en sí, teníamos la palabra. Los que querían participar en la vida pública sin convertirse en esclavos del dogma tenían que poner en práctica una variante de ese «arte de escribir olvidado» del que habla Leo Strauss, la lengua de Esopo. No decir, sino insinuar, un juego sutil del que también se podía acabar siendo víctima. Por lo que a mí respecta, era sensible a la falta de libertad de expresión, que carcomía también lo que la fundamenta, la libertad de pensamiento. Presencí -en silencio- humillaciones públicas de personas cuyo comportamiento consideraban demasiado alejado del modelo impuesto, y esperaba librarme de aquellas sesiones de «crítica» sin traicionar mis ideas. Durante el último año que pasé en Bulgaria, recién salido de la universidad, daba tímidos pasos en la vida pública escribiendo para periódicos. Me sentía especialmente orgulloso de mí mismo cuando me daba la impresión de que había logrado sortear la omnipresente censura. Con ocasión de una fiesta nacional, un periódico me encargó que escribiera dos páginas. Decidí citar a varios héroes de la resistencia antifascista, ya fallecidos, que habían luchado contra la tiranía, personajes de virtudes indiscutibles. La trampa consistía en fingir que estaba evocando el pasado para hablar del presente y recordar que es preciso luchar por la libertad. Fue además el título que elegí para esas páginas: «¡Por la libertad!». Recuerdo que varias personas leyeron el artículo, se dieron cuenta de que estaba aludiendo al presente y me felicitaron por mi ingenio... Ésas eran las insignificantes victorias de las que en aquella época podía enorgullecerse un joven autor búlgaro. En cualquier caso, la libertad era para mí el valor más querido”.

⁶⁰ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁶¹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20. Para un ejemplo de “generalización radical” v. n. 58.

⁶² Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 20. Para un ejemplo de directiva reguladora sorprendente y difícil de sortear v. n. 58.

Empleando esos recursos lingüísticos –que les permiten transferir un “enorme poder discrecional”⁶³ a “quienes administran”⁶⁴ las restricciones– han construido unas directivas amplias, vagas y mejor preparadas para alcanzar su fin: al desatar las manos del operador, permiten que sea él quien, desde su ventajosa perspectiva *ex post*, detecte y bloquee vías de escape a la censura como, p. ej., la “alegoría”⁶⁵ o la “alusión histórica”⁶⁶. Empleando esos recursos –tanto como para estandarizarlos y hacer que nos parezca normal que la limitación o la protección de las expresiones dependa exclusivamente de la discrecionalidad de los administradores, del juicio *ad hoc* que realicen–, han logrado que, para saber si la acción comunicativa que se desea realizar está o no protegida, haya que enfrentarse al marco de un proceso (penal) bajo la amenaza de un castigo (penal). Empleando esos recursos han logrado, en definitiva, desaparecer las líneas que marcan las barreras defensivas del derecho constitucional a la libertad de expresión para que nadie pueda confiar en que puede evitar la censura simplemente escondiéndose tras la protección, garantía o inmunidad que le brinda este derecho⁶⁷.

⁶³ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁶⁴ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁶⁵ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁶⁶ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁶⁷ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 20. En el mismo sentido: FRANTZ, Yale L.J. 71 (1961-1962), 1443; SCHAUER, *Free speech*, 1982, 83 s.; B.U. L. Rev. 58 (1978), 698 s.: “En la discusión anterior se asumió que los individuos que contemplan la acción «saben» que su conducta propuesta es legal, pero temen que el sistema legal llegue a una conclusión diferente y errónea. Sin embargo, más a menudo, estos individuos están preocupados no solo por la posibilidad de una determinación legal errónea, sino también por la incertidumbre en sus propias mentes en cuanto a si su comportamiento previsto está protegido. Esta incertidumbre también puede surgir de una serie de causas; quizás la más importante es que a menudo es difícil determinar si la conducta contemplada está cubierta por una regla reguladora. Aquí reside el principal vicio de la vaguedad. Si los términos de un estatuto o los conceptos subyacentes a un principio del common-law son tan amorfos que no crean una visión clara de qué conducta es precisamente la que se está regulando, un individuo puede estar bastante inseguro de si su conducta prevista está proscrita hasta después de que haya actuado. De hecho, algunos conceptos legales y el lenguaje pueden ser tan incapaces de una definición y aplicación precisas que cualquier grado real de certeza es inalcanzable. Por lo tanto, cuando se agrega una regla regulatoria vaga a los factores mencionados anteriormente, la cantidad de incertidumbre general aumenta, con un aumento correspondiente en el miedo; el resultado final es una mayor probabilidad de disuasión. La vaguedad se refiere a la imprecisión inherente de la regla reguladora que hace que la determinación y la predicción sean extremadamente difíciles (...) La vaguedad realmente tiene un doble efecto: aumenta la probabilidad de una declaración o aplicación errónea del Derecho y, al mismo tiempo, aumenta la dificultad de quien se desea expresar para determinar con precisión si la conducta que se proponer hacer está cubierta por la norma o reglamento en cuestión. En realidad, existe un peligro adicional: la «fuga» que permite un estatuto vago a lo largo del proceso de ejecución. La vaguedad excesiva otorga una discreción demasiado grande a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y a los tribunales administrativos. Este exceso de discreción no solo es a menudo no revisable, sino que también aumenta la probabilidad de que se impongan sanciones no judiciales en discursos protegidos”.

C. El aparato estatal necesario para hacer cumplir las limitaciones

Como pudimos apreciar, los problemas inherentes a la formulación de limitaciones o restricciones al derecho constitucional a la libertad de expresión –y las estrategias que se han diseñado y utilizado ordinariamente para encararlos– hacen que, en la práctica, los *administradores* (y no los *formuladores*) sean los verdaderos actores protagónicos en la trama de la censura en nuestras sociedades. Por esta razón –porque las amplias y vagas directivas que restringen esta libertad en nuestras sociedades dejan (habitualmente) la decisión de proteger o restringir un acto comunicativo “en sus manos”⁶⁸–, EMERSON nos invita a tenerlos en cuenta como el tercer factor que marca las *dinámicas de la limitación*⁶⁹.

Nos invita, más concretamente, a reflexionar sobre el papel que realmente desempeñan los “funcionarios gubernamentales primarios”⁷⁰ en esta trama haciéndonos preguntas como: ¿De qué forma se ve impactado el devenir de la libertad de expresión por el hecho de que en todas nuestras sociedades se creen “aparatos”⁷¹ coactivos destinados a “administrar e imponer”⁷² restricciones o limitaciones a esta libertad? ¿Qué factores pueden llegar a condicionar el proceso de toma de decisión de quienes integran esos aparatos? ¿Qué posibilidades hay de que la existencia misma de estos aparatos termine desalentando el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión en nuestras sociedades? O, en definitiva, para ubicar con mayor precisión la línea de análisis que plantea EMERSON, ¿Puede haber factores burocráticos que afecten la efectiva implementación de la libertad de expresión en nuestras sociedades?

Empezando por MILTON, la relación de todos los grandes defensores de la libertad de expresión con quienes establecen o integran aparatos burocráticos de censura ha sido siempre tensa, complicada⁷³. Cuando los leemos, podemos quedarnos fácilmente con la

⁶⁸ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁶⁹ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 20 s.

⁷⁰ SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 31 (1989), 14 s.

⁷¹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁷² EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁷³ Aunque ya trabajamos su texto con más detalle en el Cap. II, 3., B. –en que veíamos que tanto a MILTON como a MILL les disgustaba especialmente la extrema arrogancia y la presunción de infalibilidad que hacen los censores sobre su propio juicio–, simplemente para evocar ahora algo de esa tensión consideremos un par de las afirmaciones del famoso discurso de MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644). En la p. 105,

sensación de que los perciben como sus contrapartes, como una suerte de enemigo natural. EMERSON, en este sentido, no es ninguna excepción. Es más que evidente que su relación con los administradores del poder de censura estatal también está fuertemente determinada por la gran desconfianza que le producen. Por la convicción de que eso de dejar sus manos desatadas para que sean ellos quienes (día a día, caso a caso) vayan tomando decisiones sobre las limitaciones o restricciones que cabe hacer a esta libertad, no es más que el corazón de un plan o una estrategia ideado para asegurar la implementación de un régimen de censura –nunca un régimen de libre expresión– en nuestras sociedades⁷⁴.

Siguiendo esta misma línea, bien podríamos trabajar su texto cuando sostiene, p. ej., que “si bien hay pocos estudios sobre la psicología del censor, el oficial de seguridad o el investigador, la experiencia demuestra que muchos de los que se sienten atraídos por estos cargos probablemente estén más influenciados de lo habitual por los miedos, prejuicios o emociones que constituyen la fuerza que conduce hacia la supresión”⁷⁵. Sin embargo, ese no es el tipo de análisis que hace que sea tan interesante acompañar a EMERSON mientras explora este tercer factor. Lo original de su postura solo llega cuando trabaja este tema desde un ángulo un tanto diferente.

Con este factor burocrático, EMERSON abre una ruta distinta para el análisis cuando parece sugerir que abandonemos por un momento esas caracterizaciones tradicionales y

analizando la estructura paternalista de la censura, en que los escritores de libros son tratados como menores de edad que deben ser disciplinados y supervisados por el Estado, nos dice: “¿Qué ventaja tiene ser un hombre y no un chico en edad escolar, si tan sólo hemos cambiado la cara del maestro por la delgada hoja de un *imprimatur*, y si los escritos serios y elaborados no pueden difundirse fuera de la mirada de un censor tolerante o intolerante, como si no fueran más que la redacción de un muchacho de escuela puesto a cargo de su pedagogo?”. Y, más adelante, p. 107: “Así pues, si resulta que (...) debe someter todo el fruto de su constante diligencia (...) a la consideración apresurada de un censor impaciente (quizá mucho más joven que él, quizá muy inferior a él en juicio, que quizá nunca ha conocido el esfuerzo de la escritura de libros) y, aun así, en caso de no recibir repulsa o menosprecio, debe aparecer en prensa como si fuera un niño acompañado de su tutor, con la marca del censor puesta tras su título como fianza y garantía de que no es un idiota o un corruptor”.

⁷⁴ SCHAUER, *Free speech*, 1982, 86, capta muy bien esta desconfianza: “La libertad de expresión se basa en gran parte en la desconfianza de la capacidad del gobierno para hacer las distinciones necesarias, en la desconfianza de las determinaciones gubernamentales de lo que es verdadero y lo que es falso, en la apreciación de la falibilidad de los líderes políticos y en una desconfianza algo más profunda del poder gubernamental en un sentido más general”; *Wm. & Mary L. Rev.* 31 (1989), 1. En el mismo sentido v.: HYNEMAN, *Am. Political Sci.* 57 (1962), 849; MONAGHAN, *Harv. L. Rev.* 83 (1970), 523: “Uno bien podría llegar a preguntarse qué tipo de persona es la que se pondría a sí misma en el rol de ser el juez de lo moral”.

⁷⁵ EMERSON, *General Theory*, 1966, 21. En el mismo sentido también en: EMERSON, *Law & Contemp. Prob.* 20 (1955), 658 s.

empecemos a pensar en la posibilidad de encontrarnos con que alguno de los miembros de esos aparatos de censura no sea una persona más autoritaria que cualquiera que nosotros. Que no sea un aguerrido defensor del *statu quo*, ni un enemigo jurado de la libertad de expresión, ni un cazador empedernido de los que piensan diferente, ni alguien lleno de miedos y prejuicios, ni –en definitiva– nada parecido a lo que se nos podría llegar a ocurrir mientras leemos apasionadamente a los más grandes defensores de la libertad de expresión⁷⁶.

EMERSON nos pide que pensemos en que quizá, alejándonos de todo eso, nos terminemos encontrando frecuentemente ante la banalidad del caso de un funcionario que, sin tener férreas posturas en contra de la libertad de expresión –en abstracto– o de quienes se expresan de determinada manera –en concreto–, trata simplemente de llevar a cabo la labor que le ha sido asignada y por la que recibe su salario. Una persona –para ponerlo en los propios términos de EMERSON– que tiene un trabajo que probablemente necesite y que podrá conservar mientras demuestre estar en capacidad de realizarlo. Capacidad que, más que probablemente, será evaluada periódicamente por sus superiores en términos de resultados positivos, de “eficacia”⁷⁷. O, lo que es igual, en función del número de “éxitos”⁷⁸ que logre obtener en esa labor de “restringir expresiones”⁷⁹.

Al reenfocar el asunto de esta manera, al lograr que los menos llamativos, pero más influyentes factores burocráticos sean el centro de atención, EMERSON hace que tengamos que empezar a tener en cuenta que “las fuerzas inherentes a cualquier sistema de administración tienden a llevarlo hacia los excesos”⁸⁰ y que “la mera existencia de un aparato coercitivo implica en sí misma una restricción”⁸¹ de la libertad de expresión⁸².

⁷⁶ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 20 s.

⁷⁷ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁷⁸ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20.

⁷⁹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 20. En otro artículo, hablando concretamente de la censura previa, va a poner el asunto en términos así de claros: “La función del censor es censurar. Él tiene un interés profesional en encontrar cosas para suprimir. Su carrera depende del récord que consiga. A menudo el censor responde muy sensiblemente a los intereses que exigen la supresión –intereses que él mismo representa– y tiene, en cambio, menos sintonía con esas fuerzas más difusas y menos agresivas que soportan la libre expresión”. En el mismo sentido: BOGEN, Md. L. Rev. 37 (1978), 682.

⁸⁰ EMERSON, *General Theory*, 1966, 21.

⁸¹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 21.

⁸² Para que pensemos en ello, EMERSON, *General Theory*, 1966, 21, nos propone considerar: “Las técnicas de cumplimiento que se emplean en el área de la expresión (investigaciones, vigilancia, búsquedas y

Y que tengamos en cuenta, con la misma urgencia, que gran parte del proceso en que se administra “día a día”⁸³ esta libertad –en que se define realmente dónde trazar las líneas que separan las comunicaciones cubiertas y protegidas de las que no lo están– queda en manos de “personas en los escalones más bajos de una burocracia, donde la

confiscaciones, informadores secretos, archivos voluminosos sobre el sospechoso) tienden a ejercer una influencia represiva sobre la libertad de expresión”. En este mismo sentido, cfr.: EMERSON, *Cal. L. Rev.* 68 (1980), 429; SCHAUER, *B.U. L. Rev.* 58 (1978), 700, quien, nos explica que, la existencia de ese aparato coercitivo genera efectos perjudiciales para el ejercicio de esta libertad, “incluso si se tiene la hipótesis de que los resultados en los tribunales son siempre «correctos», pues el acusado debe, sin embargo, asumir la carga financiera del litigio, gastar una cantidad considerable de tiempo en preparar y mantener una defensa y absorber el daño extrajudicial que fluye de la concepción popular de que quien es acusado, aunque sea absuelto, no está completamente libre de culpabilidad. Por lo tanto, hay un alto precio que pagar simplemente por estar en condiciones de tener que explicar o defender. Estos costos de asegurar la reivindicación crean un temor a todo el proceso, con un aumento proporcional en el grado de disuasión; incluso aquellos con conocimiento perfecto del resultado final del litigio serán disuadidos de participar en actividades protegidas si es necesario que demuestren públicamente la legalidad de esa conducta”; *Harv. L. Rev.* 99 (1985) 378 s.: “Por supuesto, los tribunales de apelación pueden corregir los errores sistemáticos (...), como, por ejemplo, el de negar la protección a Frank Collin [un reconocido nazi] que estaría libremente disponible para los pensadores más tradicionales. Pero la corrección lleva tiempo y esfuerzo, implicando un tipo diferente de resbalamiento en la medida en que los principios pueden quedar desprotegidos hasta que el proceso de apelación llegue a su fin y en la medida en que el esfuerzo y los gastos de una apelación disuadan a algunos de apelar reclamos meritorios. En la medida en que una pendiente resbalosa podría amenazar los valores que valoramos especialmente, es posible que no estemos especialmente dispuestos a asumir estos riesgos y costos normales de errores. Cuando Holmes señaló que «[el] poder para imponer impuestos no es el poder de ir destruyendo todo mientras este Tribunal se sienta», es posible que no haya apreciado completamente las implicaciones del hecho de que «este Tribunal se sienta» solo unas 151 veces al año, al menos cuando se habla de decisiones plenas, con opiniones, en cuanto al fondo. Si existe un riesgo particular de error, y si ese error se siente especialmente intolerable, entonces está justificado el temor a una pendiente resbalosa que puede verse agravado por nuestra capacidad limitada para corregir esos errores de manera efectiva”; BOLLINGER, *Tolerant society*, 1986, 78: “Los peligros contra los que hay que protegerse [proteger la libertad de expresión] son sutiles y evidentes. Si uno cree que el gobierno se verá tentado a aprovechar las oportunidades disponibles para silenciar lo que no le gusta, y especialmente lo que lo critica, el problema no puede eliminarse simplemente defendiendo el área central de la expresión valiosa. Esto es así por tres razones principales. Primero, se puede hacer mucho daño antes de que se pueda corregir el comportamiento inconstitucional. Las demandas llevan tiempo y dinero para defenderse; son lentas, y cuando los jueces actúan, la importancia de la expresión para el individuo o para la sociedad puede haber decaído. Segundo, el Derecho debe tener en cuenta sus propias limitaciones, y una de sus más importantes es su capacidad limitada para determinar la verdad objetiva en cualquier disputa. El sistema judicial puede cometer errores, especialmente cuando busca reconstruir una realidad pasada. La actividad de expresarse, además, es fácilmente intimidada por la perspectiva de coerción. En reconocimiento de todo esto, naturalmente se considera conveniente adoptar una regla en virtud de la cual el discurso siempre reciba el beneficio de la duda. Tercero, una vez más, haciendo un balance de las limitaciones del sistema jurídico, debemos darnos cuenta de que los jueces, al ser humanos, no solo cometerán errores, sino que a veces sucumbirán a las presiones ejercidas por el gobierno para permitir restricciones que no deberían permitirse. (...) La muy probable posibilidad de fracaso tendría un efecto inhibitorio en la expresión, ya que, dada la naturaleza humana, muchas personas elegirán no ejercer su libertad por temor a ser víctimas de esas fallas sistémicas en un entorno en el que el Estado es tan intrínsecamente antagónico al ejercicio de la libertad. «Una regla que obliga al crítico de conducta oficial a garantizar la veracidad de todas sus afirmaciones fácticas», razonó el Tribunal en *New York Times Co. v. Sullivan* sobre la posibilidad de juicios por difamación, «conduce a una 'autocensura' comparable»; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 39.

⁸³ EMERSON, *General Theory*, 1966, 21.

estricta adhesión a reglas rígidas, el miedo a los superiores y la sensibilidad a las presiones, llevan la aplicación de las restricciones hasta sus límites extremos”^{84/85}.

D. La posibilidad de distorsionar las limitaciones para lograr otros propósitos

Prestemos ahora atención al cuarto factor, que EMERSON va a explicar de una manera breve, sencilla y directa. Básicamente, lo que plantea nuestro autor es que, para poder realizar una aproximación realista al contexto en que se administran las restricciones a la libertad de expresión, debemos considerar “que los objetivos de las limitaciones se prestan fácilmente a ser distorsionados”⁸⁶, lo que posibilita que las limitaciones sean usadas, en la práctica, “con fines ulteriores”⁸⁷.

EMERSON nos cuenta que, por lo conveniente de esta maniobra –cuando se quiere mantener en secreto los verdaderos motivos tras la censura–, y por lo fácil que resulta ejecutarla impunemente –dada la vaguedad y maleabilidad del lenguaje que, por razones estratégicas, se suele elegir para formular directivas que restringen este derecho constitucional–, esta se suele llevar a cabo en nuestras sociedades con mucha frecuencia. Así, p. ej., cuando las acciones propias de una minoría son perturbadoras para la mayoría, la tentadora amplitud y flexibilidad de las limitaciones genera en esta última un “impulso irresistible a no solo oponerse a las acciones buscadas por el grupo minoritario, sino también suprimir sus [opiniones en] defensa de estas”⁸⁸. Algo similar puede ocurrir cuando haya un discurso político que aliente “cambios sociales”⁸⁹ y se prevé que puede llegar a ser bien acogido por la opinión pública. Quienes están en el poder pueden tratar de cortar su impulso sigilosamente –antes de que tome más fuerza–, “procesándolo”⁹⁰ bajo el régimen de excepciones a esta libertad ya existente –y, por lo tanto, sin tener que

⁸⁴ EMERSON, *General Theory*, 1966, 21. En el mismo sentido: EMERSON, *Law & Contemp. Prob.* 20 (1955), 658.

⁸⁵ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 21. En el mismo sentido: MONAGHAN, *Harv. L. Rev.* 83 (1970), 518-551; SCHAUER, *B.U. L. Rev.* 58 (1978), 687.

⁸⁶ EMERSON, *General Theory*, 1966, 21.

⁸⁷ EMERSON, *General Theory*, 1966, 21.

⁸⁸ EMERSON, *General Theory*, 1966, 21.

⁸⁹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 21.

⁹⁰ EMERSON, *General Theory*, 1966, 21.

molestarse en confesar que utilizarán el poder de censura con el fin de aferrarse a su posición dominante⁹¹.

En definitiva, lo que debemos reconocer es lo siguiente. Por la facilidad con que quienes detentan el poder de censura pueden distorsionar y camuflar motivos e intereses, hasta las directivas restrictivas elaboradas originalmente para perseguir algunos de los fines más loables que podamos imaginar se han terminado transformando, en la práctica, “en un arma más en la lucha política, utilizada principalmente para obtener una ventaja partidista”^{92/93}.

⁹¹ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 21; BOLLINGER, *Tolerant society*, 1986, 78; KAGAN, U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 414.

⁹² EMERSON, *General Theory*, 1966, 21.

⁹³ Las directivas que limitan o restringen el discurso del odio se han ido convirtiendo en el mejor ejemplo. Como señala BAKER, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 155 incluso las directivas que han prohibido este tipo de discurso con mayor precisión y estrechez han terminado siendo manipuladas en la práctica: “es probable que las personas que están en el poder abusen de estas leyes, caracterizando muy a menudo el discurso o la política de sus oponentes como equivalentes al discurso de odio o su equivalente. Consideremos estas posibles caracterizaciones: que los agitadores sindicales fermentan el odio de clase y, potencialmente, la violencia de clase; que las lesbianas fermentan el odio y la violencia contra los hombres; que los nacionalistas negros hacen ataques racistas contra los blancos; que los argelinos insultan a los franceses; etc. Nadine Strossen ha argumentado que el uso típico de las leyes que prohíben el discurso de odio o los delitos relacionados con el honor, incluso cuando se han adoptado para proteger a los grupos minoritarios, es el de defender a los grupos dominantes y castigar a los miembros de grupos minoritarios o suprimir su discurso. Las minorías en Etiopía fueron castigadas bajo las leyes de incitación al odio por sus críticas al grupo étnico dominante de Etiopía. Es decir, las prohibiciones de los discursos de odio se han usado continuamente para castigar a los activistas entre los grupos oprimidos por las críticas a los grupos dominantes”. Debo decir que, aunque he rastreado la principal fuente de BAKER, STROSSEN, Case Western Reserve L. Rev. 46 (1996), 465-70 y me he encontrado con ejemplos reales y contundentes, en mi opinión, ninguno muestra hasta dónde puede llegar el fenómeno de distorsión, en la práctica jurídica, tanto como la STC 177/2015, de 22 julio. En esta sentencia el TC toma argumentaciones relacionadas con el discurso del odio para sostener y fundamentar la constitucionalidad de una sanción penal a un activista por haber incitado a odiar al Rey. Saliendo de este ejemplo, y volviendo al punto general que tocamos en el texto principal, el lector puede encontrar información valiosa en: FRANTZ, Yale L.J. 71 (1961-1962), 1429, 1441 s.; SCHAUER, B.U. L. Rev. 58 (1978), 699; STRAUSS, U. Chi. L. Rev. 55 (1988), 195 s.; KAGAN, U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 413-517, quien realiza uno de los análisis más profundos sobre este factor; BARENDT, *Free speech*, 2.ª, 2005, 21; STONE, Pepp. L. Rev. 36 (2008-2009), 277: “En el siglo XX aprendimos sobre algo que podríamos llamar el «efecto pretexto». Esto es, aprendimos que los funcionarios del gobierno a menudo defenderán sus restricciones de expresiones por motivos muy diferentes a los de sus verdaderas motivaciones para la represión, que a menudo será la de silenciar a sus críticos y suprimir las ideas que no les gustan. El efecto de pretexto no es exclusivo del ámbito de la libertad de expresión, pero es especialmente potente en este contexto, porque los funcionarios públicos a menudo se sentirán tentados a silenciar la disidencia para aislarse de la crítica y preservar su propia autoridad. Por supuesto, la idea misma del efecto de pretexto se basa en la idea de razones legítimas e ilegítimas para restringir la expresión. Una cosa que decidimos en el siglo veinte es que la Primera Enmienda prohíbe a los funcionarios del gobierno suprimir ideas particulares porque no quieren que los ciudadanos acepten esas ideas en el proceso político. Este principio, que fue declarado por primera vez claramente por la Corte Suprema en 1919 en la opinión disidente del juez Holmes en *Abrams v. Estados Unidos*, es fundamental para la doctrina contemporánea de la Primera Enmienda y se encuentra en el centro de la fuerte sospecha del efecto pretexto de cualquier regulación gubernamental de la expresión que sea consistente con un motivo tan inadmisibles”.

E. El impacto de todo el proceso de limitaciones en las posibilidades que tenemos de alcanzar un sistema efectivo de libre expresión

Para completar el estudio de los factores que EMERSON nos pide atender, pasemos rápidamente a enfocar el quinto y último de ellos. Del recorrido que hemos hecho hasta ahora, resulta claro que la idea de EMERSON es que, al momento de formular restricciones a la libertad de expresión, debemos tener en cuenta el contexto social, psicológico, cultural, institucional, burocrático, económico, etc., en que estas van a ser aplicadas. Con este quinto factor, EMERSON va a agregar una última recomendación: también debemos mirar hacia atrás para poder tener en cuenta el pasado –esto es, las lecciones o experiencias que nuestras sociedades han ido aprendiendo sobre la limitación o restricción de esta libertad con el paso del tiempo–⁹⁴.

Cuando seguimos el consejo de EMERSON, y empezamos a considerar ese contexto social, psicológico, cultural, institucional, burocrático, económico, etc., en que se aplican las limitaciones a la libertad de expresión desde una perspectiva histórica, lo más probable es que empecemos a encontrarnos con que las fuerzas que empujan a nuestras sociedades hacia la limitación no han actuado nunca de manera regular o constante. Que, justo por el contrario, se han presentado de manera irregular o inconstante⁹⁵.

Para poder hablar de estos potenciales hallazgos en términos que resulten sugestivos, digamos que –de acuerdo con lo que nos cuenta EMERSON– lo que nos encontraríamos es una imagen similar a un electrocardiograma. Por una parte, nos encontraríamos con picos bajos en los que estas fuerzas apenas pueden notarse, ya que no alcanzan a generar verdaderos impactos –periodos en que los miembros presentes de esa sociedad encontrarían que el análisis que hemos hecho junto a EMERSON es tan pesimista, paranoico y alarmista, que no merece ser tomado muy en serio–. Y, por la otra, tendríamos picos muy altos, en los que veríamos como “una atmósfera colectiva de miedo e histeria”⁹⁶ se apodera de la escena social y hace que diferentes actores ejerzan una

⁹⁴ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 21-25. En el mismo sentido: EMERSON, *Cal. L. Rev.* 68 (1980), 429.

⁹⁵ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 21 s.

⁹⁶ EMERSON, *General Theory*, 1966, 22.

“intensa presión”⁹⁷ sobre las “doctrinas e instituciones”⁹⁸ que administran las restricciones, buscando su intervención para poder eliminar aquello que “consideran el abuso de la libertad de expresión”⁹⁹ que hacen sus opositores. Periodos en los que, según intuyo, nuestro análisis también caería mal, pues se tendería a pensar que, o somos miembros de la oposición, o pecamos de una inocencia o de una insensibilidad que nos lleva a infravalorar el riesgo inherente a permitir la circulación del discurso disidente aun en circunstancias tan extremas¹⁰⁰.

⁹⁷ EMERSON, *General Theory*, 1966, 22.

⁹⁸ EMERSON, *General Theory*, 1966, 22.

⁹⁹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 22.

¹⁰⁰ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 21 s. Quiero que completemos esta imagen más general de la intermitencia de las fuerzas que empujan hacia la limitación observando cómo enfocan este asunto BLASI, Colum. L. Rev. 85 (1985), 456 s. y BOLLINGER, U. Chi. L. Rev. 72 (2005), 417 s.. El primero, que es quien mejor ha desarrollado esta línea de pensamiento de EMERSON, nos dice: “En la mayoría de los períodos, las normas centrales de una tradición constitucional no son cuestionadas. El foco de la controversia está en otra parte, en las fronteras de la expansión doctrinal, en afirmaciones novedosas cuyo pedigrí solo puede establecerse mediante conexiones imaginativas. Podemos esperar que este énfasis centrífugo sea incluso más común en los sistemas constitucionales maduros, particularmente aquellos dominados por abogados y mantenidos por adjudicación. (...) A falta de presiones sociales inusuales, las normas centrales de una disposición como la primera enmienda –que las noticias no pueden ser controladas por el gobierno, por ejemplo, o que los ciudadanos no pueden ser penalizados por estar en desacuerdo con la política gubernamental– se dan por sentadas. Los compromisos centrales que se derivan de esas normas no se consideran ni costosos ni polémicos. Normalmente, esos compromisos básicos no necesitan siquiera de una atención especial; la dinámica ordinaria de la adjudicación proporciona una protección más que suficiente. El problema es que esta alegre descripción es válida solo en la mayoría de los períodos de tiempo, no en todos. En *períodos patológicos*, al menos algunas de las normas centrales del régimen constitucional son, de hecho, reexaminadas y cuestionadas. Los compromisos centrales que se derivan de esas normas son vistos por muchos como altamente costosos y controvertidos. En tales períodos los tiempos parecen tan diferentes, tan extraños, las amenazas internas o externas parecen tan inauditas, que muchas personas perciben la Constitución como anacrónica, o al menos, demasiado formalista. En los momentos en que esas dudas se afianzan, las normas centrales del régimen constitucional están en peligro. Se prueba la fuerza del compromiso de la comunidad política con esas normas, y puede ser muy importante lo bien que se hayan nutrido las normas centrales en los períodos de calma que precedieron a la patología”. BOLLINGER, U. Chi. L. Rev. 72 (2005), 417 s., por su parte –haciendo una reseña de STONE, *Perilous times*, 2004– relaciona los picos altos con los períodos de guerra y nos describe así el cuadro general: “Los tiempos de guerra ponen un énfasis considerable en las libertades civiles, especialmente las protegidas por la Primera Enmienda. Cuando la nación debe unirse para luchar contra un enemigo que intenta matarnos, tal vez sea natural que disminuya nuestra tolerancia frente al desorden habitual que causa la disidencia. Cuando todos tienen que sacrificarse por el bien común, cuando los conciudadanos mueren por esa causa, los costos de la expresión son visibles y serios. La disidencia puede disuadir o desestimular a los soldados de luchar; sembrar dudas que pueden debilitar la resolución justo cuando más se necesita; las falsedades y la desinformación pueden llevar a giros catastróficos en la política; y las percepciones del enemigo de una sociedad dividida bien pueden fortalecer su determinación de luchar, generando aún más lesiones y pérdidas de vidas en el campo de batalla. Las guerras, además, siempre traen un sentido de mayor urgencia que lleva a que los ideales del debate racional y deliberativo adquieran un cierto aire de ingenuidad. La acción, no la deliberación, es la que se convierte en el imperativo. De esta manera, surge el fundamento de una «excepción» a la libertad de expresión en tiempos de guerra. Sin embargo, la opinión generalizada (sin duda por parte de quienes estudian y defienden las libertades civiles) es que la nación pierde persistentemente un respeto adecuado por las libertades civiles durante estos tiempos de crisis nacional. Se asoma un pánico; se asoma una mentalidad de turba iracunda que exagera el peligro de la expresión, busca chivos expiatorios de nuestros

Y es justo en ese momento, en el que nuestra atención está enfocada en las *dinámicas de la limitación* propias de esos periodos en que hay picos de mayor actividad –referidos por EMERSON como “eras de supresión”¹⁰¹–, cuando aumentan nuestras posibilidades de comprender o de recordar por qué se brinda una protección tan *especial* a esta libertad en nuestras sociedades –por qué se debe tomar con cautela y escepticismo su restricción–. Estos periodos o eras se han caracterizado –en la síntesis descriptiva que hace EMERSON del caso estadounidense– porque en ellos: (i) “había una tendencia constante a sobrestimar la necesidad de restringir la libertad de expresión”¹⁰²; (ii) “las fuerzas generadas en la administración de limitaciones a la libertad de expresión tendían a llevar la aplicación de las medidas hacia niveles extremos”¹⁰³; (iii) “las dificultades para

miedos e ira e inflige una vergonzosa persecución. Las víctimas de estos excesos suelen ser los miembros más débiles y menos influyentes de la sociedad, aunque a veces incluso algunos de los más poderosos no son del todo inmunes, el gobierno también puede ver ventajas políticas en estimular la intolerancia, puesto que un entorno tan agitado también puede ser útil para ajustar ciertas cuentas y apuntalar la base política. Pero, sobre todas las cosas, la intolerancia excesiva amenaza con eviscerar un debate público serio sobre temas públicos de importancia crítica. Invariablemente, a estos períodos de exceso se siguen, una vez que el peligro ha pasado, periodos en que se condena lo que ha ocurrido y se declara con determinación que no se va a permitir que se produzcan tales excesos otra vez. El período de posguerra está lleno de arrepentimientos, disculpas, clemencias, indultos, todo acompañado de promesas de que lo haremos mejor la próxima vez. Pero el mal comportamiento tiene todos los elementos de una adicción. Es una historia de reincidencia crónica, de trasgresiones seguidas de súplicas de perdón, seguidas de una nueva situación que siempre se cree que no se parece a los períodos pasados de trasgresión. Cada guerra parece diferente de la anterior. El enemigo parece ser más listo y poseer nuevas tácticas y capacidades. Nuestro éxito parece más en entredicho. La disidencia, por lo tanto, siempre parece más peligrosa y costosa de lo que era antes. Así, mientras que la máxima de la guerra es que los generales siempre cometen el error de pensar que la nueva guerra es como la última guerra, la máxima de la libertad de expresión en tiempos de guerra es justo lo contrario, la sociedad siempre está cometiendo el error de pensar que la nueva guerra es fundamentalmente diferente de todas las guerras anteriores”.

¹⁰¹ EMERSON, *General Theory*, 1966, 22. Como vimos en la anterior n., BLASI, Colum. L. Rev. 85 (1985), 450 s., los llama, por su parte, “períodos patológicos” y nos habla aún más de ellos en estos términos: “las patologías sobre las que deberían estar interesados los tribunales están limitadas en el tiempo y son excepcionales. «Patología» en el sentido en que uso el término es un fenómeno social caracterizado por un cambio notable en las actitudes con respecto a la tolerancia de las ideas no ortodoxas. Lo que hace que un período sea patológico es la existencia de ciertas dinámicas que aumentan radicalmente la probabilidad de que las personas que tienen opiniones poco ortodoxas sean castigadas por lo que dicen o creen. Esas dinámicas pueden operar principalmente en los poderes legislativo o ejecutivo del gobierno y pueden influir solo en las decisiones relacionadas con el procesamiento penal o en la distribución de beneficios gubernamentales. O la dinámica represiva puede penetrar en la psique judicial y hacer que los jueces interpreten la primera enmienda de manera restrictiva. En ciertos períodos patológicos, las dinámicas más importantes pueden relacionarse con la forma en que los posibles disidentes perciben los riesgos que conlleva identificarse como creyentes de ideas poco ortodoxas o como opositores de acciones gubernamentales particulares. Una característica une las diversas patologías que la doctrina de la primera enmienda debe diseñar para combatir: un cambio en las actitudes o percepciones fundamentales entre uno u otro grupo de personas cuyos juicios tienen una influencia importante en el nivel general y el vigor del debate público y en el pensamiento particular”.

¹⁰² EMERSON, *General Theory*, 1966, 23.

¹⁰³ EMERSON, *General Theory*, 1966, 23.

formular las limitaciones de manera definida y precisa no se llegaron a resolver”¹⁰⁴; (iv) “la administración de las limitaciones resultó en la creación de un aparato coactivo de aplicación que incorporaba prácticas de lo más repugnantes para una sociedad libre”¹⁰⁵; (v) “en la práctica, las restricciones se emplearon para lograr objetivos muy diferentes de los propósitos que las leyes tenían en teoría”¹⁰⁶; (vi) “las ganancias sociales atribuibles a las restricciones resultaron ser mínimas”¹⁰⁷; (vii) “las pérdidas sociales, por el contrario, fueron enormes”¹⁰⁸.

Es en estos difíciles periodos históricos, en los que las sociedades democráticas están al borde de colapsar y de engendrar su par opuesto, cuando más urgente y desesperadamente necesitamos de la libertad de expresión para tratar de resistir. Y, sin embargo, como podemos apreciar, estos también han sido los tiempos en que más nos hemos equivocado en la toma de decisión respecto a su restricción. Los tiempos en que, en palabras más directas, hemos estado más lejos de poder garantizar su implementación.

De allí que nuestras constituciones e instrumentos internacionales hayan tomado nota de nuestras diferentes experiencias históricas y le otorguen una protección *especial*, extraordinaria –buscando un blindaje que, recubriendo esta libertad aun en periodos catastróficos, recubra a la democracia misma–. De allí también que, al diseñar el proceso con el que definiremos dónde (quién, cómo o cuándo) se deben trazar las líneas que separarán las comunicaciones cubiertas y protegidas por este derecho de aquellas que no lo están, debemos considerar las experiencias históricas para recordar que no estamos ante un bello sueño o un ideal que tan solo podemos permitirnos en los buenos tiempos. Que, en vez de ante un suntuoso artículo de lujo, estamos ante un frágil y necesario valor o bien jurídico al que nuestras sociedades democráticas se han tenido que aferrar por

¹⁰⁴ EMERSON, *General Theory*, 1966, 23.

¹⁰⁵ EMERSON, *General Theory*, 1966, 23.

¹⁰⁶ EMERSON, *General Theory*, 1966, 23.

¹⁰⁷ EMERSON, *General Theory*, 1966, 24.

¹⁰⁸ EMERSON, *General Theory*, 1966, 24.

razones de mera supervivencia. “[P]or consideración a los males que impide, más que a los bienes que realiza”^{109/110}.

¹⁰⁹ TOCQUEVILLE, *Democracia en América*, 1957 (1835), 198 s.: “Confieso que no profeso a la libertad de prensa ese amor completo e instantáneo que se otorga a las cosas soberanamente buenas por su naturaleza. La quiero por consideración a los males que impide, más que a los bienes que realiza. Si alguien me mostrara, entre la independencia completa y la servidumbre entera del pensamiento, una posición intermedia donde yo pudiese permanecer, me establecería en ella tal vez; pero, ¿quién descubrirá esa posición intermedia? Partís de la licencia de la prensa, y marcháis hacia el orden: ¿Qué hacéis? Sometéis desde luego los escritores a los jurados; pero los jurados absuelven, y lo que no era más que la opinión de un hombre aislado se convierte en la opinión del país. Habéis hecho, pues, demasiado y demasiado poco; es necesario adelantar todavía. Entregáis a los autores a magistrados permanentes; pero los jueces están obligados a oír antes de condenar. Lo que se hubiera temido confesar en el libro, se proclama impunemente en la defensa. Lo que se hubiera dicho oscuramente en un escrito, se encuentra así repetido en mil. La expresión es la forma exterior y, si puedo expresarme así, el cuerpo del pensamiento; pero no es el pensamiento mismo. Nuestros tribunales detienen el cuerpo, pero el alma se les escapa y se desliza sutilmente entre sus manos. Habéis hecho, pues, demasiado y demasiado poco. Es necesario continuar la marcha. Abandonáis al fin los escritores a los censores; ¡muy bien!, nos acercamos a la solución, Pero acaso, ¿la tribuna política no es libre? No habéis hecho nada todavía; mejor dicho, habéis acrecentado el mal. ¿Tomaréis, por ventura, el pensamiento como una de esas potencias materiales que se acrecientan por el número de sus agentes? ¿Contaréis a los escritores como a los soldados de un ejército? A la inversa de todas las potencias materiales, el poder del pensamiento aumenta a menudo por el pequeño número de quienes lo expresan. La palabra de un hombre poderoso, que penetra sola en medio de las pasiones de una asamblea muda, tiene mayor poder que los gritos confusos de mil oradores; y por poco que se pueda hablar libremente en un solo lugar público, es como si se hablara públicamente en cada aldea. Os es necesario, pues, destruir la libertad de hablar, tanto como la de escribir; esta vez, estamos en el puerto: todos se callan. ¿Pero a dónde habéis llegado? Habéis partido de los abusos de la libertad, y os encuentro bajo los pies de un déspota”.

¹¹⁰ Aparte del análisis que realiza el propio EMERSON, espero que el lector pueda encontrar un buen complemento en muchas de las reflexiones que ya fueron presentadas en el Cap. II.,3, C. de esta tesis. De momento, para tener más a la mano análisis especializados en este punto, consideremos el trabajo de BLASI, *Colum. L. Rev.* 85 (1985), 449-514, GARDNER, *St. John's L. Rev.* 79 (2005), 293-318 y STONE, *Pepp. L. Rev.* 36 (2008-2009), 277. Aunque sus trabajos son mucho más completos de lo que podremos alcanzar a enseñar aquí, quiero que traigamos unas ideas que ilustran muy bien el punto que hacemos en el texto principal con este factor. De BLASI, *Colum. L. Rev.* 85 (1985), 449 s., consideremos lo siguiente: “¿Qué perspectiva sobre el futuro debería guiar a los tribunales a la hora de interpretar las cláusulas de la expresión, prensa y reunión de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos? Mi tesis es que, al juzgar las disputas de la primera enmienda, y al diseñar las doctrinas de la primera enmienda, los tribunales deberían adoptar lo que podría denominarse una *perspectiva patológica*. Es decir, *el objetivo primordial en todo momento debería ser equipar a la primera enmienda para ofrecer el máximo servicio en aquellos períodos históricos en los que prevalece la intolerancia de las ideas no ortodoxas y cuando los gobiernos son más capaces y más propensos a reprimir la disidencia sistemáticamente*. La primera enmienda, en otras palabras, *debe ser preparada para los peores momentos*. Yo no haría esa afirmación sobre todas las disposiciones de la Constitución federal. Ciertas cláusulas, como la protección igual y las cláusulas de castigo crueles e inusuales, por ejemplo, pueden diseñarse, o al menos interpretarse con la mayor prudencia, para servir a la sociedad principalmente en períodos de inusual idealismo o cohesión. Las disposiciones de ese tipo pueden ser más importantes por su capacidad para estimular, canalizar o institucionalizar el cambio social progresivo que por cualquier papel que puedan desempeñar para preservar los arreglos tradicionales. Pero las cláusulas de la expresión, de prensa y de asamblea de la primera enmienda, así como algunas otras disposiciones de la Constitución (las cláusulas de religión y la cláusula de comercio inactivo me vienen a la mente) *se consideran principalmente por tener una función conservadora*. Por consiguiente, es la perspectiva patológica la que debe informar la forma en que se interpretan esas cláusulas. La proposición empírica central de mi tesis es que *ciertos segmentos del tiempo son de especial importancia para la preservación de las libertades básicas de expresión y pensamiento porque las amenazas más graves para esas libertades tienden a concentrarse en períodos anormales* (...) Hay una distinción crucial entre las disposiciones de la Constitución que establecen la estructura básica del gobierno y las relaciones más

3. Planes o estrategias para ayudar a la implementación del derecho constitucional a la libertad de expresión

Trabajando sobre las observaciones generales que venimos de hacer en la primera parte de este capítulo, podríamos pensar en un “sistema de la libertad de expresión”¹¹¹ en estado crítico –con la mala fortuna de estar afectado por todas y cada una de las “patologías”¹¹² que hemos considerado– como aquel en que el entorno en que se toman

significativas del régimen político, y las disposiciones que incorporan compromisos o aspiraciones normativas más discretas y, por lo tanto, menos "esenciales", aunque a menudo no menos importantes. Debido a que las estructuras y relaciones básicas son constitutivas de la comunidad política como una entidad, *la preservación y la continuidad deben considerarse como la primera prioridad cuando esas disposiciones son objeto de interpretación*. Además de la protección de la libre expresión, las disposiciones constitutivas de la Constitución estadounidense incluyen los sistemas de federalismo y separación de poderes, la garantía de una forma republicana de gobierno, la separación de la iglesia y el estado”. (cursivas propias). De GARDNER, St. John's L. Rev. 79 (2005), 293, veamos: “Una premisa básica de diseño de la Constitución de los Estados Unidos es que el principal mecanismo constitucional para garantizar el buen gobierno es la responsabilidad democrática a través de las elecciones. Como dijo Madison, “[su] dependencia del pueblo es, sin duda, el control primario del gobierno”. Se espera que estos sistemas primarios, cuando funcionen correctamente, produzcan un buen gobierno a través de la instalación en el poder de los buenos gobernantes. Quienes gobernarán para el beneficio común de todos. Los sistemas democráticos producirán así «un cuerpo de ciudadanos elegidos, cuya sabiduría puede discernir mejor el verdadero interés de su país y cuyo patriotismo y amor por la justicia es menos probable que sea sacrificado por consideraciones temporales o parciales». Una segunda premisa del diseño de la Constitución, sin embargo, es que el sistema primario puede fallar: «el efecto puede invertirse. Los hombres de temperamento faccioso, de prejuicios locales, o de planes siniestros, pueden ... primero obtener los sufragios y, luego, traicionar los intereses de la gente». Esta posibilidad, *junto con las más difíciles experiencias*, «le ha enseñado a la humanidad la necesidad de precauciones auxiliares». En consecuencia, la Constitución contiene, además de los mecanismos principales de responsabilidad democrática, un conjunto de sistemas de respaldo diseñados para limitar la capacidad de los malos gobernantes de hacer un daño grave al bien público. Estos sistemas de respaldo incluyen la separación horizontal de poderes, el federalismo, *la protección de libertades individuales específicas en la Carta de Derechos* y un poder judicial independiente. *Para funcionar adecuadamente en las condiciones para las que están diseñados – condiciones que, por definición, no son prometedoras para el bien general– estos sistemas de respaldo deben ser robustos*. Esto es, tales sistemas no pueden depender, para ser exitosos, de que los actores políticos cumplan con las normas constitucionales, ya que las situaciones en las que se requiere que operen los sistemas de respaldo son aquellas en las que los actores en cuestión estarían, *por hipótesis*, dispuestos a violar las normas constitucionales vigentes. Esto significa que un sistema de respaldo constitucional, para que sea efectivo, debe ser autosuficiente: debe ser capaz de sobrevivir y de operar, sin una degradación significativa, ante el comportamiento estratégico de unos actores políticos que buscarán evadir las restricciones que este sistema impone a su mal comportamiento” (cursivas propias). Y, finalmente, de STONE, Pepp. L. Rev. 36 (2008-2009), 277, quien nos dice que en el siglo XX: “Aprendimos sobre lo que podríamos llamar el efecto de «crisis». Es decir, aprendimos que, en tiempos de crisis, reales o imaginarios, los ciudadanos y los funcionarios del gobierno tienden a entrar en pánico, a volverse desesperadamente intolerantes y a apresurarse a reprimir el discurso que pueden demonizar como peligroso, subversivo, desleal o antipatriótico. La experiencia dolorosa con este «efecto de crisis», especialmente durante la Primera Guerra Mundial y la Guerra Fría, nos llevó a abrazar lo que el Profesor Vincent Blasi ha calificado como una «perspectiva patológica» al elaborar la doctrina de la Primera Enmienda. Es decir, *estructuramos la doctrina de la Primera Enmienda para anticipar y protegernos de los peores momentos*” (cursivas propias).

¹¹¹Tanto la expresión, como el sentido de la misma, ha sido tomada de: EMERSON, *General Theory*, 1966, viii.

¹¹²KOPPELMAN, Nw. U. L. Rev. 107 (2013), 690 y, atrás, n. 4.

decisiones respecto a los límites de esta libertad está completamente condicionado por: la intolerancia generalizada frente a la crítica y al disenso; la miopía y el sesgo o parcialidad con que se toman decisiones sobre la limitación o protección de esta libertad; la sobreinclusión y la vaguedad en que están formuladas las directivas que limitan esta libertad; una gran cantidad de antinomias y una desestimulante ausencia de referencias sobre los límites de la libertad de expresión –que hace que quien desee expresarse solo pueda conocer los límites de su derecho después de haberse expresado (en el marco de un proceso y bajo la amenaza de algún tipo de sanción)–; la gran confianza de los ciudadanos en el poder estatal y en la actividad de sus cuerpos de censura; la existencia de aparatos burocráticos cuya función básica es la de mantener coaccionados a quienes se expresan; la constante e impune distorsión o manipulación de las directivas que limitan la expresión con el fin de ocultar los verdaderos motivos o intereses tras la censura; la idea de que son más temibles y peligrosas las consecuencias de la libertad de expresión (y sus abusos) que las de la censura (y sus abusos); y, finalmente, la idea de que la libertad de expresión es un lujo que puede (y debe) recortarse en los malos tiempos.

Trabajando sobre el reverso de esas mismas observaciones generales, también podríamos pensar en un *sistema de la libertad de expresión* en perfecto estado de salud –uno que no está (tan) expuesto a sufrir ninguna de las *patologías* que hemos considerado– como aquel en el que el entorno en que se toman decisiones respecto a los límites de esta libertad se ha logrado estructurar de modo que:

(i) Haya un esfuerzo consciente y sostenido en el tiempo de todos los actores sociales por contener o disminuir cuanto sea posible su intolerancia, su miopía y su sesgo al momento de tomar decisiones sobre la limitación o protección de esta libertad. Aunque este esfuerzo inicial suele ser suficiente, el sistema también está preparado para cerrarse (u ofrecer resistencia) a cualquiera de estas “fuerzas” en el momento en que logren desbordar las medidas de contención ordinarias y empiecen a empujar hacia la limitación.

(ii) Quienes formulan las directivas que limitan esta libertad hacen un gran esfuerzo para que estas nunca terminen yendo más allá de lo que resulte estrictamente necesario para proteger otros valores o intereses tan importantes como la libertad de expresión. Para reducir drásticamente la probabilidad de que esto ocurra, diseñan directivas limitantes con una marcada tendencia a la *infrainclusión*. Aunque este esfuerzo inicial suele ser suficiente, el sistema también está preparado para revisar que esa labor haya quedado bien

hecha y (en caso de detectar riesgos de invasiones innecesarias y, por ende, ilegítimas al terreno de esta libertad) enmendar los errores que puedan haber cometido los formuladores para, así, garantizar la libertad de expresión.

(iii) Quienes formulan las directivas que limitan esta libertad también hacen un gran esfuerzo para que estas tiendan a la regla tanto como sea posible, de manera que el aplicador y quienes deseen comunicarse puedan prever o anticipar qué tipo de comunicaciones desencadenarán su consecuencia jurídica y que, por ende, conozcan, en concreto, cuáles son las restricciones que tal directiva impone al ejercicio de esta libertad. Para que esto suceda, los formuladores hacen un esfuerzo por dar instrucciones claras y precisas al aplicador (y a los ciudadanos) –lo que los lleva a evitar el uso de términos vagos, indeterminados, abiertos, etc. al momento de redactar las directivas–. Aunque este esfuerzo inicial suele ser suficiente, el sistema también está preparado para revisar que esa labor haya quedado bien hecha y (en caso de detectar que las líneas que van a separar las comunicaciones que seguirán estando protegidas de las que han quedado afectadas por la directiva no son suficientemente claras) enmendar los errores que puedan haber cometido los formuladores para, así, garantizar la libertad de expresión.

(iv) Los administradores de las directivas que limitan esta libertad no solo hacen un esfuerzo por mantener encaminada su labor dentro de los márgenes de las instrucciones que reciben, sino que buscan mantenerse a una distancia prudente de los terrenos que la Constitución –norma de normas– ha puesto fuera del ámbito de su competencia –en una palabra, de los terrenos que la Constitución ha querido inmunizar–. Así, conscientes de los peligros que son inherentes a su tarea de censurar expresiones, atienden con celo a la separación del poder –creada por el derecho a la libertad de expresión y otros dispositivos constitucionales– y hacen un esfuerzo extra para velar porque su actividad restrictiva ordinaria no termine absorbiendo o secando la fuente de poder de un actor social protagónico: el ciudadano¹¹³. Aunque estos esfuerzos iniciales suelen ser suficientes para conservar una opinión pública activa e independiente, el sistema también está preparado para supervisar que las actividades de los administradores de las directivas limitadoras nunca amenacen o pongan en riesgo un elemento tan imprescindible para el

¹¹³ Actor que, para cumplir con su papel (de hacerle de contrapeso de los gobernantes) en la escena política, necesariamente debe poder expresarse (y reunirse, manifestarse, asociarse, etc.) crítica y abiertamente en un ambiente de autonomía y tranquilidad.

establecimiento y el sostenimiento de la escena política propia de una sociedad democrática.

(v) Quienes tienen en sus manos el poder (de censura) actúan bajo el convencimiento de que las directivas que limitan la libertad de expresión nunca deben ser distorsionadas y empleadas como instrumentos para camuflar (y hacer avanzar) intereses ocultos. Bajo la convicción de que, para decirlo con otras palabras, deben hacer un esfuerzo constante para resistir cualquier tentación de abusar del poder que tienen en sus manos. Aunque este esfuerzo inicial suele ser suficiente, el sistema también está preparado para detectar aquellos momentos en que su voluntad ha flaqueado –en que, desafortunadamente, han terminado cayendo en la tentación–, de tal manera que puedan introducirse los correctivos que sean necesarios para poder volver a garantizar la libertad de expresión–.

Sin lugar a duda, son muchas las reflexiones que podríamos llegar a hacer pensando en los interrogantes que hemos dejado para esta segunda parte¹¹⁴ alrededor de este pequeño ejercicio introductorio. Yo me conformaré, sin embargo, con que estas imágenes –la una sobre la enfermedad y la otra sobre la salud de los sistemas de la libertad de expresión– conduzcan nuestro pensamiento hacia las dos direcciones en que dividiremos esta sección y cerraremos la tesis. Primero, que nos ayuden a rastrear y a poner en la mira el componente específicamente jurídico de los planes o estrategias con que nuestras sociedades buscan implementar la libertad de expresión –que, en palabras más sencillas, nos pongan a hablar de la libertad de expresión en tanto que derecho constitucional–. Segundo, que nos hagan pensar en las doctrinas o estándares de revisión con que podríamos intentar supervisar y corregir los errores que previsiblemente cometeremos los diferentes actores sociales al momento de trazar las líneas que separan las acciones comunicativas que están cubiertas y protegidas por este derecho de aquellas que no lo están.

¹¹⁴ Recordemos rápidamente cuáles son esos interrogantes a los que estamos haciendo referencia: ¿Cómo podemos enfrentarnos a los obstáculos con que nos hemos topado cuando tratamos de garantizar realmente esta libertad? ¿Cómo podemos hacer que la cancha deje de estar inclinada en su contra? ¿Qué plan o estrategia puede ayudarnos a mantener protegida esta libertad en la práctica?

A. El componente eminentemente jurídico de los planes o estrategias para la implementación de la libertad de expresión

Empecemos a aprovechar este ejercicio introductorio fijándonos en las cinco cuestiones que quisimos resaltar para describir un sistema de la libertad de expresión en perfecto estado de salud –y que no está (tan) expuesto a sufrir ninguna de las patologías que ya hemos considerado–. Podremos ver, casi que de inmediato, que en todas y cada una de ellas llegábamos a un momento en que debíamos enfrentarnos a la posibilidad de que, al menos en algunas ocasiones, las medidas de cuidado habituales no funcionarían de la forma esperada. Por ello, siempre tomábamos precauciones y terminábamos diciendo: “Aunque este esfuerzo inicial suele ser suficiente, el sistema también está preparado para...”.

Hay varias observaciones que podemos hacer a partir de este hallazgo y que serán de mucha utilidad para nosotros, pues nos permitirán distinguir el componente específicamente jurídico-constitucional de los planes o estrategias con que nuestras sociedades tratan de encarar la difícil tarea de implementar la libertad de expresión. Nos permitirán, en términos más sencillos, identificar el papel que esperamos que cumplan el Derecho (constitucional) y las instituciones jurídicas en ese complejo proceso social de llevar a la práctica esta libertad.

En primer lugar, advirtamos que el componente jurídico-constitucional de la estrategia para implementar la libertad de expresión está integrado principalmente por todo lo que viene después de ese “Aunque...”. Esto es, por todos los arreglos institucionales y las doctrinas o estándares de revisión que preparamos para cuando se lleguen a presentar esos casos en que los esfuerzos iniciales han fallado y debemos estar prestos a reaccionar tomando los correctivos que sean necesarios para volver a garantizar la libertad de expresión.

En segundo lugar, basándonos en lo anterior, podríamos conjeturar sobre lo que ocurriría si viviésemos en un mundo ideal en que los actores sociales son perfectos y nunca se equivocan al tomar decisiones respecto a los límites de la libertad de expresión –por lo que sus esfuerzos *siempre* bastarán–. El componente jurídico-constitucional de la estrategia de implementación de esta libertad, en este mundo ideal, sería entonces superfluo o innecesario. Ni el derecho constitucional a la libertad de expresión, ni la

revisión que realizan los tribunales constitucionales, tendrían mucha razón de ser, por lo que, previsiblemente, ni siquiera existirían¹¹⁵.

En tercero, vemos que los tribunales constitucionales, a los que suele apuntar el foco de atención cuando se habla de derechos constitucionales, en realidad son (y deben ser) actores secundarios. Ello, no en el sentido de que su papel carezca de relevancia – pues es obvio que la tiene–, sino en el de que solo entran en escena reactiva y extraordinariamente: cuando se precise revisar el trazado de límites que han hecho los (imperfectos y falibles) actores primarios –legisladores, aparatos de censura, etc.– para poder introducir, de ser necesario, los correctivos que permitan seguir garantizando la libertad de expresión¹¹⁶.

¹¹⁵ En este sentido: SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 31 (1989), 1: “«Si los hombres fueran ángeles», escribió James Madison en El Federalista, «ningún gobierno sería necesario». Lo mismo ocurre con la primera enmienda. Si aquellos en el poder fueran ángeles, o si su poder representará más una oportunidad que una amenaza, la primera enmienda también sería innecesaria. Es cierto que la protección de la libertad de expresión y de prensa de la primera enmienda se suele idealizar, ya sea en editoriales de periódicos, en oraciones del Cuatro de Julio o en revistas jurídicas. La libertad de expresión, se dice, es básica, y la libertad de hablar y escribir es precisamente lo que separa a la democracia del totalitarismo, la libertad de las restricciones y la libertad de la esclavitud. La primera enmienda, se sigue de allí, es la base de todo lo que somos y todo lo que deseamos ser. Sin embargo, el reclamo que subyace a los eslóganes que glorifican la primera enmienda es ambiguo, ya que las versiones más comunes del reclamo confunden hablar libremente, o incluso la libertad de hablar, con un principio o regla que protege categorialmente a una amplia gama de actos comunicativos. Si nos enfocáramos en la naturaleza tendiente a la regla de la primera enmienda, veríamos que los fundamentos de la primera enmienda no se basan en las aspiraciones ideales, sino en el pesimismo posiblemente necesario que captura la famosa línea de Madison. No solo la primera enmienda, sino también la idea misma de un principio de libertad de expresión, es una encarnación de una desconfianza a los tomadores de decisiones que busca disminuir el riesgo que ellos representan. Una vez que entendemos esto, también podemos comprender que la primera enmienda no es el reflejo de las aspiraciones más altas de una sociedad, sino sus temores, siendo al mismo tiempo la manifestación pesimista y necesaria del hecho de que, en la práctica, ni una población ni sus responsables de tomar decisiones pueden siquiera acercarse a las aspiraciones teóricas más ideales de esa sociedad”.

¹¹⁶ Cfr.: Note, Harv. L. Rev. 83 (1970), 844; FALLON, *Implementing*, 2001, 39 s.: “Como he enfatizado, la responsabilidad principal de implementar la Constitución necesariamente recae en otros funcionarios e instituciones. Es el Congreso el que se encarga de no hacer ninguna ley que restrinja la libertad de expresión; los Estados los que están obligados a pagar el costo del debido proceso y la misma protección para todas las personas; y los funcionarios ejecutivos los que deben desistir de hacer búsquedas y confiscaciones injustificadas. Los «estándares de revisión», como se les suele llamar, con frecuencia son y deben ser solo eso –no formas de realización de las creencias de la Corte acerca de la forma en que los responsables de la toma de decisiones principales deberían entender y aplicar la Constitución, sino el reflejo de lo que la Corte considera que es una función judicial apropiada en el proyecto compartido de implementación constitucional–. Dentro de este proyecto compartido, la Corte tiene una función vital y distintiva, que cualquier teoría esclarecedora de la implementación constitucional debería tomarse la labor de enfatizar. Como dije en la Introducción, una premisa fundamental de nuestro esquema institucional es que los tribunales tienen una capacidad especial para abordar los problemas de principios constitucionales. La Corte Suprema, en particular, opera en un ambiente deliberativo fuera de la política partidista. Puede centrarse simultáneamente en los hechos concretos de un caso particular, en el que se humanizan grandes abstracciones, y en la relación de los estatutos y las decisiones con los valores constitucionales presumiblemente compartidos. El Tribunal también se encuentra en una posición excepcionalmente buena para establecer reglas y test claros que logren una función de coordinación que es vital. Si bien el caso es

En cuarto lugar, insistamos entonces en que el componente jurídico-constitucional de la estrategia de la implementación es solo eso: un componente de una estrategia colectiva más ancha y ambiciosa que, como vimos en la primera parte del capítulo, también debe cubrir y atender aspectos pedagógicos, económicos, políticos, sociológicos, etc. Si olvidamos esto, y confiamos toda la estrategia a los correctivos que se tomen en las fases de reacción jurídica, podremos contar de antemano con la plena seguridad de que vamos a fracasar. De que será imposible implementar esta libertad en nuestras sociedades¹¹⁷.

A la luz de todo lo anterior, digamos entonces, en quinto y último lugar, que la principal misión de los tribunales constitucionales no es únicamente la de *interpretar* mandatos de la Constitución. También, y quizá, sobre todo, deben *ayudarnos* (al resto de actores sociales) a *implementar*, a llevar a la práctica, los mandatos de la Constitución – en nuestro caso, la directiva que consagra el derecho constitucional a la libertad de expresión¹¹⁸.

Para cerrar este apartado haciendo un balance, señalemos que, al haber puesto la misión de los tribunales constitucionales en los términos de esta quinta observación, resumimos y articulamos buena parte de lo que veníamos diciendo hasta ahora. Ello, pues,

necesariamente un tanto tenue, podemos esperar razonablemente que una institución como la Corte produzca mejores decisiones de principio constitucional y mejores reglas de implementación que otras instituciones menos enfocadas y menos deliberativas”. En este mismo sentido: SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 31 (1989), 14 s., quien recuerda que con el derecho constitucional a la libertad de expresión estamos ante “un mandato para funcionarios gubernamentales primarios (no judiciales). Desde esta perspectiva, podemos ver la primera enmienda como una regla dirigida a esos funcionarios, que dice, en esencia, «No haga ninguna Ley (o no tome ninguna medida) restringiendo la libertad de expresión»”.

¹¹⁷ Cfr. EMERSON, *General Theory*, 1966, 16: “Un conjunto perfecto de reglas jurídicas y una variedad ideal de instituciones judiciales no podrían por sí mismas asegurar un sistema efectivo de libre expresión. Muchos otros factores son críticos. Debe haber un consenso sustancial sobre los valores y objetivos de la sociedad en algún área mínima de acuerdo o aceptación. La estructura económica debe proporcionar un cierto nivel de bienestar material, compartido ampliamente por todos los elementos de la población. Las instituciones políticas deben tener alguna base en las tradiciones del pueblo, deben recibir cierto grado de aceptación, deben demostrar ser razonablemente eficaces para resolver los problemas de la sociedad y deben seguir siendo capaces de adaptarse y cambiar. Otras instituciones, como corporaciones privadas y organizaciones laborales, deben permitir la comunicación en una escala diversa en áreas importantes de toma de decisiones. Debe haber algún sentimiento de seguridad en relación con otras naciones o sociedades. El sistema educativo, los medios de comunicación e instituciones similares que moldean la opinión pública deben tener cierta capacidad para producir miembros maduros e independientes de la comunidad local y nacional. La filosofía general, las actitudes y la salud mental de los ciudadanos deben ser favorables. En resumen, las condiciones básicas de una sociedad democrática viable deben estar presentes”; STONE, *Perilous times*, 2004, 537.

¹¹⁸ Esta reformulación de la misión de los tribunales constitucionales ha sido tomada principalmente de: FALLON, *Implementing*, 2001. V., abajo, n. 121.

gracias a esa formulación, podremos dirigir la atención hacia las tareas que esperamos que lleven a cabo estos tribunales –que son la pieza central de esos sistemas de respaldo jurídico que, como ya dijimos, preparan nuestras constituciones para que podamos reaccionar a casos extraordinarios en que los esfuerzos de los actores primarios no bastan y la protección de esta libertad debe ser reasegurada–.

De una parte, esta fórmula nos permite señalar que esperamos que, como muchos de nosotros, los miembros de los tribunales constitucionales tengan una buena teoría o una buena idea de *qué* es ese *algo* que debería ser protegido con el derecho constitucional a la libertad de expresión aun cuando pueda causar un daño o afectar un interés, derecho o bien jurídico o simplemente parezca razonable hacerlo¹¹⁹. Y, de la otra, decimos que

¹¹⁹ Como explicaremos más adelante, en la n. 124, en muchos de nuestros países –en los que el fenómeno del constitucionalismo y/o la democracia es aún reciente– no hemos terminado de definir cuál es el camino que vamos a seguir para interpretar y aplicar este derecho. Con frecuencia, lo que hacemos es: (i) señalar que este derecho no puede ser entendido como absoluto y (ii) decidir arbitrariamente el efecto o la consecuencia que tendrá esta directiva en un caso particular. Seguramente el permanecer atascados en una situación tan precaria se deba a múltiples factores, pero yo quiero que, al hilo de la exigencia de la que se habla en el texto principal, reflexionemos sobre una hipótesis que he tenido en mi cabeza desde el inicio de la tesis y que FALLON, *Dynamic Constitution*, 2.^a, 2013, 47, expone en estos términos: “no puede haber una doctrina de libertad de expresión muy robusta si no se presta atención al porqué la libertad de expresión podría merecer protección constitucional o, si no toda expresión merece una protección especial, por qué parte de ella lo merece, incluso si es perjudicial o plantea algunos peligros”. ESCOBAR ROCA, REDC 58 (2000), 374, diagnosticando el caso español, hace una lectura muy sutil e interesante: en España se sabe cuál es la meta, pues se conoce bien la “conexión entre libertad de expresión y democracia”. Sin embargo, lo que a veces parece que no se supiera es, más exactamente, cómo podría extraerse, de esa conexión, un “desarrollo relevante para la interpretación del derecho fundamental”. La pregunta que tenemos que hacernos, si aceptamos el diagnóstico inicial de ESCOBAR ROCA, REDC 58 (2000), 374, para el caso español es ¿Y por qué no se puede conseguir sacar un desarrollo relevante de la concepción democrática –y en general de la teoría de la libertad de expresión que vimos en el segundo capítulo– para la interpretación de este derecho fundamental? ¿Por qué, como apunta ESCOBAR ROCA, REDC 58 (2000), 374, la concepción democrática de la libertad de expresión “permanece en España prácticamente inexplorada” y no informa la interpretación de este derecho? El mismo ESCOBAR ROCA, REDC 58 (2000), 374, parece sugerir que quizá se sufran los efectos de una concepción libertaria de la libertad de expresión que permanece muy arraigada en el imaginario colectivo –y que, hace que, al momento de tomar decisiones sobre la interpretación y aplicación, se cometa el error de equiparar el derecho constitucional a la libertad de expresión con la libertad individual, no con otros dispositivos constitucionales que sirven para instalar la democracia como el derecho al voto, la pluralidad de partidos políticos, la transitoriedad de los encargos públicos, la soberanía popular, etc.–. Pero, como este autor no profundiza en su, a mi juicio, muy bien encaminado análisis, trataremos de responder estas preguntas con el análisis más completo de RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 303-324. RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 303, comienza su artículo con una observación muy astuta: “la libertad de expresión es uno de los mayores acertijos de nuestra cultura política liberal”. Ello pues, a pesar de que todos sabemos que es valorada como algo muy importante en nuestras sociedades, es probable que muchos de nosotros no pudiésemos apuntar con precisión a las razones que subyacen a tal importancia. La extraordinaria trascendencia y protección jurídica que se le da en nuestros ordenamientos jurídicos –incluyéndosela dentro del catálogo de derechos fundamentales de las constituciones–, sostiene RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 303, nos resulta algo misteriosa: ¿Por qué razón, habiendo tantos intereses que resultan más valiosos para la mayoría de personas que el interés de expresarse libre y públicamente –como p. ej. el de tener garantizado un empleo o tener prosperidad económica–, es justo este interés en expresarse –y no cualquiera de esos otros que se estiman más valiosos– el que es escogido para gozar de una protección tan extraordinaria en nuestros ordenamientos? ¿Qué es eso que hace *especial* la

libertad de expresión y que muchos de nosotros, los beneficiados con la titularidad de estos derechos, no podemos terminar de reconocer? La forma en que RAZ detalla las vías por las que se ha tratado de resolver este acertijo es tan aguda que, sin duda, un examen minucioso resultaría muy interesante. A nosotros, sin embargo, nos basta simplemente con seguir la dirección general a la que apunta su pensamiento. 1) El primer paso de RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 306 s., consiste en enseñar que las razones de la especial protección jurídica de esta libertad pueden permanecer ocultas mientras nos estemos moviendo única y exclusivamente en el plano de los intereses particulares. Mientras no superemos el obstáculo que genera una concepción muy generalizada, y errónea, según la cual un derecho *solo* puede justificarse por la protección que brinda a un interés del titular de ese derecho. Contrario a ello –como vimos en el segundo capítulo– un derecho constitucional puede estar justificado, adicional e incluso principalmente, por razones vinculadas a la necesidad de proteger un bien público, un interés de la colectividad. Ello, pues nada obsta para que nuestros constituyentes puedan utilizar esta vía, la de los derechos constitucionales, cuando entiendan que ella, además de proteger un interés de su titular, represente el arreglo institucional más pertinente para la protección de un interés colectivo –en palabras del propio RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 305: “el derecho de una persona a la libre expresión no está protegido para protegerla a ella, sino para proteger un bien público, un beneficio que el respeto por el derecho a la libertad de expresión brinda a todos los que viven en la sociedad en que este derecho se respeta, incluso a aquellos que no tienen interés personal en su propia libertad”–. 2) Una vez que estamos dispuestos a considerar esta posibilidad, el segundo paso que da RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 308 consiste en presentar el “argumento paradigmático” para sustentar que, justamente en el caso de la libertad de expresión, estamos ante un bien público –no ante un mero interés particular–. La libertad de expresión “forma parte integral de un régimen democrático”, nos dice RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 308. Esto la hace, antes que cualquier otra cosa, un bien público o colectivo pues, más allá de que cada uno de nosotros tenga un interés efectivo en expresarse libre y públicamente, lo cierto es que en nuestras culturas jurídicas y políticas todos tenemos un interés común en que nuestras sociedades funcionen como regímenes democráticos. Así, toda vez que este funcionamiento no puede darse mientras que los ciudadanos no tengan garantizada la posibilidad de involucrarse en los debates en que se discuten los asuntos de interés público, pudiendo examinar la posición de otros y expresar la propia libremente, el acertijo del que partimos empieza a resolverse, pues entendemos por qué esta libertad es tan *especial* en nuestras sociedades 3) El tercer y último paso que RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 308, da para resolver finalmente este acertijo, es enseñar que es precisamente este argumento democrático el que también puede explicar, menos problemáticamente, las razones por las que se le otorga una protección jurídica tan extraordinaria a la libertad de expresión. Ello pues, como sostuvimos en el segundo capítulo, RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 308, piensa que, si la libertad de expresión “forma parte integral de un régimen democrático”, entonces su extraordinaria protección –por medio de un arreglo institucional como el de su consagración como derecho constitucional– es algo “esencial para la sobrevivencia de la democracia”. Soltando la mano de RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 303-324 –que continua su trabajo ofreciendo una concepción que ensancha la democrática, como vimos en Cap. II, 3, B.– y, teniendo en mente la distinción que plantea entre la libertad de expresión vista como un interés individual y la libertad de expresión vista como un bien público, devolvámonos hasta la paradigmática interpretación y aplicación que, desde una concepción democrática de la libertad de expresión, realizó el famoso J. HAND en el caso *Masses Publishing Co. v. Patten* 244 F 535 (S D NY 1917). Esta interpretación, aun sin poseer la refinación teórica de sus descendientes actuales –que, como vimos en Cap. II,3,C, le llevan aproximadamente un siglo de debate y perfeccionamiento de ventaja–, es interesante para evaluar la hipótesis que formulamos con FALLON, *Dynamic Constitution*, 2.^a, 2013, 47, por razones históricas, por la contribución que realizó en el viraje hacia una forma completamente novedosa de encarar los problemas interpretativos relacionados con el derecho constitucional a la libertad de expresión –cfr. RABBAN, Yale L.J. 90 (1981), 523; Ariz. St. L. J. 50 (2018), 911 s., 916 s.; KAIRYS en Kairys (ed.), *Politics of Law*, 1982, 140 s.; BLASI, U. Colo. L. Rev. 61 (1990), 1-38; WEINSTEIN, en Garnett/Koppelman (eds.), *First Amendment Stories*, 2011, 61-97–. Para captar la novedad de las cuestiones teóricas que planteó HAND, debemos empezar enterándonos, así sea mínimamente, del contexto judicial en que se produjo esta defensa. Saber algo sobre el estado de cosas en que ella irrumpió. Gracias a los recién citados trabajos de KAIRYS, BLASI, WEINSTEIN y –muy especialmente– RABBAN, hoy podemos sostener que, para el momento en que HAND introdujo su defensa en el caso *Masses*, la postura dominante, al menos entre los jueces, era la de que la libertad de expresión era tan solo una instancia o una concreción más de nuestra libertad individual genérica. Así, si preguntáramos en aquel momento: ¿Qué tiene de especial la libertad de expresarse? La respuesta más común, entre los jueces, sería algo así como: “Nada. No hay algo que la haga particularmente diferente de la libertad de saltar, poseer, decorar, jugar, conducir, etc.” –cfr.: KAIRYS en Kairys (ed.), *Politics of Law*, 1982, 140 s.; BLASI, U. Colo. L. Rev. 61 (1990), 11 s.; STONE, Sup. Ct. Rev. (2002), 411-453. Esta libertad

individual genérica –en la que la libertad de expresión estaba subsumida–, nos explicarían, solo podía ser protegida por la Constitución en el marco de ciertos límites, determinados por la consideración de los intereses legítimos de los terceros y de la sociedad en sí misma. Aventurarse a sostener lo contrario, que cada individuo tiene garantizada una libertad absoluta e irrestricta o, por lo menos, más robusta –bien sea para expresarse o para realizar cualquier otra acción–, era propio de los delirios y las fabulaciones de quien decidía entregarse a los principios de algún proyecto ideológico muy exótico, nunca de un juez que debía interpretar y aplicar un texto jurídico como la Constitución de los EEUU. Con esta Constitución, pensaban, jamás se pretendió establecer la anarquía en ninguna de sus formas. Detengámonos un poco más en este contexto pre-Masses Publishing Co. v. Patten –de manera que podamos percibir más nítidamente el paralelo con el diagnóstico de ESCOBAR ROCA, REDC 58 (2000), 374, que mencionábamos al inicio de esta n.–. Como veíamos en nuestro segundo capítulo, y como reafirmamos justo ahora con RAZ, en realidad era muy difícil que, siguiendo un enfoque interpretativo que se movía exclusivamente en el plano de los intereses particulares, pudieran llegar a comprender que la posibilidad de expresarse libre y públicamente era algo *especial*. Por el modo en que enfocaban el asunto, esta podía ser algo muy importante –como sin duda alguna cualquier libertad lo era–, pero no algo *especialmente* importante. De allí que, como señala BLASI, U. Colo. L. Rev. 61 (1990), 12, siendo esta libertad algo corriente, los jueces de entonces “experimentaban pocas dificultades para justificar la restricción de la expresión en circunstancias en las que se podría llegar a pensar que las mismas podrían causar algún tipo de daño, ya fuera a otros individuos o a la sociedad en general. La medida de qué daños podrían considerarse en este cálculo y qué tan seriamente deben ser amenazados para limitar la libertad individual *era la misma medida aplicada a las disputas que enfrentaban las otras libertades* con otros reclamos basados en el bienestar individual o colectivo. *No se pensaba que la expresión fuera algo especial*. No se pensaba que el valor o la función social de la libertad, o la naturaleza de los daños que amenazaba, ameritaran un análisis especial. El estándar legal que incorporaba esta perspectiva se conocía como el test de la «mala tendencia». La expresión podría restringirse cuando podía dar lugar a malas consecuencias en forma de daños individuales o sociales. La probabilidad de tales consecuencias no tenía que ser alta. El período de tiempo dentro del cual la expresión podía producir las consecuencias no tenía que ser corto” (cursivas propias). Apuntando en la misma dirección, RABBAN, Yale L.J. 90 (1981), 523, por su parte, señalaba que: “la gran mayoría de las decisiones anteriores a la guerra, en todas las jurisdicciones, rechazaron los reclamos a favor de libertad de expresión, a menudo ignorando su existencia. Ningún tribunal fue más indiferente a la libertad de expresión que la Corte Suprema, que rara vez produjo una opinión disidente en un caso de la Primera Enmienda. La mayoría de las decisiones de los tribunales federales inferiores y los tribunales estatales también fueron restrictivas, aunque hubo algunas excepciones notables. A los radicales les fue particularmente mal, pero la hostilidad judicial generalizada hacia el valor de la libertad de expresión trascendió cualquier problema individual o de litigantes. Esta hostilidad generalizada no surgió de un marco teórico coherente. Los casos eran tan escasos doctrinalmente como objetivamente diversos. Al igual que muchas decisiones en todas las áreas de la ley antes de la Primera Guerra Mundial, estos casos de la Primera Enmienda típicamente invocaban pequeñeces formales en lugar de hacer análisis rigurosos, lo que excluía el intercambio y las críticas necesarias para la evolución de la doctrina. *Al mismo tiempo que emitían los lugares comunes sobre la importancia de los valores de la Primera Enmienda, los jueces no reconocían los reclamos por la libertad de expresión. Incluso cuando los tribunales abordaron los problemas de libertad de expresión presentados, generalmente los resolvieron sobre una base ad hoc. Los tribunales rara vez fueron más allá de los hechos de un caso particular para articular principios fundamentales de interpretación*. Como señaló Chafee, «al principio, *cada decisión de libre expresión (...) parece haberse decidido en gran medida por intuición*», y las intuiciones de los jueces conservadores rara vez apoyan la libertad de expresión” (cursivas propias). Ya vamos viendo, con RABBAN, Yale L.J. 90 (1981), 523, que en los EE. UU., al momento de interpretar y aplicar el derecho constitucional a la libertad de expresión, lo que imperaba era la arbitrariedad, el casuismo, la intuición –que no había un camino o una estrategia definida, sino improvisación–. KAIRYS en Kairys (ed.), *Politics of Law*, 1982, 141, nos va a dar incluso más pistas cuando nos indica que, de hecho, “el derecho de libertad de expresión no existió, ya sea en la ley o en la práctica, hasta una transformación básica de la ley que regula el discurso en el período de aproximadamente 1919 a 1940. Antes de ese momento, *uno hablaba públicamente solo a discreción de las autoridades* locales, y en ocasiones federales, quienes a menudo prohibían lo que ellos, el establecimiento comercial local u otros segmentos poderosos de la comunidad no querían escuchar” (cursivas propias). WEINSTEIN, en Garnett/Koppelman (eds.), *First Amendment Stories*, 2011, 64 s., para finalizar, nos hablaba de este contexto histórico en los siguientes términos: “La interpretación judicial de la Primera Enmienda ofrecía poca protección a la libre expresión, especialmente aquella que desafiaba radicalmente el *statu quo*. Como ha señalado la autoridad principal en materia de libertad de expresión en los EE. UU. antes de la Primera Guerra Mundial: «Un peso abrumador de la opinión judicial en todas las

jurisdicciones antes de la Primera Guerra Mundial ofrecía poco reconocimiento e incluso menos protección de los intereses de la libertad de expresión». Expresiones de la IWW, de aquellos que abogaban por el «amor libre», el uso del control de la natalidad, o de cualquier otra persona que osara desafiar radicalmente las creencias dominantes de la sociedad a menudo eran suprimidas sin virtualmente ninguna resistencia del poder judicial. No solo las ideas radicales, sino también expresiones convencionales, como las películas, las protestas laborales pacíficas y, en ocasiones, incluso los sermones públicos y la denuncia de crímenes también fueron denegados de la protección de la Primera Enmienda como resultado de la falta general de respeto de los intereses de la libre expresión por parte del poder judicial. La SCOTUS era incluso más insensible a la libertad de expresión que los tribunales inferiores, a menudo ni siquiera reconocía los problemas obvios de la libertad de expresión que venían antes. El estándar que ejemplifica esta gran falta de sensibilidad a la libertad de expresión fue el test de la «mala tendencia» con el que el discurso podría ser castigado si su «tendencia y efecto natural y probable» era causar actividad prohibida por la ley o corromper la moral pública. En casos criminales, el gobierno generalmente también tenía que demostrar que quien se expresaba pretendía que su expresión tuviera tal efecto. Sin embargo, dado que se consideraría que quien se expresa pretendía el efecto «natural y probable» de su discurso, cualquier protección de este requisito de intención era en gran medida ilusoria”. Volvamos entonces, una vez que tenemos este contexto, a la opinión del J. HAND en el caso *Masses*. Esta era novedosa porque partía de unas bases teóricas completamente diferentes. Distanciándose de quienes sostenían la comentada postura individualista, una aplastante mayoría en su época –cfr. BLASI, U. Colo. L. Rev. 61 (1990), 11 ss.; RABBAN, Ariz. St. L. J. 50 (2018), 911 s.–, HAND empezaría a perfilar la estrategia argumentativa que dejaría sentadas las bases para las concepciones democráticas del derecho constitucional a la libertad de expresión. Aún muy lejos de la claridad y rigurosidad metodológica que pudimos encontrar en RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 303-324, esta sentencia ya dejaba ver los rasgos estructurales que caracterizan, hasta nuestros días, el caso que presenta esta familia de defensas que nosotros estudiamos en el segundo capítulo: 1) La libertad de expresión aparece como un instrumento que no hace libre a un individuo, sino a todo un pueblo, a toda la sociedad en su conjunto –como señala BLASI, U. Colo. L. Rev. 61 (1990), 12, HAND no compraba la idea de que la libertad de expresión podía ser “comparable a la libertad de disfrutar de la privacidad en el hogar, la libertad de practicar la religión o la libertad de hacer contratos”–; 2) En efecto, si no hay libertad de expresión, si el gobierno puede utilizar legítimamente su poder para acallar a quienes lo critican o se oponen a sus políticas, entonces estamos necesariamente ante un gobierno que no es democrático, un pueblo que no es soberano, y una sociedad que no es libre –cfr. BLASI, U. Colo. L. Rev. 61 (1990), 12 ss.; WEINSTEIN, en Garnett/Koppelman (eds.), *First Amendment Stories*, 2011, 71–; 3) Esto no significa que el derecho a la libertad de expresión deba ser absoluto, sino que los análisis jurídicos en que se consideren sus límites nunca pueden perder de vista la dimensión política de esta libertad, su valor para una sociedad que desea ser libre y democrática –cfr. BLASI, U. Colo. L. Rev. 61 (1990), 12: “Una de las principales implicaciones de ver la libertad de expresión no como un derecho individual sino como una fuente de legitimidad del gobierno es que el principio de daño que limita las libertades individuales puede no ser aplicable a las disputas sobre la regulación de la expresión. Ciertas consecuencias que se derivan de algunos casos de expresión simplemente deben ser soportadas por la sociedad para que no se pierda la legitimidad democrática. Hay, en otras palabras, algún tipo de expresión que debemos tener incluso pagando lo que normalmente se consideraría un costo exorbitante. Quizás más importante, la decisión de ver la expresión como una fuente de legitimidad del gobierno sugiere que ciertas consecuencias que de otra manera podríamos considerar daños no pueden ser consideradas así. Un ejemplo al que se alude Hand en su opinión en *Masses* es el de la creación de «un temperamento sedicioso». Este, sin duda, retrasa, incluso socava, ciertos proyectos gubernamentales cuando grandes segmentos de la población ven a la administración con desprecio o con una gran desconfianza. En muchas sociedades políticas, esta consecuencia puede considerarse un daño grave digno de reparación por el poder coercitivo del estado. Pero si la «crítica hostil» es un componente esencial del proceso que legitima el poder del gobierno, la creación de un temperamento sedicioso no puede considerarse en sí un daño. El punto esencial aquí es que la función política de la libertad de expresión informa la definición de daño, y puede excluir la definición de daño simplemente en términos de lo que causa a otros individuos alguna medida de dolor o infelicidad, ya sea directamente o por proyectos sociales frustrantes que contribuyen a su bienestar”; WEINSTEIN, en Garnett/Koppelman (eds.), *First Amendment Stories*, 2011, 93: “para llegar a «conclusiones sólidas» al formular la doctrina de la libertad de expresión, los tribunales deben prestar mucha atención a la función democrática esencial de la libertad de expresión, y luego, con este valor en mente, identificar el tipo de expresiones tan vitalmente conectado con el autogobierno democrático que incluso los daños graves que puedan derivar de dicha expresión no son motivo para su supresión”. Este cambio de enfoque –esta nueva estrategia para la interpretación y aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión–, es reconocido actualmente como el gran

esperamos que –como juristas experimentados que son– tengan los conocimientos jurídicos y el ingenio o la habilidad práctica (táctica, estratégica) que se requieren para saber *cómo* se puede mantener protegido ese *algo* en la práctica¹²⁰. Estamos diciendo, en

legado del J. HAND. Sin embargo, como muestra WEINSTEIN, en Garnett/Koppelman (eds.), *First Amendment Stories*, 2011, 62, las ideas que sostenía HAND en esta sentencia estaban tan adelantadas a su tiempo que, en su momento, estas fueron “rápida y firmemente rechazadas”. Todavía se necesitarían “largos años de arduas luchas”, WEINSTEIN, en Garnett/Koppelman (eds.), *First Amendment Stories*, 2011, 61 y la continua llegada de nuevas y mejores defensas democráticas –tanto desde las calles (v. Cap. II, 3, B), los tribunales (v. Cap. II n.486) como desde la doctrina (v. Cap. II, 3, C)–, para que estas ideas pasaran de ser la visión “herética” a la visión “ortodoxa” tanto en los EE. UU. como –aunque quizá más lentamente– en el resto del mundo. Para que las posturas democráticas ocuparan el terreno que, en la interpretación constitucional, antes ocupaban cómoda y casi exclusivamente las posturas individualistas –contra las que batalló HAND en *Masses*–. Una vez que observamos este cuadro, notamos la importancia de que, cuando diseñemos estructuras analíticas para la interpretación y aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión –y pensemos cómo ir dirigiendo la atención de los aplicadores jurídicos hacia los factores relevantes para la resolución de un caso–, necesitamos que, entre esos factores relevantes, aparezcan en primer línea los aspectos relacionados con las dimensiones colectivas o sociales de la libertad de expresión –el inmenso valor que tiene como bien público, como parte neurálgica de nuestro proyecto epistemológico, moral y político–. Debemos, así las cosas, hacer un esfuerzo muy grande para contrarrestar la idea, todavía muy arraigada en nuestro sentido común –yo, p. ej., la he escuchado en boca de algunos de los mejores juristas españoles–, de que la libertad de expresión es un caso más de la libertad individual –de que no hay nada de *especial* en ella–. Esta idea nos sigue diciendo que el derecho constitucional a la libertad de expresión es un dispositivo destinado a la protección de los intereses *individuales* de quien se expresa –y que, para cumplir con ese fin protector, establece exactamente los mismos límites sobre el poder estatal que la libertad de saltar, poseer, decorar, jugar, conducir, etc.–. Por el camino que resulta de permanecer fiel a esta idea, como hemos visto, las funciones políticas y los intereses o bienes *colectivos* –que son justamente los que, como apreciamos en el segundo capítulo, permiten otorgar un sentido y dar contenido al bonus de escrutinio y de protección que nuestras constituciones han ordenado extender a ciertas expresiones incluso cuando estas causen (real o potencialmente) un daño o afecten un interés, un derecho, un bien jurídico o haya razones para hacerlo– terminan siendo desatendidos o ignorados. O, por lo menos, para hacer un juicio histórico menos tajante que también nos alcanza, escasamente considerados y muy lejos de ser los factores en los que está enfocada la atención del aplicador al momento (verdaderamente importante) de resolver los casos. De allí que, en conclusión, podamos dar la razón a FALLON, *Dynamic Constitution*, 2.^a, 2013, 47. De allí que, y esto quizá más que una conclusión sea un juicio propio, el segundo capítulo sea el corazón de esta tesis. Y de allí que, para cerrar el círculo volviendo a lo que sostuvimos en el texto principal, sea tan importante que exijamos que nuestros tribunales constitucionales partan de una buena teoría o una buena idea de *qué* es ese *algo* que debería ser protegido con el derecho constitucional a la libertad de expresión aun cuando pueda causar un daño o afectar un interés, derecho o bien jurídico o simplemente parezca razonable hacerlo.

¹²⁰ Para ahondar en este punto –y para ambientar el análisis que haremos en el próximo acápite–, veamos un ejemplo. En un interesante artículo, KLEIN, Mich. L. Rev. 99 (2001), 1035 s., nos cuenta que, “durante treinta años”, la SCOTUS intentó “garantizar que las confesiones forzadas no fueran admitidas en juicios penales examinando cada confesión que se presentó ante ella”. Empleando el test de “la totalidad de las circunstancias” –que denominamos, en el capítulo anterior, juicios específicos del caso con todas las cosas consideradas–, la SCOTUS trató de proteger el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo –consagrado en la quinta enmienda– examinando, en horas y horas de grabaciones, “la conducta de la policía al interrogar al sospechoso (buscando amenazas o promesas, engaños, retención de alimentos y agua, la duración del interrogatorio, trucos basados en una falsa simpatía o en el uso de familiares y amigos) y las características del sospechoso que lo pudieran hacer susceptibles a la coerción (edad, inteligencia, educación, limitaciones psicológicas y físicas)”. KLEIN, Mich. L. Rev. 99 (2001), 1035 s. señala que, tras haber aplicado este test por todo ese tiempo, la SCOTUS terminó notando que, con su aproximación jurídica, se estaba obligando a tener que hacer “milagros” para mantener protegido este derecho. En particular, la SCOTUS aprendió dos lecciones. La primera, “que era incapaz de identificar correctamente cuáles interrogatorios llevaban a la compulsión y cuáles no. La Corte nunca ofreció una definición viable de «voluntario»; eran demasiados los factores que entraban en esa ecuación indeterminada de lo que era

«voluntariedad»; era demasiado difícil reconstruir una sesión de interrogación, a menudo muy larga, después de ocurrido el hecho; y, sencillamente, no conseguían revisar el número suficiente de casos”. La segunda, “que los agentes policiales no estaban recibiendo ninguna guía sobre cuáles técnicas de interrogación eran aceptables y cuáles no, lo que a su vez conducía a nuevas violaciones constitucionales”. Con base en las duras lecciones que le dio la experiencia, la SCOTUS, en *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 471 s., tomó la decisión táctica, práctica, estratégica, de ir al catálogo de formas jurídicas para cambiar la herramienta que había empleado para lidiar con semejante problemática, el test de “la totalidad de las circunstancias”, por otra, una *presunción irrefutable*. En adelante, toda confesión obtenida fuera de los estándares o parámetros establecidos en la sentencia –“Toda persona en custodia debe, antes del interrogatorio, ser claramente informada de su derecho a permanecer en silencio, de que cualquier cosa que diga será usada en su contra en el juicio; debe estar claramente informada del derecho a consultar a un abogado y a tenerlo presente durante el interrogatorio, y de que, si es indigente, le será designado un abogado de oficio para representarla”– se *presumiría irrefutablemente* como “forzada” y, por tanto, violatoria de la quinta enmienda de la Constitución. Sin ser un dispositivo perfecto –esta presunción es clara y deliberadamente *sobreincluyente*–, la presunción irrefutable establecida en *Miranda* ayudó a mejorar el modo en que se aborda esta problemática. Ello, pues trazó unas líneas que sirvieron para que todos los actores gubernamentales tuvieran una referencia acerca de cómo debían encaminar sus esfuerzos para que el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo se mantuviera protegido en la práctica –sino completamente, al menos de una manera más efectiva que la aproximación que se dejó atrás–. Las ventajas estratégicas de trabajar la revisión constitucional marcando los límites de la actuación estatal con directivas que marcan líneas a otros actores, como las presunciones irrefutables o reglas que vimos con detalle en el capítulo anterior, demostraron ser, a la larga, mucho mayores –para la administración del campo penal procesal y sustantivo en general– a las de trabajar con estándares completamente desestructurados –cuyas desventajas, patentes en el relato que hace KLEIN, Mich. L. Rev. 99 (2001), 1035 s., también identificamos en el capítulo anterior–. Prueba de esto es *New York v. Belton*, 453 US 454 (1981), 458. En esta sentencia, la SCOTUS expandió la lógica de *Miranda* a derechos constitucionales similares: “La protección de las Enmiendas Cuarta y Decimocuarta «solo puede realizarse si la policía está actuando bajo un conjunto de reglas que, en la mayoría de los casos, permita llegar a una determinación correcta de antemano en cuanto a si una invasión de la privacidad está justificada en el interés de la aplicación de la ley». LaFave, «Case-By-Case» Adjudication versus «Standardized Procedures». Esto se debe a que «la doctrina de la Cuarta Enmienda (...) tiene el propósito primordial de regular a la policía en sus actividades diarias, y, por lo tanto, debería expresarse en términos que sean fácilmente aplicables por la policía en el contexto de las actividades de aplicación del Derecho en las que están necesariamente comprometidas. Un conjunto altamente sofisticado de reglas, calificado por todo tipo de condicionantes o que requiera el trazado de sutiles matices y distinciones de líneas tan finas como un cabello, puede ser el tipo de cosas fascinantes sobre las que se alimentan con gran entusiasmo las muy dispuestas mentes de los abogados y jueces, pero pueden ser «literalmente imposibles de aplicar por el oficial en el campo», «una norma sencilla y familiar resulta esencial para guiar a los oficiales de policía, quienes gozan de un tiempo y de una experiencia limitados como para ponerse a reflexionar y a ponderar todos los intereses sociales e individuales involucrados en las circunstancias a las que se enfrentan»”. Las preguntas que quiero que nos hagamos, teniendo en mente el caso *Miranda*, son las siguientes: ¿Pasaría algo similar a lo que narra KLEIN, Mich. L. Rev. 99 (2001), 1035 s. al principio de nuestro ejemplo si empleáramos el test de “la totalidad de las circunstancias” para revisar la constitucionalidad de las actuaciones que potencialmente restringen el derecho constitucional a la libertad de expresión? ¿Podría ser que el derecho constitucional a la libertad de expresión se quedara también *infraprotegido*? ¿Es práctico utilizar este test? ¿Podría ser que estuviéramos obligando al tribunal constitucional –o, más bien, que este se estuviera obligando a sí mismo– a realizar “milagros”? ¿Podría ser que sean demasiados los factores que deban ser tenidos en cuenta para hacer una revisión constitucional en estos términos? ¿Podría ser que el tribunal constitucional que empleara este test no pudiera revisar suficientes casos? ¿Podría ser que los agentes policiales no tuvieran ninguna guía o instrucción sobre cuáles restricciones a las acciones comunicativas de los ciudadanos son aceptables y cuáles no? ¿Podría ser que los ciudadanos –activistas, periodistas, blogueros, escritores, humoristas, estudiantes– tampoco tuvieran tan necesaria guía o instrucción? ¿Podría esta falta de guía o instrucción a las autoridades llevar a nuevas violaciones constitucionales? ¿Podría esta falta de guía o instrucción a los ciudadanos desestimular el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión? ¿Podría haber, como en el caso *Miranda*, una mejor alternativa para administrar este campo jurídico? Como hemos venido sosteniendo de la mano de EMERSON, *General Theory*, 1966, esta es la clase de interrogantes –de naturaleza práctica, (táctica, estratégica, empírica)– que esperamos que se planteen los magistrados de nuestros tribunales constitucionales para hacer un diagnóstico que les permita definir *cómo* van a cumplir con su difícil misión

suma, que esperamos que produzcan construcciones o desarrollos jurídicos de este derecho que les permitan (aprovechar su posición en la escena política democrática para) guiar y supervisar –de forma real y efectiva– los esfuerzos, limitaciones y sacrificios que los actores primarios debemos hacer para poder vivir a la altura de nuestro compromiso constitucional con la libertad de expresión¹²¹.

de ayudar a que los valores tras el derecho constitucional a la libertad de expresión se mantengan protegidos en la práctica.

¹²¹ Desarrollando la línea de pensamiento que ya insinúa la n. anterior, cfr.: FALLON, *Implementing*, 2001, 28 s.: “Contrario a la impresión transmitida por Dworkin, gran parte del trabajo de la Corte se refiere no tanto a proporcionar la mejor «lectura moral» del lenguaje constitucional, con una preferencia por «afirmar... principios constitucionales en el nivel más general posible», sino a desarrollar tests y doctrinas legales que funcionarán en la práctica –con frecuencia en niveles muy bajos de generalidad– para poder proteger los valores constitucionales. Para elaborar una buena doctrina, el juez de la Corte Suprema ideal sería un experto en filosofía, pero también sabría mucho sobre economía, sobre la dinámica de varias instituciones sociales y sobre psicología humana. Las doctrinas que imponen restricciones de la Primera Enmienda a las leyes estatales de difamación ilustran los tipos de consideraciones prácticas a las que el Tribunal debe responder para implementar la Constitución con éxito. En *New York Times Co. v. Sullivan* y *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, el Tribunal enfrentó la pregunta de qué protecciones de la Primera Enmienda, si las hubiera, deberían otorgarse al discurso difamatorio –declaraciones falsas que causan daño a la reputación–. En lo que respecta a lo que podría llamarse claramente «interpretación», el Tribunal primero identificó los valores que refleja la Primera Enmienda. En *New York Times Co. v. Sullivan*, la Corte enfatizó la promoción de un debate robusto sobre temas políticos; en *Gertz*, la Corte habló más generalmente de un compromiso constitucional de mantener abierto el mercado de las ideas. También como una cuestión de interpretación, el Tribunal determinó que las declaraciones de hecho falsas no tienen valor constitucional independiente. Dichas declaraciones carecen de valor o son incluso malas para los debates políticos, y no aportan nada de valor al mercado de ideas. Pero estos juicios interpretativos no resolvieron, y no podrían resolver, en última instancia, las cuestiones que debía encarar el Tribunal. Como lo reconoció la Corte, los errores son «inevitables en el debate libre», y una regla que responsabiliza a los medios de comunicación por todas las declaraciones falsas y difamatorias tendría un efecto predecible de desalentar los comentarios críticos. Temerosos de ser demandados por daños, la prensa tendría menos probabilidades de imprimir declaraciones críticas, en cuyo caso el discurso que verdaderamente posee valor de la Primera Enmienda terminaría perdiéndose. Por lo tanto, la Corte se propuso formular una doctrina que le aseguraría un «espacio para respirar» a las libertades de la Primera Enmienda. Para llevar a cabo esta misión, no fue suficiente que la Corte sopesara, de modo abstracto o filosófico, el principio de la Primera Enmienda que exige la protección del discurso contra el interés de los Estados en proteger la reputación. La Corte tuvo que hacer evaluaciones más concretas, empíricas y predictivas. ¿En cuánta autocensura se involucraría la prensa bajo regímenes de responsabilidad alternativa? En la medida en que las amenazas de poder ser encontrada responsable disuadieron a la prensa de informar historias que de otro modo habrían informado, ¿Cuánta parte del discurso que se perdería podría ser veraz y cuánta parte falsa? ¿Cómo se deben sopesar los daños a la reputación causados por el discurso falso, en la medida en que se otorgó protección constitucional al discurso falso, en contra de los beneficios del discurso verdadero que se perdonaría bajo varias reglas imaginables? ¿Qué tipo de reglas de responsabilidad podrían ser necesarias en la práctica para corregir fallas previsibles en el mercado de ideas? En respuesta a preocupaciones como estas, el Tribunal emitió una regla según la cual los funcionarios públicos, los candidatos a cargos públicos y las llamadas figuras públicas no pueden solicitar indemnización por la difamación a menos que el acusado emita una declaración falsa «con malicia», es decir, sabiendo que era falsa o con temerario desprecio por si era falsa o no. En mi opinión, esta es una regla sólida, pero no una que pueda ser vista de manera esclarecedora como expresión del «significado» de la Primera Enmienda. Como el Tribunal reconoció explícitamente, no hay valor constitucional en declaraciones de hecho falsas. Tampoco creo que el proceso mediante el cual el Tribunal llegó a la prueba de la «malicia» se caracterizaría mejor como uno de mera «interpretación» –aunque reconozco que alguien podría desarrollar una concepción inteligible de la interpretación que sea algo más amplia que la mía–. Lo que es crucial es que *Sullivan* y *Gertz* revelan a la Corte en el papel claramente práctico de construir una doctrina basada en gran medida en consideraciones empíricas,

B. Las doctrinas o estándares de revisión que forman parte de los planes o estrategias jurídicas para la implementación del derecho constitucional a la libertad de expresión

Así llegamos, finalmente, al momento que probablemente resultará más interesante al lector cuyas inquietudes frente al derecho constitucional a la libertad de expresión son de orden práctico. Al momento de considerar el tipo de *doctrinas*¹²² o estándares de

económicas y estratégicas. A la luz del papel que desempeñan estas consideraciones, sostendría que la doctrina resultante se describe adecuadamente como diseñada para proteger –en vez de para reflejar con precisión– los valores constitucionales. En el mismo sentido: EMERSON, *General Theory*, 1966, 16-25; NIMMER, Cal. L. Rev. 56 (1968), 943 s.; MONAGHAN, Harv. L. Rev. 83 (1970), 522 ss.; DELLINGER, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1557: “Los derechos constitucionales tienen una fuerza de ejecución propia que no solo permite, sino que requiere que los tribunales reconozcan los remedios adecuados para su reivindicación”; BEVIER, Stan. L. Rev. 30 (1978), 323 s.: “la revisión judicial también debe responder a demandas distintas a la de la legitimidad abstracta. La exigencia de que las decisiones constitucionales se hagan operativamente efectivas es igualmente apremiante. La demanda de efectividad operacional y la implicación de que es legítimo que los jueces cumplan conscientemente con esta demanda, asume primero, la validez del principio rector, segundo, que el principio podría traducirse a más de una regla y, finalmente, que el contenido de la regla a la que finalmente se traduce el principio puede ser dictado, al menos en parte, por un esfuerzo consciente de tratar de asegurar una verdadera reivindicación del principio (...) El significado analítico de las reglas, por lo tanto, es doble: implementan los principios en el mundo real y protegen el principio para que no se erosione en el proceso de implementación. Por lo tanto, si bien las reglas deben tener en cuenta otros factores además del principio, no persiguen objetivos distintos a los definidos por el principio que están diseñados para implementar y proteger; simplemente responden a las capacidades y limitaciones institucionales al aplicar el principio al mundo. Siempre que un principio pueda ser traducido legítimamente a términos operacionales en más de una forma, como suele ser el caso, las consideraciones pragmáticas e institucionales pueden dictar legítimamente la elección, de manera consistente con la protección total del principio”; Cal. L. Rev. 73 (1985), 1056; SCHAUER, Wm. & Mary L. Rev. 31 (1989), 1-23; KLEIN, U. Pa. L. Rev. 143 (1994), 482, quien nos dice que a veces “es necesario algún remedio o procedimiento para salvaguardar una disposición constitucional, pero la propia Constitución no especifica qué recursos o procedimientos utilizar”, cuando ello ocurre “se convierte en la obligación de la Corte, en virtud de la Constitución, crear el cuerpo de directivas jurídicas necesario para garantizar ese derecho constitucional particular contra cualquier peligro al que se enfrenta”; KLEIN, Mich. L. Rev. 99 (2001), 1030-1080; SOLUM, Const. Comment. 27 (2010), 95-118; SCANLON, Va. L. Rev. 97 (2011), 541 s.; KOPPELMAN, Nw. U. L. Rev. 107 (2013), 640-730.

¹²² El sentido de este término, que será muy importante para nosotros, ha sido tomado de FALLON, *Implementing*, 2001, 41 s.: “Si la función de la Corte Suprema se conceptualiza de manera que involucre la implementación constitucional, el principal dispositivo a través del cual la Corte desempeña su papel es la “doctrina constitucional” –un término que utilizo para abarcar no solo lo sostenido para el caso, sino también los marcos analíticos y los tests que se establecen como precedentes–. Como ya he enfatizado, la doctrina refleja el significado de la Constitución, pero a menudo no está determinada únicamente por ella. Y, una vez en su lugar, la doctrina, como explicaré, bloquea en ocasiones la apelación directa a las normas constitucionales subyacentes. La necesidad de doctrina (y de que la implementación de la Constitución sea una función judicial) surge en parte de la incertidumbre sobre qué valores abarca la Constitución y sobre cómo deben especificarse los valores protegidos. Por ejemplo, existen disputas bien conocidas sobre si la norma de igualdad expresada en la Cláusula de igual protección prohíbe las preferencias de acción afirmativa y sobre si la Primera Enmienda abarca el derecho a quemar la bandera o diseminar obscenidades. Para que la Constitución funcione efectivamente como Derecho, la Corte debe proporcionar una resolución autorizada de disputas como estas. Sin embargo, como he sugerido, la necesidad de una doctrina se basa, al menos en parte, en otra preocupación. Incluso cuando existe un acuerdo general de que la Constitución refleja un valor particular o un propósito protector, las preguntas de implementación a menudo permanecen. Por ejemplo, puede ser un propósito de la Primera Enmienda proteger contra los esfuerzos gubernamentales para reprimir la disidencia(...). Pero las normas en que se reflejan propósitos como estos son demasiado

revisión con que los tribunales constitucionales pueden intentar enfrentarse a los factores (*patologías* –diríamos con KOPPELMAN– o *dinámicas* –con EMERSON–) que condicionan o impiden la efectiva implementación de esta libertad en nuestras sociedades.

Lo primero que debemos saber es que los tribunales constitucionales nunca tuvieron la fortuna de encontrar *un* método que pudiera reducir y controlar satisfactoriamente la gran complejidad y peculiaridad de los problemas que traían consigo las muy variadas directivas limitantes o restrictivas del derecho constitucional a la libertad de expresión que debían supervisar. Ni la regla categórica del absolutismo-literalista. Ni la ponderación casuística. Ni cualquier otra forma o estándar incluso más compleja y sofisticada que, inteligentemente, se intentara plantar en el más seductor nivel o espacio intermedio que hay entre ellos. Nunca se encontró un estándar unitario que pudiera guiar y supervisar, en solitario, el compromiso y los esfuerzos del resto de actores sociales con la implementación de este derecho¹²³.

vagas para servir como normas de Derecho; su implementación efectiva requiere la elaboración de la doctrina por parte de los tribunales. La Corte Suprema ha respondido en consecuencia. De una manera para nada ilegítima, ha desarrollado un complejo –cada vez más parecido a una codificación– de tests de dos, tres y cuatro partes. Los críticos han protestado y señalado que los tests de múltiples partes de la Corte son inapropiados porque no reflejan de manera plausible el verdadero significado de la Constitución. Los críticos pueden estar en lo cierto acerca de la brecha entre el significado y la doctrina, pero su protesta permanece en gran medida lejos del punto. La medida de la solidez de la doctrina constitucional, incluidas las reglas «profilácticas», así como los tests de tres y cuatro partes, es si logra o no implementar la Constitución de manera efectiva”.

¹²³ Sobre este punto ya nos hemos pronunciado ampliamente en Cap. III, 3. Sin embargo, quisiera hacer ahora una observación adicional. Algo muy parecido a ese debate extremo y bipolar que representamos a través de un supuesto que denominamos “el caso de los penalistas expertos” ocurrió, realmente, en la propia área jurídica de la libertad de expresión. El escenario, inspirador el supuesto con que trabajamos en el capítulo anterior, es fácil de ubicar. Estamos sobre el comienzo de la década de los cincuenta del siglo anterior. Justo en la época de la posguerra, tras el fin de la segunda guerra mundial. Se está entrando en la llamada guerra fría. El “mundo” parece “dividirse” en dos grandes bloques. De un lado, el liderado por la URSS. Del otro el encabezado por los EE. UU. En EE. UU. ocurre un fenómeno interno, íntimamente ligado a la guerra fría, conocido como *macartismo*. Como nuestros intereses son analíticos, y no necesitamos mayores detalles históricos –el lector que esté interesado en profundizar en este fenómeno puede encontrar información útil en: ROGIN, *McCarthy*, 1967; CAUTE, *The Great Fear*, 1978; CEPLAIR/ENGLUND, *The Inquisition*, 1979; OSHINSKY, *Conspiracy*, 1983; SCHRECKER, *McCarthyism*, 1986; KLEHR/HAYNES/FIRSIV, *American Communism*, 1995; STONE, *Perilous times*, 2004; FALLON, *Dynamic Constitution*, 2.^a, 2013, 50-53–, nos basta con tomar de HORWITZ, *Transformation*, 1994, 247, 252, la idea de que, con el término *macartismo*, aludimos a la reacción generada por la guerra fría en los EE. UU. a nivel doméstico. Más particularmente, a las características de esa reacción, al hecho de que fuera un “poderoso catalizador de la represión” capaz de desencadenar un “autoritarismo anticomunista” que arremetió contra las libertades políticas más elementales. Se quiere señalar con *macartismo*, en palabras más simples, esa especie de “cacería de brujas” contra todo lo que olera a marxismo, comunismo, socialismo y un etcétera que alcanzó a incluir también a quienes se sospechaba que eran homosexuales –BLASI, *Ideas*, 2012, 727–. ¿Qué papel desempeñó la SCOTUS en este escenario histórico? ¿Cuál fue su papel en la defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos? ¿Dónde quedó “el derecho fundamental de los hombres libres a luchar por mejores condiciones a través de nuevas leyes y nuevas instituciones” –BRANDEIS, disenso en *Pierce et al. v. United States*, 252 U.S. 239 (1920) – de quienes

estaban siendo hostigados por las autoridades? La respuesta es, al menos en lo esencial, tan simple como desalentadora. No hubo una gran defensa de la libertad de expresión (en esta época) por parte de la SCOTUS. Más bien, hubo lo contrario, una gran dosis de asentimiento frente a todo lo que estaba ocurriendo –KAIRYS, en: Kayris (ed.), *Politics of Law*, 1982, 164s.; NAGEL, *Cornell L. Rev.* 69 (1984), 316; ALEINIKOFF, *Yale L.J.* 96 (1986-1987), 967; BELKNAP, *J. Sup. Ct. Hist.* (1993), 55; HORWITZ, *Transformation*, 1994, 258; CHERNISS, *Political Ethics*, 2014, 411; WELLS, *Wis. L. Rev.* (2005), 117 ss., *passim.*; COHEN-ELIYA/ PORAT, *Int'l J. Const. L.* 8 (2010), 283.; JACKSON, *Yale L. J.* 124 (2014-2015), 3128-. Entrando en los detalles que nos interesan, HORWITZ, *Transformation*, 1994, 252, nos cuenta que el macartismo provocó una fuerte “división” en la SCOTUS frente a la forma en que se debían proteger las garantías constitucionales de los ciudadanos, “con una sólida mayoría, encabezada por el juez Félix Frankfurter, que negaba que hubiera alguna base en la Constitución para la protección especial de las libertades civiles”. Esto nos lleva hacia preguntas más interesantes: ¿Qué generaba esta división metodológica? ¿Qué método interpretativo y qué justificación argumentativa empleaba la “sólida mayoría” para negar la protección de las libertades civiles? ¿Qué método proponía la minoría? Como lo señalan otros autores diferentes al propio HORWITZ –FRANTZ, *Yale L.J.* 71 (1961-1962), 1444; EMERSON, *General Theory*, 1966, 54; NIMMER, *Cal. L. Rev.* 56 (1968), 939; Note, *Harv. L. Rev.* 87 (1973), 375s.; BLOCHER, *N.Y.U. L. Rev.* 84 (2009), 385.; COHEN-ELIYA/ PORAT, *Int'l J. Const. L.* 8 (2010), 282– la formulación metodológica prototípica de la posición mayoritaria, así como su defensa, corrió por cuenta del J. FRANKFURTER. En su intervención en un famoso proceso contra once de los líderes del partido comunista estadounidense –FRANKFURTER, voto concurrente en: *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)–, sostuvo: “Las reglas absolutas conducirían inevitablemente a las excepciones absolutas, y tales excepciones, con el tiempo, terminarían por corroer las reglas. Las demandas de libertad de expresión en una sociedad democrática, así como el interés en la seguridad nacional, se ven mejor atendidas *sopesando cándida e fundadamente los intereses en competencia*, dentro de los confines del proceso judicial, que al anunciar dogmas demasiado inflexibles para los problemas no-euclidianos que habrán de resolverse (...) “Los casos de libertad de expresión no son una excepción al principio de que no somos legisladores, que la formulación directa de políticas no es nuestra competencia. La mejor forma de conciliar los intereses en competencia es negocio de las legislaturas y el equilibrio que alcanzan es un juicio que no debe ser desplazado por el nuestro, sino que debe ser respetado a menos que esté fuera de los límites del juicio justo.” (cursivas propias). En este extracto no solo puede verse claramente el método empleado –aquel que en la cultura jurídica estadounidense se conoce como “*balancing*”, en la europea continental como *ponderación* y que nosotros denominamos en el tercer capítulo, buscando mayor precisión, juicios específicos del caso con todas las cosas consideradas–, sino que ya podía adivinarse lo que un análisis de las *dinámicas de la limitación* como el que hicimos con EMERSON presagiaría: en tiempos de ansiedad e histeria como los que corrían, la deferente balanza de la posición mayoritaria se terminó inclinando siempre del lado de la represión. Del lado de la “auto-conservación del pueblo americano” –FRANTZ, *Yale L.J.* 71 (1961-1962), 1438, que hablaba críticamente de tan rimbombante expresión– y no de la garantía de las libertades. También asoma ya, en la cita –con los agudos ataques del brillante J. FRANKFURTER–, la intensidad del debate metodológico que buscamos escenificar. Los de las reglas absolutas, los euclidianos que proponían dogmas inflexibles, eran los del “equipo rival”. Los comúnmente denominados “absolutistas”. Así, si ya ubicamos la posición del primer bando, ahora corresponde el turno de situar a su rival. El equipo de los “absolutistas”, al menos en la SCOTUS, estaba integrado únicamente por BLACK y DOUGLAS –SCHAUER en Nolte (ed.), *European and US*, 2005, 58– quienes se enfrentaron solos a los que éste último consideraba jueces: “tan casados con el *statu quo* que el análisis crítico los ponía nerviosos” –DOUGLAS, voto concurrente en: *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)–. A jueces que, amilanados, consideraban como “serias” aún las amenazas más “diminutas” y que así permitieron, desde los estrados judiciales, las que a la postre serían, para DOUGLAS, “las violaciones más flagrantes de la Primera Enmienda que hemos conocido”. La posición de los llamados “absolutistas”, como señala SCHAUER en Nolte (ed.), *European and US*, 2005, 58, siempre fue “más metafórica que literal”. Sin embargo, habían elementos, en algunos votos disidentes del J. BLACK, que sirvieron para que la mayoría liderada por el J. FRANKFURTER tuviera municiones y pudiera arremeter contra esta postura ridiculizándola y llevándola hasta extremos absurdos en que era fácilmente descalificada –consideremos, p. ej., lo que señalaba BLACK en: *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952): “Después de que se ganara la independencia, los estadounidenses declararon como el primer mandamiento *inequívoco* de su Declaración de Derechos: «El Congreso no hará ninguna ley ...» (...) Creo que la Primera Enmienda, con la Decimocuarta, prohíben «absolutamente» tales leyes sin ningún «a no ser que» o «pero» o «condicionante»”; *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959): “Ciertamente, el lenguaje de la Primera Enmienda no deja lugar a la inferencia de que se pueden hacer restricciones de la palabra y la prensa simplemente porque son leves. Esa Enmienda proporciona, en

Considerando lo poco exitosas que resultaron esas aproximaciones metodológicas iniciales, los tribunales han ido perdiendo, poco a poco, su entusiasmo por ellas –han empezado, con razón, a dudar de la existencia de una fórmula mágica que sirva para curar todo mal–. Tras haber perdido esa esperanza, los tribunales se han percatado de que, si en realidad quieren hacer ayudas o contribuciones significativas a la estrategia de

palabras simples, que «el Congreso no hará ninguna ley ... que restrinja la libertad de expresión o de prensa». Yo leo que «ninguna ley ... que restrinja» quiere decir ninguna ley que restrinja.”; Braden v. United States, 365 U.S. 431 (1961): “Por lo tanto, solo tenemos que observar fielmente los límites ya marcados para nosotros. Por el momento, sin embargo, los dos casos decididos hoy por este Tribunal y los muchos otros como ellos que se han decidido en los últimos 11 años prácticamente han borrado esos límites.” (...) “Según tengo entendido, el deber de esta Corte de proteger las libertades constitucionales es para proteger esas libertades definidas por la Constitución, no aquellas que pueden definirse de caso en caso sobre la base de la sentencia de este Tribunal en cuanto a la importancia relativa de la libertad individual y el poder gubernamental. El enfoque de la mayoría hace la Primera Enmienda, no la protección rígida de la libertad que su lenguaje informa, sino una imitación pobre y flexible” (cursivas propias)–. En su versión más refinada, al menos al nivel metodológico o técnico que nos interesa destacar ahora, lo que la postura de los llamados “absolutistas” defendía era, en términos de FRANTZ, Yale L.J. 71 (1961-1962), 1443, algo como lo siguiente: “La actitud hacia la libertad de expresión que fomenta la discusión sin inhibiciones se transmite mediante expresiones populares como: «Tienes derecho a decirlo. Este es un país libre». Pero la suposición subyacente a tal declaración no es que el derecho a expresarse probablemente será confirmado por la Corte Suprema al sopesar todos los factores relevantes. Más bien, el supuesto es que el derecho a expresarse es tan claro que no existe un peligro sustancial de que hacerlo pueda terminar resultando en un proceso judicial. Si la primera enmienda está sujeta a una ponderación *ad hoc*, es inherentemente incapaz de dar tales garantías. En virtud de ello, el derecho a expresarse y publicar nunca está claro, ya que nunca se define. No se puede saber si una persona tiene derecho a hablar o publicar hasta después de que lo haga y dependerá siempre del impredecible peso que un tribunal puede otorgar determinado día a los «intereses en conflicto». Sin duda, los más audaces hablarán de todos modos, pero muchos otros serán disuadidos simplemente por una incertidumbre generalizada e imposible de erradicar. Inevitablemente, en el discurso disuadido se incluirá mucho de lo que, de haber sido llevado ante la Corte, se habría mantenido protegido. La Corte condena los estatutos que, debido a su amplitud o vaguedad, impiden proteger la libertad de expresión. Sin embargo, su propio test de ponderación tiene un efecto similar”. En cualquier caso, ya para concluir, digamos que este debate, en sus mayores extremos de polarización, se entendió prontamente como inútil e innecesario en los EE.UU. – EMERSON, *General Theory*, 1966, vii; KALVEN, UCLA L. Rev. 14 (1967), 441-444; NIMMER, Cal. L. Rev. 56 (1968), 938-942; DUVAL, Geo. Wash. L. Rev. 41 (1972), 186 ss.; Note, Harv. L. Rev., 87 (1973), 379, en que se afirmaba que ninguno de estos métodos meta-interpretativos podría “sobrevivir a un escrutinio crítico”; HART ELY, Harv. L. Rev. 88 (1974-1975), 1501s.; *Democracy and distrust*, 1980, 109 ss., quien sostenía que diferentes formas jurídicas debían tener un espacio en una estructura metodológica más sofisticada; SCHAUER, Nw. U. L. Rev. 78 (1983-1984), 266: “ha habido avances importantes en la teoría de la primera enmienda en los últimos años, ya no nos preocupamos por debatir los méritos del «absolutismo» y la «ponderación», o, al menos, no de la misma manera ingenua que lo hacíamos en los años cincuenta y sesenta”; BOLLINGER/STONE, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 19 s.– pues se entendió que, si no podían trazarse líneas rígidas e inflexibles, al menos podían y debían trazarse líneas que no fueran rígidas e inflexibles –cfr.: EMERSON, *General Theory*, 1966, 54ss.; NIMMER, Cal. L. Rev. 56 (1968), 944 s.; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 149 s.–. Que uno podía (y debía) huir de los vicios formalistas y conceptualistas sin tener que ir a parar al más puro particularismo o eclecticismo, pues, para decir con FALLON, *Dynamic Constitution*, 2.^a, 2013, 47 s., lo que atrás decíamos con EMERSON, *General Theory*, 1966, 23 : “Si se puede extraer alguna lección [del *macartismo*], esta parece ser que: las protecciones de la expresión política de la Primera Enmienda no pueden depender de los juicios judiciales, caso por caso, de si las expresiones particulares de los oradores particulares representan un peligro claro y presente. En tiempos de temor, los jueces son tan propensos como los legisladores a sobrestimar el riesgo de que el discurso que critica las políticas o la estructura del gobierno pueda ocasionar una calamidad. Algunos tipos de expresión merecen una protección casi categórica”.

implementación de la libertad de expresión, lo primero que deben hacer es empezar a desarrollar, ampliar y refinar su arsenal metodológico. Que deben, en otras palabras, trabajar con un nuevo paradigma que les permita ir construyendo unas estructuras más ricas y dinámicas. Unas estructuras o sistemas que, dejando que diferentes tipos de problemas sean abordados con diferentes métodos –con doctrinas especializadas, enfocadas en sus peculiaridades, que ofrezcan mejores soluciones con menos trabajo–, redujeran su complejidad y facilitaran la administración de este campo jurídico.

Y es justo ese relativamente reciente cambio de paradigma –y, sobre todo, las estructuras metodológicas ricas, dinámicas, complejas (y, sin duda, todavía con mucho margen de mejora) que ha traído consigo– el que quiero que nos demos una oportunidad de considerar¹²⁴. Por esto, no vamos a empezar a tomar las doctrinas o estándares de revisión más atractivas como si se tratase de “pedrecilla[s] en la arena”¹²⁵ que pueden ser aisladas, clasificadas y presentadas. En vez de hacer eso –de conformarnos con elegir un listado o menú de doctrinas–, nos desplazaremos hasta donde se encuentran esas doctrinas para poder observarlas ocupando su puesto de trabajo. Para verlas dentro de ese sistema o estructura al que están integradas como engranajes y en el que verdaderamente adquieren todo su sentido o su razón de ser.

¹²⁴ Aunque en la redacción del texto principal he tratado de ser muy cauteloso, quisiera aclarar más específicamente que, a pesar de mi inquebrantable optimismo de cara al futuro, soy perfectamente consciente de que los procesos de maduración y desarrollo metodológico en el Derecho son extremadamente lentos y que, en el presente, todavía no hemos terminado de dar este paso –de hecho, esa es una de las principales razones que me ha llevado a realizar esta tesis doctoral–. Como bien apunta ZAFFARONI, en Bertoni (comp.), *Criminalización de la protesta social*, 2010, 5, al momento de interpretar y aplicar este derecho constitucional en nuestras sociedades todavía se sigue recurriendo, con demasiada frecuencia, a la misma fórmula: se invoca “la gastada argumentación de que no hay derechos absolutos” y, con ello, se deja “que quede todo en una nebulosa que abre un espacio enorme para la arbitrariedad”. Parecería, como decíamos al final de la n. anterior, que, al no poder (y no deber) construir el derecho constitucional a la libertad de expresión conforme una interpretación literal-absolutista, no tuviéramos más remedio que admitir los niveles absolutos de discrecionalidad de los juicios específicos del caso con todas las cosas consideradas. Que, en otras palabras, tuviéramos que conformarnos con una ponderación casuística. En cualquier caso, el lector interesado en conocer los argumentos de quienes defienden la ponderación casuística como estándar metodológico unitario para abordar estos casos –postura de la que yo discrepo profundamente– puede encontrar ideas interesantes y muy bien fundamentadas en: GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Estudios Penales*, 1984, 373-404; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor*, 1987, 120, 124; JAÉN VALLEJO, *Libertad de expresión*, 1992, 48-62; LUZÓN PEÑA, en: AAVV, *Justicia penal y libertad de prensa*, 1992, 221,229; *Lecciones*, 3.ª, 2016, 423-432; LAURENZO COPELLO, *Delitos contra el honor*, 2002, 62-83; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante*, 2003, 176-204.

¹²⁵ RICOEUR, *Teoría*, 6.ª, 2006, 43. Recordemos que esta referencia la explicamos y la utilizamos en el Cap. I, n. 28-33 y en el texto principal ligado a ellas.

Teniendo en cuenta lo anterior, estableceremos como punto de observación inicial la “asombrosamente rica, multifacética y, a menudo, enloquecedoramente compleja”¹²⁶ estructura metadoctrinal que ha ido desarrollando la SCOTUS desde hace aproximadamente cien años¹²⁷. Comenzando los análisis desde este punto de partida, el de unos meros observadores interesados en conocer el funcionamiento de este sistema, iremos encontrando espacios para poder reflexionar y dialogar críticamente con una propuesta estadounidense que, ciertamente más madura y avanzada que cualquier otra, está muy lejos de ser una panacea.

Observemos entonces, sin más preámbulos, cómo opera esa estructura estadounidense. Cuando analizamos directivas que limitan o restringen el derecho constitucional a la libertad de expresión bajo esta estructura, todo el tiempo estamos girando en torno a un mismo interrogante: ¿En qué circunstancias, si acaso las hay, las autoridades podrían restringir o limitar una acción comunicativa –que causa un daño (real o potencial) a otros o afecta sus derechos, intereses, bienes jurídicos, etc.– sin ir en contra de los mandatos de la Constitución?

En resumidas cuentas, la propuesta de la SCOTUS, con su estructura metodológica, es la siguiente. Para mejorar la forma en que nos aproximamos a preguntas tan complejas como esta –preguntas que exigen manejar, de entrada, una intrincada teoría del acto comunicativo constitucionalmente restringible– debemos tomarnos las cosas con calma y, en vez de saltar o buscar atajos, ir acercándonos a la respuesta final paso a paso, avanzando a través de una serie de preguntas más concretas y menos desconcertantes¹²⁸.

La primera de las preguntas –resultante de esa división metodológica con la que se espera reducir la abstracción y complejidad del interrogante que motiva la pesquisa– es la siguiente: ¿La directiva que vamos a analizar restringe acciones comunicativas (*i*)

¹²⁶ STONE, Pepp. L. Rev. 36 (2008-2009), 274. En un sentido similar, SCHAUER, Sup. Ct. Rev. (1982), 285-318; WILLIAMS, U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 616, afirma que estamos ante “una de las redes más complicadas y confusas de todo el Derecho constitucional”; FALLON, Yale L.J. 100 (1991), 864 que estamos ante una estructura doctrinal “casi que infinitamente compleja”; O’NEILL, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 225, que se trata de un “laberinto”; POST, Cal. L. Rev. 88 (2000), 2355, habla de un “tumultuoso mar doctrinal”.

¹²⁷ Sobre esta historia v., atrás: n.94-110 y texto principal ligado a ellas; n. 119; n. 123.

¹²⁸ En este sentido: Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm’n, 447 U.S. 530 (1980), 535; KENNEDY, voto concurrente en: Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd., 502 U.S. 105 (1991), 128; BOLLINGER/STONE, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 15.

debido a su contenido o (ii) con independencia de su contenido?¹²⁹ Si observamos que la directiva restringe –p. ej.– la crítica a los funcionarios, las instituciones o las políticas públicas, el enaltecimiento de grupos terroristas, la emisión de discursos homófobos, la práctica de rituales satánicos, o que, en general, es ese tipo de directiva que restringe comunicaciones atendiendo al mensaje que transmiten, diríamos que nos encontramos ante el primer –(i)– escenario. Ante una restricción basada en el contenido –la SCOTUS diría, en inglés, “*content-based restriction*”–¹³⁰. Si, por el contrario, notamos que la directiva regula –p. ej.– el volumen de las conversaciones en un hospital, el tamaño, la luminosidad o el número de vallas publicitarias en zonas residenciales, la contaminación visual o auditiva o que, en general, es ese tipo de directiva que restringe comunicaciones sin preocuparse por la sustancia del mensaje transmitido, diríamos, en cambio, que estamos ante el segundo escenario –(ii)–. Ante una restricción neutral al contenido – la SCOTUS diría, en inglés, “*content-neutral restriction*”–¹³¹.

¹²⁹ Reafirmando esta metodología o, simplemente, aplicándola de una manera que puede resultar ilustrativa, entre muchas otras: STONE, U. Chi. L. Rev. 46 (1978), 81; Wm. & Mary L. Rev. 25 (1983), 189; Regan v. Time, Inc., 468 U. S. 641 (1984), 648; FARBER/NOWAK, Va. L. Rev. 70 (1984), 1219; WILLIAMS, U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 616; Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd., 502 U.S. 105 (1991), 115s., 128; O’CONNOR, voto concurrente en: City of Ladue v. Gilleo, 512 U.S. 43 (1994) 59; O’NEILL, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 225 s.; United States v. Playboy Entertainment Group, 529 U.S. 803 (2000), 811; CHEMERINSKY, S. Cal. L. Rev. 74 (2000), 49-64; *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 932 ss.; BOLLINGER/STONE, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 15; STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 18; GEORGE WRIGHT, U. Miami L. Rev. 60 (2005-2006), 333 s.; McDONALD, Notre Dame L. Rev. 81 (2006), 1351 s.; Sorrell v. IMS Health Inc., 564 U.S. 552 (2011), 8; COLE, Harv. L. & Pol’y Rev. 6 (2012) 152; United States v. Alvarez, 567 U.S. 709 (2012), 4; McCullen v. Coakley, 573 U.S. ____ (2014); Williams-Yulee v. Florida Bar, 575 U.S. ____ (2015), 6; Reed v. Town of Gilbert, 576 U.S. ____ (2015), 6; BROWN, S. Cal. L. Rev. 89 (2016), 954 s.; Packingham v. North Carolina, 582 U.S. ____ (2017), 6.

¹³⁰ Sobre las regulaciones basadas en el contenido v.: STONE, U. Chi. L. Rev. 46 (1978), 81; Wm. & Mary L. Rev. 25 (1983), 190; U. Chi. L. Rev. 54 (1987), 47; Boos v. Barry, 485 U.S. 312, (1988) 329-32, 334; WILLIAMS, U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 618 s., 622 s.; Turner Broadcasting System, INC. v. FCC, 512 U.S. 622 (1994), 642 s.; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 11 s.; United States v. Playboy Entertainment Group, 529 U.S. 803 (2000), 811 s.; SOUTER, voto concurrente en: Hill v. Colorado, 530 U.S. 703 (2000), 737; CHEMERINSKY, S. Cal. L. Rev. 74 (2000), 51; STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 19-113; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 73; GEORGE WRIGHT, U. Miami L. Rev. 60 (2005-2006), 334; WEINSTEIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 81; McCullen v. Coakley, 573 U.S. ____ (2014): “La directiva será basada en contenido si fuese necesario que las «autoridades que la ejecutan» examinen «el contenido del mensaje que se transmite para determinar si» se produjo una violación”; Reed v. Town of Gilbert, 576 U.S. ____ (2015), 6: “La regulación gubernamental de la expresión se basa en el contenido si una ley se aplica a una expresión en particular debido al tema tratado o la idea o el mensaje expresado. Este significado, de sentido común, de la frase «basado en contenido» requiere que un tribunal considere si la regulación de la expresión hace, de entrada, distinciones basadas en el mensaje que transmite un hablante”.

¹³¹ Sobre las regulaciones neutrales al contenido v.: Schneider v. State (Town of Irvington), 308 U. S. 147 (1939); Martin v. Struthers, 319 U.S. 141 (1943); Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77 (1949); NIMMER, Cal. L. Rev. 56 (1968), 936 s.; Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U. S. 748, 425 U. S. (1976), 771; STONE, U. Chi. L. Rev. 46 (1978), 81; Wm. & Mary L. Rev. 25 (1983), 189 s.;

La decisión sobre el camino que tomaremos –al ubicar la directiva limitante o restrictiva en uno de estos dos escenarios o compartimentos– traerá consecuencias importantes en el aspecto procedimental o metodológico y en el sustantivo de nuestra pesquisa. Mientras que las restricciones basadas en el contenido deberán probar su constitucionalidad enfrentando, por regla general, un *estricto escrutinio* –estándar de revisión descrito como “estricto en teoría, pero fatal en la práctica”¹³²–, las restricciones neutrales al contenido tendrán mayores oportunidades de “sobrevivir”¹³³, pues serán revisadas, también por regla general, con niveles de “escrutinio intermedios”^{134/135}.

U. Chi. L. Rev. 54 (1987), 49: “Las restricciones neutrales al contenido limitan la expresión sin tener en cuenta el contenido o el impacto comunicativo del mensaje transmitido”; Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n, 447 U.S. 530 (1980), 535: “La esencia de las regulaciones de tiempo, lugar y modo reside en el reconocimiento de que diversos métodos de expresión, independientemente de su contenido, pueden frustrar objetivos legítimos del gobierno. No importa cuál sea su mensaje, un camión errante que suena a las 2 a.m. perturba la tranquilidad del vecindario”; Ward v. Rock Against Racism, 491 U. S. 781 (1989) 791; City of Ladue v. Gilleo, 512 U.S. 43 (1994); SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 11; United States v. Playboy Entertainment Group, 529 U.S. 803 (2000), 811; Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514 (2001) 526; Los Angeles v. Alameda Books, Inc., 535 U.S. 425 (2002); STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 281-430; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 74: “Las restricciones neutrales al contenido, por lo tanto, no *prohíben* la expresión. *Regulan* el tiempo, el lugar o el modo apropiado para la expresión. Por esta razón, los tribunales y los comentaristas a menudo usan los términos «regulaciones de tiempo, lugar y modo» y «restricciones de contenido neutral» indistintamente”; WEINSTEIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 81; Sorrell v. IMS Health Inc., 564 U.S. 552 (2011), 10; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 148 s.

¹³² GUNTHER, Harv. L. Rev. 86 (1972), 8.

¹³³ Packingham v. North Carolina, 582 U.S. ____ (2017), 6.

¹³⁴ Turner Broadcasting System, INC. v. FCC, 512 U. S. 622 (1994), 642. Igual en: STONE, U. Chi. L. Rev. 54 (1987), 52; O'NEILL, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 227; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 76: “Los tribunales someten las restricciones a la expresión directas y neutrales al contenido (...) a una forma de «escrutinio intermedio». Como lo sugiere la etiqueta, el escrutinio intermedio ocupa una posición intermedia entre el altamente exigente estricto escrutinio que generalmente se aplica a restricciones basadas en el contenido y el estándar de racionalidad altamente deferente que generalmente se aplica a las restricciones gubernamentales a la libertad individual que no suponen una carga excesiva para el ejercicio de un derecho constitucional fundamental”; McDONALD, Notre Dame L. Rev. 81 (2006), 1348; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 969; FALLON, UCLA L. Rev. 54 (2006-2007), 1269; Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al., 564 U.S. 786 (2011), 12; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 150; Packingham v. North Carolina, 582 U.S. ____ (2017), 6.

¹³⁵ Aunque en el texto principal quedará clara la diferencia de tratamientos que se prescribe para cada tipo de regulación, me gustaría que nos fuéramos familiarizando con este pluralismo metodológico desde ahora. Para eso veamos Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n, 447 U.S. 530 (1980), 535: “Se puede imponer una restricción que regule solo el tiempo, el lugar o el modo de expresarse, siempre que la restricción sea razonable. Pero cuando la regulación se basa en el contenido del discurso, la acción gubernamental debe analizarse más detenidamente para garantizar que no se haya prohibido la comunicación «simplemente porque los funcionarios públicos desapruaban las opiniones del orador»”. También es muy clara esta diferenciación en WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 74: “La jurisprudencia contemporánea de la libertad de expresión concentra la artillería pesada de estricto escrutinio en las restricciones basadas en el contenido, pero facilita las restricciones de contenido neutral, es decir, las regulaciones de la actividad expresiva que el gobierno justifica sin hacer referencia al contenido del discurso restringido”.

Demos un paso adelante y, para avanzar por alguno de los caminos que propone esta estructura, supongamos que nos encontramos frente a una directiva limitante o restrictiva que hemos caracterizado como neutral al contenido. Cuando ha tenido que comprobar si el esfuerzo por acatar los mandatos constitucionales de los formuladores y administradores o aplicadores de este tipo de directivas ha sido suficiente, la SCOTUS le han inquietado principalmente dos posibilidades y, por ende, las ha examinado con especial detenimiento. De una parte, se ha preocupado por revisar la posibilidad de que estos actores sociales hayan subestimado el impacto que este tipo de directivas puede llegar a tener sobre el conjunto general de alternativas –de medios y de oportunidades– de las que disponen los diferentes miembros de la sociedad para poderse comunicar¹³⁶. Y, de otra, ha considerado la posibilidad de que los formuladores no sean siempre transparentes. De que, movidos por la miopía y/o el sesgo, busquen esquivar la limitación de su poder que supone el control de constitucionalidad intentando hacer pasar por restricción neutral al contenido una directiva que, al ser aplicada, generará prácticamente los mismos efectos que una restricción por contenido –y, precisamente por eso, podrá distorsionar el “mercado de las ideas”–¹³⁷.

¹³⁶ Para apreciar este impacto, tomemos los casos de una directiva –1)– que prohíbe vallas publicitarias en zonas residenciales y otra –2)– que prohíbe vallas publicitarias con contenidos pornográficos en zonas residenciales; una directiva –3)– que prohíbe publicar o distribuir libros y una –4)– que prohíbe publicar o distribuir libros que enaltecen actos terroristas; y, finalmente, una directiva –5)– que prohíbe manifestaciones públicas y una –6)– que prohíbe manifestaciones públicas contra el aborto. Por lo poco sutil que he sido al poner los supuestos, creo que podremos acordar que, a diferencia de lo que ocurre con las directivas 2), 4) y 6), las directivas 1), 3) y 5) plantean restricciones neutrales al contenido. También es posible que acordemos, incorporando una línea de pensamiento introducida por REDISH, *Stan. L. Rev.* 34 (1981), 113-151 y desarrollada por STONE, *Wm. & Mary L. Rev.* 25 (1983), 190, que tanto 2), 4) y 6) –restricciones basadas en contenido–, como 1), 3) y 5) –restricciones neutrales al contenido–, “reducen la suma total de información y opinión diseminada”. Finalmente, también podríamos acordar que 1), 3) y 5) restringirían, en la práctica, incluso muchísimas más vallas publicitarias, libros y manifestaciones públicas –muchísima más información y opinión– que 2), 4) y 6). Y es todo este panorama de medios y oportunidades para la comunicación reducidos el que encarna la primera preocupación de la SCOTUS –recordando el segundo capítulo, es fácil ver cómo restricciones neutrales al contenido, p. ej. la 4), afectan la habilidad de una sociedad para crear conocimiento o, también, como restricciones neutrales al contenido, p. ej. la 5), pueden desmontar la escena política de una sociedad democrática–. En este sentido: SCHAUER, *Sup. Ct. Rev.* (1982), 299 s.; STONE, *Wm. & Mary L. Rev.* 25 (1983), 192 s., 198; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 77.

¹³⁷ Para captar este riesgo, imaginemos el caso de un gobierno sumergido en una profunda crisis de legitimidad a causa de continuos escándalos de corrupción. Prácticamente acorralado por la sociedad civil, decide formular una directiva restrictiva en la que no se sanciona la participación en manifestaciones públicas y protestas en contra de sus políticas o funcionarios, sino la participación en cualquier manifestación pública –o, tan siquiera, en aquellas en que se produzca la más mínima molestia, inconveniente, desorden público, afectación a la “paz pública”, etc.–. O también, retomando los ejemplos de la n. anterior, imaginemos que, en lugar de la directiva 6) –con la que se prohíben las manifestaciones públicas contra el aborto–, tuviéramos una directiva restrictiva que trata de mostrarse como neutral prohibiendo cualquier clase de manifestación pública a menos de 500 metros de distancia de cualquiera de

Para mantener enfocada su atención en este tipo de cuestiones al tomar las decisiones que le corresponden, y para guiar a otros actores enseñándoles cuáles serán los factores que deberán tener en cuenta para no ofender la Constitución al formular o aplicar directivas que restringen comunicaciones sin atender a su contenido, la SCOTUS ha diseñado un test o estándar de revisión constitucional de múltiples factores. De acuerdo a este, una acción comunicativa puede ser constitucionalmente restringida, de modo neutral a su contenido, siempre que quien defienda esa restricción demuestre que: (i) la restricción es neutral al nivel abstracto –al ser formulada– y al nivel práctico u operativo –al ser aplicada–¹³⁸; (ii) la restricción persigue “un interés gubernamental significativo”¹³⁹; (iii) la restricción esta precisamente ajustada a la protección de ese

las instalaciones en las que habitualmente se practican abortos. Finalmente, si pensamos por un momento que la directiva 3) –que prohíbe publicar o distribuir libros–, no se refiere a “libros” sino a “panfletos o pasquines”, es fácil que advirtamos como algunos mensajes –de grupos minoritarios que requieren esta clase de medios de comunicación para expresarse pues, generalmente, no tienen acceso a medios masivos– se verán más afectados y quedarán virtualmente excluidos del debate público. En este sentido v.: STONE, U. Chi. L. Rev. 46 (1978), 81 s.; BOGEN, Md. L. Rev. 37 (1978), 680; Heffron v. Soc'y for Krishna Consciousness, 452 U.S. 640 (1981) 648; BRENNAN, voto en parte concurrente y en parte disidente en: Heffron v. Soc'y for Krishna Consciousness, 452 U.S. 640 (1981) 658; voto disidente en: Boos v. Barry, 485 U.S. 312 (1988), 335; Forsyth County v. Nationalist Movement, 505 U. S. 123 (1992), 131; Thomas v. Chicago Park Dist., 534 U.S. 316 (2002), 323 s.; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 77: “la neutralidad de contenido de una restricción no siempre es una garantía confiable de que la censura está ausente. Estados Unidos v. O'Brien (1968) es quizás la ilustración más llamativa del potencial del principio de distinción de contenido para subestimar la regla de la Primera Enmienda contra la censura. En O'Brien, el Tribunal utilizó un escrutinio intermedio para ratificar la aplicación de la ley que prohibía la destrucción intencional de los carnets de reclutamiento a un manifestante en contra de la guerra. Aunque la ley era neutral en cuanto al contenido (prohibía toda destrucción intencional de los carnets de reclutamiento), esta hacía que hasta crédulamente se viera la idea de la prohibición, puesto que el Congreso la promulgó solo después de que los manifestantes contra la guerra empezaron a quemar su carnet de reclutamiento, como algo más que un esfuerzo por silenciar su método para expresar la disidencia”; Sorrell v. IMS Health Inc., 564 U.S. 552 (2011), 10: “Un gobierno empeñado en frustrar una inminente manifestación podría aprobar una ley que exija una notificación de dos años antes de la emisión de los permisos para su celebración. Incluso si la medida hipotética luciera como neutral en cuanto al contenido y al hablante, su propósito de suprimir la expresión y sus cargas injustificadas en la expresión lo convertirían en inconstitucional”; McCullen v. Coakley, 573 U.S. (2014); Reed v. Town of Gilbert, 576 U.S. (2015), 6 s.

¹³⁸ Cfr. Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104 (1972), 115; Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U. S. 748, 425 U. S. (1976), 771; Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n, 447 U.S. 530 (1980), 446; Metromedia, Inc. v. City of San Diego, 453 U.S. 490 (1981), 516; Heffron v. Soc'y for Krishna Consciousness, 452 U.S. 640 (1981) 648; United States v. Grace, 461 U.S. 171 (1983), 177; Regan v. Time, Inc., 468 U. S. 641 (1984), 648; Airport Comm'rs v. Jews for Jesus, 482 U.S. 569 (1987) 573; Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781, (1989), 791; R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992), 386; O'NEILL, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 227 s.; Sorrell v. IMS Health Inc., 564 U.S. 552 (2011), 10; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 150.

¹³⁹ Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976), 25; Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n, 447 U.S. 530 (1980), 535; Schad v. Borough of Mount Ephraim, 452 U.S. 61 (1981), 70; Metromedia, Inc. v. City of San Diego, 453 U.S. 490 (1981), 516; Heffron v. Soc'y for Krishna Consciousness, 452 U.S. 640 (1981) 647 s.; United States v. Grace, 461 U.S. 171 (1983), 177; STONE, Wm. & Mary L. Rev. 25 (1983), 190; Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288 (1984), 295; Regan v. Time, Inc., 468 U. S. 641 (1984), 648; Airport Comm'rs v. Jews for Jesus, 482 U.S. 569 (1987) 573; Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781, (1989), 791; O'NEILL, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 228; WERHAN, *Freedom of speech*,

interés –de modo que no hace invasiones innecesarias al territorio la libertad de expresión—¹⁴⁰; y, (iv) la restricción deja “abiertos muchos canales alternativos para la comunicación”¹⁴¹.

Movámonos ahora hasta el escenario principal. Para hacerlo, vamos a suponer que, esta vez, nos encontramos ante una restricción basada en contenido. En 1972, el J. MARSHALL ayudaría a crear y ambientar este escenario, sellando la suerte de este tipo de restricciones en los EE. UU. Escribiendo para la mayoría de la Corte en *Police Dep't of Chicago v. Mosley*¹⁴², MARSHALL sostendría que, para analizar la constitucionalidad de estas directivas, se debía considerar que: “por encima de todo, la Primera Enmienda significa que el gobierno no tiene poder para restringir la expresión debido a su mensaje,

2004, 76; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 150; *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. ____ (2014); *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. ____ (2017), 6. Así mismo, para una perspectiva comparativa que puede resultar iluminadora v., más adelante, n. 184.

¹⁴⁰ Cfr. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), 116 s.; *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), 25; *Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro*, 431 U.S. 85 (1977), 95; *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981), 70; BRENNAN, voto en parte concurrente y en parte disidente en: *Heffron v. Soc'y for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640 (1981) 658; STONE, Wm. & Mary L. Rev. 25 (1983), 190; *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984), 299; *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983), 177; *Airport Comm'rs v. Jews for Jesus*, 482 U.S. 569 (1987) 573; *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, (1989), 791; O'NEILL, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 228; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 76; *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. ____ (2014): “El requisito de estar bien ajustado no solo protege contra un deseo inadmisibles de censurar. El gobierno puede intentar suprimir la expresión no solo porque no está de acuerdo con el mensaje que se está expresando, sino también por mera conveniencia. Cuando cierto discurso está asociado con problemas particulares, silenciar el discurso es a veces el camino de menor resistencia. Pero al exigir un ajuste preciso entre los fines y los medios, el requisito de adaptación impide que el gobierno «sacrifique el discurso con facilidad» por eficiencia.; *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. ____ (2017), 6. Así mismo, para una perspectiva comparativa que puede resultar iluminadora v., más adelante, n. 184.

¹⁴¹ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), 25; *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U. S. 748 (1976), 771; *Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro*, 431 U.S. 85 (1977), 93, que nos ofrece un ejemplo de la SCOTUS realizando este análisis frente a una directiva que prohibía poner un aviso de “se vende” frente a una propiedad raíz: “Existen serias dudas sobre si la ordenanza «deja abiertos muchos canales alternativos para la comunicación». Aunque, en teoría, los vendedores tienen libertad para emplear una serie de alternativas diferentes, en la práctica, la propiedad raíz no se comercializa a través de folletos, bandas sonoras, demostraciones o similares. Las opciones a las que los vendedores están relegados de manera realista, principalmente la publicidad en los periódicos y la lista de agentes inmobiliarios, implican más costos y menos autonomía que las señales de «Se vende»; es menos probable que lleguen a personas que no buscan deliberadamente información de ventas y pueden ser medios menos efectivos para comunicar el mensaje que se transmite mediante un letrero «Se vende» en frente de la casa para poderla vender. Las alternativas, entonces, están lejos de ser satisfactorias”; *Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n*, 447 U.S. 530 (1980), 535; *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981), 516; *Heffron v. Soc'y for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640 (1981) 647 s.; *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983), 177; STONE, Wm. & Mary L. Rev. 25 (1983), 190; *Regan v. Time, Inc.*, 468 U. S. 641 (1984), 662; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 76; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 150; *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. ____ (2014).

¹⁴² 408 U.S. 92 (1972).

sus ideas, su temática o su contenido”¹⁴³ O, asimismo, que: “a nuestro pueblo se le ha garantizado el derecho de expresar cualquier pensamiento, libre de la censura del gobierno. La esencia de esta censura prohibida es el control de contenido. Cualquier restricción a la actividad expresiva debido a su contenido socavaría completamente el «profundo compromiso nacional con el principio de que el debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto»”¹⁴⁴.

A partir de un vigoroso cuerpo argumentativo, cargado de premisas como las anteriores¹⁴⁵, MARSHALL concluiría –frente al caso que convocaba a la Corte– que, como la restricción objeto de revisión “se deslizaba de la neutralidad de las circunstancias de tiempo, modo y lugar hacia una preocupación basada en el contenido”¹⁴⁶, esta iba a resultar “impermissible”¹⁴⁷ sino podía resistir un muy “cuidadoso escrutinio”¹⁴⁸. Como ya se imaginará el lector, y como ha ocurrido con este tipo de restricciones desde entonces, la directiva no pudo resistir¹⁴⁹.

¹⁴³ *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), 95.

¹⁴⁴ *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), 95 s.

¹⁴⁵ Consideremos, aquí, estos otros fragmentos de *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), 96: “El gobierno no puede conceder el uso de un foro a personas cuyos puntos de vista considera aceptables y luego negar su uso a aquellos que desean expresar puntos de vista menos favorecidos o más controvertidos. Y no puede seleccionar qué temas vale la pena discutir o debatir en instalaciones públicas. Existe una «igualdad de estatus en el campo de las ideas» y el gobierno debe permitir que todos los puntos de vista tengan las mismas oportunidades de ser escuchados. Una vez que algunos grupos abren un foro para reunirse o hablar, el gobierno no puede prohibir que otros se reúnan o hablen sobre la base de lo que pretenden decir. Las exclusiones selectivas de un foro público no pueden estar basadas solo en el contenido, y no pueden justificarse por referencia al contenido” Y, citando el voto concurrente del J. BLACK en *Cox v. Louisiana*, 379 U. S. 536 (1965) 97 s.: “Al permitir específicamente los piquetes para la publicación de opiniones sindicales [pero prohibir otros tipos de piquetes], Louisiana está tratando de elegir las opiniones que está dispuesta a permitir que se discutan en sus calles. Por lo tanto, está tratando de prescribir por ley que asuntos de interés público pueden o no ser discutidos por las personas a las que permite manifestarse en sus calles. Esto me parece que es la censura en una forma muy odiosa, inconstitucional según las Enmiendas Primera y Decimocuarta”.

¹⁴⁶ *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), 99.

¹⁴⁷ *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), 94.

¹⁴⁸ *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), 99.

¹⁴⁹ Cfr. STONE, *U. Chi. L. Rev.* 46 (1978), 82; *Wm. & Mary L. Rev.* 25 (1983), 196; *U. Chi. L. Rev.* 54 (1987), 47 s.; MCDONALD, *Notre Dame L. Rev.* 81 (2006), 1351; BROWN, *S. Cal. L. Rev.* 89 (2016), 955; TUSHNET, *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 25 (2017), 1074. La excepción más notoria, esto es, el caso en que una directiva resistiera el estricto escrutinio de la SCOTUS, es: *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010). En este caso, enmarcado en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional, la SCOTUS aplicó una versión irreconocible, por lo diluida y por lo deferente con los actores gubernamentales, del test del estricto escrutinio –cuya exigente fórmula precisaremos con detalle en la n. 184 y el texto principal ligado a ella–. Sobre este caso v. el interesantísimo artículo de COLE, *Harv. L. & Pol'y Rev.* 6 (2012) 147-178.

La sentencia escrita por el J. MARSHALL no ofrecía una estructura metodológica perfectamente acabada. Se podría incluso decir, con poca exageración, que su argumentación no llegó a despejar muchos más interrogantes de los que abrió. Se necesitaría todavía que nuevas sentencias y nuevos artículos –siguiendo su estela, pero siendo más reflexivos y más rigurosos en aspectos técnico-jurídicos– hicieran el trabajo dogmático que todavía se necesitaba para poner las cosas en orden. Para aclarar y estabilizar de una parte, el tema del alcance y el grado de protección que debía tener la doctrina de las regulaciones por contenido y, de la otra, el modo en que esa doctrina iba a repercutir sobre la organización general de toda la estructura metadoctrinal que estamos visitando.

Sin embargo, quisiera que, antes de ahondar en esos ajustes que llegaron posteriormente –y que nos permitirán saber qué análisis de constitucionalidad deberemos hacer ante este tipo de restricciones–, nos quedemos un momento más con *Police Dep't of Chicago v. Mosley*. Ello, para que tengamos la oportunidad de profundizar en los méritos y en el impacto que tuvo esta sentencia –y para que, en el camino, terminemos de familiarizarnos con los aspectos sustantivos y metodológicos que hoy siguen sosteniendo al estándar de revisión que gobierna este escenario: el estricto escrutinio–.

Empecemos considerando la dimensión sustantiva, material, política. Como ya hemos adelantado, y como veremos en detalle más adelante, el tiempo, la reflexión, y, sobre todo, las exigencias mismas de los casos que fueron llegando, se encargaron de demostrar que esta sentencia flaqueaba en algunas cuestiones técnicas y procedimentales. Pero esto no ocurrió así con su aspecto sustantivo. La sentencia, en este aspecto concreto, se mantiene prácticamente intacta. Ella aportó buena parte de ese músculo, de ese tono, de esa hostilidad que sigue siendo la característica más reconocible del análisis constitucional al que –generalmente– son sometidas este tipo de restricciones en los EE. UU.¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Cfr. *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975), 209; *KARST*, U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 28; *Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n*, 447 U.S. 530 (1980), 535; *FARBER*, Geo. L. J. 68 (1980), 727; *STEPHAN*, Va. L. Rev. 68 (1982), 204; *STONE*, Wm. & Mary L. Rev. 25 (1983), 196; *FCC v. League of Women Voters*, 468 U.S. 364 (1984), 384; *Ark. Writers' Project v. Ragland*, 481 U.S. 221 (1987), 229 s.; *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988), 319; *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U. S. 115 (1989), 126; *WILLIAMS*, U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 624 s.; *O'NEILL*, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 225; *United States v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000), 813; *MCDONALD*, Notre Dame L. Rev. 81 (2006), 1367; *FARBER*, Ind. L.J. 84 (2009), 919; *WEINSTEIN*, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 83; *Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.*, 564 U.S. 786 (2011), 3, 12; *KAGAN*

Con esta sentencia, la SCOTUS quiso ayudar a la implementación de la libertad de expresión enviando un claro mensaje al resto de actores gubernamentales: para que la sociedad pueda vivir a la altura de los compromisos constitucionales derivados de la consagración de esta libertad como derecho constitucional, ellos deberán abstenerse de realizar restricciones o limitaciones a las acciones comunicativas basadas en su contenido. Este tipo de restricciones jamás serán bien recibidas y, salvo “el más extraño de los casos”¹⁵¹, terminarán siendo contundentemente rechazadas. Ningún funcionario debe creer que tiene competencia para: (i) meterse en debates públicos —entre liberales vs. conservadores, trabajadores vs. empleadores, comunidades religiosas vs. otras comunidades religiosas o vs. ateos, comunidades LGTBI vs. homofóbicos, minorías étnicas vs. racistas o nacionalistas, etc.—; (ii) escoger el bando de su preferencia; y (iii) utilizar el poder estatal para intentar silenciar al otro bando¹⁵².

Pasemos ahora al aspecto más técnico, al que se relaciona con la *forma* propiamente jurídica que la SCOTUS le dio a ese mensaje sustantivo. A partir de una articulación de argumentos provenientes tanto del derecho constitucional a la libertad de expresión como del derecho a la igualdad, el J. MARSHALL —y la mayoría de la Corte en *Police Dep't of*

voto concurrente en: *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. (2015), 3; TUSHNET, *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 25 (2017), 1080.

¹⁵¹ *Burson v. Freeman*, 504 U. S. 191 (1992), 211.

¹⁵² En este sentido: KARST, *U. Chi. L. Rev.* 43 (1975), 28; *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455 (1980), 461 s.; *Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n*, 447 U.S. 530 (1980), 537 s.; *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981), 514 s.; STONE, *Wm. & Mary L. Rev.* 25 (1983), 197 ss., 227; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 225; *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988), 50 s., 55 s.; *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), 417 s.; *Leathers v. Medlock*, 499 U. S. 439 (1991), 448; *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), 391 s., 396; O'CONNOR, voto concurrente en: *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43 (1994) 59; *United States v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000), 812: “Las leyes diseñadas o destinadas a suprimir o restringir la expresión de oradores específicos contradicen los principios básicos de la Primera Enmienda”; SOUTER, voto concurrente en: *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000), 735; CHEMERINSKY, *S. Cal. L. Rev.* 74 (2000), 49 s., 55 s.; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 78: “El vicio distintivo de las restricciones basadas en el contenido no es que restrinjan la expresión, sino que distorsionan la deliberación pública al manipular los límites sustantivos del debate. Robándole al discurso público temas particulares —o peor, puntos de vista— provocan una «mutilación del proceso de pensamiento de la comunidad» (...). Esta distorsión es la esencia de la censura oficial (...) y es fundamentalmente inconsistente con la libertad de expresión. Aunque las regulaciones neutrales al contenido limitan la cantidad de expresiones, no imponen, al menos en los casos habituales, las preferencias oficiales frente a algún tema o punto de vista. Las regulaciones neutrales al contenido limitan todos los temas y puntos de vista de manera indiscriminada. Además, todos los temas y puntos de vista siguen siendo igualmente elegibles para la consideración pública en los contextos del discurso que no han sido tocados por la regulación”; GEORGE WRIGHT, *U. Miami L. Rev.* 60 (2005-2006), 335; MCDONALD, *Notre Dame L. Rev.* 81 (2006), 1357; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 934; *Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.*, 564 U.S. 786 (2011), 14; FALLON, *Dynamic Constitution*, 2013, 2.^a, 47 s.; KAGAN voto concurrente en: *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. ___ (2015), 3 s.

Chicago v. Mosley— justificaron la creación de una *presunción* virtualmente invencible contra las restricciones por contenido. Volviendo a abrir ese amplio catálogo de formas jurídicas que consideramos en el anterior capítulo, digamos que no crearon una regla categórica en contra de ellas —aunque algo del lenguaje que utilizaron daba para pensar en ello¹⁵³—, pero si algo muy parecido a ello¹⁵⁴.

¹⁵³ De hecho, en su breve voto concurrente a esta decisión, el J. BURGER, va a decir lo siguiente: “Me sumo a la opinión de la Corte, pero con la reserva de que parte del lenguaje utilizado en la discusión de la Primera Enmienda podría, si se lee fuera de contexto, ser engañoso. Numerosas intervenciones de esta Corte atestiguan el hecho de que la Primera Enmienda no significa literalmente que «tenemos garantizado el derecho a expresar cualquier pensamiento, libre de la censura del gobierno». Esta declaración está sujeta a algunas matizaciones, como por ejemplo las de Roth c. Estados Unidos, 354 U. S. 476 (1957); Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U. S. 568 (1942). Véase también New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964)”. De esas matizaciones que menciona el J. BURGER nos ocuparemos, más adelante, en las n. 166-182 y el texto principal ligado a ellas. En cualquier caso, volviendo al punto que hace el texto principal, referido al *grado de protección* más que al *alcance* de la doctrina, lo cierto es que la Corte clarificaría las cosas, con un lenguaje menos ambiguo, en Carey v. Brown, 447 U.S. 455 (1980), 465. Cfr.: STEPHAN, Va. L. Rev. 68 (1982), 224; FARBER/NOWAK, Va. L. Rev. 70 (1984), 1220; WILLIAMS, U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 625.

¹⁵⁴ Aunque ahora estemos hablando específicamente de la presunción “virtualmente invencible” que se levanta en contra de las restricciones de contenido, lo cierto es que esta forma jurídica, la *presunción*, marca la pauta general con que se trata la juridicidad —la constitucionalidad— de las directivas que restringen el derecho constitucional a la libertad de expresión. Así, si tuviéramos que contestar, en pocas palabras, qué estrategia ha empleado la SCOTUS para ayudar a proteger la libertad de expresión en los EE. UU., diríamos que ha levantado una presunción de inconstitucionalidad contra las directivas que restringen esta libertad. Por lo anterior, quisiera que, apoyándonos en las bases técnicas que construimos en el capítulo anterior, hiciéramos honor a esta importancia y habláramos un poco de esta *forma* jurídica. Que veamos en qué consisten las presunciones que tan ordinariamente se emplean en las diferentes áreas del Derecho. Empecemos con algunos ejemplos que recoge ULLMAN-MARGALIT, J. Philos. 80 (1983), 144 s., quien nos dice que hay ordenamientos jurídicos en que se presume: “que un niño nacido durante un matrimonio legal es legítimo; que una persona de la que, sin una explicación razonable, no se haya recibido noticias durante al menos siete años, está muerta; que un matrimonio regularmente solemnizado es válido; que un niño menor de catorce años no tiene intención criminal; que si A compra propiedad de B y la dirige a C, C tenía la intención de ser un fideicomisario de A; que cuando en un desastre común ocurre la muerte de dos o más herederos, la persona más joven (o más sana) fue la que sobrevivió por más tiempo. También: que una persona acusada de delito es inocente; que toda persona está en su sano juicio; que una persona pretende las consecuencias naturales de sus acciones”. Ahora que podemos usar estos ejemplos como puntos de referencia, continuemos de la mano de ULLMAN-MARGALIT, J. Philos. 80 (1983), 147 s. y veamos qué tipo de directiva jurídica es entonces una presunción: “¿Qué clase de regla es una regla de presunción? ¿Qué es lo que realmente instruye a sus sujetos a hacer? En primer lugar, tengamos en cuenta que la fórmula de presunción es de naturaleza proposicional («P desencadena la presunción de que Q»); aparentemente estas tratan sobre hechos. Sin embargo, yo considero que de lo que se ocupan no es tanto de la confirmación de los hechos como del hecho de poder *proceder* respecto a ellos tal y como lo indica la interpretación que hace la regla. Las reglas de presunción pertenecen al ámbito de la praxis, no al de la teoría. Su objetivo es permitirnos avanzar sin problemas con cualquier tipo de asuntos, de modo que podamos superar impases, facilitando y acelerando la acción. Pero no hay una acción específica que una regla de presunción imponga a sus súbditos. Esta encarga a sus sujetos que mantengan una cierta proposición como verdadera para tener un punto de apoyo (como si fuera) para la acción. Dicho de otra manera, la instrucción es esta: dada *p*, haz de *q* una premisa pertinente para el resto de tu razonamiento práctico”. Aunque la idea de que los actores de la escena social encuentran un “punto de apoyo” en la presunción de inconstitucionalidad de aquellas directivas que restringen acciones comunicativas me parece bastante sugerente —muestra bien como la SCOTUS pretende guiar los esfuerzos de los demás actores—, años después, la misma autora, en SUNSTEIN/ULLMANN-MARGALIT, Working Paper 57 (1998), 7 s., nos daría una idea incluso más clara de la función que cumplen las presunciones en el Derecho: “Una presunción es típicamente refutable solo

Para crear esta robusta presunción, el J. MARSHALL y la SCOTUS no tuvieron que empezar a trabajar desde cero –de hecho, bien podríamos poner eso de *crear* entre comillas–. Del lado del derecho constitucional a la igualdad –de la *equal protection clause*–, hacia el que inclinaron jurídicamente el caso¹⁵⁵, es difícil encontrar actividad creativa, pues tan solo estaban utilizando el estándar de revisión constitucional acostumbrado –el test “estricto escrutinio” era rutinario en esta área y había regido en casos similares de discriminación por raza, religión, tendencia sexual, etc.¹⁵⁶–. Del lado del derecho constitucional a la libertad de expresión –de la jurisprudencia de la Primera Enmienda–, la gran sospecha y la correspondiente *gran carga persuasiva*¹⁵⁷ que, a través de un dispositivo como el test de estricto escrutinio, pondrían sobre toda autoridad que

sobre la base de una demostración de cierto tipo y peso. La gente podría decir, por ejemplo, que presumiblemente no revelarán los secretos que se les confían; o podrían decir que violarán el límite de velocidad solo en circunstancias imperiosas e inusuales (como salvar una vida); o que el gobierno puede discriminar por motivos de raza solo si existe una razón especialmente fuerte para hacerlo. Para obtener una mayor precisión, las reglas pueden ser «suavizadas» en la dirección de las presunciones. El resultado, se espera, es cometer menos errores y, al mismo tiempo, limitar las cargas de la decisión. Aquí es importante distinguir entre una presunción y una regla con excepciones, aunque la distinción sea sutil. Una regla con excepciones tiende a tener la siguiente estructura: «Haga X, excepto en las circunstancias A, en cuyo caso no haga X (o, en cuyo caso puede estar exento de hacer X)». Así, por ejemplo, «observe el límite de velocidad, excepto cuando conduce un vehículo de la policía o una ambulancia en una emergencia, en cuyo caso puede excederlo». Por el contrario, una presunción típica dice algo como: «Actúe en el supuesto de que P - a menos que y hasta las circunstancias A (se muestran para) obtienen, en cuyo caso, se detienen (o reconsideran o hacen otra cosa)». Las dos equivalen a lo mismo cuando el agente sabe si las circunstancias A se obtienen o no. Las dos son bastante diferentes cuando el agente carece de esa información. Con una presunción, puede proceder sin la información; con una regla con excepciones, no puede continuar, es decir, no está justificado hacer X ni hacer X. Por lo tanto, *las presunciones funcionan como reglas por defecto; liberan al agente, que tiene un curso de acción establecido sin saber si hay circunstancias de refutación*. En la ley, la distinción entre reglas con excepciones y presunciones a veces se concibe como una distinción entre la especificación *ex ante* y la especificación *ex post* de las circunstancias de refutación. Por lo tanto, una ley que límite de velocidad puede tener excepciones específicas (los oficiales de policía y los conductores de ambulancia pueden violarlo); la prohibición de matar no se aplica en casos de autodefensa. Con una presunción, las circunstancias de refutación no se identifican por adelantado; se entiende que la vida puede presentar problemas que no podrían haberse anticipado (...) Muchas suposiciones importantes resultan de la sugerencia de que, en caso de incertidumbre o falta de información, un individuo o un gobierno deben «errar» de un lado en lugar de otro. Consideremos, por ejemplo, la presunción de inocencia y la noción de «prevención» como la estrategia de elección en el derecho ambiental. La sabiduría popular se refleja en la noción de «mejor prevenir que lamentar», una idea que a menudo tiene una dimensión ética y que tiene análogos en muchas áreas del derecho y la política. También hay presunciones a favor de la libertad y la igualdad. (...) Por lo tanto, la influyente afirmación de Ronald Dworkin de que los derechos son «triumfos» puede entenderse como una descripción de los derechos como presunciones muy fuertes, que pueden ser refutadas únicamente por una demostración de un tipo particular”.

¹⁵⁵ Cfr.: Carey v. Brown, 447 U.S. 455 (1980), 459; STEPHAN, Va. L. Rev. 68 (1982), 224; STONE, Wm. & Mary L. Rev. 25 (1983), 206; WILLIAMS, U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 624 s.; CHEMERINSKY, S. Cal. L. Rev. 74 (2000), 51 s.; McDONALD, Notre Dame L. Rev. 81 (2006), 1357.

¹⁵⁶ Cfr. KARST, U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 26; FALLON, UCLA L. Rev. 54 (2006-2007), 1275-1278.

¹⁵⁷ Siguiendo a FAIGMAN, Va. L. Rev. 78 (1992), 1523, hablo de “carga persuasiva”, y no de “carga probatoria” o “carga de la prueba”, pues este término, más ancho y espacioso, nos permite referenciar el conjunto global de cargas demostrativas – no solo probatorias, sino también argumentativas–.

restringiera una acción comunicativa debido a su mensaje, encontraba también múltiples precedentes en lo que KALVEN llamaba una “valiosa tradición”¹⁵⁸. Por ello, este test, aun cuando era un extranjero que provenía de otra área jurídica¹⁵⁹, no tuvo problemas en adaptarse y encontrar acomodo dentro de un importante linaje –los votos concurrentes de HOLMES y BRANDEIS en casos como *Abrams v. US*¹⁶⁰, los votos disidentes de BLACK y DOUGLAS en casos como *Dennis v. US*¹⁶¹ o decisiones mayoritarias más recientes como *Brandenburg v. Ohio* (1969)¹⁶² o *N.Y. Times Co. v. US* (1971)¹⁶³, entre otros¹⁶⁴– en el que ya podía verse el ascenso de la idea según la cual las restricciones por contenido debían resultar, cuanto menos, presuntamente inconstitucionales.

Y así llegamos directamente al punto que, articulando los aspectos sustantivos y técnicos que hemos destacado de *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, quiero que veamos. Al enfocar los problemas inherentes a las restricciones por contenido, y al incorporar el test de estricto escrutinio en el arsenal metodológico propio del derecho constitucional a la libertad de expresión para abordarlos, la SCOTUS encontró el plan de tratamiento por el que iba seguir optando para lidiar con las *patologías* o *dinámicas de la limitación* que, a su juicio, más podrían obstaculizar la implementación de esta libertad. La razón tras la apuesta que, desde entonces, ha hecho este tribunal es clara: la probabilidad de que factores como la intolerancia, la miopía, o el sesgo terminen condicionando (negativamente) el entorno en que se toman decisiones frente a los límites de la libertad

¹⁵⁸ KALVEN, *A worthy tradition*, 1988.

¹⁵⁹ El J. KENNEDY establece esta misma línea genealógica, siendo bastante crítico con la “importación” de este test al análisis propio de la Primera Enmienda, en su voto concurrente en: *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105 (1991).

¹⁶⁰ 250 U.S. 616 (1919).

¹⁶¹ 341 U.S. 494 (1951). V., a propósitos de estas, el análisis de: KARST, U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 28.

¹⁶² 395 U.S. 444 (1969). V., más abajo, n. 174.

¹⁶³ 403 U.S. 713 (1971).

¹⁶⁴ Consideremos, p. ej., *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937): “El poder de un estado para restringir la libertad de expresión y de reunión es *la excepción, en vez de la regla*, y la penalización incluso de las expresiones de un carácter definido deben encontrar su justificación en una aprehensión razonable de peligro para el gobierno organizado. El juicio de la Legislatura no es ilimitado. La limitación a la libertad individual debe tener una relación apropiada con la seguridad del Estado. La legislación que va más allá de esta necesidad viola el principio de la Constitución” (cursivas propias). En cualquier caso, para más información sobre precedentes similares y su relación con una presunción de inconstitucionalidad contra toda directiva que restrinja o limite la libertad de expresión, v. STEPHAN, Va. L. Rev. 68 (1982), 215-223; BOLLINGER/STONE, en *Bollinger/Stone* (eds.), *Eternally*, 2002, 8 s.; FALLON, UCLA L. Rev. 54 (2006-2007), 1278 s.

de expresión es mucho mayor cuando se hacen restricciones basadas en el contenido de las acciones comunicativas que cuando se hacen restricciones neutrales al contenido. Poniendo la mayor parte de su atención y energía en limitar al máximo las primeras –al levantar una presunción de inconstitucionalidad extraordinariamente exigente en su contra–, la SCOTUS hace su mayor contribución a esa estrategia colectiva que implica a los diferentes actores sociales en esa meta común de alcanzar la implementación del derecho constitucional a la libertad de expresión¹⁶⁵.

¹⁶⁵ En la línea de este mensaje v.: *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969), *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), 115: “El derecho a usar un lugar público para actividades expresivas puede estar restringido solo por razones de peso. Claramente, el gobierno no tiene poder para restringir tal actividad debido a su mensaje”; *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975), 215; *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978); *Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n*, 447 U.S. 530 (1980), 538; *Brown v. Hartlage*, 456 U.S. 45 (1982), 52 s.; *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981), 514 s.; *Regan v. Time, Inc.*, 468 U.S. 641 (1984), 648 s.: “Las regulaciones que permiten al gobierno discriminar sobre la base del contenido del mensaje no pueden ser toleradas bajo la Primera Enmienda”; *Ark. Writers' Project v. Ragland*, 481 U.S. 221 (1987), 229 ss.; *Airport Comm'rs v. Jews for Jesus*, 482 U.S. 569 (1987) 573; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 225 s.; *Leathers v. Medlock*, 499 U.S. 439 (1991), 446 s.; *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105 (1991), 115 s., especialmente p. 16: “La capacidad del gobierno para imponer cargas a la expresión basadas en su contenido aumenta la amenaza de que el gobierno pueda conducir efectivamente ciertas ideas o puntos de vista fuera del mercado. La Primera Enmienda coloca presumiblemente este tipo de discriminación más allá del poder del gobierno”; *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), 382 s.; O'CONNOR, voto concurrente en: *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43 (1994), 60: “es bastante cierto que a veces las regulaciones se por ser basadas en contenido, aunque el sentido común pudiera sugerir que son completamente razonables. Las distinciones basadas en contenido presentes en esta ordenanza pueden, para algunos, ser un buen ejemplo de esto. *Pero, aunque nuestra regla tiene fallas, también tiene un mérito sustancial. Es una regla, en un área donde las reglas bastante precisas son mejores que los tests de ponderación casuística más discrecionales y subjetivos.* A nivel teórico, esta refleja información importante sobre el significado del principio de la libertad de expresión, por ejemplo, que es especialmente probable que las restricciones de la expresión basadas en el contenido sean intentos impropios de valorar algunas opiniones mejor que otras, o que estas restricciones son particularmente susceptibles de ser utilizadas por el gobierno para distorsionar el debate público. A un nivel práctico, su aplicación generalmente ha llevado a resultados que regularmente nos han parecido sensatos” (cursivas propias); *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994), 641: “En el corazón de la Primera Enmienda se encuentra el principio de que cada persona debe decidir por sí misma las ideas y creencias que merecen ser expresadas, consideradas y respetadas. Nuestro sistema político y nuestra vida cultural descansan en este ideal. La acción del gobierno que ahoga el discurso a causa de su mensaje, o que requiere la emisión de un mensaje particular alentado por el gobierno, contraviene [los derechos esenciales de la Primera Enmienda]. Las directivas de este tipo plantean el riesgo inherente de que el gobierno no busque promover un objetivo reglamentario legítimo, sino que quiera suprimir ideas o información impopulares o manipular el debate público mediante la coacción en lugar de la persuasión. Estas restricciones «levantan el fantasma de que el gobierno puede impulsar efectivamente ciertas ideas o puntos de vista en el mercado»”; *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995), 828: “Es axiomático que el gobierno no pueda regular la expresión en función de su contenido sustantivo o el mensaje que transmite. Otros principios se desprenden de este precepto. En el ámbito del discurso privado o la expresión, la regulación gubernamental no puede favorecer a un hablante sobre otro. La discriminación contra la expresión debido a su mensaje se presume inconstitucional”; *United States v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000), 818: “Es raro que una regulación que restringe la expresión debido a su contenido sea permisible. De hecho, si le diéramos al gobierno el beneficio de la duda cuando intentara restringir expresiones, nos arriesgaríamos a dejar intactas regulaciones vigentes que buscaran dar forma a nuestras personalidades o que silenciaran las ideas disidentes.”; *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552 (2011), 9 s.; *Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.*, 564 U.S. 786 (2011), 11; *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), 4; *Reed v.*

Pero así llegamos, también, al momento en que empiezan a acabarse los elogios y debemos pasar a hablar de las principales matizaciones o enmiendas que se han hecho a la doctrina articulada por MARSHALL y la mayoría en *Police Dep't of Chicago v. Mosley*. Digamos, para empezar, que el problema administrativo más notorio de esta doctrina era que esta colocaba, dentro de su muy amplio alcance, algunos tipos de contenidos que la SCOTUS no estaba tan convencida de que debía proteger de una forma virtualmente absoluta.

Aclaremos este punto. La SCOTUS nunca tendría problemas con que las directivas que discriminaban determinados puntos de vista se toparan en su camino con tan extraordinaria protección¹⁶⁶. Tampoco tendría problemas con que este alto nivel de protección blindara las opiniones menos populares dentro de esos debates en los que se forma la opinión pública –sobre asuntos como las mejores o peores: políticas públicas, funcionarios, instituciones públicas, sociedades o sobre qué significa ser una mujer, qué

Town of Gilbert, 576 U.S. ____ (2015), 6: “Las leyes basadas en el contenido, aquellas que apuntan a la expresión en función de su contenido comunicativo, son presuntamente inconstitucionales”.

¹⁶⁶ Cfr. *Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n*, 447 U.S. 530 (1980), 546: “Una regulación de la expresión que está motivada por nada más que el deseo de reducir la expresión de un punto de vista particular sobre temas controvertidos de interés general es el ejemplo más puro de una «Ley ... que restringe la libertad de expresión, o de la prensa». Un reglamento que niega a un grupo de personas el derecho de dirigirse a una audiencia seleccionada sobre «temas controvertidos de política pública» es claramente un reglamento de este tipo”; *FCC v. League of Women Voters*, 468 U.S. 364 (1984), 383; *Leathers v. Medlock*, 499 U.S. 439 (1991), 447; *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), 391 s.; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 13; *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995), 829: “Cuando el gobierno apunta no a la temática, sino a las opiniones particulares tomadas por los oradores sobre un tema, la violación de la Primera Enmienda es aún más flagrante. La discriminación de puntos de vista es, por lo tanto, una forma atroz de discriminación de contenido. El gobierno debe abstenerse de regular la expresión cuando la ideología motivadora específica o la opinión o perspectiva del hablante sea la razón de la restricción”; CHEMERINSKY, *S. Cal. L. Rev.* 74 (2000), 56; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 73: “Una restricción basada en el contenido gira en el tema del discurso o en el punto de vista del hablante. Por ejemplo, una ley que prohíba el discurso sobre el tema del terrorismo (pero que permite hablar sobre otros temas) sería una «restricción temática», mientras que una ley que prohíbe la expresión crítica de los esfuerzos del gobierno para combatir el terrorismo (pero permite un discurso que favorecer los esfuerzos del gobierno) sería una «restricción de punto de vista». Aunque ambos tipos de restricciones basadas en el contenido son constitucionalmente sospechosos y con frecuencia se invalidan, no están igualmente desfavorecidos en la jurisprudencia de la Primera Enmienda. Muchos académicos de la Primera Enmienda consideran que la discriminación de puntos de vista es la violación paradigmática de la Primera Enmienda, y la jurisprudencia contemporánea de la libertad de expresión hace que sea prácticamente imposible justificar cualquier restricción que se base en la desaprobación del gobierno del punto de vista del orador. Esto se debe a que las restricciones de puntos de vista, por definición, constituyen censura gubernamental”; McDONALD, *Notre Dame L. Rev.* 81 (2006), 1356; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 934; WEINSTEIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 82; SOUTER, voto concurrente en: *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000), 735 s.; *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552 (2011), 9; *Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.*, 564 U.S. 786 (2011), 14; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 147; ALCÁCER GUIRAO, *REDC* 103 (2015), 58, 62; *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. ____ (2015), 11 s.; *Matal v. Tam*, 582 U.S. ____ (2017), 13.

significa ser un homosexual, etc.—¹⁶⁷. De hecho, como dijimos anteriormente, y tal y como señala WEINSTEIN, “el leitmotiv de la doctrina contemporánea de la libertad de expresión estadounidense es su intensa hostilidad hacia la regulación basada en contenido del discurso público”¹⁶⁸. Pero, con todo y ello, la Corte entendió que había tipos de comunicaciones y de contenidos que, estando a una distancia considerable del conjunto

¹⁶⁷ Recordemos que *Police Dep't of Chicago v. Mosley* es una sentencia sobre manifestaciones populares. Sobre ciudadanos que necesitan que la opinión pública los escuche y usan las calles u otros foros públicos para comunicarse con ella y para hacerle saber cuáles son sus problemas y qué es lo que demandan —v., especialmente, n. 145—. Como vimos atrás —n.142-151—, *Police Dep't of Chicago v. Mosley* toma, en los puntos más altos de la argumentación, elementos tanto del *J. BLACK* en *Cox v. Louisiana*, 379 U. S. 536 (1965) 97 s. y de *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), 279 s. para, tejiéndose a ellas, decirnos una sola cosa: la SCOTUS vigilará que el discurso público, el mercado público de las ideas, permanezca abierto a todas las voces. Vigilará —precisamente a través de mecanismos como la fuerte presunción de la restricción basada en contenido— que las actuaciones de todos los actores sociales reflejen ese «profundo compromiso nacional con el principio de que el debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto». Y quiero resaltar esta dimensión pública porque, incluso desde el punto de vista técnico, operativo, práctico, es preciso que sepamos que, cuanto más nos alejemos de lo público —del foro público, del espacio público, de la esfera pública, de la calle, del parque, de los medios de comunicación—, y cuanto más ingresemos al terreno de acciones comunicativas hechas en contextos privados tratando asuntos privados —como, p. ej., conversaciones entre médico-paciente, abogado-cliente, vendedor-comprador, fabricante-usuario, etc.—, menos apropiado será el uso de *Police Dep't of Chicago v. Mosley* y su progenie como precedentes apropiados para la realización del análisis de constitucionalidad del caso. En este sentido cfr.: *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), 14; *Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n*, 447 U.S. 530 (1980), 533 s. y, especialmente, 537 s.: “En *Mosley*, sostuvimos que un municipio no podía eximir a los piquetes de trabajadores de una prohibición general de piquetes en una escuela a pesar de que la prohibición hubiera llegado a manifestaciones pro y antisindicales. Si el mercado de ideas debe seguir siendo libre y abierto, no se debe permitir a los gobiernos elegir «qué temas vale la pena discutir o debatir...». Permitir a un gobierno la elección de los temas permisibles para el debate público sería permitir que el gobierno controle la búsqueda de la verdad política”; *STEPHAN*, *Va. L. Rev.* 68 (1982), 207; *Brown v. Hartlage*, 456 U.S. 45 (1982), 52 s.; *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U. S. 886 (1982), 913: “Esta Corte ha reconocido que la expresión sobre asuntos públicos «siempre ha estado en el escalón más alto de la jerarquía de valores de la Primera Enmienda»”; *BRENNAN*, voto de disenso en: *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138 (1983), 159-162.; *FCC v. League of Women Voters of Cal.*, 468 U. S. 364 (1984), 381 ss., 384; *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749 (1985) 758: “Desde hace tiempo reconocemos que no todas las expresiones tienen la misma importancia para la Primera Enmienda. Es la expresión sobre «asuntos de interés público» la que realmente está «en el corazón de la protección de la Primera Enmienda»”; *FALLON*, *Yale L.J.* 100 (1991), 865 s.; *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334 (1995), 346; *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988); *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988), 318: “La cláusula en este caso opera en el núcleo de la Primera Enmienda al prohibir a los peticionarios participar en discursos políticos clásicos. Hemos reconocido que la Primera Enmienda refleja un «compromiso nacional profundo» con el principio de que «el debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, robusto y abierto», y hemos comentado constantemente sobre la importancia central de proteger el discurso sobre temas públicos. Esto nos ha llevado a hacer un escrutinio muy cuidadoso de cualquier restricción en los piquetes sobre asuntos públicos” y (p. 321): “Nuestros casos indican que, como una restricción basada en el contenido que afecta discurso político en un foro público, las secs. 22-1115 deben someterse al escrutinio más riguroso”; *Austin v. Mich. Chamber of Comm.*, 494 U.S. 652 (1990), 657; *SUNSTEIN*, *Free Speech*, 1995, 9; *MCDONALD*, *Notre Dame L. Rev.* 81 (2006), 1364; *CHEMERINSKY*, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 927; *WEINSTEIN*, en *Hare/Weinstein* (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 82 s.; *Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.*, 564 U.S. 786 (2011), 2; *FALLON*, *Dynamic Constitution*, 2013, 2.^a, 51 ss.; *ALCÁCER GUIRAO*, *REDC* 103 (2015), 60 ss.; *KENNEDY*, voto disidente en: *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 575 U.S. ____ (2015), 1.

¹⁶⁸ *WEINSTEIN*, en *Hare/Weinstein* (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 81.

de valores o propósitos que subyacen al derecho constitucional a la libertad de expresión, no eran tan *especiales* y debían ser abordados con otra clase de tratamiento –pues no estaría justificado que desencadenaran un test que les otorgara tal nivel de inmunidad frente a las restricciones de las autoridades¹⁶⁹–.

Teniendo en cuenta lo anterior, la SCOTUS –retomando y reajustando una línea jurisprudencial que encontraba su principal precedente en una decisión de 1942: *Chaplinsky v. New Hampshire*¹⁷⁰– decidió introducir una importante excepción al tratamiento estipulado bajo la doctrina de la regulación por contenido creando una categoría denominada “*expresiones de bajo-valor*”¹⁷¹. Valiéndose de un método que

¹⁶⁹ Pensemos que, habiendo pasado tan solo cuatro años desde la reconocidísima *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, el J. STEVENS, señalaría –hablando por la mayoría en *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50, (1976), 76–, de forma directa y provocadora que “pocos de nosotros haríamos marchar a nuestros hijos e hijas a la guerra para preservar el derecho de los ciudadanos a ver «Actividades Sexuales Específicas» exhibida en los teatros de nuestra elección”. Dos años después, STEVENS –en *FCC v. Pacifica Found.*, 438 U.S. 726, (1978), 751–, volvería a señalar, frente a las “referencias patentemente ofensivas a los órganos y actividades excretorias y sexuales” hechas por el comediante George Carlin en uno de sus monólogos, que “si bien algunas de estas referencias pueden estar protegidas, estas seguramente se encuentran en la periferia de las preocupaciones de la Primera Enmienda”. Ya de manera absolutamente clara en, *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749 (1985), 779, nos diría la Corte que: “En muchas ocasiones, esta Corte ha reconocido que ciertos tipos de discursos son menos centrales para los intereses de la Primera Enmienda que otros”.

¹⁷⁰ En *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942) 571 s. la Corte afirmó que “existen ciertas clases de expresiones, bien-definidas y estrictamente limitadas, cuya prevención y castigo nunca se ha pensado que genere problema constitucional alguno”. Seguidamente, indicó a qué tipos de expresiones se está refiriendo: “las palabras lascivas y las obscenas, las profanas, las difamatorias y las palabras insultantes o que incitan a la «pelea»”. Finalmente, señaló los atributos que caracterizan estas expresiones: “no son parte esencial de ninguna exposición de ideas, y tienen un valor social tan leve como pasos hacia la verdad que cualquier beneficio que se pueda derivar de ellas se ve claramente superado por el interés social en el orden y la moralidad”.

¹⁷¹ Cfr.: STONE, U. Chi. L. Rev. 46 (1978), 82; Wm. & Mary L. Rev. 25 (1983), 194; U. Chi. L. Rev. 54 (1987), 47: “La Corte hace un estricto escrutinio de todas las restricciones basadas en el contenido, excepto aquellas dirigidas a categorías cuidadosamente definidas de expresiones de bajo-valor”; FARBER/NOWAK, Va. L. Rev. 70 (1984), 1219; *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749 (1985), 779; *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988) 56 s.; SCHAUER, U. Cin. L. Rev. 56 (1988) 1198; KENNEDY, voto concurrente en: *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105 (1991), 127; *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), 382 s.; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 8 s.; CHEMERINSKY, S. Cal. L. Rev. 74 (2000), 61 s.; *Ashcroft et. al. v. Free Speech Coalition et. al.*, 535 U.S. 234 (2002), 246: “Como principio general, la Primera Enmienda prohíbe al gobierno dictar lo que vemos, leemos o hablamos o escuchamos. La libertad de expresión tiene sus límites; no abarca ciertas categorías de lenguaje”; BOLLINGER/STONE, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 8 s.; STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 18, 139-280; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 81 s.; FARBER, Ind. L.J. 84 (2009), 917-938; WEINSTEIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 82; *Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.*, 564 U.S. 786 (2011), 3; *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), 5; FALLON, *Dynamic Constitution*, 2013, 2.^a, 59 s.; TUSHNET, Wm. & Mary Bill Rts. J. 25 (2017), 1077 s.

SCHAUER denominó “definir por exclusión”¹⁷², la SCOTUS ha ido, a través de los años, seleccionando los diversos tipos de contenido que caen dentro de esta categoría y, por lo tanto, deberán recibir un tratamiento diferencial –con un grado de protección

¹⁷² Creo que la forma más fácil de explicar en qué consiste este método es poniéndolo frente a la alternativa opuesta: el método de “definir por inclusión”. Vamos a observar ambos métodos con detenimiento, pues este punto es fundamental para constatar la relevancia de las reflexiones del segundo capítulo a nivel práctico-jurídico. Al “definir por inclusión”, la SCOTUS tendría que asumir, como punto de partida, un conjunto –que representa todos los contenidos de las acciones comunicativas que están cubiertos por la doctrina de restricción basada en contenido– vacío. Empezaría a trabajar *incluyendo* en ese conjunto aquellos tipos de contenidos que cuentan con un valor *especial* –según ha llegado a concluir tras navegar por las aguas profundas de la teoría de la libertad de expresión, como lo hicimos nosotros en el segundo capítulo junto a MILTON, KANT, MILL, HOLMES, NICKEL, KARST, RAZ, BALKIN, SCANLON, STRAUSS, NAGEL, MEIKLEJOHN, POST, WEINSTEIN, SHIFFRIN, BLASI y compañía–. Una vez que finalizamos este proceso de inclusión, cerramos el conjunto y, habiendo dejado fuera de este los contenidos que no han llamado nuestra atención, esperamos que el trazado de estas nuevas fronteras nos haya permitido reducir el alcance de esta doctrina hasta sus justas dimensiones. Ahora veamos en qué consiste la alternativa que más gusta a SCHAUER, Vand. L. Rev. 34 (1981), 280 y, como dijimos en el texto principal, la que emplea la SCOTUS: la de *definir por exclusión*. Por esta vía, que es la opuesta, la SCOTUS no construye su definición poniendo bloques, sino quitándolos. Empieza asumiendo un conjunto –que representa todos los contenidos de las acciones comunicativas que están cubiertas por el derecho constitucional a la libertad de expresión– deliberadamente amplio, generoso, sobreincluyente, que le permita partir de la base de que todas las acciones comunicativas que plausiblemente despertarían el interés de las distintas teorías de la libertad de expresión están incluidas dentro de sus elementos. El trabajo que tiene esta vez, como decíamos, es el de ir *excluyendo* de ese conjunto aquellos tipos de acción comunicativa que *no* cuentan con un valor *especial* –según puede concluirse tras haber navegado por las aguas profundas de la teoría de la libertad de expresión, tal y como nosotros lo hicimos junto a los citados autores–. Como indica SCHAUER, Vand. L. Rev. 34 (1981), 280, al tomar esta alternativa, la SCOTUS ha partido entonces de una definición sobreincluyente que es “lo bastante simple como para ser aprendida y aplicada fácilmente” –parte, p. ej. de algo como “toda acción comunicativa”, “todos los contenidos”– y va *excluyendo* ciertos tipos de contenidos –p. ej. “pornografía infantil”, “publicidad engañosa”–, de esa definición, una vez que ha comprobado su falta de adecuación teórica. Sin embargo, aunque la base de este proceso de “definir por exclusión” ciertamente ha sido la teoría profunda de la libertad de expresión, tal y como la vimos en el segundo capítulo, esta no ha sido el único factor relevante para incluir contenidos en la categoría de expresiones de bajo-valor. SUNSTEIN, Duke L.J. (1986), 603 s., p. ej. nos indica que, en realidad, son cuatro los factores considerados por la SCOTUS antes de apresurarse a afirmar que un tipo de contenidos puede ser de bajo-valor: (1) la expresión debe estar “lejos de las preocupaciones centrales de la primera enmienda” –que SUNSTEIN, Duke L.J. (1986), 603 define, desde una concepción democrática de la libertad de expresión como el “control popular efectivo de asuntos públicos”–; (2) la expresión debe tener importantes “aspectos no cognitivos”; (3) “el orador debe estar tratando de comunicar un mensaje”; y (4) la expresión debe encontrarse en un área en la que “el gobierno probablemente no actuaría por razones constitucionalmente inadmisibles”. STONE, U. Chi. L. Rev. 74 (2007), 1863 s., por su parte, señala que estos han sido los factores a los que ha obedecido la SCOTUS para identificar nuevas categorías de bajo-valor: (1) la expresión de bajo-valor no debe “promover principalmente el discurso político”, (2) no debe estar definida en términos de “ideas desfavorecidas o puntos de vista políticos”; (3) por lo general debe tener un aspecto “no cognitivo fuerte” y (4) debe “haber sido regulada durante mucho tiempo sin afectar indebidamente el sistema general de libre expresión”. En cualquier caso, más recientemente, la SCOTUS, en *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010), 468-73, *Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.*, 564 U.S. 786 (2011), 3 s. y *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), 5, limitó esos múltiples factores a uno solo: el histórico. Solo se aceptarán como categorías de bajo-valor las que hayan sido reconocidas tradicionalmente como tal. Una interesante, y a mi juicio acertada, crítica a esta nueva posición de la SCOTUS puede encontrarse en: TUSHNET, Wm. & Mary Bill Rts. J. 25 (2017), 1073-1120. Una crítica, también muy interesante, al método de “definir por exclusión” en: SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 151 s.

constitucional más limitado¹⁷³-. Dentro de la categoría formada por las *expresiones de bajo valor* nos vamos a encontrar, p. ej., la apología que esté dirigida a incitar un uso inmediato de la fuerza o una violación inmediata de la ley y que sea factible que pueda

¹⁷³ Cfr.: BOGEN, Md. L. Rev. 37 (1978), 679; Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of New York, 447 U.S. 557 (1980), 562; STEPHAN, Va. L. Rev. 68 (1982), 212; SCHAUER, U. Cin. L. Rev. 56 (1988) 1198; FALLON, Yale L.J. 100 (1991), 864 s.; Cincinnati v. Discovery Network, Inc., 507 U. S. 410 (1993), 426; O'NEILL, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 227: "Las restricciones a la expresión basadas en el contenido se rigen por un estricto escrutinio (...) a menos que la expresión regulada se encuentre dentro de una de las categorías de expresiones de «bajo valor» que no cuentan con la protección completa de la Primera Enmienda"; CHEMERINSKY, S. Cal. L. Rev. 74 (2000), 62; *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 986 s.; BOLLINGER/STONE, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 9.

producir tales acciones¹⁷⁴; las palabras para incitar a la pelea *–fighting words–*¹⁷⁵; las expresiones obscenas¹⁷⁶; la pornografía infantil¹⁷⁷; las expresiones difamatorias¹⁷⁸; o, finalmente, el discurso comercial¹⁷⁹.

¹⁷⁴ El principal referente, en esta subcategoría, es *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), 447. Cuando trabajamos con el test de dos factores diseñado en *Brandenburg*, la “apología del uso de la fuerza o de la violación del Derecho”, podrá ser prohibida si y solo si: (i) “está *dirigida* a incitar o producir acciones antijurídicas *inminentes*” y (ii) “es *probable (likely)* que incite o produzca tales acciones” (cursivas propias). Fijémonos en que, mientras el primer factor lleva nuestra atención hacia el contenido de las expresiones, el segundo nos lleva hacia sus potenciales consecuencias. Para hacer el análisis propio del primer factor, debemos saber que, como señala GREENAWALT, *Speech*, 1989, 207: “Decir que las palabras de alguien están *dirigidas* a producir un resultado implica que el propósito del hablante es producir ese resultado y, lo que es más, que este propósito es evidente en las palabras que usa”. Así, mientras que de las palabras mismas con que se expresa alguien no se pueda concluir objetivamente que existe una clara “intención de producir una acción antijurídica inminente, el estándar de la Corte prohíbe el castigo a pesar de que el orador sea plenamente consciente de que sus palabras podrían llegar a provocar una acción antijurídica, y que esa acción es prácticamente seguro que se seguirá de ellas”. Por ello, para GREENAWALT, *Speech*, 1989, 207, *Brandenburg* posiblemente “protegería incluso al orador que, como Marco Antonio en el *Julio Cesar* de Shakespeare, evita hábilmente transmitir a la audiencia su aprobación de una acción antijurídica, pero habla con el propósito de producirla”. El otro elemento interesante de este primer factor es, sin duda, el término “inminente”. ¿Qué debemos entender por *inminente*? ¿Días? ¿Horas? ¿Minutos? ¿Segundos? Como indica GREENAWALT, *Speech*, 1989, 209, tenemos que ir hasta *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973), para obtener algo más de claridad sobre este término: “En *Hess v. Indiana*, la Corte (...) aplicó la formulación de *Brandenburg v. Ohio* revisando la constitucionalidad de una condena por conducta-desordenada de un manifestante que había comentado a sus compañeros: «Más adelante (*later*) nos tomaremos la puta calle». Según la Corte, incluso si las palabras de *Hess* pudieran tomarse como instando a una acción antijurídica en un momento posterior, su condena tenía que ser revocada por la ausencia de evidencia de que él tenía la intención de producir «desorden inminente». (...) este caso representa una reafirmación explícita del estándar de *Brandenburg* y una interpretación de que el término inminencia es muy restrictivo. El Tribunal dijo que «en el peor de los casos», la declaración «no era más que una apología de la acción antijurídica en algún momento futuro indefinido». Ahora, si *Hess* realmente quiso instar a una acción ilegal, el sentido común nos dice que «más adelante» debe haber significado más tarde durante el día de la demostración; por lo que la opinión parece significar que, al menos en ese contexto, una acción antijurídica dentro de algunas horas no es inminente. Incluso si «inminente» contiene cierto grado de flexibilidad, el término connota, y es usado por el Tribunal para sugerir, un lapso de tiempo muy corto entre una incitación y la acción esperada”. Pasemos ahora al segundo factor. Aquí también puede ser de gran ayuda el fino análisis de un penalista como GREENAWALT, *Speech*, 1989, 207: “Bajo el test de la Corte, la apología está constitucionalmente protegida a menos que realmente pueda producirse una acción antijurídica. Supongamos que un orador radical en un entorno universitario está despotricando contra las autoridades y le dice a su audiencia, emocionalmente excitada: «Quiero que me muestres ahora mismo cómo escupes a los lacayos del imperialismo golpeando a ese guardia universitario, el que está justo ahí, hasta causarle la muerte». Incluso si el orador tiene la plena intención de que sus palabras se cumplan al pie de la letra, sus comentarios estarán protegidos si «no es probable» que la audiencia actúe de acuerdo al consejo que le da”. Es importante señalar que *Brandenburg* representa una articulación de las versiones más protectoras de la *incitación directa* propuesta por el J. HAND en *Masses Publishing Co. v. Patten* (1917) 244 F. 535 (S.D.N.Y.) –primer factor– y del *peligro claro e inminente* propuesto por HOLMES en su famoso voto disidente en *Abrams v. US* 250 U.S. 616 (1919) –segundo factor–. En este sentido, podríamos decir que *Brandenburg* es un doble rechazo (o, quizá, más bien, un doble candado contra) al test de la *mala tendencia* del que hablábamos en extenso en la n. 119. También es importante aclarar que *Brandenburg* rige para expresiones *políticas* que sean públicas, abiertas, que lanzan al debate público ciertas posiciones –apologéticas, subversivas, sediciosas– sobre asuntos de interés social –esto quiere decir que *Brandenburg* nunca guiaría el análisis constitucional en casos relacionados con comunicaciones privadas sobre asuntos particulares, como, p. ej., una incitación tal como esta: “deberías matar a tu jefe tan pronto como puedas para quedarte con su puesto y su salario”–. Hechas estas aclaraciones, pasemos al tema de las referencias que pueden complementar lo que hemos dicho sobre *Brandenburg*: BEVIER, *Stan. L. Rev.* 30 (1978), 332-343; NAACP v. *Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982), 927 s.; BLASI, *Colum. L. Rev.* 85 (1985),

483; STONE, U. Chi. L. Rev. 54 (1987), 47; KENNEDY, voto concurrente en: *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105 (1991), 127; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 9; Ashcroft et. al. v. *Free Speech Coalition et. al.*, 535 U.S. 234 (2002), 252, en que, frente a un caso de una restricción a la pornografía infantil virtual se nos dice: “El Gobierno sostiene además que la pornografía infantil virtual despierta el apetito de los pedófilos y los alienta a participar en conductas ilegales. Este razonamiento no puede sostener la disposición en cuestión. La mera tendencia de la expresión a fomentar actos ilegales no es una razón suficiente para prohibirla. El gobierno «no puede fundar constitucionalmente la legislación sobre la conveniencia de controlar los pensamientos privados de una persona». Las libertades de la Primera Enmienda están en mayor peligro cuando el gobierno busca controlar el pensamiento o justificar sus leyes para ese fin inadmisibles. El derecho a pensar es el comienzo de la libertad, y la expresión debe ser protegida del gobierno porque la expresión es el principio del pensamiento. Para preservar estas libertades, y para proteger la expresión en sí misma, los casos de la Primera Enmienda de la Corte establecen distinciones vitales entre palabras y hechos, entre ideas y conductas. «El método normal para disuadir la conducta ilegal es imponer un castigo apropiado a la persona que se involucra en él». El gobierno no puede prohibir la expresión porque aumenta la posibilidad de que se cometa un acto «en un tiempo indefinido en el futuro». Hess (...). El gobierno puede suprimir el discurso que aboga por el uso de la fuerza o por la violación de la ley solo si «dicha promoción está dirigida a incitar o producir inminentes acciones antijurídicas y es probable que inciten o produzcan tales acciones». *Brandenburg* (...). No hay aquí ningún intento, incitación, solicitud o conspiración. El gobierno no ha mostrado más que una conexión remota entre la expresión que podría alentar pensamientos o impulsos y cualquier abuso infantil resultante. Sin una conexión significativamente más fuerte y más directa, el Gobierno no puede prohibir el gobierno no puede prohibir el discurso con el fundamento de que puede alentar a los pedófilos a participar en una conducta ilegal”, BOLLINGER/STONE, en *Bollinger/Stone* (eds.), *Eternally*, 2002, 16-19; STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.ª, 2003, 56-64; BISBAL TORRES, *Libertad de expresión*, Tesis doctoral inédita, 2005, 152 s.; FARBER, *Ind. L.J.* 84 (2009), 921: “Después de *Brandenburg*, la Corte rara vez ha tenido que volver a este tema, y los juicios contra el discurso subversivo parecen haberse agotado. Esto debe considerarse un beneficio significativo del enfoque catorcero. Desde la primera administración de Adams hasta el comienzo del período de la Guerra Fría, los disidentes políticos enfrentaron un riesgo considerable de ser procesados por criticar al gobierno durante los períodos de crisis, incluso cuando no defendían explícitamente la violencia o la acción ilegal. Desde la era de Vietnam hasta el presente, este problema ha desaparecido. Eliminar este tipo de abuso es un verdadero logro judicial. Al anunciar una prueba clara y basada en reglas, la Corte cerró decisivamente la puerta a un patrón histórico de regulación gubernamental abusiva”; WEINSTEIN, en *Hare/Weinstein* (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 88 s.; BOLLINGER, U. Chi. L. Rev. 72 (2005), 423; DEUTSCH, *Akr. L. Rev.* 39 (2006), 505 ss.; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.ª, 2006, 987-1000; LEWIS, *First Amendment*, 2007, 124; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 188-192; COLE, *Harv. L. & Pol’y Rev.* 6 (2012) 147 s.; ALCÁ CER GUIRAO, *REDC* 103 (2015), 62 s.; PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *Libertad de expresión*, 2017, 36 s., 51 s.

¹⁷⁵ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), 572, abrió las puertas de esta subcategoría y señaló que estaría integrada por aquellas expresiones “que, con su mera manifestación, causan un daño o tienden a incitar una ruptura inmediata de la paz”. Sin embargo, *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, (1971), 20, redefinió esta subcategoría –haciéndola más estrecha– y se convirtió en el principal referente para el análisis constitucional de la misma. Cuando trabajamos con el test diseñado por *Cohen*, la expresión se definirá como “*fighting words*” y, por lo tanto, no desencadenará un test de estricto escrutinio, si: (i) “está dirigida directamente a la persona del oyente” –es hecha cara a cara– y (ii) la “posibilidad de generar una reacción hostil” es “inherente” a ella. En el mismo sentido v.: *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972), 520-528; *City of Houston v. Hill*, 482 U.S. 451 (1987), 465, en la que se indica que las palabras deben algo más que simplemente “molestas u ofensivas” para entrar en esta categoría; STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.ª, 2003, 83-89; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 91; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.ª, 2006, 1001-1016; FARBER, *Ind. L.J.* 84 (2009), 920 s.; FALLON, *Dynamic Constitution*, 2013, 2.ª, 58 s.

¹⁷⁶ El principal referente, en esta subcategoría, es *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), 24. Cuando trabajamos con el test de tres factores diseñado en *Miller*, la expresión se define como obscena y, por lo tanto, no desencadenará un test de estricto escrutinio, si: (i) la persona promedio, aplicando los estándares comunitarios contemporáneos, encontraría que la obra, en su conjunto, intenta despertar intereses lascivos; (ii) la obra representa o describe, de una manera claramente ofensiva, una conducta sexual definida específicamente por la ley estatal aplicable, y (iii) la obra, en su conjunto, carece de un valor literario, artístico, político o científico serio. En el mismo sentido cfr.: KENNEDY, voto concurrente en: *Simon &*

Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd., 502 U.S. 105 (1991), 127; NINO, *Fundamentos*, 1992, 268 s.; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 10 s.; Ashcroft et. al. v. Free Speech Coalition et. al., 535 U.S. 234 (2002), 246; STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 197-218; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 98-107; DEUTSCH, *Akr. L. Rev.* 39 (2006), 518-522; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 1017-1023; FARBER, *Ind. L.J.* 84 (2009), 921 s.; Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al., 564 U.S. 786 (2011), 4-9; TUSHNET, *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 25 (2017), 1078 s.

¹⁷⁷ El principal referente, en esta subcategoría, es *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982), 764. El test para la pornografía infantil establecido en *Ferber*, es una modificación del test de obscenidad de Miller. Bajo *Ferber*, la expresión, para ser definida como pornografía infantil y, por tanto, no desencadenar un test de estricto escrutinio, si: “quien juzga los hechos no necesita encontrar que el material intente despertar los intereses lascivos de la persona promedio; no es requerido que la conducta sexual representada se realice de una manera de manera claramente ofensiva, y el material en cuestión no tiene por qué ser considerado en su conjunto”. Se mantiene en pie, en cambio, otro elemento del test de Miller, pues la expresión restringida: “debe estar adecuadamente definida por la ley estatal aplicable, tanto en su redacción abstracta como en la manera en que se construye para ser aplicada”. En el mismo sentido cfr.: SCHAUER, *Sup. Ct. Rev.* (1982), 285-318; KENNEDY, voto concurrente en: *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105 (1991), 127; Ashcroft et. al. v. Free Speech Coalition et. al., 535 U.S. 234 (2002); WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 107-112; DEUTSCH, *Akr. L. Rev.* 39 (2006), 522 ss; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 1023 ss.; FARBER, *Ind. L.J.* 84 (2009), 924 s.

¹⁷⁸ El principal referente, en esta categoría subcategoría, es *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), 279 s. Esta sentencia permite que los funcionarios públicos puedan reclamar daños y perjuicios causados por cierta expresión solo cuando hayan probado que la expresión fue: (i) “hecha con el conocimiento cierto de que era falsa” o (ii) “con temeraria indiferencia de [la verdad]”. Sobre la difamación dentro del discurso público: *Curtis Pub. Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); NIMMER, *Cal. L. Rev.* 56 (1968), 943; *Rosenbloom v. Metromedia*, 403 U.S. 29 (1971); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323 (1974); STEPHAN, *Va. L. Rev.* 68 (1982), 212; JAÉN VALLEJO, *Libertad de expresión*, 1992, 30-33.; *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749 (1985); *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988); *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U. S. 1 (1990), 13-17; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 9 s.; STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 140-168; DEUTSCH, *Akr. L. Rev.* 39 (2006), 524-528; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 1045-1062; FARBER, *Ind. L.J.* 84 (2009), 923; *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), 7; MUÑOZ MACHADO, *Libertad de palabra*, 2013, 157-162.

¹⁷⁹ Pese a la gran importancia de *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, el principal referente en esta subcategoría es *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of New York*, 447 U.S. 557 (1980), 563-566. Bajo el test de cuatro factores establecido en *Central Hudson* –test que, en alguna medida, recuerda el test intermedio que aplicamos para las regulaciones neutrales al contenido–, el discurso comercial estará protegido por el derecho constitucional a la libertad de expresión siempre que: (i) se refiera “actividad legal” y no resulte “engañoso” para su audiencia; (ii) su restricción no sea importante para “defender un interés substancial”; (iii) esa restricción no esté “diseñada cuidadosamente para alcanzar ese objetivo sustancial; (iv) ese “interés del gobierno” no “pudiera ser servido también por una restricción más limitada”. Quisiera que, observando este test y el de *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), 279 s., reparemos en algo. Cuando estamos frente a expresiones de bajo-valor, el hecho de que una comunicación sea o no deliberadamente engañosa –el hecho de que pueda demostrarse que quien emite la comunicación está mintiendo dolosamente a su audiencia– se convierte en un factor relevante para el análisis de constitucionalidad –lo cual no ocurre cuando nos encontramos ante expresiones de alto-valor, pues, para poner un ejemplo que todos conozcamos, ninguna autoridad podría restringir constitucionalmente el discurso político de Trump en las elecciones presidenciales, a pesar de que sabemos bien que este resultaba claramente engañoso–. Sobre el test para analizar la constitucionalidad de las restricciones al discurso comercial v.: *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981), 505 ss.; *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico* 478 U.S. 328 (1986); STONE, *U. Chi. L. Rev.* 54 (1987), 47; *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996); *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525 (2001); STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 169-197; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 118-124; DEUTSCH, *Akr. L. Rev.* 39 (2006), 510-513; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 1084-1109; FARBER, *Ind. L.J.* 84 (2009), 923 s.; *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552 (2011), 11; *Matal v. Tam*, 582 U.S. (2017), 24; TUSHNET, *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 25 (2017), 1079 s.; PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *Libertad de expresión*, 2017, 57-60.

Más allá de las polémicas y debates que ha despertado la categoría de las *expresiones de bajo valor*, esta cumple una importante función estratégica dentro de la estructura metodológica con que trabaja la SCOTUS. Al enfocar y separar esta categoría se consiguen al menos dos efectos muy beneficiosos. Por una parte, que estas expresiones no sean “invisibles para la primera enmienda”¹⁸⁰. Y, por la otra, que, al poderseles someter a un tratamiento diferenciado, no generen resultados absurdos que puedan comprometer el alto grado de protección que se reserva para blindar otros tipos de contenidos más afines a los valores o propósitos tras el derecho a la libertad de expresión –como, p. ej., el discurso político–¹⁸¹. Esta, en cualquier caso, no es más que mi opinión particular en este debate –y debo aclarar que entiendo perfectamente que se trata de un asunto extremadamente difícil, por lo que estoy convencido de que el lector que se incline por la posición contraria podría presentar excelentes argumentos a su favor¹⁸²–.

¹⁸⁰ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992), 383 s. En el mismo sentido: Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro, 431 U.S. 85 (1977), 92; Ohralik v. Ohio State Bar Assn., 436 U.S. 447 (1978), 455 s.; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 123; FARBER, Ind. L.J. 84 (2009), 917-938.

¹⁸¹ El lector puede encontrar una exposición más amplia de esta postura en: Ohralik v. Ohio State Bar Assn., 436 U.S. 447 (1978), 455 s.: “La expresión relativa a transacciones puramente comerciales ha estado dentro del ámbito de la protección de la Enmienda solo recientemente. Al rechazar la idea de que dicho discurso «está totalmente fuera de la protección de la Primera Enmienda», tuvimos cuidado de no sostener que «es totalmente indiferenciable de otras formas» de expresión. No hemos descartado la distinción de «sentido común» entre la expresión que propone una transacción comercial, que ocurre en un área tradicionalmente sujeta a la regulación gubernamental, y otras variedades de discurso. Requerir una paridad de protección constitucional para el discurso comercial y no comercial por igual podría invitar a la dilución, simplemente mediante un proceso de nivelación, de la fuerza de la garantía de la Enmienda con respecto a este último tipo de discurso. En lugar de someter la Primera Enmienda a tal desvitalización, en cambio, hemos otorgado al discurso comercial una medida limitada de protección, proporcional a su posición subordinada en la escala de los valores de la Primera Enmienda, al tiempo que permitimos modos de regulación que podrían ser inadmisibles en el ámbito de lo no comercial. expresión.”; *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981), 505 s.; SCHAUER, Vand. L. Rev. 34 (1981), 282-296; U. Cin. L. Rev. 56 (1988) 1194 s., 1197; STEPHAN, Va. L. Rev. 68 (1982), 213 s.; SUNSTEIN, *Free Speech*, 1995, 124-130; BOLLINGER/STONE, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 9.

¹⁸² Resumiendo, podemos sintetizar esta posición en dos premisas. Una primera según la cual estas categorías de bajo-valor pueden, en la práctica, crecer y crecer hasta terminar desbordándose. Hasta convertirse en la regla y no en la excepción. La segunda premisa nos dice que los jueces no deberían calificar o hacer juicios sobre la importancia de unos temas y asuntos y la escasa trascendencia de otros –para decirlo gráficamente, que los jueces, sean de la Corte o del más humilde juzgado, no tienen el poder o la competencia para entrar a valorar si el discurso sobre asuntos políticos es más importante que la pornografía o el discurso comercial–. Las posturas más contundentes a favor de esta posición crítica siguen siendo las de: KARST, U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 20-68 y REDISH, Stan. L. Rev. 34 (1981), 113-151. Posturas críticas, pero más moderadas, en: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 143-146 o BROWN, S. Cal. L. Rev. 89 (2016), 956. Finalmente, un mapeo general de quienes sostienen diferentes posturas en este debate en: WILLIAMS, U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 616 s.; STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 280; McDONALD, Notre Dame L. Rev. 81 (2006), 1349 s.; DEUTSCH, Akr. L. Rev. 39 (2006), 529-532.

Pero dejemos atrás los juicios y las valoraciones personales para concentrarnos de nuevo en la descripción del funcionamiento de la estructura anglosajona. Digamos, con el interrogante que enmarca nuestra pesquisa en mente¹⁸³, que una vez que definimos: (i) que estamos ante una restricción por contenido y (ii) que ese tipo de contenido no ha sido definido previamente como de bajo-valor –caso en el que aplicaríamos el test o estándar diseñado para ese tipo de contenido en particular–, debemos analizar la constitucionalidad de la restricción con el test de estricto escrutinio del que tanto hemos hablado. De acuerdo a lo establecido en este test, una acción comunicativa solo podrá ser constitucionalmente restringida debido a su contenido cuando quien defiende tan sospechosa limitación sea capaz de vencer la fuerte presunción que pesa en contra de su actuación. Para lograr esto, deberá demostrar a la Corte que la restricción que busca: (i) persigue un interés gubernamental *imperioso*; (ii) es necesaria para proteger ese interés –pues no hay otra alternativa que pueda salvaguardar ese interés con un menor costo para la libertad de expresión–; (iii) está precisamente ajustada a la protección de ese interés –de modo que no hace invasiones injustificadas al territorio de la libertad de expresión–¹⁸⁴.

¹⁸³ Recordemos cuál es ese interrogante que nos sirve de marco: ¿En qué circunstancias, si acaso hay alguna, las autoridades pueden restringir o limitar una acción comunicativa –que causa un daño (real o potencial) a otros o afecta sus derechos, intereses, bienes jurídicos, etc.– sin ir en contra de los mandatos de la Constitución?

¹⁸⁴ En el mismo sentido: *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455 (1980), 464 s.; *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981), 270; *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983), 177; *Perry Educ. Ass'n v. Perry Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983), 45; *Cornelius v. NAACP Leg. Def. Fund*, 473 U.S. 788 (1985), 800; *Ark. Writers' Project v. Ragland*, 481 U.S. 221 (1987), 231; *Airport Comm'rs v. Jews for Jesus*, 482 U.S. 569 (1987) 573; *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988), 321; *Riley v. Nat'l Fed'n of the Blind*, 487 U.S. 781 (1988); *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989), 126; *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105 (1991), 118; *Austin v. Mich. Chamber of Comm.*, 494 U.S. 652 (1990), 657; *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992) 199; *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), 395; *Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette*, 515 U.S. 753 (1995), 761; *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334 (1995), 347; O'NEILL, *Sw. U. L. Rev.* 29 (1999-2000), 227; *United States v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000), 816; *Republican Party of Minn. v. White*, 536 U.S. 765 (2002), 775; WERHAN, *Freedom of speech*, 2004, 73 s.; FALLON, *UCLA L. Rev.* 54 (2006-2007), 1267-1337, y especialmente, 1273 s., quien ofrece la formulación más clara que he encontrado de este test: “En el derecho constitucional moderno, el término «estricto escrutinio» se refiere a un test bajo el cual los estatutos se declararán inconstitucionales a menos que sean «necesarios» o «precisamente ajustados» para servir a un «interés gubernamental imperioso». Cuando se descompone, la fórmula hace dos demandas principales (...): primero, cuando se aplica el escrutinio estricto, la carga de defender la legislación impugnada recae sobre el gobierno, que debe demostrar que esta sirve a un interés convincente. Cuando la fórmula fue desarrollada, la demanda de un interés imperioso contrastaba con el supuesto de fondo de que la legislación normalmente se mantendría siempre que estuviera relacionada racionalmente con cualquier interés estatal legítimo. Hoy en día, el requisito de un interés imperioso también contrasta con una forma intermedia de control bajo la cual el gobierno, al defender la legislación impugnada, debe señalar un interés que sea «importante». Dentro de esta jerarquía, los intereses imperiosos se ubican en la parte superior. La estructura doctrinal general presupone que dichos intereses no solo son extremadamente importantes, sino también urgentes, pero también raros, mucho más raros que los intereses meramente legítimos y más raros también que los intereses importantes. El requisito que define el requisito del examen

Añadamos, ya para finalizar, que, operando junto a esta estructura metadoctrinal, que comprende lo que podríamos denominar la parte sustantiva del derecho constitucional a la libertad de expresión, tenemos también un conjunto de herramientas de análisis constitucional que se van a especializar en la parte procesal de este derecho. Poniendo el asunto de otro modo, digamos que, mientras la estructura que acabamos de describir se ocupa principalmente de indicarnos *qué* acciones comunicativas se pueden restringir, las herramientas analíticas que queremos enfocar ahora nos dirán *cómo* se pueden restringir esas acciones comunicativas –para no ofender los mandatos del derecho constitucional a la libertad de expresión–¹⁸⁵.

Dentro de este trascendental conjunto de herramientas, al que MONAGHAN llama el “debido proceso de la Primera Enmienda”¹⁸⁶, tenemos una serie de tratamientos

de estricto escrutinio moderno es que la legislación debe estar «precisamente ajustada» o ser «necesaria» para proteger un interés gubernamental convincente. Las ideas de ajuste preciso y de necesidad son complejas (...). Por ahora, lo que importa es que ambos son términos del arte que exigen que haya una conexión especialmente estrecha entre los medios legislativos impugnados y los fines que se pretenden promover. Al igual que con el requisito de interés imperativo, el significado pragmático de la demanda de ajuste preciso o de necesidad surge de los contrastes. La mayoría de la legislación se mantendrá siempre que esté relacionada racionalmente con un interés gubernamental legítimo; el escrutinio intermedio exige una relación «sustancial» entre fines y medios. Al igual que con el requisito de interés imperativo, la exigencia del estricto escrutinio para un ajuste o necesidad limitada es la más estricta realizada por cualquier prueba doctrinal de validez constitucional”; WEINSTEIN, en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, 85; Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al., 564 U.S. 786 (2011), 11 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, 2012, 147 s.; COLE, Harv. L. & Pol’y Rev. 6 (2012) 152 s.; Reed v. Town of Gilbert, 576 U.S. ____ (2015), 6; TUSHNET, Wm. & Mary Bill Rts. J. 25 (2017), 1074.

¹⁸⁵ En este sentido: O’NEILL, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 225; STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 113.

¹⁸⁶ MONAGHAN, Harv. L. Rev. 83 (1970), 518: “«La historia de la libertad estadounidense», observó una vez el Sr. Frankfurter, «es, en gran medida, la historia del procedimiento» Si bien este comentario se hizo en el contexto del procedimiento penal, los tribunales últimamente se han dado cuenta de que las garantías procesales juegan un papel igualmente importante en la protección de la libertad de expresión; de hecho, estas «asumen una importancia tan grande como la validez del derecho sustantivo que se aplicará». En respuesta a esta conclusión, los tribunales han comenzado a construir un cuerpo de leyes procesales que definen la manera en que ellos y otros organismos deben evaluar y resolver las reclamaciones de la primera enmienda –un «debido proceso» de la primera enmienda, si lo queremos llamar así–. En un sentido similar, consideremos también Speiser v. Randall, 357 U.S. 513 (1958), 520 s.: “Los abogados con experiencia saben que es común que el resultado de una demanda, y por lo tanto la reivindicación de los derechos legales, dependa más a menudo de cómo el investigador evalúa los hechos que de la disputa sobre la construcción de un estatuto o la interpretación de una línea de precedentes. Por lo tanto, los procedimientos mediante los cuales se determinan los hechos del caso adquieren una importancia tan grande como la validez del derecho sustantivo que se aplicará. Y cuanto más importantes son los derechos en juego, más importantes deben ser las garantías procesales que rodean a esos derechos. Así, cuando el Estado se pone en la empresa de restringir la apología, debe establecer unos procedimientos que sean adecuados para salvaguardar la posibilidad de una violación de derechos protegidos constitucionalmente, derechos que valoramos mucho y que son esenciales para el funcionamiento de una sociedad libre. Además, dado que solo las consideraciones de la mayor urgencia pueden justificar restricciones en la expresión, y dado que la validez de una restricción de la expresión depende de un análisis cuidadoso de las circunstancias

específicamente diseñados para poder plantar cara a las *dinámicas de la limitación* y, así, mejorar el entorno en que los diferentes actores tomamos decisiones respecto a los límites de la libertad de expresión –de suerte que se facilite la implementación de esta libertad–. Tenemos, para hablar de estas herramientas individualmente, y así cerrar el círculo justo donde lo habíamos empezado al comienzo de esta segunda parte de este capítulo, lo siguiente:

(i) Una doctrina del *efecto de desaliento* que, más que un elemento cualquiera dentro del conjunto, es la base sustantiva sobre la que se encuentran apoyados el resto de elementos. Sobre la que, en otras palabras, se debe estructurar el *proceso* en que se define dónde (quién, cómo o cuándo) se deben trazar las líneas que separan las acciones comunicativas que están cubiertas y protegidas por este derecho de aquellas que no lo están¹⁸⁷.

particulares del caso, los procedimientos por los cuales se resuelven los hechos del caso son de especial importancia, y la validez de la restricción puede afectar las garantías que se brindan”.

¹⁸⁷ Definir, con base en la doctrina del efecto de desaliento, *cómo* puede emplearse el poder coactivo para restringir aquellas expresiones que están fuera de la zona de cobertura y protección del derecho constitucional a la libertad de expresión, es quizá la joya de la corona dentro de ese gran legado que dejó la famosa Corte de Warren –y, más puntualmente, del J. BRENNAN– en esta materia. Dicho esto, y quedando entonces claro quien merece los mayores honores, lo cierto es que SCHAUER, B.U. L. Rev. 58 (1978), 687, ha hecho una exposición tan clara de esta doctrina que merece ser citada en extenso, pues pienso que puede allanar el terreno por el que seguiremos avanzando en el texto principal: “La doctrina del efecto de desaliento no es más que la combinación lógica de dos proposiciones simples pero fundamentales. Primero, debe reconocerse que todo litigio, y de hecho todo el proceso legal, está rodeado de incertidumbre. La interacción de testigos humanos, jurados, jueces y abogados, junto con la imprecisión de las reglas «hechas por la gente», garantiza que habrá poco, en el ámbito de los litigios, de lo que podamos estar seguros; por lo tanto, la capacidad de predecir con precisión el resultado de cualquier enfrentamiento adversarial no es de ninguna manera un proceso en el que podamos mantener un alto grado de confianza. Dado que esta incertidumbre es dominante, pueden ocurrir errores de diferentes tipos. En el contexto penal, uno de los errores más obvios es la convicción injusta de los inocentes; el error inverso es, por supuesto, la absolución injusta del culpable. De manera similar, en un litigio civil, puede haber una sentencia errónea a favor de un demandante que no merecía prosperar, o una sentencia errónea contra un demandante con una demanda meritoria. Sin embargo, el reconocimiento de este potencial de error es solo el primer paso. Como recordará cualquier persona que haya sobrevivido a un curso elemental de estadística o de teoría de decisiones, también es necesario determinar qué tipo de error es más grave o perjudicial. Es la necesidad de esta determinación, colocada en el contexto de la primera enmienda, lo que lleva a la segunda proposición fundamental que subyace a la doctrina del efecto de desaliento: que una limitación errónea de la expresión trae, por hipótesis, más perjuicio social que una sobreprotección errónea de la libertad de expresión. La limitación errónea es, *a priori*, el error más grave. Este principio de daño comparativo puede expresarse diciendo que la primera enmienda representa un «valor trascendente» o definiendo la libertad de expresión como la más preferida de las libertades preferidas; cualquiera sea el caso, lo que surge en nuestra sociedad es un reconocimiento de la preeminencia de la primera enmienda y de la libertad de expresión. Pero este reconocimiento es más que la base para una oración para el 4 de julio; representa una ordenación de valores ordenada por la existencia de la primera enmienda dentro de un sistema legal caracterizado por el error y la incertidumbre. Dicho de forma simple, la doctrina del efecto de desaliento reconoce el hecho de que el sistema legal es imperfecto y exige la formulación de reglas legales que reflejen nuestra preferencia por los errores cometidos a favor de la libertad de expresión. Si se tienen en cuenta estas dos nociones básicas, el

(ii) Un principio de competencia judicial que lleva a que los esfuerzos que realicen las autoridades administrativas, para no cometer excesos al restringir la libertad de expresión, deban ser constatados por unas autoridades judiciales que deberán avalarlos o corregirlos. Como señala MONAGHAN, y como nosotros vimos atrás, la supervisión judicial permite mayor imparcialidad; asegura que la toma de decisión, sobre la restricción de esta libertad, se de en el marco de un procedimiento judicial que está preparado para mostrar una mayor sensibilidad frente a los intereses (generales y a largo plazo) que persigue esta libertad; y, sobre todo, es una oportunidad para detectar y enmendar errores¹⁸⁸—.

efecto de desaliento puede verse no como la generalización no- conceptual que se le ha llamado, sino como una doctrina sustantiva específica que se encuentra en el corazón mismo de la primera enmienda”. El lector puede confrontar la síntesis que hace SCHAUER, con el trabajo de la propia SCOTUS en: *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 (1965); BRENNAN, voto disidente en: *Walker v. City of Birmingham*, 388 U.S. 307 (1967), 343 s.: “Consideramos una y otra vez que las consideraciones especiales asisten a la protección de estas libertades frente a los intereses del Estado, cuya reivindicación se traduce en restricciones previas a su ejercicio, o su regulación de una manera vaga o amplia, o de una manera que da discreción sin límites para limitar su ejercicio a un individuo o grupo de individuos. Para otorgar a estas libertades el «espacio para respirar que necesitan para sobrevivir», el Tribunal ha modificado las reglas tradicionales de permanencia y prematuridad. Hemos moldeado tanto los derechos sustantivos como los recursos procesales ante diversos intereses en conflicto para cumplir con nuestro deber primordial de aislar a todos los individuos del «efecto de desaliento» que la vaguedad, la sobrecarga y la discreción sin límites genera en el ejercicio de las libertades de la Primera Enmienda. Se considera, como resultado, que la vitalidad de las protecciones de la Primera Enmienda descansa en gran medida sobre la capacidad del individuo de arriesgarse y expresarse ante tales restricciones, plenamente armado con la capacidad de desafiar esas restricciones si el Estado busca penalizar esa expresión”; *Cameron v. Johnson II*, 390 U.S. 611 (1968), 618 s.; WHITE, voto disidente en *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971), 619 s., sintetiza no el aspecto sustantivo sino eminentemente técnico procesal de la doctrina del efecto de desaliento: “Aunque un estatuto no sea ni vago, ni excesivamente amplio, ni de otro modo inválido tal y como se aplica a la conducta endilgada a un acusado en particular, a este se le permite reclamar contra su vaguedad o excesiva amplitud inconstitucional por como se aplicaría a otros. Si la ley se encuentra deficiente en alguno de estos aspectos, tampoco se le puede aplicar a él mismo hasta que se establezca una construcción limitante satisfactoria del estatuto. El estatuto, en efecto, será anulado como tal. Este resultado se considera justificado, ya que, de lo contrario, la existencia continuada del estatuto en forma no restringida tendería a suprimir los derechos protegidos por la Constitución”; *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972), 521 s.; *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, 475 U. S. 767 (1986), 772. Adicionalmente, sobre el efecto de desaliento v., más atrás, n. 82.

¹⁸⁸ MONAGHAN, *Harv. L. Rev.* 83 (1970), 520, nos explica muy claramente en qué consiste este principio: “Un elemento central del debido proceso de la primera enmienda es la noción de que es necesaria una determinación judicial, y no administrativa, del carácter de la expresión (...) en virtud de la primera enmienda en sí, los tribunales por sí solos son competentes para decidir si la expresión está protegida institucionalmente (...) La preferencia de Freedman [*Freedman v. Maryland* 16 380 U.S. 51 1965] por la evaluación judicial de las reclamaciones de la primera enmienda se basa en las consideraciones más fundamentales: las diferencias institucionales inherentes entre los tribunales y las agencias administrativas, sin importar cuán judiciales sean los procedimientos administrativos. Primero, la larga permanencia en cargos judiciales libera a los jueces, en la mayoría de los casos, de presiones políticas directas. El aislamiento judicial madura la toma de decisiones imparcial; lo que es más importante, permite a los tribunales tener una «visión a largo plazo» de los problemas. Los organismos administrativos, particularmente a nivel estatal, rara vez están tan aislados; de hecho, a menudo son vistos principalmente como órganos políticos. Segundo, el rol del administrador no es el del juez imparcial, sino el del experto, un rol que necesariamente le da a la agencia administrativa un punto de vista limitado y restringido. Esto es particularmente pernicioso en el área de obscenidad; los que están constantemente expuestos a lo

(iii) Un principio según el cual, para que la cancha no quede inclinada en contra de la implementación de esta libertad, la carga persuasiva –probatoria y argumentativa–, en esos procedimientos judiciales, recaerá sobre la parte que busque la restricción de la acción comunicativa. Esto quiere decir que serán las autoridades las que deberán demostrar que estamos ante una de esas acciones comunicativas que, de acuerdo a lo que vimos en la parte sustantiva, puede ser restringida sin ofender los mandatos constitucionales¹⁸⁹.

perverso y lo aberrante en la literatura son rápidos para encontrar obscenidad en todo lo que ven. Pero la «visión de túnel» institucional no está de ninguna manera restringida a los censores; Una junta laboral, por ejemplo, cuando se trata de cuestiones de la expresión, es más probable que vea el problema en términos de relaciones de trabajo-administración que en términos de intereses de la primera enmienda. Los tribunales, por otro lado, no sufren congénitamente esta miopía; su jurisdicción general les da una perspectiva amplia que ninguna agencia puede tener. Tratan diariamente con una amplia variedad de situaciones, y este hecho va más allá para eliminar las deficiencias que provienen de la mentalidad excesiva”.

¹⁸⁹ Ya hemos hablado mucho de este tema en n. anteriores –v.: n. 154 s.; n. 165; n. 186; n. 188.–. Además, considero que en el texto principal se expone la idea con suficiente claridad. Sin embargo, quiero que el lector me permita ser muy insistente en este punto que, para mí, es probablemente el de mayor impacto. Como hemos visto en la n. 188, en todos los procedimientos judiciales –en EE. UU. pero también en el resto del mundo– se parte explícita o implícitamente de un cálculo: “la parte que soporta la carga de la persuasión es generalmente la que pierde” –FAIGMAN, Va. L. Rev. 78 (1992), 1523–. Por eso, para que la libertad de expresión sea, en la práctica, la que usualmente gane, se necesita que la autoridad que busque la censura sea la que tenga siempre la carga persuasiva o probatoria. La que deba tratar de justificar la necesidad de su actuación. Mientras la parte que realiza las acciones comunicativas sea la que tenga la carga persuasoria a costas –con todo lo que eso implica a nivel económico (pagar una defensa), social (el etiquetamiento que produce el proceso ante incluso de llegar a una condena), probatorio (a veces simplemente no conseguirá probar la ocurrencia de los hechos que le podrían dar la razón), laboral, familiar, etc.–, y ella sea la que deba justificarse por haber causado un daño real o potencial o haber afectado un interés, un derecho o un bien jurídico al expresarse, la práctica judicial misma se encargará de impedir, o por lo menos dificultar, la implementación del derecho constitucional a la libertad de expresión. Necesitamos entonces, para decirlo muy gráfica y coloquialmente, que los censores sean los que deban sonrojarse y sudar ante el juez para explicarle la razón por la que se han terminado entrometiendo con asuntos que la Constitución ha querido poner fuera de su parcela o ámbito de actuación a través de un dispositivo como el derecho constitucional a la libertad de expresión. Necesitamos que los censores sean los que deban sufrir un calvario jurídico hasta demostrar la causa que justifica su actuación, no quienes se expresan. Necesitamos que, en el caso de sociedades como Colombia o España, sean los censores los que tengan que llegar incluso hasta instancias internacionales para poder legitimar sus actuaciones y evitar ser sancionados, no los segundos. En este sentido v.: *Near v. Minnesota ex rel. Olson, County Attorney*, 283 U.S. 697 (1931); *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958), 525 s.: “Como los casos decididos por esta Corte han demostrado abundantemente, la línea entre el discurso incondicionalmente garantizado y el discurso que puede ser regulado, suprimido o castigado legítimamente debe trazarse muy finamente. La separación del discurso legítimo y del ilegítimo exige herramientas sensibles (...). En todo tipo de litigios, está claro que en dónde cae la carga de la prueba puede ser algo decisivo para el resultado. Siempre hay, en el litigio, un margen de error, representado por la posibilidad de un error en la determinación de hechos, que ambas partes deben tomar en cuenta. Cuando una parte tiene en juego un interés de un valor trascendente, como quien defiende su libertad en un caso penal, se reduce la posibilidad de que este margen de error recaiga en él mediante el proceso de colocar sobre la otra parte la carga de producir una prueba suficiente en la primera instancia, y de persuadir a quienes definen los hechos, al concluir el juicio, de su culpabilidad, más allá de una duda razonable. El debido proceso ordena que ningún hombre pierda su libertad a menos que el gobierno haya asumido la carga de presentar la evidencia y convencer al hecho de su culpabilidad. Cuando se trata de un valor trascendente como la expresión, en las circunstancias de este caso, el debido proceso

(iv) Un par de doctrinas, la de la *nulidad por vaguedad* y la de la *excesiva amplitud—overbreadth—*, que permiten analizar la eventual inconstitucionalidad de aquellas directivas *sobreincluyentes* que restrinjan acciones comunicativas con términos vagos y/o excesivamente amplios. Como vimos anteriormente, estas directivas pueden terminar confundiendo a los ciudadanos. Hacer que simplemente no puedan saber, desde una perspectiva *ex ante*, cuáles acciones comunicativas están prohibidas y cuáles protegidas. Cuáles traerán como consecuencia jurídica una sanción y cuáles serán parte regular del ejercicio legítimo de sus derechos como ciudadano. La indefinición generada por esta *sobrerregulación* puede hacer que se seque una de las principales fuentes de poder de este

exige que el Estado cargue con la carga de la persuasión para demostrar que los recurrentes se involucraron en discursos criminales. El vicio del presente procedimiento es que, cuando una expresión particular cae cerca de la línea que separa las expresiones legítimas y las ilegales, la posibilidad de encontrar información errónea, inherente a todo litigio, creará el peligro de que se penalice la expresión legítima. El hombre que sabe que debe presentar pruebas y persuadir a otro hombre de la legalidad de su conducta necesariamente debe conducirse mucho más lejos de la zona ilegal que si el Estado llevara estas cargas. Esto debe ser especialmente temido cuando la complejidad de las pruebas, y la generalidad de los estándares aplicados, proporcionan arenas movedizas en las que el litigante debe mantener su posición (...) Por lo tanto, en la práctica, este dispositivo de procedimiento (...) puede dar lugar a una disuasión de la expresión que la Constitución hace libre. «Es evidente que una prohibición constitucional no puede ser transgredida indirectamente por la creación de una presunción legal más de lo que puede ser violada por una promulgación directa. El poder de crear presunciones no es un medio para escapar a las restricciones constitucionales»»; *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965), 57 s.; *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546 (1975), 560.; BRENNAN, voto en parte concurrente y en parte disidente en: *Heffron v. Soc'y for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640 (1981) 658; *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105 (1991), 115 s.; *Ashcroft et. al. v. Free Speech Coalition et. al.*, 535 U.S. 234 (2002), 255: “El gobierno levanta serias dificultades constitucionales al tratar de imponerle al acusado la carga de probar que su expresión no es antijurídica. Una defensa afirmativa se aplica solo después de que haya comenzado el proceso judicial, y el orador debe demostrar, bajo pena de una condena por delito grave, que su conducta cae dentro de la defensa afirmativa”; *United States v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000), 816 s.: “Cuando el gobierno restringe las expresiones, el gobierno tiene la carga de probar la constitucionalidad de sus acciones: «El gobierno tiene la carga de identificar un interés sustancial y justificar la restricción impugnada»; «La fuerza de esta restricción de la expresión basada en el contenido impone una carga especialmente pesada al gobierno para explicar por qué una disposición menos restrictiva no sería tan efectiva»; «Un organismo gubernamental que busca mantener una restricción en el discurso comercial debe demostrar que los daños de los que habla son reales y que su restricción, de hecho, aliviará a un nivel material»; «El Estado tiene la carga de justificar sus restricciones»; «Para el Estado . . . justificar la prohibición de una expresión particular de opinión, debe poder demostrar que su acción fue causada por algo más que un simple deseo de evitar la incomodidad y el desagrado que siempre acompañan a un punto de vista impopular». *Cuando el gobierno trata de restringir el discurso en función de su contenido, se invierte la presunción habitual de constitucionalidad otorgada por el Congreso.* «Las regulaciones basadas en el contenido son presumiblemente inválidas», y el gobierno tiene la carga de refutar esa presunción. Esto es por una buena razón. «La línea entre la expresión incondicionalmente garantizada y la expresión que puede ser regulada, suprimida o castigada legítimamente es muy fina». El error en marcar esa línea tiene un costo extraordinario. Es a través de las expresiones que nuestras convicciones y creencias son influenciadas, promulgadas y probadas. Es a través de la expresión que llevamos esas creencias al Gobierno y a la sociedad. Es a través de la expresión que nuestras personalidades se forman y se expresan. El ciudadano tiene derecho a buscar o rechazar ciertas ideas o influencias sin interferencia o control del Gobierno (...) Cuando el cumplimiento de la Primera Enmienda es el punto a probar, el riesgo de no persuasión, operativo en todos los procesos judiciales, debe recaer en el Gobierno, no en el ciudadano.”; *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), 4.

importante actor social. Los ciudadanos, sin líneas y referencias confiables, no tendrán una verdadera garantía previa que los motive a expresarse y, muy probablemente, temerarios o mártires aparte, se abstendrán de realizar incluso aquellas acciones

comunicativas que hubieran quedado protegidas constitucionalmente de no haber sido desestimuladas por la indeterminación generada por las directivas *sobreincluyentes*^{190/191}.

¹⁹⁰ En esta n. hablaremos concretamente de la doctrina de la nulidad por vaguedad. Como vemos en el texto principal, esta doctrina prohíbe que las directivas que restringen o limitan la libertad de expresión se formulen en términos que transfieran excesiva discrecionalidad a los aplicadores y que no permitan a los ciudadanos distinguir con claridad –desde una perspectiva *ex ante*– los límites que separan las acciones comunicativas prohibidas de las permitidas. Esta doctrina apunta entonces hacia dos cuestiones perniciosas que vimos en detalle al hacer un examen diagnóstico de las patologías que sufren los sistemas de la libertad de expresión: (i) los errores como la intolerancia, la miopía, la parcialidad o la distorsión o los pretextos se disparan, son harto más probables, en la etapa de administración de la directiva, cuando estas son formuladas en términos vagos; (ii) que, como indicamos en el texto principal, ya de cara no a los aplicadores jurídicos, sino a los ciudadanos que desean ejercer su derecho constitucional a la libertad de expresión, las directivas vagas impiden conocer cuáles son los límites de la protección que ofrece este derecho. El lector interesando en profundizar encontrará información valiosa sobre esta doctrina, en: *International Harvester Co. v. Kentucky*, 234 U.S. 216 (1914); *Collins v. Kentucky*, 234 U.S. 634 (1914); *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926): “Que los términos de un estatuto penal que crean un nuevo delito deben ser lo suficientemente explícitos como para informar a las personas que están sujetas sobre qué conducta de su parte los hará responsables de sus penas, es un requisito bien reconocido, similar al de las nociones comunes de juego limpio y de las normas jurídicas establecidas, y un estatuto que prohíbe o exige la realización de un acto en términos tan vagos que los hombres de inteligencia común deben necesariamente adivinar su significado y pueden diferir en cuanto a su aplicación, viola el primer deber esencial del debido proceso jurídico (...) La línea divisoria entre lo que es legal e ilegal no se puede dejar a la conjetura. No se puede hacer que el ciudadano responda a los cargos basados en los estatutos penales cuyos mandatos son tan inciertos que admitirán razonablemente diferentes construcciones. Un estatuto criminal no puede descansar sobre una base incierta. El crimen, y los elementos que lo constituyen, deben expresarse de manera tan clara que la persona ordinaria pueda elegir de manera inteligente, por adelantado, qué curso es lícito seguir para él”; *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931), sentencia que es importante en esta línea genealógica porque es la primera que trae la doctrina de la vaguedad a la teoría jurídica de la libertad de expresión: “El mantenimiento de la oportunidad de una discusión política libre para que el gobierno pueda responder a la voluntad de la gente y que los cambios se obtengan por medios legales, es una oportunidad esencial para la seguridad de la República, es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional. Un estatuto que, a simple vista, y tal como se ha interpretado autoritativamente, es tan vago e indefinido como para permitir el castigo del uso justo de esa oportunidad es repugnante a la garantía de libertad”; *Near v. Minnesota ex rel. Olson, County Attorney*, 283 U.S. 697 (1931), también sobre la libertad de expresión; *Champlin Ref. Co. v. Corporation Comm'n*, 286 U.S. 210 (1932), 243; *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937); *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451 (1939); *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), que, también sobre la libertad de expresión, empieza a mostrar que en esta área jurídica van a ser extraordinariamente exigentes con los formuladores: “En lo que concierne a las regulaciones de la libertad de libre discusión, hay razones especiales para observar la regla de que es el estatuto, y no la acusación o la evidencia en virtud del mismo, el que prescribe los límites de conducta permisible y el advierte contra la transgresión”; *United States v. Petrillo*, 332 U.S. 1 (1947) 5 ss.; *Musser v. Utah*, 333 U.S. 95 (1948); *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948); *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178, (1957); *Scull v. Virginia*, 359 U.S. 344 (1959), en que la SCOTUS nos vuelve a decir que la vaguedad es más grave cuando no afecta la libertad ordinaria sino la libertad de expresión: “*La certeza es tanto más esencial cuando la vaguedad puede inducir a las personas a renunciar a sus derechos de expresión*, prensa y asociación por temor a violar una ley poco clara. Tal es claramente el caso aquí. La información dada a Scull era demasiado vacilante, confusa y turbia para sostener su convicción” (cursivas propias); BLACK, voto disidente en: *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959): “No hace falta decir que una ley, para ser válida, debe ser lo suficientemente clara para que sus órdenes sean comprensibles. Por razones obvias, el estándar de certeza requerido en los estatutos penales es más exigente que en los estatutos no penales. Esto es simplemente porque sería impensable condenar a un hombre por violar una ley que no podía entender. Este Tribunal ha reconocido que el estándar más estricto es tan requerido en los casos de desacato penal como en todos los demás casos penales, y ha enfatizado que *el «vicio de vaguedad» es especialmente pernicioso cuando el poder legislativo opera sobre un área que involucra la expresión*, la prensa, la petición y la asamblea. En esta área, la afirmación de que un estatuto es nulo si «*intenta cubrir tanto que efectivamente no cubre nada*», adquiere doble significado. Porque un estatuto, lo suficientemente

amplio como para respaldar la restricción de discursos, escritos, pensamientos y asambleas públicas, contra el mandato inequívoco de la Primera Enmienda, necesariamente deja que todas las personas adivinen lo que realmente quiere cubrir la ley, y el temor de una suposición errónea inevitablemente lleva a la gente a renunciar a los mismos derechos que la Constitución buscaba proteger sobre todos los demás (...) La vaguedad se vuelve aún más intolerable en esta área si uno acepta, como lo hace hoy la Corte, un test de ponderación para decidir si se protegerán los derechos de la Primera Enmienda. Es difícil, en el mejor de los casos, hacer que un hombre adivine, sobre la pena de prisión, si un tribunal considerará la necesidad del Estado de cierta información superior al interés de la sociedad en una libertad sin restricciones. Es inconcebible hacerle elegir entre el derecho a guardar silencio y la necesidad de hablar cuando el estatuto que supuestamente establece el «interés del estado» es demasiado vago como para orientarlo (...) Si el Congreso quiere que se investiguen ideas, si incluso quiere que se investiguen en el campo de la educación, debe estar preparado para decirlo de manera expresa e inequívoca” (cursivas propias); *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959) 150 s.; *AMSTERDAM*, U. Pa. L. Rev. 109 (1960) 67-116; *Cramp v. Board of Public Instruction of Orange County* 368 U.S. 278 (1961), 288; *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963); *Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360 (1964), 372; *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589 (1967), 599, 613 s.; *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), 108 s.: “Un principio básico del debido proceso es que una directiva es nula por vaguedad si sus prohibiciones no están claramente definidas. Las leyes vagas ofenden varios valores importantes. Primero, porque asumimos que el hombre es libre de conducirse entre conductas legales e ilegales, insistimos en que las leyes le dan a la persona de inteligencia ordinaria una oportunidad razonable de saber qué está prohibido, para que pueda actuar en consecuencia. Las leyes vagas pueden atrapar a los inocentes al no proporcionarles una advertencia justa. En segundo lugar, si se quiere prevenir la aplicación arbitraria y discriminatoria, las leyes deben proporcionar estándares explícitos para quienes los aplican. Una ley vaga, de forma inadmisiblemente, delega asuntos políticos básicos a los policías, jueces y jurados para su resolución sobre una base *ad hoc* y subjetiva, con los peligros que conlleva la aplicación arbitraria y discriminatoria. Tercero, pero relacionado, cuando un vago estatuto «se establece en áreas sensibles de las libertades básicas de la Primera Enmienda» este «actúa para inhibir el ejercicio de [esas] libertades». Los significados inciertos inevitablemente llevan a los ciudadanos a «moverse mucho más lejos de la zona ilegal ... que si los límites de las áreas prohibidas estuvieran claramente marcados»; *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974) 567 ss.; *Hynes v. Mayor of Oradell*, 425 U.S. 610 (1976); *KARST*, U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 29 s.; *BOGEN*, Md. L. Rev. 37 (1978), 714-726; *POST*, Calif. L. Rev. 82 (1994), 491-507; *O’NEILL*, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 232; *STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN*, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 121-124; *CHEMERINSKY*, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 941 ss.

¹⁹¹ Hablemos ahora de la doctrina de la excesiva amplitud –*overbreadth*–. En la sentencia *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), 108 s., se va a definir esta doctrina con claridad, poniéndola en contraste con la doctrina de la nulidad por vaguedad y enseñándonos la conexión de esta doctrina con las patologías que vimos anteriormente: “Una directiva clara y precisa puede ser, sin embargo, «demasiado amplia» si, en su alcance, prohíbe conducta protegida constitucionalmente (...) La pregunta crucial es, entonces, si la ordenanza extiende dentro de sus prohibiciones aquello que no puede ser castigado bajo las Enmiendas Primera y Decimocuarta”. En este mismo sentido v. también: *Thomhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), 105; *United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967); Note, *Harv. L. Rev.* 83 (1970), 844-927; *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971); *Gooding v. Wilson*, 405 U. S. 518 (1972), 520 ss.; *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U. S. 601 (1973) 612; *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975), 215 s.; *KARST*, U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 38 s.; *BOGEN*, Md. L. Rev. 37 (1978), 705-714; *MONAGHAN*, *Sup. Ct. Rev.* 1 (1981), 1-39; *New York v. Ferber*, 458 U. S. 747 (1982), 772; *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*, 472 U. S. 491 (1985), 503; *Regan v. Time, Inc.*, 468 U. S. 641 (1984), 650 s.; *City of Houston v. Hill*, 482 U.S. 451 (1987): “Los estatutos criminales deben examinarse con especial cuidado (...) Aquellos que hacen ilegal una cantidad sustancial de conducta protegida constitucionalmente pueden ser considerados inválidos facialmente, incluso si también tienen una aplicación legítima (...) Si bien apreciamos las dificultades de redactar leyes precisas, hemos invalidado repetidamente las leyes que brindan a la policía discreción sin restricciones para arrestar a individuos por palabras o conductas que los molesten u ofendan. Como la Corte observó hace más de un siglo, «Ciertamente, sería peligroso si la legislatura pudiera establecer una red lo suficientemente grande como para atrapar a todos los posibles infractores, y dejar que los tribunales intervengan y digan quién puede ser detenido legítimamente y quién debe hacerlo». En *Lewis*, el Juez Powell elaboró la base de nuestra preocupación con tales leyes de redondeo y barrido: «Esta ordenanza, según la interpretación de la Corte Suprema de Luisiana, confiere a la policía un poder virtualmente sin restricciones para arrestar y acusar a las personas por una violación. Muchos arrestos se realizan en situaciones «individuales» en las que «los únicos testigos son el oficial que realiza el arresto y la persona

(v) Y, finalmente, podemos terminar destacando, dentro de ese conjunto, la longeva doctrina en contra de las restricciones previas. Esta doctrina apunta hacia la forma clásica de censura. Básicamente, lo que hace es levantar una fuerte presunción contra cualquier directiva que busque limitar, gravar, entorpecer, dificultar, acciones comunicativas con antelación a que estas se produzcan¹⁹².

acusada. Todo lo que se requiere para la condena es que el tribunal acepte el testimonio del oficial de que se había utilizado un lenguaje obsceno u oprobioso hacia él mientras cumplía con sus deberes ...» (...) “Contrariamente al argumento de la ciudad, es poco probable que limitar la aplicación de la ordenanza a las «palabras de pelea» genuinas sea incompatible con el desempeño completo y adecuado de los deberes de un oficial ... [Generalmente] es innecesario [acusar a una persona] con la ofensa menos grave de dirigir palabras obscenas al oficial. El tipo de ordenanza actual tiende a invocarse solo cuando no hay otra base válida para arrestar a una persona sospechosa o sospechosa. La oportunidad de abuso, especialmente cuando un estatuto ha recibido una interpretación virtualmente abierta, es evidente”; Board of Airport Comm'rs v. Jews for Jesus, Inc., 482 U.S. 569 (1987), 571, 577; Boos v. Barry, 485 U.S. 312 (1988), 329; GREENAWALT, *Speech*, 1989, 204 s.: “La Corte [de Warren] a menudo hablaba indistintamente sobre la vaguedad y la excesiva amplitud, aunque existe una distinción importante entre los dos tipos de defectos legales. Una ley vaga no da una advertencia justa sobre qué comportamiento está prohibido. Un estatuto excesivamente amplio alcanza casos de comportamiento protegidos constitucionalmente. Los estatutos excesivamente amplios a menudo también son vagos, pero, incluso cuando no lo son, pueden generar una dificultad como la vaguedad. Mientras una parte de la cobertura estatutaria sea inadmisibles, un ciudadano que no esté seguro de cómo los tribunales marcarán el límite entre la cobertura permisible e inadmisibles será incierto en cuanto a lo que puede hacer de manera segura”; Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990); FALLON, Yale L.J. 100 (1991), 853-908; Forsyth County v. Nationalist Movement, 505 U.S. 123 (1992), 129; Chicago v. Morales, 527 U.S. 41 (1999), 52; O’NEILL, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 232; Ashcroft et. al. v. Free Speech Coalition et. al., 535 U.S. 234 (2002), 255 s.: “Tal argumento, en esencia, es que la expresión protegida puede ser prohibida como un medio para prohibir la expresión sin protección. Este análisis le da la vuelta a la Primera Enmienda. El gobierno no puede suprimir la expresión jurídica como el medio para suprimir la expresión antijurídica. La expresión protegida no puede quedar desprotegida simplemente porque se parece a esta última. La Constitución exige lo contrario. «El posible daño a la sociedad, al permitir que una expresión desprotegida quede sin castigo, se ve superado por la posibilidad de que la expresión protegida de otros pueda ser silenciada». La doctrina de la excesiva amplitud prohíbe al gobierno prohibir la expresión no protegida si se prohíbe o desalienta una cantidad sustancial de expresión protegida en el proceso”; STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 113-121; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 943-948; FARBER, Ind. L.J. 84 (2009), 921; Packingham v. North Carolina, 582 U.S. ____ (2017), 10.

¹⁹² Imagínenos una directiva que obliga a la prensa a presentarle el periódico o revista que produce a cierto comité para que apruebe su contenido antes de ser publicado. O una que hace lo propio con películas, libros, canciones, etc. O pensemos en una directiva que exige a los manifestantes hacer una onerosa fianza a determinada autoridad administrativa antes de marchar por las calles, parques y otros sitios públicos para cubrir cualquier eventualidad. O, finalmente, una que exige hacer una solicitud previa a una autoridad administrativa para que esta, discrecionalmente, se pronuncie sobre la eventual realización de cualquier tipo de ceremonia religiosa. Sobre la fuerte presunción contra las restricciones previas v.: Near v. Minnesota ex rel. Olson, County Attorney, 283 U.S. 697 (1931); Lovell v. City of Griffin, 303 U.S. 444 (1938), en que podemos encontrar el ejemplo de la ceremonia religiosa; Niemotko v. Maryland, 340 U.S. 268 (1951), 271, 273; Kunz v. New York, 340 U.S. 290 (1951); Marcus v. Search Warrant, 367 U.S. 717 (1961); Bantam Books, Inc. v. Sullivan, 372 U.S. 58 (1963); Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51 (1965); Shuttlesworth v. City of Birmingham, 394 U.S. 147 (1969), 151; New York Times v. United States, 403 U.S. 713 (1971), 714; Organization for a Better Austin v. Keefe, 402 U.S. 415 (1971), 419; Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad, 420 U.S. 546 (1975), 558 s.: “La presunción contra las restricciones previas es mayor –y el grado de protección es más amplio– que los límites a la expresión impuestos por las sanciones penales. Detrás de la distinción hay una teoría profundamente grabada en nuestra ley: una sociedad libre prefiere castigar a los pocos que abusan de los derechos de expresión después de violar la ley en lugar de ahogar a ellos y a todos los demás de antemano. Siempre es difícil saber de antemano lo que dirá un

4. Recapitulación

Hemos llegado al final de nuestro recorrido. Terminamos con un capítulo que se destaca, dentro del conjunto global de la tesis, por presentar dos rasgos que pueden parecer contradictorios. Por un lado, creo que nos encontramos ante el capítulo que contiene una mayor cantidad de información. Por el otro, creo que estamos ante el capítulo que resulta más fácil de resumir.

Esta aparente contradicción, esta casi que sorprendente facilidad, se debe a la forma en que está organizado este capítulo. A lo elemental que resulta su planteamiento metodológico. Observemos. El capítulo está dividido en dos partes. La primera expone un problema –lo difícil que resulta implementar la libertad de expresión–. La segunda un plan o estrategia para afrontarlo. La primera parte –narrada con en el sugerente lenguaje que nos ha prestado la medicina– busca acercarse a un diagnóstico general del tipo de *patologías* que pueden llegar a comprometer la salud de cualquiera de nuestros sistemas de la libertad de expresión. La segunda parte llama la atención sobre la necesidad de una estrategia colectiva para buscar la implementación de la libertad de expresión –una estrategia que cuente con el compromiso y esfuerzo de todos los actores sociales– y, luego, muestra, a título de ejemplo, como un buen tratamiento jurídico-constitucional ayuda a mejorar la salud de ese sistema –dejándolo menos expuesto a las patologías que puede llegar a sufrir–.

individuo, y la línea entre el discurso legítimo y el ilegítimo a menudo se dibuja tan finamente que los riesgos de una censura libre son formidables”; BOGEN, Md. L. Rev. 37 (1978), 682-695; FCC v. League of Women Voters of Cal., 468 U. S. 364 (1984), 381; O’NEILL, Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 232 s.: “En reacción a los sistemas de licencias de prensa, ahora muy vilipendiados, de los siglos XVI y XVII, la doctrina de la restricción previa impone severos límites al poder del gobierno para regular la expresión antes de que se pronuncie o publique. Las restricciones anteriores se presentan en dos formas: (1) interdictos restrictivos de la expresión y (2) sistemas de licencias que requieren un permiso o tarifa como requisito previo para participar en actividades expresivas”; Thomas v. Chicago Park Dist., 534 U.S. 316 (2002); BOLLINGER/STONE, en Bollinger/Stone (eds.), *Eternally*, 2002, 17; STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *First Amendment*, 2.^a, 2003, 124-138; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^a, 2006, 949-969; FARBER, Ind. L.J. 84 (2009), 928 s.

CONCLUSIONES

Habiendo completado el texto principal de la tesis, quisiera confesar al lector que considero que he dejado abiertas muchas más cuestiones de las que he alcanzado a cerrar. Esto tiene una explicación. Como uno de mis objetivos principales era reunir *todos* los materiales que pudieran hacer que la tarea de interpretar y aplicar el derecho constitucional a la libertad de expresión resultara menos desconcertante –tanto para mí como para mi lector–, he preferido ubicar la tesis en un nivel de generalidad que permitiera cubrir las diferentes cuestiones jurídicas, filosóficas, epistemológicas, morales, políticas, históricas, prácticas, etc., con las que se puede cruzar ordinariamente quien se ocupa de esa tarea. Esta decisión, este ambicioso intento de abarcar un terreno tan amplio –aspiración que, a mi juicio, hace que la tesis sea más completa, esté mejor equilibrada y, en definitiva, resulte más útil para la mayoría de los lectores–, me llevó, en cualquier caso, a tener que renunciar a una alternativa que quizá sea igual de interesante y tentadora. La de escoger concentrarme en tan solo uno de los temas particulares por los que hemos transitado en nuestro recorrido para intentar cerrarlo (o, al menos, para intentar desarrollarlo de forma algo más detallada o exhaustiva)¹.

En atención a todo lo anterior, y teniendo en cuenta muy especialmente ese tono introductorio que el objetivo principal que acabamos de mencionar imprimió a la tesis, quisiera que aprovecháramos este último espacio –el de las conclusiones– para, en lugar de tratar de encontrar y decir la “última palabra” sobre alguno de los asuntos abordados, hacer una reflexión final en torno a un par de interrogantes: ¿Cómo podríamos poner el foco sobre los textos que componen los capítulos anteriores de manera que cada uno de ellos pueda lucir como una herramienta práctica dispuesta a hacer más sencillo el trabajo de interpretar y aplicar el derecho constitucional a la libertad de expresión? ¿Cómo podemos organizar el encuentro de esos capítulos –de esas herramientas– en una estrategia bien definida que nos ayude a encarar ese inmenso reto colectivo de tratar de implementar este derecho en cualquiera de nuestras sociedades?

¹ Para que consideremos al menos un ejemplo, tomemos el caso del estudio que hicimos en la tesis de la obra de MILL. Estoy absolutamente convencido de que adelantar este estudio con un mayor nivel de profundidad hubiera ameritado y requerido la realización de más de una tesis doctoral.

Empezaremos esta breve reflexión final con una observación que espero que, a este punto, le resulte evidente al lector: cada capítulo de la tesis ha sido elaborado de tal manera que pueda tener cierto nivel de independencia –cada capítulo tiene la misión de trabajar en su propio terreno, de intentar abrir y cerrar sus propias reflexiones²–. Aunque existe más de una forma de apreciar y articular sus contenidos, quisiera que, para responder las preguntas que nos planteamos, y así acercarnos al objetivo puntual de estas conclusiones, pensáramos ahora en esos capítulos como una serie de recordatorios de algunas de las cuestiones elementales –casi obvias– que deberíamos tener presentes al momento de proponer una interpretación, aplicación o implementación del derecho constitucional a la libertad de expresión:

1. El primer capítulo nos sirve para recordar el indispensable papel que debe desempeñar el *sentido común*. No importa qué otros atributos tenga nuestra propuesta, al final del día nadie apostará por ella si nos olvidamos de las consecuencias prácticas que vienen ligadas a ella y terminamos utilizando el poder que otorga el derecho constitucional a la libertad de expresión para gestar la producción de escenarios absurdos. Por eso, aunque quisiéramos ser los mayores defensores de la libertad de expresión, y estemos dispuestos a invertir nuestro tiempo en la búsqueda de los argumentos que nos permitan sostener la construcción del derecho constitucional que la protege como una regla categórica que cubre todo acto comunicativo, deberíamos saber, ya de entrada, que probablemente nadie nos tomará en serio mientras nos dediquemos a crear sinsentidos. Mientras los demás tengan razones para pensar que, a pesar de nuestro muy noble esfuerzo, la implementación (absolutista) de este derecho por la que abogamos terminaría creando más problemas de los que solucionaría.

2. El segundo capítulo, por su parte, puede servirnos como un recordatorio de lo práctico que suele ser disponer de una buena *teoría* –en nuestro caso, por supuesto, tener una buena teoría sobre los *finés* que persigue el derecho constitucional a la libertad de expresión–. Para nosotros, partir hacia la teoría profunda de la libertad de expresión y

² Con esta forma de trabajar la tesis he buscado facilitar el intercambio crítico entre nosotros, quien escribe y quien lee. El lector puede ver en detalle cada uno de los pasos que nos han ido trayendo hasta aquí, por lo que podrá escoger los puntos en los que deseé separarse –recomponiendo su propio camino y llevando las cosas hacia una dirección que yo no he considerado– sin tener que desechar el resto de avances que haya encontrado de alguna utilidad. En palabras más cortas y sencillas, esta forma de trabajar puede hacer que nuestro debate sobre estos temas sea más productivo, pues nos permite ver en dónde están nuestros acuerdos y desacuerdos –en qué aspectos podemos encontrarnos más fácilmente y en qué aspectos tendríamos que seguir discutiendo y trabajando para lograr llegar a un punto más satisfactorio–.

navegar por esta junto a MILTON, KANT, MILL, HOLMES, NICKEL, RAZ, SCANLON, MEIKLEJOHN, POST o BLASI –entre muchos otros– significó poder hacer un diagnóstico de qué es lo que está en juego –la materialización del atractivo proyecto epistemológico, moral y político de nuestras sociedades– y de cuáles son los objetivos o propósitos a los que sirve este derecho. Así, trabajando de la mano de estos autores, fuimos entendiendo la importancia de la dimensión colectiva o social de esta libertad y, consecuentemente, pudimos adquirir los criterios necesarios para poder distinguir y mantener iluminado el tipo de escenarios comunicativos en el que debemos concentrar nuestra atención y poner toda nuestra energía. El tipo de escenarios que, para decirlo aún más directamente, debemos intentar crear –producir, hacer realidad– valiéndonos de una herramienta jurídica y política tan poderosa como el derecho constitucional a libertad de expresión.

3. El tercer capítulo puede servirnos para recordar la importancia de ser ingeniosos, creativos o recursivos –en nuestro caso, tener estas aptitudes resulta útil para poder desarrollar técnicamente los *medios* necesarios para alcanzar los *finés* perseguidos por el derecho constitucional a la libertad de expresión–. Estando frente al inmenso catálogo de herramientas jurídicas de las que podríamos valernos para intentar conseguir que los escenarios que tenemos en mente se produzcan –y viendo la manera en que áreas jurídicas como el DP se valen de estos materiales para diseñar y mejorar permanentemente sus enormes construcciones–, nos percatamos de la imperiosa necesidad de trabajar en el aspecto técnico-jurídico de esta joven área del Derecho. Ello, pues solo con ese trabajo podremos reducir las dimensiones de este derecho hasta llevarlo al punto en que, ya liberado de la gran presión que resulta de producir escenarios absurdos, podamos asegurar su implementación –su utilidad, vigencia e importancia– en los casos que verdaderamente nos preocupan. Solo así, en pocas palabras, podremos empezar a trazar las líneas y distinciones que, como cualquier otra área jurídica, necesitamos demarcar para facilitar la aplicación sensible e inteligente de las directivas jurídicas y la administración general del campo jurídico que nos corresponde atender.

4. Finalmente, podemos tomar el cuarto y último capítulo como un recordatorio del indispensable valor o peso de la *experiencia*. Articulando las lecciones de los capítulos precedentes –gestando el encuentro de (i) el *sentido común*, (ii) el conocimiento de los *finés* perseguidos y (iii) el ingenio o la creatividad necesarios para el desarrollo técnico de los *medios*, en una estrategia bien definida– estaremos persiguiendo las pistas correctas y, por ende, nos encontraremos más cerca de la posibilidad de presentar propuestas

realmente atractivas. Estaremos, en definitiva, desarrollando una metodología para tratar de interpretar y aplicar satisfactoriamente el derecho constitucional a la libertad de expresión. Sin embargo, tal y como pudimos constatar al fijarnos en el caso estadounidense, solo el esfuerzo colectivo y el paso del tiempo –ese tener que estar borrando, corrigiendo, moviendo, puliendo, enmendando, etc., las líneas ya trazadas ante la sorpresiva irrupción de casos que no se habían anticipado– podrá ayudarnos a madurar y a alcanzar desarrollos significativos de esa idea de tener una elaboración dogmática del derecho a la libertad de expresión. Solo la reflexión y la *experiencia*, para finalizar con otras palabras, podrá hacer que vayamos encontrando un punto de equilibrio desde el que podamos acercarnos constante y sistemáticamente al cumplimiento de los propósitos u objetivos sociales a los que este derecho sirve sin tener que pagar costos excesivos o innecesarios en el camino.

* * * * *

Being so close to the end of this journey, I would like to make a confession to the reader: I believe that many of the things that we address in the thesis remain open. There is an explanation for that. One of my main objectives was to collect all the materials that could make the task of interpreting and applying the constitutional right to freedom of speech less disconcerting –for me and my reader–. For that reason, I made the decision of put the thesis in a level of generality that allowed me to cover all the different legal, philosophical, epistemological, moral, political, historical, practical, etc. issues, that could be a part of that difficult task. This decision, this ambitious attempt to cover such a broad terrain –attempt that, in my opinion, makes the thesis more complete, balanced and useful for most readers–, has driven me to renounce to an alternative approach that could be equally interesting: choose just one of the particular issues that we have seen in the thesis and, then, focus on it until the end.

In view of the above –specially the introductory tone that the main objective gives to the thesis–, instead of trying to say the "last word" on one of the issues addressed, I would like to use this last space –the conclusions– to make a final reflection around a couple of questions: How we could light up the different chapters of the thesis so that each of them can look like a practical tool designed to make the work of interpreting and applying the constitutional right to freedom of expression easier? How we can organize the meeting of these chapters –of these tools– into a well-defined strategy that will help

us to deal with the immense collective challenge of trying to implement this right in any of our societies?

Let me begin this final reflection with an observation that I hope that, at this point, will be evident to the reader: each chapter of the thesis has been prepared with a certain level of independence—each chapter was charged with the mission of working on his own ground and make his own reflections—. Although there is more than one way to appreciate and articulate its varied contents, I would like that we take a moment to think in these chapters as a series of reminders of some elementary—almost obvious—points that we should keep in mind when we propose an interpretation, application or implementation of the constitutional right of freedom of expression:

1. The first chapter serves as a reminder of the indispensable role of *common sense*. No matter what other attributes our proposal has, at the end of the day nobody will bet on it if we forget to consider the practical consequences that are linked to it and end up using the power granted by the constitutional right to freedom of speech to produce a ridiculous scene. For this reason, even if we would like to be the greatest defenders of the freedom of speech, and we are determined to invest all our time in the search of arguments that could uphold the construction of the free speech right as a categorical rule that covers all communicative acts, we should know, from the outset, that nobody will take us seriously while we dedicate ourselves to create nonsenses. While other persons have reasons to believe that, despite our very noble intentions, the (absolutist) implementation of this right that we advocate would end up creating more problems than it would solve.

2. The second chapter, for its part, can remind us how practical it is to have a good *theory* at hand—in our case, of course, a good theory about the objectives pursued by the constitutional right to freedom of expression—. For us, navigate in the deep theory of the freedom of expression with MILTON, KANT, MILL, HOLMES, NICKEL, RAZ, SCANLON, MEIKLEJOHN, POST or BLASI—among many others—, was crucial. That trip let us make a diagnostic of what it is really at stake—the materialization of the very attractive (epistemological, moral and political) project of our societies—and which are the main objectives pursued by this right. Working hand in hand with these authors, we learned about the importance of the collective or social dimension of this freedom and, consequently, we acquire the guidelines that let us illuminate the type of communicative

events that we must try to create by using the constitutional right to freedom of expression as a powerful legal and political tool.

3. The third chapter may serve us to remind the importance of being resourceful or creative—in our case, having these skills seems necessary to be able to develop the *means* that are necessary to achieve the *ends* pursued by the constitutional right to freedom of expression—. Facing the immense catalog of legal tools that we could use to create the scenarios that we have in mind since the second chapter—and after seeing how legal areas such as the criminal law use these materials to design and permanently improve their legal constructions—, we became aware of the imperative need to work in the technical-legal aspect of this relative young area of the law. Only with this kind of work we can reduce the dimensions of this right until it gets to a point in where, relieved of the great pressure of producing ridiculous situations, we could ensure its implementation—its usefulness, force, and importance— in the cases that worry us. Only then, in a few words, we can begin the drawing of the lines and distinctions that, like any other legal area, we need to demarcate to facilitate the sensitive and intelligent application of the directives that correspond to us in this legal field.

4. Finally, we can take the fourth and final chapter as a reminder of the value or weight of the *experience*. By articulating the lessons of the previous chapters—by the meeting of: (i) *common sense*, (ii) the knowledge of the pursued *ends* and (iii) the creativity necessary for the technical development of the *means* necessary to achieve those ends, in a well-defined strategy— we will start the chasing of the right clues and, therefore, we will be closer to the possibility of presenting really attractive proposals. We will, in short, have a methodology to interpret and apply the constitutional right to freedom of expression. However, as we could see when we were looking at the US case, only the collective effort and the time—the possibility of erase, correct, move, polish, amend, etc., the lines we tentatively draw when the surprising irruption of a new and unexpected case demands it— can help us become more mature and more prepared to achieve a truly dogmatic elaboration of the right to freedom of expression. Only reflection and *experience*, to conclude the thesis with other words, can make us find a balance point from which we can constantly and systematically approach to the fulfillment of the social objectives that this right serves without having to pay excessive or unnecessary costs along the way.

BIBLIOGRAFÍA*

DOCTRINA

AARNIO, Aulis: *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, en: *Doxa* 8 (1990), 23-38.

ACKERMAN, Bruce: *Why Dialogue?*, en: *J. Philos.* 1 (1989), 5-22.

ALCHOURRÓN, Carlos E./BULYGIN, Eugenio: *Sistemas normativos. introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2.^a, Astrea, Buenos Aires, 2012.

ALENIKOFF, Alexander: *Constitutional Law in the Age of Balancing*, en: *Yale L.J.* 96 (1986-1987), 943-1005.

ALEXANDER, Larry: *Incomplete Theorizing*, en: *Notre Dame L. Rev.* 72 (1996-1997), 531-544.

- "*With Me, It's All er Nuthin*": *Formalism in Law and Morality*, en: *U. Chi. L. Rev.* 66 (1999), 530-565.
- *The method of text and?: Jack Balkin's originalism with no regrets*, en: *U. Ill. L. Rev.* (2012), 611-622.
- *Is Freedom of Expression a Universal Right?*, en: *San Diego L. Rev.* 50 (2013), 707-720.

ALEXANDER, Larry/SCHAUER, Frederick: *Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire*, en: *Wm. & Mary L. Rev.* 48 (2006-2007), 1579-1603.

ALEXANDER, Larry/SHERWIN, Emily: *The deceptive nature of rules*, en: *U. Pa. L. Rev.* 142 (1994), 1191-1225.

ALEXANDER, Lawrence/HORTON, Paul: *The Impossibility of a Free Speech Principle*, en: *Nw. U. L. Rev.* 78 (1983-1984), 1319-1357.

* Las palabras en negrita cursiva son las utilizadas para la cita abreviada.

ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ÁLVAREZ GÓMEZ, Mariano: *La pretensión ontológica del pluralismo*, en: *Azafea. Rev. filos.* 6 (2004), 61-111.

AMSTERDAM, Note: *The void-for-vagueness doctrine in the Supreme Court*, en: *U. Pa. L. Rev.* 109 (1960) 67-116.

ARANGO, Iván Darío: *Dificultades de la democracia. Bases de ética política*, Universidad de Antioquia, Medellín, 2010.

ARENDT, Hannah: *Filosofía y política: Heidegger y el existencialismo* (Trad. de: Martínez Rubio, Elena), Besatari, Bilbao, 1997.

- *La condición humana* (Trad. de: Gil Novales, Ramón), Paidós, Buenos Aires, 2003.
- *Conferencias sobre la filosofía política de Kant* (Trad. de: Corral, Carmen), Paidós, Buenos Aires 2003.
- *Sobre la revolución* (Trad. de: Bravo, Pedro), Alianza, Madrid, 2013.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea-Ética eudemia* (Trad. de: Pallí Bonet, Julio), Gredos, Madrid, 1985.

ATIENZA, Manuel, Argumentación y *constitución*, en: *AFD* (2007), 197-228.

ATRIA, Fernando: *La forma del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

AUDI, Robert: *Epistemology. A Contemporary Introduction to the Theory of Knowledge*, 3.^a, Routledge, Nueva York/Londres, 2011.

BAIRD, Douglas/WEISBERG, Robert: *Rules, standards, and the battle of the forms: A reassessment of § 2-207*, en: *Va. L. Rev.* 68 (1982), 1217-1262.

BAKER, Edwin, Autonomy and Hate Speech, en: Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech and democracy*, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2009, 139-157.

BALDÓ LAVILLA, Francisco: Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito, en: *LH-Roxin (Barcelona)*, 1997, 357-386.

BALKIN, Jack: *Some realism about pluralism: legal realist approaches to the first amendment*, en: *Duke L.J.* (1990), 375-430.

- *Promise of Legal Semiotics*, en: *Tex. L. Rev.* 69 (1991), 1831-1852.
- *Ideological Drift and the Struggle over Meaning*, en: *Conn. L. Rev.* 25 (1993), 869-891.
- *Cultural Software: A Theory of Ideology*, Yale University Press, New Haven, 1998.
- *The Declaration and the Promise of a Democratic Culture*, en: *Widener L. Symp. J.* 4 (1999), 167-180.
- *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, en: *N.Y.U. L. Rev.* 79 (2004), 1-58.
- *Original meaning and constitutional redemption*, en: *Const. Comment.* 24 (2007), 427-532.
- *Media Access: A Question of Design*, en: *Geo. Wash. L. Rev.* 76 (2008), 933-945.

BARBER, Benjamin: *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, University of California Press, Berkeley, 1984.

BARENDT, Eric: *Freedom of speech*, 2.^a, Oxford University Press, Oxford, 2005.

BARNETT LIDSKY, Lyriisa: *Nobody's Fools: The Rational Audience as First Amendment Ideal*, en: *U. Ill. L. Rev.* (2010), 799-850.

BARRON, Jerome: *Access to the Press. A New First Amendment Right*, en: *Harv. L. Rev.* 80 (1967), 1641-1678.

BARRON, Richard: *Free Speech and the Social Technologies of Democracy, Scientific Inquiry and the Free Market*, en: Golash (ed.), *Freedom of Expression in a diverse world*, Spinger, Dordrecht-Heidelberg-London-New York 2010, 3-11.

BAYÓN, Juan Carlos: *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, en: *Doxa* 24 (2001), 5-65.

BELKNAP, Michael: *Dennis v. United States: Great case of cold war relic?*, en: *J. Sup. Ct. Hist.* (1993), 41-58.

BENHABIB, Seyla: *The claims of culture: Equality and diversity in the global era*, Princeton University Press, Princeton, 2002.

- *Los Derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos* (Trad. de: Zadunaisky, Gabriel), Gedisa, Barcelona, 2005.
- *El ser y el otro en la ética contemporánea: Feminismo, comunitarismo y posmodernismo* (Trad. de: Zadunaisky, Gabriel), Gedisa, Barcelona, 2006.

BENKLER, Yochai: *Free as the air to common use: first amendment constraints on enclosure of the public domain*, en: *N.Y.U. L. Rev.* 74 (1999), 364-386.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Tecnos, Madrid, 1987.

BERLIN, Isaiah: *Cuatro ensayos sobre la libertad* (Trad. de: Urrutia, Belen/Bayón, Julio/Rodríguez Salmones, Natalia), Alianza, Madrid, 1988.

- *El Estudio adecuado de la humanidad* (Trad. de: González Aramburo, Francisco/Neira, María Antonia/Rodríguez Toro, Hero/Utrilla, Juan José), Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2009.

BEVIER, Lillian: *The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle*, en: *Stan. L. Rev.* 30 (1978), 299-358.

- *Money and Politics: A Perspective on the First Amendment and Campaign Finance Reform*, en: *Cal. L. Rev.* 73 (1985), 1045-1090.

BHAGWAT, Ashutosh, *The test that ate everything: Intermediate scrutiny in first Amendment jurisprudence*, en: *U. Ill. L. Rev.* (2007), 783-838.

- *The myth of Rights: the purposes and limits of constitutional rights*, Oxford, Nueva York, 2010.

- *Free Speech Without Democracy*, en: U.C. Davis L. Rev. 49 (2015), 59-121.
- *The Democratic First Amendment*, en: Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1097-1124.

BINDER, Guyora/WEISBERG, Robert: *Cultural Criticism of Law*, en: Stan. L. Rev. 49 (1996-1997), 1149-1222.

BISBAL TORRES, Marta: *La Libertad de expresión en el pensamiento liberal: John Stuart Mill y Oliver Wendell Holmes*, Tesis doctoral inédita, dirigida por Carmelo Gómez Torres, Universitat de Lleida. Departament de Dret Públic, 2005.

BLASI, Vincent: *The Checking Value in First Amendment Theory*, en: Am. B. Found. Res. J. (1977), 521-649.

- *The Pathological Perspective and the First Amendment*, en: Colum. L. Rev. 85 (1985), 449-514.
- *Learned Hand and the Self-Government Theory of the First Amendment: Masses Publishing Co. v. Patten*, en: U. Colo. L. Rev. 61 (1990), 1-37.
- *Holmes and the Marketplace of Ideas*, en: Sup. Ct. Rev. (2004), 1-46.
- *The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v. California*, en: Wm. & Mary L. Rev. 29 (1988), 653-697.
- *Democratic Participation and the Freedom of Speech: A Response to Post and Weinstein*, en: Va. L. Rev. 97 (2011), 531-540.
- *Ideas of the First Amendment*, Thomson/West, Eagan, 2012.

BLOCHER, Joseph: *Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis*, en: N.Y.U. L. Rev. 84 (2009), 375-439.

BOBBIO, Norberto: *Democracia y pluralismo*, en: RCP 1-2 (1986), 127-137.

- *El futuro de la democracia* (Trad. de: Fernández Santillán, José), Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política* (Trad. de: Fernández Santillán, José), Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

- *Igualdad y libertad*, (Trad. de: Aragón Rincón, Pedro), Barcelona, Paidós, 1993.
- BOGEN, *First Amendment Ancillary Doctrines*, en: Md. L. Rev. 37 (1978), 679-738.
- BOLLINGER, Lee, *The Tolerant Society*, Oxford University Press, Nueva York, 1986.
- *The First Amendment's Original Sin*, en: U. Chi. L. Rev. 72 (2005), 417-428.
- BOLLINGER, Lee/STONE, Geoffrey: Dialogue, en: Bollinger/Stone (eds.), *Eternally Vigilant. Free speech in the modern era*, University of Chicago Press, Chicago, 2002, 1-31.
- BORK, Robert: *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, en: Ind. L.J. 47 (1971), 1-35.
- BRADDON-MITCHELL, David/WEST, Caroline: *What is Free Speech?*, en: J. Political Philos. 12 (2004), 437-460.
- BRANDEIS, Louis: voto concurrente en: *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).
- BRENAN, William: en: *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 270 (1964).
- voto concurrente en: *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965).
 - voto disidente en: *Walker v. City of Birmingham*, 388 U.S. 307 (1967).
 - voto de disenso en: *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138 (1983).
 - voto concurrente en: *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988).
- BREST, Paul: *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, en: B.U.L. Rev. 60 (1980), 204-238.
- BREYER, Stephen, *Madison lecture our democratic constitution*, en: N.Y.U. L. Rev. 77 (2002), 245-272.
- BRISON, Susan: *The autonomy defense of free speech*, en: Ethics 108 (1998), 312-339.
- *Speech, harm, and the mind-body problem in first amendment jurisprudence*, en: Legal Theory 4 (1998), 39-61.

BURSTEIN, Michael: *Towards a new standard for first amendment review of structural media regulation*, en: N.Y.U. L. Rev. 79 (2004), 1030-1069.

CAMPBELL, Tom: *The legal theory of ethical positivism*, Routledge, Londres, 1996.

CARDOZO, Benjamin: en: *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

CARPENTER, Dale, *The Antipaternalism Principle in the First Amendment*, en: Creighton L. Rev. 37 (2004), 579-651.

CARRIÓ, Genaro: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3.^a, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago: *Ciencias Sociales, violencia epistémica y el problema de la invención del otro*, en: Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Clacso, Buenos Aires, 1993, 88-98.

- *Revoluciones sin sujeto. Slavoj Žižek y la crítica del historicismo posmoderno*. Akal, Ciudad de México, 2015.

CASTORIADIS, Cornelius: *Los Dominios del hombre. Las encrucijadas del laberinto*, 3.^a, Gedisa, Barcelona, 1995.

CAUTE, David: *The Great Fear: The Anti-Communist Purge Under Truman and Eisenhower*, Simon and Schuster, New York, 1978.

CEPLAIR, Larry/ENGLUND, Steven: *The Inquisition in Hollywood. Politics in the film community, 1930-60*, University of Illinois Press, Illinois, 1979.

CHAFEE, Zechariah, Jr: *Freedom of speech in war time*, en: Harv. L. Rev. 32 (1918-1919), 932-973.

CHEMERINSKY, Erwin: *Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application*, en: S. Cal. L. Rev. 74 (2000), 49-64.

- *Constitutional Law*, 3.^a, Aspen, Nueva York, 2006.

COHEN, Joshua: Freedom of Expression, en: Heyd (ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton University Press, New Jersey, 1996, 173-225.

COHEN, Jean/ARATO, Andrew: *Sociedad Civil y Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

COHEN-ELIYA, Moshe/ PORAT, Iddo: *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, en: Int'l J. Const. L. 8 (2010), 263-286.

COLOM, Francisco: *Razones de identidad: Pluralismo cultural e integración política*, Anthropos, Barcelona, 1998.

COLOMER, Josep: *Ilustración y liberalismo en Gran Bretaña: J. Looke, D. Hume, los economistas clásicos, los utilitaristas*, en: Vallespín (comp.), **Historia de la Teoría Política**, 3, Alianza, Madrid, 2002, 11-103.

CONNOLLY, William: *Identity/Difference: Democratic Negotiations of Political Paradox*, University of Minnesota, Minnesota, 1991.

CORTÉS RODAS, Francisco: *El reto de la democracia ante el despotismo: Benjamin Constant y Alexis de Tocqueville*, en: Estudios Políticos 40 (2012), 15-37.

CURTIS, Charles: *A Better Theory of Legal Interpretation*, en: Vand. L. Rev. 3 (1950), 407-437.

DAHL, Robert: *La democracia. Una guía para los ciudadanos* (Trad. de: Vallespín, Fernando), Taurus, México, 2006.

- *Democracia y sus críticos* (Trad. de: Wolfson, Leandro), Paidós, Barcelona, 1992.

DANCY, Jonathan: *Introducción a la epistemología contemporánea* (Trad. de: Prades Celma, José), Tecnos, Madrid, 1993.

DELGADO, Richard/MILLEN, David: *God, Galileo, and Government: Toward Protection for Scientific Inquiry*, en: Wash. L. Rev. 53 (1978), 349-404.

DELLINGER, Walter: *Of Rights and Remedies: The Constitution as a Sword*, en: Harv. L. Rev. 85 (1972), 1532-1564.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *Corrupción y delitos contra la administración pública. Insuficiencias y límites del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción: El ejemplo Español*, en: Revista de Derecho, 7 (2004), 147-196.

DIVER, Colin: *The Optimal Precision of Administrative Rules*, en: Yale L.J. 93 (1983), 65-109.

DUVAL, Benjamin: *Free Communication of Ideas and the Quest for Truth: Toward a Teleological Approach to First Amendment Adjudication*, en: Geo. Wash. L. Rev. 41 (1972), 161-259.

DWORKIN, Ronald: *Hard cases*, en: Harv. L. Rev. 88 (1974-1975), 1057-1109.

- *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Nueva York, 1977.
- *Law's Empire*, Harvard University Press, Nueva York, 1986.
- *Foreword*, en: Hare/Weinstein (eds.), **Extreme Speech** and democracy, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2009, v-ix.

EASTERBROOK, Frank: *Foreword: The Court and the Economic System*, en: Harv. L. Rev. 98 (1984), 4-60.

EHRlich, Isaac/POSNER, Richard: *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, en: J. Legal Stud. 3 (1974), 257-286.

EMERSON, Thomas: *The Doctrine of Prior Restraint*, en: Law & Contemp. Prob. 20 (1955), 648-671.

- *Toward a general theory of the first amendment*, Random House, Nueva York, 1966.
- *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, en: Cal. L. Rev. 68 (1980), 422-481.
- *The Affirmative Side of the First Amendment*, en: Ga. L. Rev. 15 (1981), 795-849.

ENDICOTT, Timothy: *Palabras y reglas: ensayos en filosofía del Derecho*, Fontamara, México DF, 2004.

ESCOBAR ROCA, Guillermo: *Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss*, en: REDC 58 (2000), 361-374.

FAIGMAN, David: *Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles Versus Supreme Court Practice*, en: Va. L. Rev. 78 (1992), 1521-1580.

- *Constitutional Adventures in Wonderland: Exploring the Debate Between Rules and Standards Through the Looking Glass of the First Amendment*, en: Hastings L.J. 44 (1993), 829-842.

FALLON, Richard: *A constructivist coherence theory of constitutional interpretation*, en: Harv. L. Rev. 100 (1986-1987), 1189-1286.

- *Making Sense of Overbreadth*, en: Yale L.J. 100 (1991), 853-908.
- *Ruminations on the work of Frederick Schauer*, en: Notre Dame L. Rev. 72 (1996-1997), 1391-1414.
- *The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse*, en: Colum. L. Rev. 97 (1997), 1-56.
- *Implementing the Constitution*, en: Harv. L. Rev. 111 (1997-1998), 54-152.
- *How to Choose a Constitutional Theory*, en: Cal L. Rev. 87 (1999), 535-579.
- **Implementing the Constitution**, Harvard University Press, Harvard, 2001.
- *Strict Judicial Scrutiny*, en: UCLA L. Rev. 54 (2006-2007), 1267-1338.
- *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, 2.^a, Cambridge University Press, Nueva York, 2013.
- *The Meaning of Legal "Meaning" and Its Implications for Theories of Legal Interpretation*, en: U. Chi. L. Rev. 82 (2015), 1235-1308.

FARBER, Daniel A.: *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*, en: Harv. L. Rev. 105 (1991), 554-583.

- *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, en: Ind. L.J. 84 (2009), 917-938.

FARBER, Daniel A./FRICKEY, Philip: *Practical Reason and the First Amendment*, en: UCLA L. Rev. 34 (1987), 1615-1656.

FARBER, Daniel A./NOWAK, John E.: *The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication*, Va. L. Rev. 70 (1984), 1219-1266.

FEINBERG, Joel: *The Moral limits of the criminal law*, I, Oxford University Press, Nueva York, 1987.

- *The Moral limits of the criminal law*, II, Oxford University Press, Nueva York, 1988.
- *The Moral limits of the criminal law*, III, Oxford University Press, Nueva York, 1989.
- *The Moral limits of the criminal law*, IV, Oxford University Press, Nueva York, 1990.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Ibáñez, Perfecto Andrés/Ruiz Miguel, Alfonso/Bayón Mohino, Juan Carlos/Terradillos Basoco, Juan/Cantarero Bandrés, Rocío) Trotta, Madrid, 1995.

FICHTE, Johann: *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos* (Trad. de Oncina Coves, Faustino). Tecnos, Madrid, 1986.

FISS, Owen M.: *Objectivity and Interpretation*, en: Stan. L. Rev. 34 (1982), 739-763.

- *Free Speech and Social Structure*, en: Iowa L. Rev. 71 (1986), 1405-1425.
- *Capitalism and Democracy*, en: Mich. J. Int'l L. 13 (1992), 908-920.
- *Liberalism divided: freedom of speech and the many uses of State power*, Westview Press, Boulder, 1996.

FRANTZ, Laurent: *The First Amendment in the Balance*, en: Yale L.J. 71 (1961-1962), 1424-1450.

- *Is the First Amendment Law--A Reply to Professor Mendelson*, en: Cal. L. Rev. 51 (1963), 729-754.

FRANCIONE, Gary: *Experimentation and the Marketplace Theory of the First Amendment*, en: U. Pa. L. Rev. 136 (1987), 417-512.

FRANKFURTER, Felix: voto concurrente en: *Dennis v. United States*, U.S. 494 (1951).

FRASER, Nancy: *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1997.

FRIED, Charles: *Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court's Balancing Test*, en: Harv. L. Rev. 76 (1963), 755-778.

- *The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty*, en: U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 225-253.

FRIEDMAN, Lawrence: *Legal Rules and the Process of Social Change*, en: Stan. L. Rev. 19 (1967), 786-840.

FUCHS, Alan: *Further Steps Toward a General Theory of Freedom of Expression*, en: Wm. & Mary L. Rev. 18 (1976), 347-377.

FULLER, Lon: *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio: *Interpretar, argumentar, decidir*, en: ADP (2005), 31-73.

- *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, en: Isegoría 35 (2006), 151-172.
- *Razonamiento jurídico y argumentación: nociones introductorias*, Zela, Puno, 2017.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Estudios Penales*, Bosch, Barcelona, 1984.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio: *La democracia constitucional: entre la libertad y la igualdad*, en: Estudios Políticos 7-8, (1996), 121-146.

GARDNER, James: *Shut Up and Vote: A Critique of Deliberative Democracy and the Life of Talk*, en: Tenn. L. Rev. 63 (1996), 421-451.

- *Democracy Without a Net? Separation of Powers and the Idea of Self-Sustaining Constitutional Constraints on Undemocratic Behavior*, en: *St. John's L. Rev.* 79 (2005), 293-318.

GAVIRIA, Carlos: en sentencia CConst T-104/1996 de 8 de marzo.

- *¿Qué es el tercer estado?» de Siéyes, y el constitucionalismo colombiano*, en: *Estudios Políticos* 1 (1992), 29-33.
- *¿Cómo Educar para la Democracia?*, Agenda Cultural Gimnasio Moderno, Bogotá, 2015.

GEERTZ, Clifford: *La interpretación de las culturas* (Trad. de: Bixio, Alberto), Gedisa, Barcelona, 2003.

GEY, Steven, *The First Amendment and the Dissemination of Socially Worthless Untruths*, en: *Fla. St. U. L. Rev.* 36 (2008), 1-22.

GIDDENS, Anthony: Modernidad y autoidentidad, en: Beriain (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo* (Trad. de: Sánchez Capdequí, Celso), Anthropos, Barcelona, 1996, 33-71.

GOLDING, Martin: *Principled Decisionmaking and the Supreme Court*, en: *Colum. L. Rev.* 63 (1963), 35-58.

GÓMEZ DE ÁGREDA, Ángel: *Mundo Orwell. Manual de supervivencia para un mundo hiperconectado*, Ariel, Barcelona, 2019.

GOTTLIEB, Gidon: *The Logic of choice*, George Allen and Unwin, Londres, 1968.

GREENAWALT, Kent: *The Enduring Significance of Neutral Principles*, en: *Colum. L. Rev.* 78 (1978), 982-1021.

- *Speech, Crime, and the Uses of Language*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1989.
- *Free Speech Justifications*, en: *Colum. L. Rev.* 89 (1989), 119-155.

- *Insults and Epithets: Are They Protected Speech*, en; Rutgers L. Rev. 42 (1990), 287-308.

GREY, Thomas: *Do We Have an Unwritten Constitution?*, en: Stan. L. Rev. 27 (1975) 707 s.

GUASTINI, Riccardo: *Distinguiendo - Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999.

- *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica contemporánea, México DF, 2001.
- *Otras distinciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

GUNTHER, Gerald: *Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, en: Harv. L. Rev. 86 (1972), 1-48.

HABERMAS, Jurgen: *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4.^a, Trotta, Madrid, 2005.

HAMLYN, David: *The Theory of knowledge*, Macmillan Press, Houndmills, 1970.

HAN, David: *The Value of First Amendment Theory*, en: U. Ill. L. Rev. (2015), 87-97.

HARCOURT, Bernard: *The Collapse of the Harm Principle*, en: J. Crim. L. & Criminology 90 (1999-2000), 109-194.

HAREL, Alon: *The Boundaries of Justifiable Tolerance: A Liberal Perspective*, en: Heyd (ed.), *Tolerance: An Elusive Virtue*, Princeton University Press, New Jersey, 1996, 114-126.

HART, H.L.A.: *Dias and Hughes on Jurisprudence*, en: J. Soc'y Pub. Tchr. L. 4 (1957), 143-149.

- *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983.
- *El concepto de Derecho*, 3.^a, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- *Discretion*, en: Harv. L. Rev. 127 (2013-2014), 652-665.

HART ELY, John: *Flag desecration: A case study in the roles of categorization and balancing in First Amendment and analysis*, en: Harv. L. Rev. 88 (1974-1975), 1482-1508.

- ***Democracy and distrust. A Theory of Judicial Review***, Harvard University Press, Harvard, 1980.

HAWTHORNE, Donald/PRICE, Monroe: *Rewiring the First Amendment: Meaning, Content and Public Broadcasting*, en: Cardozo Arts & Ent. L.J. 12 (1994), 499-520.

HELD, David: *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1992.

HENKIN, Louis: *Infallibility under law: Constitutional Balancing*, en: Colum. L. Rev. 78 (1978), 1022-1049.

HENTOFF, Nat: ***Free Speech for Me-But Not for Thee: How the American Left and Right Relentlessly Censor Each Other***, Harper Perennial, Nueva York, 1993.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael: ***Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica***, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1989.

- ***Razonamientos en la sentencia judicial***, Marcial Pons, Madrid, 2013.

HOLMES, O.W.: *The Theory of Legal Interpretation*, en: Harv. L. Rev. 12 (1899), 417-420.

- en *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604 (1914).
- en *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919).
- en *Frohwerk v. United States*, U.S. 204 (1919).
- disenso en *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).
- voto disidente en *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 654 (1929).

HOROWITZ, Donald: ***Ethnic Groups in conflict***, University of California Press, Berkeley, 1985.

HORWITZ, Morton: *The transformation of American Law (1760-1860)*, Harvard University Press, Cambridge, 1994.

HORWITZ, Paul: *The First Amendment's Epistemological Problem*, en: Wash. L. Rev. 87 (2012), 445-493.

HYNEMAN, Charles: *Free Speech: At what price?*, en: Am. Political Sci. 57 (1962), 847-852.

INGRAM, Peter: *Principle and practice in Censorship*, en: Soc. Theory Pract. 4 (1977), 315-332.

JACKSON, Vicki: *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, en: Yale L. J. 124 (2014-2015), 3167.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992.

JONES, Harry: *The brooding Omnipresence of the Constitutional Law*, en: Vt. L. Rev. 4 (1979), 28.

KAIRYS, David: *Freedom of Speech*, en Kairys (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Pantheon Books, Nueva York, 1982, 140-171.

KAGAN, Elena: *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, en: U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 413-517.

- en: voto concurrente en: Reed v. Town of Gilbert, 135 S.Ct. 2218, 576 U.S. (2015).

KALVEN, Harry: *The Negro and the First Amendment*, Ohio State University Press, Columbus, 1966.

- *The Reasonable Man and the First Amendment: Hill, Butts, and Walker*, en: Sup. Ct. Rev. (1967), 267-310.
- *Upon Rereading Mr. Justice Black on the First Amendment*, en: UCLA L. Rev. 14 (1967), 428-453.

- *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in American*, Harper and Row, Nueva York, 1988.

KANT, Immanuel: Respuesta a la pregunta “¿Qué es la ilustración?”, en: Erhard/Freiherr von

Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold//Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hammann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.^a, Tecnos, Madrid, 2007, 17-25.

KAPLOW, Louis: *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, en: Duke L.J. 42 (1992), 557-629.

KARST, Kenneth: *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, en: U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 20-68.

- *Paths to Belonging: The Constitution and Cultural Identity*, en: N.C. L. Rev. 64 (1986), 303-377.

- *Local Discourse and the Social Issues*, en: Cardozo Stud. L. & Lit. 12 (2000), 1-36.

KEANE, John: *Democracy and media decadence*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013.

- *Democracia y sociedad civil* (Trad. de: Escotado, Antonio), Alianza, Madrid, 1992.

KELMAN, Mark: *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1987.

KENNEDY, Duncan: *Form and Substance in Private Law Adjudication*, en: Harv. L. Rev. 89 (1976), 1685-1778.

- *Legal Formality*, en: J. Legal Stud. 2 (1973), 351-398.

KLEHR, Harvey/HAYNES, John/FIRSIV, Fridrikh: *The Secret World of American Communism*, Yale University Press, New Haven, 1995.

KLEIN, Susan: *Miranda Deconstitutionalized: When the Self-Incrimination Clause and the Civil Rights Act Collide*, en: U. Pa. L. Rev. 143 (1994), 417-489.

- *Identifying and (Re)Formulating Prophylactic Rules, Safe Harbors, and Incidental Rights in Constitutional Criminal Procedure*, en: Mich. L. Rev. 99 (2001), 1030-1097.
- KOLBER, Adam: *The Bumpiness of Criminal Law*, en: Ala. L. Rev. 67 (2016), 861.
- KOMESAR, Neil: *Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis*, en: U. Chi. L. Rev. 51 (1984), 366-446.
- KOPPELMAN, Andrew: *Veil of Ignorance: Tunnel Constructivism in Free Speech Theory*, en: Nw. U. L. Rev. 107 (2013), 647-730.
- KOROBKIN, Russell: *Behavioral analysis and legal form: rules vs. standards revisited*, en: Or. L. Rev. 79 (2000), 23-59.
- KRESS, Ken: *Legal Indeterminacy*, en: Cal. L. Rev. 77 (1989), 283-337.
- KYMLICKA, Will: Two Models of Pluralism and Tolerance, en Heyd (ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton University Press, New Jersey, 1996, 81-105.
- Liberal complacencies, en: Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Is Multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, 1996, 31-34.
- LACEY, Alan: *Dictionary of philosophy*, 3.^a, Routledge, Londres, 1996.
- LANGER, Susanne: *Philosophy in a new key. A study in the symbolism of reason, rite, and art*, The New American Library, Estados Unidos de América, 1948.
- LATORRE LATORRE, Virgilio: *Desde la tolerancia*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.^a, Ariel, Barcelona, 1980.
- LASKI, Harold: *El liberalismo europeo*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1939.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: *Delitos contra el honor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- LAW, David/VERSTEEG, Mila: *Sham Constitutions*, en: Calif. L. Rev. 101 (2013), 863-952.

LEFORT, Claude: *Democracy and political theory* (Trad. de: Macey, David), University of Minnesota Press, Gran Bretaña, 1988.

- *Thinking with and against Hannah Arendt*, en: *Social Research* 69 (2002), 447-459.
- *El arte de escribir y lo político*, Herder, Barcelona, 2007.
- *Maquiavelo. Lecturas de lo político*, Trotta, Madrid, 2010.
- *Democracia y representación*, Prometeo, Buenos Aires, 2011.

LESSING, Gotthold: Acerca de la verdad, en: Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold//Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hammann, *¿Qué es la ilustración?*, 5.ª, Tecnos, Madrid, 2007, 67-69.

LEVY, Leonard: *Origins of the Bills of Rights*, Yale University Press, New Haven, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: Delitos contra el Honor, Desacatos y Libertad de Expresión en Derecho Penal Español, en: AAVV, *Justicia penal y libertad de prensa*, ILANUD, San José de Costa Rica, 1992, 209-230.

- *Lecciones de Derecho Penal*, 3.ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MACCORMICK, Neil: *Legal Reasoning and Legal theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

- *The Nature of Legal Reasoning: A Brief Reply to Dr. Wilson*, en: *Legal Stud.* 2 (1982), 286-290.
- Argumentación e interpretación en el Derecho, en: *Doxa* 33 (2010), 65-78.

MACCORMICK, Neil/SUMMERS, Robert: Interpretation and Justification, en: MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting Precedents: a comparative study*, Dartmouth, Aldershot, 1991, 511-544.

MACPHERSON, Crawford: *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1977.

MAESTRE, Agapito: Estudio preliminar, en: Erhard/Freiherr von Moser/Garve/Geich/Herder/Kant/Gotthold//Lessing/Riem/Schiller/Wieland/Zöllner/Hammann, *¿Qué es la Ilustración?*, 5.^a, Tecnos, Madrid, 2007, XI-XLV.

MAGARIAN, Gregory: *The Jurisprudence of Colliding First Amendment Interests: From the Dead End of Neutrality to the Open Road of Participation-Enhancing Review*, en: Notre Dame L. Rev. 83 (2007), 185–264.

MANIN, Bernard: *The principles of Representative government*, Cambridge University Press, Nueva York, 1997.

MARMOR, Andrei: Varieties of Vagueness in the Law, en: Bongiovanni/Postema/Rotolo/Sartor/Valentini/Walton (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Springer, Dordrecht, 2018, 561-580.

MARSHALL, en *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 4 Wheat. (1819).

- en *McCulloch v. Maryland*, U.S. 316 (1819).

MASSARO, Toni/NORTON, Helen: *Seriously? Free speech rights and artificial intelligence*, en: Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1169-1194.

MASSEY, Calvin: *Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression*, en: UCLA L. Rev. 40 (1992), 103-197.

MEIKLEJOHN, Alexander: *What Does the First Amendment Mean?*, en: U. Chi. L. Rev. 20 (1953), 461-479.

- *The First Amendment Is an Absolute*, en: Sup. Ct. Rev. 6 (1961) 245-266.

- *Political Freedom: the constitutional powers of the people*, Oxford University Press, Oxford, 1965.

MENDELSON, Wallace: *On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance*, en: Cal. L. Rev. 50 (1962), 821-828.

MERRILL, Thomas: *The Mead Doctrine: Rules and Standards, Meta-Rules and Meta-Standards*, en: Admin. L. Rev. 54 (2002), 807-834.

MILL, John Stuart: *Sobre la libertad* (Trad. de: de Azcárate y Flórez, Pablo), Alianza, Madrid, 2004.

MILTON, John: *Aeropagítica. Discurso sobre la libertad de prensa* (Trad. de: Curved Soler, Joan), Tecnos, Madrid, 2011.

MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 2.^a, B de F, Buenos Aires-Montevideo. 2003.

- *DPPG*, 10.^a, Reppertor, Barcelona, 2016.

MONAGHAN, Henry: *First Amendment "Due Process"*, en: Harv. L. Rev. 83 (1970), 518-551.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal, en: Carbonell Mateu/ Martínez Garay (coords.), *La justificación penal. Balances y perspectivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 13-36.

MOLINA, Esteban: *Claude Lefort: democracia y crítica del totalitarismo*, Enrahonar 48 (2012), 49-66.

MONRO, D.H.: *Liberty of expression: its grounds and limits* (II), en: Inquiry 13 (1970), 238-253.

MORESO, Juan José: *Principio de legalidad y causas de justificación: (sobre el alcance de la taxatividad)*, en: Doxa 24 (2001), 5-54.

MORESO, Juan José/VILAJOSANA, Josep: *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

MOUFFE, Chantal: *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Paidós, Barcelona, 1999.

- *The Democratic Paradox*, Verso Books, Nueva York, 2000.

MURCHISON, Brian: *Speech and the Truth-Seeking Value*, en: Colum. J.L. & Arts 55 (2015), 55-117.

NAGEL, Robert: *How Useful Is Judicial Review in Free Speech Cases*, en: Cornell L. Rev. 69 (1984), 302-340.

NAGEL, Thomas: *Personal Rights and Public Space*, en: Phil. Pub. Aff. 24 (1995), 83-107.

NANCE, Dale: *Rules, Standards, and the Internal Point of View*, en: Fordham L. Rev. 75 (2006), 1297-1316.

NASH, Jonathan Remy: *On the Efficient Deployment of Rules and Standards to Define Federal Jurisdiction*, en: Vand. L. Rev. 65 (2012), 509-561.

NICKEL, James: *Freedom of expression in a pluralistic society*, en: Law & Phil 7 (1988-1989), 281-293.

NIMMER, Melville: *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, en: Cal. L. Rev. 56 (1968), 935- 967.

NINO, Carlos Santiago: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1984.

- *Fundamentos de Derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico en la práctica judicial*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- *Introducción al análisis del Derecho*, 2.^a, Astrea, Buenos Aires, 2003.

Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, en: Harv. L. Rev. 83 (1970), 844-927.

Note, *The Speech and Press Clause of the First Amendment as Ordinary Language*, en: Harv. L. Rev., 87 (1973), 374-394.

NUSSBAUM, Martha: *A plea for Difficulty*, en: Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Is Multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, 1996, 105-114.

O'NEILL, Kevin: *A First Amendment Compass: Navigating the Speech Clause with a Five-Step Analytical Framework*, en: Sw. U. L. Rev. 29 (1999-2000), 223-300.

- OSBORNE, Raquel: *¿Son las mujeres una minoría?*, en: Isegoría 14 (1996), 79-93.
- OSIEL, Mark: *Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil*, en: Law & Soc. Inquiry 20 (1995), 481-560.
- OSHINSKY, David: *A Conspiracy So Immense: The World of Joe McCarthy*, Oxford University Press, Nueva York, 1983.
- PARCHOMOVSKY, Gideon/STEIN, Alex: *Catalogs*, en: Colum. L. Rev 115 (2015), 165-209.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)*, en: LH-Mir Puig, La Ley, Madrid, 2010.
- PARK, James: *Rules, Principles, and the Competition to Enforce the Securities Law*, en: Cal. L. Rev. 100 (2012), 115-181.
- PARSONS, Talcott: *Full Citizenship for the Negro American? A Sociological Problem*, en: Daedalus 94 (1965), 1009-1054.
- PATEMAN, Carole: *Participation and democratic theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970.
- PINKER, Steven: *En defensa de la ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso* (Trad. de: Hermida Lazcano, Pablo), Paidós, Barcelona, 2018.
- PITKIN, Hanna/SCHUMER, Sara: *On participation*, en: Democracy 4 (1982), 43-54.
- PLOTKE, David: *Representation is Democracy*, en: Constellations 4 (1997), 19-34.
- POPPER, Karl: *Lógica de la investigación científica* (Trad. de: Sánchez de Zavala, Víctor), Tecnos, Madrid, 1962.
- *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico* (Trad. de: Miguez, Nestor), Paidós, Barcelona, 1983.
 - *La sociedad abierta y sus enemigos* (Trad. de: Loedel Rodríguez, Eduardo), Paidós, Barcelona, 2006.
- POSNER, Richard: en *Mind Games, Inc. v. W. Pub. Co.*, 218 F.3d 652, (7th Cir. 2000).

- The Speech Market and the Legacy of Schenck, en: Bollinger/Stone (eds.), *Eternally Vigilant. Free speech in the modern era*, University of Chicago Press, Chicago, 2002, 120-151.
- *Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation*, en: Mich. L. Rev. 101 (2003), 952-971.

POST, Robert: *Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment*, en: Cal. L. Rev. 76 (1988), 297-336.

- *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, en: Wm. & Mary L. Rev. 32 (1991), 267-327.
- *Managing deliberation: the quandary of democratic dialogue*, Ethics 103 (1993), 654-678.
- *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*, en: U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1109-1137.
- *Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders*, en: Calif. L. Rev. 82 (1994), 491-507.
- *Recuperating First Amendment Doctrine*, en: Stan. L. Rev. 47 (1994-1995), 1249-1281.
- *Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence*, en: Mich. L. Rev. 95 (1996-1997), 15217-1559.
- *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, en: Cal. L. Rev. 88 (2000), 2353-2374.
- Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence en: Bollinger/Stone (eds.), *Eternally Vigilant. Free speech in the modern era*, University of Chicago Press, Chicago, 2002, 120-151.
- *Democracy and Equality*, en: Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 603 (2006), 24-36.
- *Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply*, en: Va. L. Rev. 97 (2011), 617-632.

POSTEMA, Gerald: *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, en: J. Legal Stud. 11 (1982), 165-203.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel/TERUEL LOZANO, Germán: *Libertad de expresión en América y Europa*, Juruá Editora, Vila Nova de Gaia/Porto, 2017.

PRIETO SANCHÍS, Luis: *El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de "El Derecho dúctil" de Gustavo Zagrebelsky)*, en: AFD 13 (1996), 125-158.

RABBAN, David: *The First Amendment in Its Forgotten Years*, en: Yale L.J. 90 (1981), 514-595.

- *The State Of Free Speech Doctrine In 1917*, en: Ariz. St. L. J. 50 (2018), 911-918.

RADIN, Margaret: *Presumptive Positivism and Trivial Cases (Symposium on Law and Philosophy)*, en: Harv. J.L. & Pub. Pol'y 14 (1991), 823-837.

RANCIÈRE, Jacques: *El odio a la democracia* (Trad. de: Pellejero, Eduardo), Amorrortu, Buenos Aires, 2006.

RAWLS, John: *Teoría de la justicia* (Trad. de: González, María Dolores), 2.^a, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1995.

RAZ, Joseph: *Free Expression and Personal Identification*, en: Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 303-324.

- How perfect should one be? And whose culture is?, en: Cohen/Howard/Nussbaum (eds.), *Is Multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, 1996, 95-99.

- *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

- *Authority and justification*, en: Phil. Pub. Aff. 14 (1985), 3-29.

REMUS IRWIN, Dana: *Freedom of Thought: The First Amendment and the Scientific Method*, en: Wis. L. Rev. (2005), 1479-1533.

RICOEUR, Paul: *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido* (Trad. de: Monges Nicolau, Graciela), 6.^a, Siglo XXI, Madrid, 2006.

RIDGWAY, James: *Changing Voices in a Familiar Conversation About Rules vs. Standards: Veterans Law at the Federal Circuit in 2011*, en: Am. U. L. Rev. 61 (2012), 1175-1233.

RIMOLI, Francesco: *Estado laico e integración en la perspectiva constitucional*, en: Isonomía 24 (2006), 51-74.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, María Teresa: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROGIN, Michael: *The Intellectuals and McCarthy: The Radical Specter*, M.I.T. Press, Cambridge, 1967.

ROSE, Carol: *Crystals and Mud in Property Law*, en: Stan. L. Rev. 40 (1988), 577-610.

ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: *Contrato social* (Trad. de: de los Ríos, Fernando), 12.^a, Espasa, Madrid, 2007 (1762).

ROXIN, Claus: *PG, I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (Trad. y notas de la 2.^a ed. Luzón Peña, Diego Manuel/Díaz y García Conlledo, Miguel/de Vicente Remesal, Javier), Civitas, Madrid, 1997.

RYLE, Gilbert: *Collected Essays 1929 - 1968: Collected papers*, 2, Routledge, Londres, 2009.

- en: Urmson/Rée (eds.), *The concise Enciclopedia of Western Philosophy and Philosophers*, 2.^a, Unwin Hyman, Londres, 1991.

SADURSKI, Wojciech: *Does the Subject Matter - Viewpoint Neutrality and Freedom of Speech*, en: Cardozo Arts & Ent. L.J. 15 (1997), 315-369.

SANDALOW, Terrance: *A Skeptical Look at Contemporary Republicanism*, en: Fla. L. Rev. 41 (1989), 523-544.

SARTORI, Giovanni: *Democracia en treinta lecciones* (Trad. de: Pradera, Alejandro), Taurus, México, 2009.

SAWARD, Michael: *Representation and Democracy: Revisions and Possibilities*, en: *Sociol. Compass* 2/3 (2008), 1000-1013.

SEDLER, Robert: *The First Amendment in Litigation: The "Law of The First Amendment"*, en: *Wash. & Lee L. Rev.* 48 (1991), 457-485.

- *The "Law of the First Amendment" Revisited*, en: *Wayne L. Rev.* 58 (2013) 1003-1086.

SCALIA, Antonin: *The Rule of Law as a Law of Rules*, en: *U. Chi. L. Rev.* 56 (1989), 1175-1188.

SCANLON, Thomas: *A Theory of Freedom of expression*, en: *Phil. Pub. Aff.* 1 (1972), 204-226.

- *Freedom of Expression and Categories of Expression*, en: *U. Pitt. L. Rev.* 40 (1979), 519-550.
- *The Difficulty of Tolerance*, en: Heyd (ed.), **Toleration: An Elusive Virtue**, Princeton University Press, New Jersey, 1996, 226-240.
- *The difficulty of Tolerance*, Cambridge University Press, Nueva York, 2003.
- *Why Not Base Free Speech on Autonomy or Democracy?*, en: *Va. L. Rev.* 97 (2011), 541-548.

SCHAUER, Frederick: *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect"*, en: *B.U. L. Rev.* 58 (1978), 685-732.

- *Response: Pornography and the first amendment*, en: *U. Pitt. L. Rev.* 40 (1979) 605-618.
- *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, en: *Vand. L. Rev.* 34 (1981), 265-307.
- *An Essay on Constitutional Language*, en: *UCLA L. Rev.* 29 (1981-1982), 797-832.

- *Free speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Nueva York, 1982.
- *Codifying the First Amendment: New York v. Ferber*, en: Sup. Ct. Rev. (1982), 285-318.
- *Must Speech Be Special?*, en: Nw. U. L. Rev. 78 (1983-1984), 1284-1306.
- *Easy Cases*, en: Cal. L. Rev. 58 (1985), 399-440.
- *Slippery Slopes*, en: Harv. L. Rev. 99 (1985), 361-383.
- *The Role of the People in First Amendment Theory*, en: Cal. L. Rev. 74 (1986), 761-788.
- *Rights as Rules*, en: Law and Philosophy 6 (1987), 1115-1119.
- *The Constitution as Text and Rule*, en: Wm. & Mary L. Rev. 29 (1987-1988), 41-51.
- *Formalism*, en: Yale L.J. 97 (1987-1988), 509-548.
- *Commercial Speech and the Architecture of the First Amendment*, en: U. Cin. L. Rev. 56 (1988), 1181-1204.
- *Rules, the rules of law, and the Constitution*, en: Const. Comment. 6 (1989), 69-85.
- *The Second-Best First Amendment*, en: Wm. & Mary L. Rev. 31 (1989), 1-23.
- *Harry Kalven and the Perils of Particularism (reviewing A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America by Harry Kalven, Jr., Jamie Kalven)*, en: U. Chi. L. Rev. 56 (1989), 397-414.
- *Exceptions*, en: U. Chi. L. Rev. 58 (1991), 871-889.
- *Rules and the Rule of Law*, en: Harv. J. L. & Pub. Pol'y. 14 (1991), 645-694.
- *The Sociology of the Hate Speech Debate*, en: Vill. L. Rev. 37 (1992), 805-819.

- *Free Speech and the Cultural Contingency of Constitutional Categories*, en: Cardozo L. Rev. 14 (1992), 865-880.
- *Constitutional Positivism*, en: Conn. L. Rev. 25 (1993), 797-828.
- *Giving Reasons*, en: Stan. L. Rev. 47 (1994-1995), 633-660.
- ***Profiles, Probabilities, and Stereotypes***, The Belknap Press of Harvard University Press, Estados Unidos de América, 2003.
- *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, en: Harv. L. Rev. 117 (2003-2004), 1765-1809.
- ***Las reglas en juego***, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- *The Tyranny of Choice and the Rulification of Standards*, en: J. Contemp. Legal Issues 14 (2004-2005), 803-814.
- *Freedom of expression adjudication in Europe and the United States: a case study in comparative constitutional architecture*, en: Nolte (ed.), **European and US constitutionalism**, Council of Europe, Estrasburgo, 2005, 47-65.
- *Hohfeld's First Amendment*, en: Geo. Wash. L. Rev. 76 (2008), 914-932.
- *Balancing, subsumption and the constraining role of legal text*, en: LEHR 4 (2010), 35-45.
- *On the Relationship between Chapters One and Two of John Stuart Mill's on Liberty*, en: Cap. U. L. Rev. 39 (2011), 571-592.
- *Harm(s) and the First Amendment*, en: Sup. Ct. Rev. (2011), 81-112.
- ***Pensar como un abogado. Una nueva introducción al pensamiento jurídico*** (Trad. de: Schleider, Tobías), Marcial Pons, Madrid, 2013.

SCHRECKER, Ellen: *The Age of McCarthyism: A Brief History with Documents*, St. Martin's Press, Boston, 1986.

SCHLAG, Pierre: *Rules and Standards*, en: UCLA L. Rev. 33 (1985), 379-407.

- *How to Do Things with the First Amendment*, en: U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1095-1107.

SCHÜNEMANN, Bernd: Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal, en: Schünemann (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario*, Tecnos, Madrid, 1991, 31-93.

SIEGEL, Jonathan: *Judicial Interpretation in the Cost-Benefit Crucible*, en: Minn. L. Rev. 92 (2007), 387-433.

SHAPIRO, Scott: *On Hart's Way Out*, en: Legal Theory 4 (1998), 494-507.

SHIFFRIN, Seana: *A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech*, en: Const. Comment. 27 (2011), 283-307.

SHIFFRIN, Steven: *Dissent, Injustice, and the Meanings of America*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

- *Dissent, Democratic Participation, and First Amendment Methodology*, en: Va. L. Rev. 97 (2011), 559-565.

SKORUPSKI, John: *Why read Mill Today*, Routledge, Londres, 2006.

SOAMES, Scott: *The value of Vagueness*, en: Marmor/Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 14-31.

SOLUM, Lawrence: *The Interpretation-Construction Distinction*, en: Const. Comment. 27 (2010), 95-118.

- *Freedom of Communicative Action: A Theory of the First Amendment Freedom of Speech*, en: Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 54-135.
- *The Value of Dissent*, en: Cornell L. Rev. 85 (2000), 859-881.

STEWART, Potter: *Of the Press*, en: Hastings L.J. 26 (1975), 631-637.

STONE, Geoffrey R.: *Restriction of Speech Because of Its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, en: U. Chi. L. Rev. 46 (1978), 81-115.

- *Content Regulation and the First Amendment*, en: Wm. & Mary L. Rev. 25 (1983), 189-252.
- *Autonomy and Distrust*, en: U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1171-1178.
- *Content-Neutral Restrictions*, en: U. Chi. L. Rev. 54 (1987), 46-118.
- *The Origins of the Bad Tendency Test: Free Speech in Wartime*, en: Sup. Ct. Rev. (2002), 411-453.
- *Perilous Times: Free Speech in War Time From the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2004.
- *Sex, Violence, and the First Amendment*, en: U. Chi. L. Rev. 74 (2007)
- *Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century*, en: Pepp. L. Rev. 36 (2008-2009), 273-299.

STONE, Geoffrey R./SEIDMAN, Louis M./SUNSTEIN, Cass/TUSHNET, MARK/KARLAN, Pamela S., *The First Amendment*, 2.^a, Aspen, Estados Unidos de América, 2003.

STROSSEN, Nadine: *Hate Speech and Pornography: Do We Have to Choose between Freedom of Speech and Equality?*, en: Cas. W. Res. L. Rev. 46 (1996), 449-478.

- *Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal?*, en: Duke L.J. (1990), 484-573.

STRAUSS, David: *The Ubiquity of Prophylactic Rules*, en: U. Chi. L. Rev. 55 (1988), 190-209.

- *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, en: Colum. L. Rev. 91 (1991), 334-371.
- Freedom of Speech and the Common-Law Constitution, en: Bollinger/Stone (eds.), *Eternally Vigilant. Free speech in the modern era*, University of Chicago Press, Chicago, 2002, 33-59.

SULLIVAN, Kathleen: *The Justices of Rules and Standards*, en: Harv. L. Rev. 106 (1992), 22-123.

- *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, en: U. Colo. L. Rev. 63 (1992), 293-317.

SUMMERS, Robert: *Essays in Legal Theory*, Springer, Dordrecht, 2000.

SUNSTEIN, Cass: *Pornography and the First Amendment*, en: Duke L.J. (1986), 589-627.

- *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, en: Colum. L. Rev. 92 (1992), 1-52.
- *Free Speech Now*, en: U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 255-316.
- *Democracy and the Problem of **Free Speech***, The Free Press, Nueva York, 1995.
- *Problems with Rules*, en: Cal. L. Rev. 83 (1995), 953-1029.
- ***Legal Reasoning and Political Conflict***, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- *Justice Scalia 's Democratic Formalism*, en: Yale L.J. 107 (1997), 529-567.
- *Most formalism be defended empirically?*, en: U. Chi. L. Rev. 33 (1999), 636-670.
- ***Designing democracy. What Constitutions Do***, Oxford University Press, Oxford, 2001.

SUNSTEIN, Cass/ULLMANN-MARGALIT, Edna: *Second-Order Decisions*, en: *John M. Olin Program in Law and Economics*, **Working Paper**, 57, 1998, 1-38.

TARODO SORIA, Salvador: Estudio Preliminar: Hacia un Estudio Constitucional de la Libertad de Producción y Creación Artística y Literaria, en: Díaz y García Conlledo/García Amado/Junieles Acosta/Tarodo Soria, (coords.), ***Libertad de expresión y sentimientos religiosos***, Juruá, Curitiba 2012, 17-34.

TARUFFO, Michele: ***Verdad**, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México DF, 2013.

TAYLOR, Charles: *The politics of recognition*, en: Gutmann (ed.), *Multiculturalism examining and the Politics of **Recognition***, Princeton University Press, Princeton, 1994, 25-74.

TEN CATE, Irene: *Speech, Truth, and Freedom: An Examination of John Stuart Mill's and Justice Oliver Wendel Holmes's Free Speech Defenses*, en: *Yale J. L. & Human.* 22 (2010), 35-81.

THALER, Richard/SUNSTEIN, Cass: *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008.

TIERSMA, Peter: *Nonverbal Communication and the Freedom of Speech*, en: *Wis. L. Rev.* (1993), 1525-1589.

TOCQUEVILLE, Alexis de: *La democracia en América* (Trad. de: Cuéllar, Luis), Fondo de Cultura Económica, México, 1957 (1835).

TODOROV, Tzvetan: *A Passion for Democracy - Benjamin Constant*, Algora, Estados Unidos de América, 1999.

- *Los enemigos íntimos de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012.

TUSHNET, Mark: *Following the Rules Laid down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, en: *Harv. L. Rev.* 96 (1983), 781-827.

- *Culture(s) of Free Expression*, en: *Cornell L. Rev.* 76 (1990-1991), 1106-1116.

- *Playing with the Rules*, en: *Mich. L. Rev.* 90 (1992), 1560-1568.

- *Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties*, en: *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 41 (2006), 1-22.

- *The First Amendment and Political Risk*, en: *J. Legal Analysis* 4 (2012), 103-130.

- *The Coverage/Protection Distinction in the Law of Freedom of Speech—An Essay on Meta-Doctrine in Constitutional*, en: *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 25 (2017).

TWINING, William/MIERS, David: *How to Do Things with Rules*, 5.^a, Cambridge University Press, Nueva York, 2010.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan: *La eficacia justificante de los derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ULLMAN-MARGALIT, Edna: *On presumption*, en: *J. Philos.* 80 (1983), 143-163.

URIBE ÁLVAREZ, Roberth: *Ética laica de los derechos sexuales y reproductivos en el Estado constitucional*, en: *Criterio Jurídico* 12 (2012), 103-120.

URBINATI, Nadia: *Representative Democracy: Principles and genealogy*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.

URBINATI, Nadia/WARREN, Mark: *The Concept of Representation in Contemporary Democratic Theory*, en: *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11 (2008), 387-412.

VÁSQUEZ, Rodolfo: *Laicidad, religión y razón pública*, en: *Diálogos* 4 (2010), 40-50.

VIVES ANTÓN, Tomás: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1995.

VOLOKH, Eugene: *In Defense of the Marketplace of Ideas/Search for Truth as a Theory of Free Speech Protection*, en: *Va. L. Rev.* 97 (2011), 595-601.

VOLTAIRE, *Cartas filosóficas*, (Trad. de: Savater, Fernando), Altaya, Barcelona, 1993, (1734).

WARREN, Mark/CASTIGLIONE, Dario: *The Transformation of Democratic Representation*, en: *Dem. and Soc.* 2 (2004), 5, 20-22.

WALDRON, Jeremy: *Vagueness and the Guidance of Action*, en: Marmor/Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 59-83.

WECHSLER, Herbert: *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, en: *Harv. L. Rev.* 73 (1959), 1-35.

WEINSTEIN, James: *Categorization and the Limits of First Amendment Formalism: Lessons from Nike v. Kasky'*, en: *Cas. W. Res. L. Rev.* 54 (2004), 1091-1142.

- Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from The Masses, en: Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech and democracy*, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2009, 23-61.
- *Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine*, en: *Va. L. Rev.* 97 (2011), 491-514.

- The Story of Masses Publishing Co. v. Patten: Judge Learned Hand, First Amendment Prophet en: Garnett/Koppelman (eds.), *First Amendment Stories*, 2011, 61-97.

WELLINGTON, Harry: *On Freedom of Expression*, en: Yale L.J. 88 (1979), 1105-1142.

WELLS, Christina: *Fear and Loathing in Constitutional Decision-Making*, en: Wis. L. Rev. (2005), 117-229.

WERHAN, Keith: *Freedom of speech: A reference guide of the United States Constitution*, Praeger, Westport, 2004.

WILLIAMS, Glanville: *Language and the Law I-IV*, en: L. Q. Rev. 61 (1945), 71-406.

WILLIAMS, Susan: *Democracy, Freedom of Speech, and Feminist Theory: A Response to Post and Weinstein*, en: Va. L. Rev. 97 (2011), 603-616.

- *Content Discrimination and the First Amendment*, en: U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 615-730.
- *Feminist Theory and Freedom of Speech, Free Speech Theory*, en: Ind. L.J. 84 (2009), 999-1013.
- *Free Speech and Autonomy: Thinkers, Storytellers, and a Systemic Approach to Speech*, en: Const. Comment. 27 (2011), 399-416.

WILLIAMS, Bernard: *Toleration: An Impossible Virtue?*, en: Heyd (ed.), *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton University Press, New Jersey, 1996, 18-27.

WILSON, James: *Surveying the "Forms of Doctrine" on the Bright Line Balancing Test Continuum*, en: Ariz. St. L.J. 27 (1995), 773-843.

WITTGENSTEIN, Ludwig: *Investigaciones filosóficas* (Trad. de: García Suárez/Moulines), Altaya, Madrid, 1999.

WOZLEY, A.D.: *Theory of knowledge. An Introduction*, Hutchinson's University Library, Londres, 1949.

WROBLEWSKI, Jerzy: Statutory interpretation in Poland, en: MacCormick/Summers (eds.), *Interpreting Precedents: a comparative study*, 1991, Dartmouth, Aldershot, 257-309.

YUDOF, Mark: *In Search of a Free Speech Principle*, en: Mich. L. Rev. 82 (1984), 680-708.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Derecho penal y protesta social, en Bertoni (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2010, 1-16.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de los Estados Unidos de América

Sturges v. Crowninshield, 17 U.S. 4 Wheat. (1819).

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

International Harvester Co. v. Kentucky, 234 U.S. 216 (1914).

Collins v. Kentucky, 234 U.S. 634 (1914).

Abrams v. US 250 U.S. 616 (1919).

Connally v. General Construction Co., 269 U.S. 385 (1926).

Panhandle Oil Co. v. Knox, 277 US 218 (1928).

Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931).

Near v. Minnesota ex rel. Olson, County Attorney, 283 U.S. 697 (1931).

Champlin Ref. Co. v. Corporation Comm'n, 286 U.S. 210 (1932).

Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242 (1937).

Lanzetta v. New Jersey, 306 U.S. 451 (1939).

Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940).

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U. S. 568 (1942).

West Virginia State Board of Education et al. v. Barnette et al., 319 U.S. 624 (1943).

Musser v. Utah, 333 U.S. 95 (1948).

Winters v. New York, 333 U.S. 507 (1948).

Niemotko v. Maryland, 340 U. S. 268 (1951).

Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952).

Watkins v. United States, 354 U.S. 178 (1957).

Roth v. Estados Unidos, 354 U. S. 476 (1957).

Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109 (1959).

Smith v. California, 361 U.S. 147 (1959).

Scull v. Virginia, 359 U.S. 344 (1959).

Braden v. United States, 365 U.S. 431 (1961).

Wilkinson v. United States, 365 U.S. 399 (1961).

Marcus v. Search Warrant, 367 U.S. 717 (1961).

Cramp v. Board of Public Instruction of Orange County 368 U.S. 278 (1961).

NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963).

Bantam Books, Inc. v. Sullivan, 372 U.S. 58 (1963).

Baggett v. Bullitt, 377 U.S. 360 (1964), 372.

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964).

Freedman v. Maryland, 380 U. S. 51 (1965).

Dombrowski v. Pfister, 380 U.S. 479 (1965).

Curtis Pub. Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967).

Walker v. City of Birmingham, 388 U.S. 307 (1967).

United States v. Robel, 389 U.S. 258 (1967).

Cameron v. Johnson II, 390 U.S. 611 (1968).

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969).

Shuttlesworth v. City of Birmingham, 394 U.S. 147 (1969).

Organization for a Better Austin v. Keefe, 402 U.S. 415 (1971).

Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

Rosenbloom v. Metromedia, 403 U.S. 29 (1971).

New York Times v. United States, 403 U.S. 713 (1971).

Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104 (1972).

Police Dep't of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972).

Hess v. Indiana, 414 U.S. 105 (1973).

Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

Broadrick v. Oklahoma, 413 U. S. 601 (1973).

Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974).

Smith v. Goguen, 415 U.S. 566 (1974).

Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad, 420 U.S. 546 (1975).

Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205 (1975).

Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U. S. 748, 425 U. S. (1976).

Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976).

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1976).

Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro, 431 U.S. 85 (1977).

Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n, 447 U.S. 530 (1980).

Carey v. Brown, 447 U.S. 455 (1980).

Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of New York, 447 U.S. 557 (1980).

Heffron v. Soc'y for Krishna Consciousness, 452 U.S. 640 (1981).

Brockett v. Spokane Arcades, Inc., 472 U. S. 491 (1985).

Brown v. Hartlage, 456 U.S. 45 (1982).

New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982).

NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886 (1982).

Perry Educ. Ass'n v. Perry Educators' Ass'n, 460 U.S. 37 (1983).

United States v. Grace, 461 U.S. 171 (1983).

Connick v. Myers, 461 U.S. 138 (1983).

Regan v. Time, Inc., 468 U. S. 641 (1984).

FCC v. League of Women Voters, 468 U.S. 364 (1984).

Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288 (1984).

Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, 472 U.S. 749 (1985).

Cornelius v. NAACP Leg. Def. Fund, 473 U.S. 788 (1985).

Renton v. Playtime Theatres, Inc., 475 U. S. 41 (1986).

Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps, 475 U. S. 767 (1986).

City of Houston v. Hill, 482 U.S. 451 (1987).

Board of Airport Comm'rs v. Jews for Jesus, Inc., 482 U.S. 569 (1987).

Airport Comm'rs v. Jews for Jesus, 482 U.S. 569 (1987).

Ark. Writers' Project v. Ragland, 481 U.S. 221 (1987).

Boos v. Barry, 485 U.S. 312, (1988).

Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).

Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

Ward v. Rock Against Racism, 491 U. S. 781 (1989).

Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC, 492 U. S. 115 (1989).

Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd., 502 U.S. 105 (1991).

Leathers v. Medlock, 499 U.S. 439 (1991).

Burson v. Freeman, 504 U. S. 191 (1992).

Forsyth County v. Nationalist Movement, 505 U. S. 123 (1992).

City of Ladue v. Gilleo, 512 U.S. 43 (1994).

Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC, 512 U.S. 622 (1994).

Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia, 515 U.S. 819 (1995).

Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette, 515 U.S. 753 (1995).

Chicago v. Morales, 527 U.S. 41 (1999).

United States v. Playboy Entertainment Group, 529 U.S. 803 (2000).

Hill v. Colorado, 530 U.S. 703 (2000).

Thomas v. Chicago Park Dist., 534 U.S. 316 (2002)

Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002).

Ashcroft et. al. v. Free Speech Coalition et. al., 535 U.S. 234 (2002).

United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010).

Sorrell v. IMS Health Inc., 564 U.S. 552 (2011).

Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al., 564 U.S. 786 (2011).

United States v. Alvarez, 567 U.S. 709 (2012).

McCullen v. Coakley, 573 U.S. ____ (2014).

Williams-Yulee v. Florida Bar, 575 U.S. ____ (2015).

Reed v. Town of Gilbert, 135 S.Ct. 2218, 576 U.S. (2015).

Packingham v. North Carolina, 582 U.S. ____ (2017).

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-254/1994, de 30 de mayo.

Sentencia T-104/1996, de 8 de marzo.

Sentencia T-066/1998, de 5 de marzo.

Sentencia T-213/2003, de 8 de marzo.

Sentencia C-650/2003, de 5 de agosto.

Sentencia T-391/2007, de 22 de mayo.

Tribunal Constitucional de España

STC 6/1981, de 16 de marzo.

STC 12/1982, de 31 de marzo.

STC 104/1986, de 17 de julio.

STC 159/1986, de 16 de diciembre.

STC 107/1988, de 8 de junio.

STC 51/1989, de 22 de febrero.

STC 121/1989, de 24 de julio.

STC 20/1990, de 15 de febrero.

STC 20/1992, de 14 de febrero.

STC 174/2006, de 5 de junio.

STC 77/2009, 23 de marzo.

STC 177/2015, de 22 julio.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso Handyside v. United Kingdom, 7 de diciembre 1976.

Caso The Sunday Times v. United Kingdom, 29 de marzo 1979.

Caso Barthold v. Germany, 25 de marzo 1985.

Caso Lingens v. Austria, 8 de julio 1986.

Caso Müller y otros v. Switzerland, 24 de mayo 1988.

Caso Castells v. España, 23 de abril 1992.

Caso Thorgeir Thorgeirson v. Islandia, 22 de junio de 1992.

Caso Otto-Preminger-Institut v. Austria, 20 de 1994.

Caso Pavel Ivanov v. Rusia, 18 de diciembre de 1996.

Caso Lehideux y Isorni v. France, 23 de septiembre de 1998.

Caso Dichand y otros v. Austria, 26 de febrero de 2002.

Caso Perna v. Italy, 6 de mayo de 2003.

Caso Scharsach y News Verlagsgesellschaft v. Austria, 13 de febrero de 2004.

Caso Giniewski v. Francia, 31 de abril de 2006.

Caso Soulas y otros v. Francia, 10 de octubre de 2008.

Caso Yurdatapan v. Turquía, 8 de enero de 2008.

Caso Otegi Mondragon v. España, 15 de marzo de 2011.

Caso Affaire Perinçek v. Suisse, 15 de octubre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Ivcher Bronstein v. Brasil, 6 de febrero de 2001.

Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile, 5 de febrero de 2001.

Caso Ricardo Canese v. Paraguay, 31 de agosto de 2004.

Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, 2 de julio de 2004.

Caso Palamara Iribarne v. Chile, 22 de noviembre de 2005.

Caso Claude Reyes y otros v. Chile, 19 de septiembre de 2006.

Caso Perozo y otros v. Venezuela, 28 de enero de 2009.

Caso Ríos y otros v. Venezuela, 28 de enero de 2009.

Caso López Lone y otros v. Honduras, 5 de octubre de 2015.

Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela, 22 de junio de 2015.

Caso Lagos del Campo v. Perú, 31 de agosto de 2017.

Otros tribunales

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Sentencia de 24 de junio de 2008, Patitó, José Ángel y otro v. Diario La Nación y otros.

Supremo Tribunal Federal de Brasil, Sentencia de 30 de abril de 2009.

Supremo Tribunal Federal de Brasil, de 2 de septiembre de 2010.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia de 20 de septiembre 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia de 29 de marzo de 2011.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de 1 de febrero de 2006.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de 14 de septiembre de 2010.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Sentencia de 17 de junio de 2009.