

SUAREZ LÓPEZ, BEATRIZ EUGENIA. URIBE BARRERA, JUAN PABLO,
"Persuasión, libertad de expresión y derecho penal",
Nuevo Foro Penal 96, (2021).

Persuasión, libertad de expresión y derecho penal

Persuasion, freedom of expression and criminal law

Fecha de recepción: 04/02/2021. Fecha de aceptación: 03/05/2021

DOI: 10.17230/nfp17.96.3

BEATRIZ EUGENIA SUÁREZ LÓPEZ*
JUAN PABLO URIBE BARRERA*

Resumen

En el presente artículo se lleva a cabo un análisis o una tipología de cuatro diferentes modos de regular penalmente las comunicaciones públicas y persuasivas que cargan con mensajes que incitan a la realización de una o más acciones que se puedan considerar como dañosas e ilícitas. Al realizar este análisis, el artículo va enseñando distintos niveles de apreciación de la importancia o el valor que tiene el poder brindarle una protección constitucional reforzada a la libre expresión.

Abstract

This article carries out an analysis or a typology of four different ways of regulating criminally public and persuasive communications that carry messages that incite the performance of one or more actions that can be considered as harmful and illicit. In conducting this analysis, the article teaches different levels of appreciation of the importance or value of being able to provide enhanced constitutional protection for free expression.

* Doctora en Derecho, Universidad de Alcalá (España). Directora del Área de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales y profesora de tiempo completo de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

* Doctor en Derecho, Universidad de León (España). Asesor del Grupo de Prisiones, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de cátedra del Programa de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: uribebarrerajuanpablo@gmail.com

Palabras clave

Libertad de expresión. Derecho penal. Comunicación pública.

Keywords

Freedom of expression. Criminal Law. Public communication.

Sumario

Introducción. **1.** Primera respuesta: se puede regular una comunicación persuasiva sin ir en contra de la constitución siempre que esta tenga una "mala tendencia". **2.** Se puede regular una comunicación persuasiva sin ir en contra de la constitución siempre que esta contenga una incitación directa y explícita a cometer un hecho ilícito. **3.** Se puede regular una comunicación persuasiva sin ir en contra de la constitución siempre que esta cree un peligro claro y presente. **4.** Se puede regular una comunicación persuasiva sin ir en contra de la constitución siempre que esta: i) contenga una incitación directa y explícita a cometer un hecho ilícito y ii) cree un peligro claro e inminente. **5.** Reflexión final. Bibliografía.

Introducción

Las comunicaciones pueden ser muy peligrosas. Cada día que pasa, por nuestras sociedades circulan vídeos y panfletos que enseñan cómo (y por qué) fabricar bombas caseras. También circula información sobre el precio que X estaría dispuesto a pagar a quien mate a Y. Los ejemplos se podrían multiplicar. El lector podrá imaginar fácilmente diálogos en que se acuerda la creación de redes de trata de personas —o de tráfico de drogas, armamentos, etc.— O diálogos en los que un sujeto A extorsiona a un sujeto B —o lo estafa, lo amenaza, lo constriñe, lo acosa sexualmente, etc.¹. Finalmente, también podrían agregarse esas desafortunadas ocasiones en las que se causa daño a alguien discriminándolo o amedrentándolo por su raza, sexo, religión, posición socioeconómica, y otro extenso etc.¹.

Del mismo modo, sin mayores esfuerzos podemos pensar en ejemplos del peligro de permitir que alguien controle, censure, prohíba, desestime, etc., nuestras

1 El lector interesado podrá encontrar más ejemplos en: Schenck v. United States, 249 US 47 (1919), 52; Frohwerk v. United States, U.S. 204 (1919), 249; 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; CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3.^ª, 2006, 925; FALLON, *Dynamic Constitution*, 2013, 2.^ª, 54, 59; TUSHNET, Wm. & Mary Bill Rts. J. 25 (2017), 1073 s.

comunicaciones. Bajo los tradicionales regímenes de censura, quizá trabajadores, mujeres, comunidades afro o LGTBI –entre otras minorías– nunca hubieran tenido una oportunidad justa de alzar públicamente su voz contra las formas de dominación que los someten para así buscar su emancipación². Sin el debilitamiento de los oscurantistas regímenes medievales europeos, y sin la libertad de pensar y expresarse públicamente que ello trajo, muchos podríamos imaginarnos en un mundo premoderno sin los vertiginosos avances epistemológicos y tecnológicos

- 2 Sobre la expresión pública como la principal herramienta para buscar el capital político que permita socavar las bases ideológicas tras las formas de dominación sobre las minorías –e, invirtiendo el sentido, sobre la restricción de la expresión pública como herramienta para segregar y subordinar minorías–: LIPSKY, Am. Pol. Sci. Rev. 62 (1968), 1144-1158: “La actividad de protesta se define como un modo de acción política, orientada a objetar 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; NICKEL, Law & Phil 7 (1988-1989), 281-293; RAZ, Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 313, 324; 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 (...) 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”; NAGEL, Philos. Public Aff. 24 (1995), 101 s.; BENHABIB, *El ser y el otro*, 2006, 117 s. En un sentido más general, mostrando que la libre expresión genera sociedades más respetuosas con las diversas identidades de sus diversos miembros –sociedades más democráticas, plurales, tolerantes o, en resumen, sociedades que se distinguen por el atractivo de su proyecto moral–: PARSONS, *Daedalus*, 94 (1965) 1018; KARST, U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 26; N.C. L. Rev. 64 (1986), 329; BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 256; FRIED, U. Chi. L. Rev., 59 (1992), 236 s., 250; NINO, *Fundamentos*, 1992, 262 s.; TAYLOR, en Gutmann (ed.), *Recognition*, 1994, 37; NAGEL, Philos. Public Aff. 24 (1995), 101 s.; CConst T-104/1996, de 8 de marzo; OSBORNE, *Isegoría* 14 (1996), 86; KYMLICKA, en Heyd (ed.), *Tolerance*, 1996, 81-103; COLOM, *Identidad*, 1998, 239; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 155, 190, *passim*; CConst. T-213/2003, de 8 de marzo; BALKIN, N.Y.U. L. Rev. 79 (2004); Nw. U. L. Rev. 110 (2016), 1054; BENHABIB, *Derechos de los otros*, 2005, 42 s.; CConst T-391/2007, de 22 de mayo; SHIFFRIN, S., Const. Comment. 27 (2011), 292; Va. L. Rev. 97 (2011), 562; WILLIAMS, Const. Comment. 27 (2011), 405 ss.; TARODO SORIA, en Díaz y García Conlledo/García Amado/Junieles Acosta/Tarodo Soria, (coords.), *Libertad de expresión*, 2012, 26.

de los últimos siglos³. Otros podríamos pensar en el impacto que tendría sobre nuestra capacidad de vernos a nosotros mismos como seres autónomos, racionales y responsables de nuestros propios actos el que, al mejor estilo de Corea del Norte, nuestros regímenes asumieran el rol paternalista de separar y filtrar para nosotros la información que “nos conviene” recibir de la que no —en temas como sexualidad, religión, género, política, etc.—⁴. Finalmente, en esa misma línea, virtualmente todos concordamos en que cuando alguien adquiere el poder de controlar la información que circula en cualquiera de nuestras sociedades el fin de la democracia —y el correlativo establecimiento de cualquier tipo de dictadura— es inminente⁵.

- 3 Este retrato está expresado de forma muy precisa y convincente en: BARRON, en Golash (ed.), *Freedom of Expression*, 2010, 3-11; PINKER, *La Ilustración*, 2018, *passim*. Generalizando un poco más, para hablar del impacto de la libertad de pensar y expresarse públicamente en el campo del conocimiento, encontramos referentes clásicos en: MILTON, *Aeropagítica*, 2011, (1644); 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); FICHTE, *Reivindicación*, 1986, (1793) MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859); HOLMES, disenso en Abrams v. US 250 US 616, 624 (1919). También sobre el positivo impacto epistemológico de la libertad de expresión: 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.; 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.
- 4 Estos cálculos o, en general, el desarrollo de esta línea de pensamiento en que la libre expresión aparece como una forma de tratar a los receptores de las comunicaciones como seres autónomos, racionales y responsables de sus propios actos —y la censura de información aparece como un acto manipulador y paternalista en que no se respeta la autonomía de los receptores de información al tratarlos como borregos y decidir por ellos qué información les conviene recibir—, la podemos encontrar principalmente en: SCANLON, Phil. Pub. Affair 1 (1972), 204-226; STRAUSS, Colum. L. Rev. 91 (1991), 334-371; NAGEL, Philos. Public Aff. 24 (1995), 83-107. También podrá encontrar el lector resúmenes o ideas interesantes en: STONE, U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1173; Pepp. L. Rev. 36 (2008-2009), 278; KAGAN, U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 428; SCANLON, *Tolerance*, 2003, 190 s.; BARENDT, *Free speech*, 2.^a, 2005, 16.
- 5 Resulta imposible rastrear exhaustivamente la idea de que la libertad de expresión es un requisito indispensable para constituir y mantener una sociedad democrática. Un buen punto de partida, para sondear el virtual consenso que hay en torno a esta idea, está en la jurisprudencia nacional e internacional. Empezaremos 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

Si, como hemos visto en estas líneas iniciales, tanto permitir como prohibir las

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; CADHP, Media Rights Agenda and Constitucional 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 Scharlach 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, Patitú, 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); 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). En la doctrina, aunque miles de autores resaltan esta conexión entre democracia y libre expresión, quisiéramos sugerir un autor en especial: MEIKLEJOHN, U. Chi. L. Rev. 20 (1953), 461-479; Sup. Ct. Rev. 6 (1961) 245-266; *Political Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1965.

comunicaciones puede ser extremadamente peligroso, ¿Qué debemos hacer? ¿Cómo han lidiado (y cómo deberían lidiar en un futuro) nuestras sociedades democráticas con estos riesgos? ¿Cómo regular las comunicaciones? Aunque el terreno abierto por esta clase de interrogantes es excesivamente extenso, en este artículo buscaremos ir tras algunas pistas enfocándonos principalmente en un modo de regular las comunicaciones, la vía penal⁶, y en un tipo de riesgo, el generado al permitir la circulación de comunicaciones *públicas* y *persuasivas* que carguen con mensajes que incitan a la realización de una o más acciones que se puedan considerar como dañosas e ilícitas –comunicaciones que, para simplificar, en adelante llamaremos comunicaciones persuasivas–⁷. Para ordenar nuestra exploración, atendiendo muy especialmente al mencionado enfoque, iremos repasando cuatro respuestas diferentes a una misma pregunta: ¿Cuándo se puede regular penalmente una comunicación persuasiva sin ir en contra de los mandatos constitucionales? Al abrir algunos espacios para conocer los presupuestos prácticos y teóricos de cada una de estas respuestas, nos iremos encontrando con distintos modelos de regulación de las comunicaciones y, algo que quizá sea más profundo e interesante, con distintos niveles de apreciación de la importancia o el valor que tiene el poder brindarle una protección constitucional reforzada a la libre expresión.

6 En múltiples ocasiones utilizaremos la expresión “regular” las comunicaciones. Esta expresión es muy vaga, pues al hablar de “regular” podríamos estar refiriéndonos a sancionar, censurar, encarcelar, multar, y un largo etc. a quien realiza una acción comunicativa. Aunque creemos que, al menos en principio, podríamos mantener el alcance de nuestras afirmaciones para todos estos tipos de regulación, y de allí que, para englobarlas, hablaremos simplemente de “regulación”, con la referencia más estricta a la regulación penal que hacemos en el texto principal queremos advertirle al lector que quienes escriben estas líneas son penalistas escribiendo para una revista penal, por lo que podría darse el caso de que no hayamos reflexionado lo suficiente sobre el modo en que nuestras afirmaciones podrían encajar frente a otros tipos de regulación jurídica con los que estamos menos familiarizados.

7 Puesto que, como se menciona en el texto principal, en adelante solo hablaremos de “comunicaciones persuasivas”, es importante ser muy insistente y recalcar aquí que solo hablaremos de comunicaciones *públicas*. Quedan, así, completamente lejos del alcance de este artículo, comunicaciones privadas como aquellas en las que X llama por teléfono a Y y le dice que le da Z suma de dinero si mata a W o A trata de persuadir a B para que se suicide. Dentro de nuestro alcance quedan, en cambio, aquellas comunicaciones *públicas* en las que, a través de un medio de comunicación cualquiera, alguien se dirige a una audiencia amplia y general tratando de persuadirla de que debería: derrocar el gobierno; quemar iglesias; pegarle a las mujeres insumisas; matar al rey; enterrar a los negros; violar a los homosexuales, etc.

1. Primera respuesta: se puede regular una comunicación persuasiva sin ir en contra de la constitución siempre que esta tenga una “mala tendencia”.

Sigamos en esa línea reflexiva con que terminamos la introducción y, antes de pasar a ver una primera forma de regular las comunicaciones persuasivas potencialmente dañinas, hagámonos una pregunta: ¿Por qué es importante dar un *bonus* extra de escrutinio y protección constitucional a la libertad de expresión?⁸ Tal y como lo señala RAZ⁹, la razón detrás de la *extraordinaria* trascendencia y protección jurídica que nuestros ordenamientos jurídicos le dan a la libre expresión –incluyéndola en el catálogo de derechos fundamentales de prácticamente todas las constituciones¹⁰– resulta algo misteriosa o enigmática para muchos: ¿Por qué, habiendo tantos intereses que resultan más valiosos para la mayoría de las personas que el interés de expresarse libre y públicamente –como, p. ej., el tener prosperidad económica–, es justo este interés en expresarse –y no cualquiera de esos otros que a menudo se estiman como más valiosos– el escogido para gozar de una protección extraordinaria en nuestros ordenamientos? ¿Qué es eso que hace *especial* o *extraordinaria* a la libertad de expresión y que muchos de nosotros, los beneficiados con la titularidad de estos derechos, no podemos terminar de reconocer?

8 La expresión “bonus extra de escrutinio y protección constitucional” y el sentido de la misma han sido tomados de: KALVEN, Sup. Ct. Rev. (1967), 278. En idéntico sentido emplea también esta terminología: BÉVIER, Stan. L. Rev. 30 (1978), 301. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia T-391/2007 de 22 de mayo, va a referirse a esa protección constitucional extraordinaria en unos términos especialmente claros: “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, en la misma providencia, 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.

10 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 garantía. Al respecto v.: BHAGWAT, U.C. Davis L. Rev. 49 (2015), 64. En el mismo sentido también: LAW/VERSTEEG, Cal. L. Rev. 101 (2013), 863-952, quienes además 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»”.

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 interesante. A nosotros, sin embargo, nos basta simplemente con dejar planteado este enigma o acertijo para colocarnos en posición de rastrear un primer hecho histórico: las sociedades que no han considerado que la libertad de expresión sea algo *especial* o *extraordinario* han sido las que usualmente han optado por restringir (incluso penalmente) las comunicaciones tan pronto cómo se detecte en ellas alguna "mala tendencia". La lógica tras este primer modelo de regulación de las comunicaciones —que, más allá del nombre, históricamente ha sido el más común¹¹— no es difícil de seguir. Si la libertad de expresión no se ve como algo *especial* o *extraordinario*, entonces no debe resultarnos extraño que no se le brinde una protección constitucional *especial* o *extraordinaria*¹² y que, en consecuencia, como ocurre ante cualquier otra libertad, esta se limite o se deje de proteger en el momento en que se entienda que pueda causar, real o potencialmente, un daño a otro(s) —o afecte su(s) interés(es), derecho(s) o bien(es) jurídico(s)—¹³.

11 Quizá la referencia clásica de este hecho histórico sea la de BERLIN, *Sobre la libertad*, 1988, 244, quien señalaba que: "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". Permaneciendo dentro del territorio de los clásicos, también habría que señalar el segundo capítulo de MILL, *Sobre la libertad*, 2004, (1859), que está plagado de referencias y ejemplos de la buena salud de la que ha gozado este modelo a lo largo de la historia.

12 Hablamos de "especial" y no de "valioso" porque a veces protegemos extraordinaria o especialmente las cosas por razones diferentes a que estas sean especialmente valiosas. Una opción para esto sería porque, sin ser nada bueno o valioso en sí mismo, su regulación traiga consecuencias nefastas. Otra opción sería porque, sin ser especialmente valiosa, sea especialmente frágil. Un ejemplo muy fácil de ver sería pensar en el modo en que cuidamos los huevos cuando mercamos: lo hacemos no porque tengan mayor valor que el resto de cosas que mercamos, sino porque son más frágiles.

13 En la n. 11 ya pueden encontrarse algunas referencias generales. Permítanos ahora el lector que, para tratar de soportar esta afirmación —que en todo caso no creemos que a nadie le resulte increíble o especialmente polémica—, nos concentremos en una sociedad particular: los EE.UU. de inicio del siglo pasado. Gracias a 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, hoy podemos sostener que en esta sociedad 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 EE.UU. Con esta Constitución, se pensaba, jamás se pretendió establecer la anarquía en ninguna de sus formas. Tal y como señala BLASI, U. Colo. L. Rev. 61 (1990), 12, bajo estos presupuestos era entonces normal que, 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”

Pongamos un ejemplo que nos permita ver mejor cómo funciona este modelo. Consideremos los hechos del caso *Herceg v. Hustler Magazine*¹⁴. *Hustler*, una revista erótica –o si se quiere pornográfica– estadounidense publicó un artículo en el que ilustraba cuáles eran los pasos que debían seguirse para practicar exitosamente la autoasfixia erótica. A pesar de que la revista advertía insistentemente a sus lectores que se abstuvieran de realizar tan riesgosa práctica, X, un joven de apenas 14 años, al parecer no logró resistir la tentación y su madre lo encontró muerto por asfixia con el respectivo ejemplar de la publicación abierto justo a su lado.

Por casos como el de X, o como los ocurridos más recientemente con algunas celebridades¹⁵, sabemos bien que las comunicaciones relacionadas con este tipo de prácticas sexuales efectivamente pueden tener una “mala tendencia” pues: (i) pueden llegar a ser muy persuasivas para algunas personas¹⁶ y (ii) pueden llevar a

(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”.

- 14 *Herceg v. Hustler Magazine, Inc.*, 814 F. 2d 1017 (5th Cir. 1987).
- 15 Bien conocidos son los casos del actor David Carradine –Bill en *Kill Bill*– o el cantante Michael Hutchence –líder de INXS–. Al respecto v.: ABC News, *Auto-Erotic Asphyxia’s Deadly Thrill*, 5 de junio de 2009. Recuperado de Internet el 5 de octubre de 2020: <https://abcnews.go.com/Health/story?id=7764618&page=1>.
- 16 Tan persuasivas que, como en el citado caso *Herceg v. Hustler*, la implícita o explícita promesa de un enorme placer sexual puede resultar incluso mucho más persuasiva que la advertencia de que estas prácticas pueden ser muy riesgosas e incluso llevar a la muerte.

resultados tan graves como la muerte del persuadido. Pues bien, si estamos seguros del peligro (inmediato y potencialmente mortal) que se deriva de permitir la libre circulación de este tipo de comunicaciones y, por el contrario, no tenemos una idea muy clara de las razones que justifican que ciertas expresiones permanezcan constitucionalmente protegidas incluso si generan la posibilidad de que se causen daños —o se afecten intereses, derechos, bienes jurídicos, etc.—, es apenas normal y razonable que se opte por un modelo que permita restringir constitucionalmente el flujo de este tipo de información tratando de evitar futuros casos como el de *X*.

Aunque la lógica tras este modelo pueda parecer sensata, es más que probable que el lector la haya recibido con recelo y poco entusiasmo. Que, en línea con algunas de las consideraciones expuestas en la introducción¹⁷, haya pensado que, incluso si lo que está en juego es un derecho, interés o bien jurídico tan predominante como la vida, en escenarios como el expuesto un Estado no puede ni debe adoptar un rol paternalista y restringir la circulación de este tipo de informaciones. Ello pues la decisión de si vale o no la pena arriesgar la vida propia tratando de encontrar placer erótico corresponde única y exclusivamente a cada receptor de información como la que difundió *Hustler*¹⁸. Opinarán muchos lectores que, en resumidas cuentas, el Estado no podría censurar o restringir este tipo de comunicaciones —al menos no con la lógica o la argumentación paternalista esbozada en el párrafo anterior— sin disparar al corazón mismo de la idea de que todos merecemos ser vistos y tratados como seres autónomos y responsables capaces de decidir por nosotros mismos qué riesgos merece la pena tomar.

Por fortuna, con la implementación de constituciones en las que la democracia guía la organización social —y, por tanto, la idea de autonomía o dignidad humana rige las expectativas de tratamiento que los ciudadanos esperan recibir de quienes temporalmente ejercen el poder público—, en muchas de las sociedades actuales la legitimidad de modelos de regulación de comunicaciones como la “mala tendencia” ha entrado en bancarrota. Una puesta en práctica generalizada de estos modelos, tal y como nos ha ido mostrando la historia, contradice, ignora, desatiende o

17 V. n. 4 y el texto principal que la acompaña.

18 Alguien podría pensar que el paternalismo estatal podría estar justificado en el caso *Herceg v. Hustler* por ser el receptor del mensaje un menor de apenas 14 años. Aunque quienes escribimos compartimos la idea de tomar precauciones frente a lectores menores, en el caso concreto también compartimos la idea que en puntos como el de la indemnidad sexual gobierna las prescripciones del Código Penal colombiano. De acuerdo a esta idea rectora, se puede y se debe presumir que las personas que ya tienen 14 años cumplidos están en condiciones de encargarse de tomar sus propias decisiones en el ámbito sexual.

vacía las más elementales prescripciones constitucionales¹⁹, disminuyendo o

19 Este punto es tan importante como sutil y por eso nos extenderemos aquí en la explicación del mismo. En todas las sociedades modernas —e incluso, como señala GREENAWALT, *Speech*, 1989, 10; Colum. L. Rev. 89 (1989), 122, en algunas de las que no lo son—, hay un *principio general de libertad* —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— 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 hacerlo. Así, con independencia de las directivas o estándares que se definan para concretar jurídicamente ese principio, 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 suficiente. Volvamos entonces, teniendo presente este *principio general de la libertad* y las directivas jurídicas que se inspiran en él, a la protección constitucional de la libertad de expresión. Gracias al mentado principio y a las directivas que inspira, 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. 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. Así las cosas, si 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. Podemos denominar *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*. Aun corriendo el riesgo de sonar algo repetitivos, 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 entender, fundamentar y llenar de contenido el grado extraordinario de protección que el constituyente reserva para una categoría de conductas denominada *expresión*. 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 —o, simplemente, cuando parezca razonable hacerlo—. 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 constituyentes. 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*

hasta erradicando las posibilidades de alcanzar los múltiples fines sociales que se pretenden perseguir al brindarle un *bonus* de escrutinio y protección a las expresiones

quando 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–. Y es justamente al considerar que la libertad de expresión es una libertad cualquiera, y no algo que por su importancia o fragilidad merezca una protección adicional, que un test como el de la “mala tendencia” sencillamente no puede llenar de contenido el derecho constitucional a la libertad de expresión y la protección constitucional extraordinaria que prescribe. En el sentido de esta n. v. por ejemplo a: 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.

—fines que se articulan en una misma idea constitucional con la que se pretende llevar a la práctica un atractivo proyecto de sociedad democrática en el que: (i) el pluralismo no es un mero hecho social, sino un valor positivo que se promueve al fomentar y exigir la tolerancia y la convivencia social de los unos con los otros²⁰; (ii) el conocimiento se crea y se perfecciona a partir de un inagotable proceso de apertura o democratización epistemológica²¹; (iii) hay un vibrante espacio público libre y abierto en que los diferentes ciudadanos expresan tanto una *voz positiva*, cuando con sus opiniones o propuestas buscan influir en las decisiones colectivas, como una *voz negativa*, que utilizan para vigilar, criticar, resistir, controlar, etc., a quienes los gobiernan²²—.

2. Se puede regular una comunicación persuasiva sin ir en contra de la constitución siempre que esta contenga una incitación directa y explícita a cometer un hecho ilícito.

Para ambientar esta segunda respuesta, empezaremos ahondando un poco más en las reflexiones con que finalizamos el acápite anterior, de manera que moderemos tanto como sea necesario ese tono algo optimista con el que finalizamos. Es cierto que la certeza de que la libre expresión es tan necesaria para el establecimiento y la buena salud de un proyecto de sociedad democrático —como el que recién

20 Al respecto v. con mucha mayor amplitud: URIBE BARRERA, *Bases para la interpretación y aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión*, tesis doctoral inédita dirigida por: Díaz y García Conlledo, Universidad de León, 2019, cap. II, 3.B.

21 Al respecto v. con mucha mayor amplitud: URIBE BARRERA, *Bases para la interpretación y aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión*, tesis doctoral inédita dirigida por: Díaz y García Conlledo, Universidad de León, 2019, cap. II, 3.A.

22 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”. En cualquier caso, el lector interesado puede encontrar un análisis más profundo en: Al respecto v. con mucha mayor amplitud: URIBE BARRERA, *Bases para la interpretación y aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión*, tesis doctoral inédita dirigida por: Díaz y García Conlledo, Universidad de León, 2019, cap. II, 3.C.

describimos²³— como para los diferentes tipos de regímenes dictatoriales lo es la censura no siempre ha estado entre nosotros. Alguien podría replicar, con acierto, que estas percepciones han ido cambiando, pues la posibilidad de hacer comparaciones con otras sociedades y las duras y vergonzosas lecciones históricas aprendidas por nuestras propias sociedades nos han ayudado a ver la censura generalizada como la antesala o la confirmación de la dictadura —y, por ende, la negación de nuestro proyecto democrático—.

Sin embargo, incluso si aceptamos este cambio paulatino en nuestras percepciones, persisten las razones para mantener nuestro optimismo bajo control. Incluso hoy, cuando casi todos apostaríamos que sociedades tipo Arabia Saudita no sobrevivirían *con* un libre flujo de comunicaciones —o que sociedades tipo Francia no sobrevivirían *sin* ese flujo—, quizá no exista la mencionada bancarota, pues todavía a muchos nos cuesta aceptar que nuestras sociedades paguen el precio necesario para mantener abierto tal flujo y así proteger la democracia —esto es, que tomen riesgos tan altos como permitir la circulación de “manuales” de autoasfixia erótica—.

Con todo, aun si aceptamos cierta persistencia de ese misterio o enigma del que nos habló RAZ, lo cierto es que, cuando al menos parte de la ciudadanía ya ve claramente lo *especial* o *extraordinario* de una libre expresión²⁴, esta claridad ha solido venir acompañada de la exigencia de dejar atrás modelos como el de la “mala tendencia” para crear e implementar nuevos y más robustos modelos de protección constitucional de las comunicaciones.

El primero de esos modelos alternativos que vamos a observar es el que, respondiendo a un clamor popular que se hacía cada vez más difícil de ignorar para

23 N. 20 ss. y texto principal que las acompaña.

24 Sea porque ven la importancia de tener un espacio público abierto para permitir el libre flujo de comunicaciones o porque, aun si no son lo suficientemente optimistas como para ver lo potencialmente ventajoso que podría ser el tener ese espacio, son lo suficientemente pesimistas o cautos como para poderse imaginar los nefastos escenarios que pueden darse en el momento en el que una persona o un grupo mayoritario adquiere el poder de censura en una sociedad. Para sostener y llenar de argumentos esta última y justificada línea pesimista los ciudadanos pueden encontrar de utilidad a: CONDORCET, *Condorcet*, 2012, (1793-1794), 184; SARTORI, *Democracia*, 2009, 17; KELSEN, *Teoría general*, 2.ª, 1958, 341; DWORKIN, *Taking Rights*, 1977, 205; en Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech*, 2009, vii s.; BOBBIO, RCP 1-2 (1986), 132; *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.; 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.

los jueces²⁵, propuso el J. HAND en los E.E.U.U de inicios del siglo pasado. En su polémica y en su momento desacreditada opinión en el caso *Masses*²⁶, este icónico juez se peleó con el pacíficamente dominante²⁷ modelo de la mala tendencia para, en su lugar, sostener que una comunicación persuasiva solo se puede regular sin ir en contra de los mandatos constitucionales cuando esta contenga una incitación directa y explícita a cometer un hecho ilícito²⁸.

25 V. RABBAN, Yale L.J. 90 (1981), 514-596.

26 *Masses Publishing Co. v. Patten* 244 F 535 (S D NY 1917).

27 V., al respecto, n. 13 y n. 28.

28 Que sepamos, quien primero esbozo –al menos en un tribunal– la revolucionaria idea de que una comunicación persuasiva solo se puede regular sin ir en contra de la Constitución si esta contiene una incitación directa y explícita a cometer un hecho ilícito fue el J. HAND. En su polémica opinión en el caso *Masses*, el J. HAND el juez tuvo que pelearse con el modelo de regulación de comunicaciones que venimos de ver –hablamos del modelo de la mala tendencia, que, al menos en los círculos judiciales, gozaba de una aceptación pacífica–. Distanciándose de quienes sostenían una postura individualista para interpretar este derecho, 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 se puede encontrar, por ejemplo 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 argumentaciones que fundamentan el derecho a la libertad de expresión por ser necesario para instalar y mantener una sociedad democrática: 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). Su importancia para la democracia 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

Para ver este modelo en funcionamiento volvamos a nuestro ejemplo del “manual de autoasfixia erótica”. Para comprobar si regular –sancionar, censurar, encarcelar, etc. – a quien publique este tipo de comunicaciones es constitucional, quien opere bajo la lógica del modelo del J. HAND ya no tendrá que examinar qué tan buena o mala es la tendencia de este “*manual*” –esto es, a qué nivel de riesgo o peligro (para nuestros derechos, intereses, bienes jurídicos, etc.) nos expondría el permitirnos su libre circulación–. Puesto que para el J. Hand esta clase de pesquisas o conjeturas son demasiado especulativas o subjetivas como para ser tomadas como la base de un examen de constitucionalidad, lo *único* que debe preguntarse quién quiera regular comunicaciones sin ir en contra de la Constitución en casos como este es si Hustler Magazine incitó directa y explícitamente a sus lectores a cometer un hecho ilícito²⁹. Así las cosas, teniendo en cuenta que: i) la autoasfixia erótica no es antijurídica y ii) que, incluso si lo fuera, Hustler Magazine pidió directa

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 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, los tribunales como desde la doctrina–, 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*–.

29 El J. Hand argumentaba que la conveniencia del modelo de regulación de comunicaciones persuasivas por el que el propugnaba estaba en el hecho de que llevaba al operador jurídico-constitucional a una serie de pesquisas o comprobaciones de corte objetivo. Los modelos de “mala tendencia”, para este juez, eran inconvenientes entre otras cosas porque invitaban a un cálculo de riesgos futuros sumamente subjetivo y especulativo. Al respecto, además de *Masses Publishing Co. v. Patten* 244 F 535 (S D NY 1917) v. los autores citados en la n. anterior.

y explícitamente a sus lectores que se abstuvieran de realizar tan peligrosa práctica, siguiendo este modelo diríamos que regular este particularmente persuasivo y peligroso tipo de comunicaciones sería inconstitucional.

Para cualquier persona que entienda que la libertad de expresión de todos y cada uno de los ciudadanos merece un *bonus* extra de escrutinio y protección constitucional, el modelo que presenta el J. HAND será sin duda mucho más atractivo que el de la mala tendencia. Sin embargo, si nos tomamos un tiempo para hacer un examen más completo y ponderado de los argumentos en pro y en contra de este modelo también tendríamos que decir que hay por lo menos tres aspectos en los que este no sale del todo bien parado:

(i) En primer lugar, a nivel teórico, sostener –como lo hizo inicialmente el J. HAND y como lo haría más adelante el J. BORK³⁰– que en el espacio público de una sociedad democrática no hay lugar para afirmaciones que inciten a realizar acciones que vayan en contra del ordenamiento jurídico o político resulta cuestionable. Cualquiera dispuesto a seguir la idea democrática hasta sus últimas consecuencias deberá lidiar con el hecho de que estamos ante un régimen vertiginoso que no cree en esencias y que a nada ni nadie le promete una legitimidad eterna. Un régimen que, muy por el contrario, *todo* lo somete a un debate sin fin³¹.

30 BORK, Ind. L.J. 47 (1971), 1-35.

31 Por supuesto, dentro de ese *todo* debe incluirse cualquier pieza del ordenamiento jurídico o, incluso, el sistema social y político mismo. Un análisis más fundamentado de la visión de la democracia que sostiene esta crítica puede v. en: LEFORT, *Democracy and political theory* (Trad. de: Macey, David), University of Minnesota Press, Gran Bretaña, 1988; *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; CASTORIADIS, *Los Dominios del hombre. Las encrucijadas del laberinto*, 3.ª, Gedisa, Barcelona, 1995; CASTRO-GÓMEZ, *Revoluciones sin sujeto. Slavoj Žižek y la crítica del historicismo posmoderno*. Akal, Ciudad de México, 2015; URIBE BARRERA, *Bases para la interpretación y aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión*, tesis doctoral inédita dirigida por: Díaz y García Conlledo, Universidad de León, 2019, cap. II, 3.C. En cualquier caso, sobre estas ideas y sobre la valentía que implica el vivir en una sociedad democrática consideremos: BRANDEIS en su voto concurrente en: *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927): "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

(iii) En segundo lugar, a nivel práctico, desde muy pronto se observó que el modelo de regulación de comunicaciones persuasivas de HAND iba a resultar problemático al momento de regular aquellos casos en los que los más hábiles, sutiles y disimulados oradores son capaces de desencadenar en su audiencia

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".

fervientes deseos de realizar hechos antijurídicos sin necesidad de decirles directa o explícitamente que hagan algo³².

(iii) Además de esta cuestión —que se conoce como el problema de Marco Antonio³³—, autores como STONE han recordado, también desde una perspectiva práctica, que si acogemos este modelo tendríamos que prepararnos para lidiar con un tercer problema³⁴. Si bien es cierto que, en líneas generales, este modelo de protección constitucional resultaría más robusto y garantista que el de la “mala tendencia”, hay casos en que su protección terminaría siendo mucho menor. Para ver claramente cuándo puede llegar a darse esa menor garantía, consideremos el siguiente caso. Z le dice a Y, que entre muchas otras cosas es cuadripléjico, que la única salida a la crisis social que vive el país es que él mismo tome un arma y vaya a matar al Presidente de la República. Siguiendo el modelo de la “mala tendencia”, tenemos que el peligro de que el receptor de ese mensaje resulte persuadido y termine dañando —o tan siquiera poniendo en el más mínimo riesgo la vida del Presidente— es completamente nulo, inexistente o descartable, por lo que sería inconstitucional reprimir tan inofensiva comunicación. Siguiendo el modelo de HAND, en cambio, dado que en el poco sutil caso que hemos puesto no hay duda de que estamos ante una incitación directa y explícita a cometer un ilícito, después de hacer los exámenes o pesquisas que este modelo prescribe, a pesar de que no hay ninguna posibilidad real o concreta de riesgo o peligro podríamos terminar arribando a la conclusión de que reprimir esta comunicación sería constitucional³⁵.

3. Se puede regular una comunicación persuasiva sin ir en contra de la constitución siempre que esta cree un peligro claro y presente.

El peso de este tipo de contraargumentos hizo que jueces como HOLMES y BRANDEIS, que también estaban plenamente convencidos de la necesidad de otorgar un bonus extra de escrutinio y protección constitucional a la libre expresión,

32 V. Chafee, Harv. L. Rev. 32 (1918-1919), 964; Stone, Sup. Ct. Rev. (2002), 427 s. Estos autores muestran como un orador tan inspirado como el Marco Antonio de Shakespeare, en el funeral de Julio Cesar, podría incitar claramente a su audiencia y, al tiempo, evitar fácilmente la censura.

33 V. STONE, Sup. Ct. Rev. (2002), 427 s.

34 STONE, Sup. Ct. Rev. (2002), 427 s.

35 Otros ejemplos, más sutiles, de cómo el test del J. HAND es poco satisfactorio al juzgar casos en que no hay una posibilidad próxima o real de que quien reciba el mensaje realice la conducta dañosa y antijurídica en: STONE, Sup. Ct. Rev. (2002), 427 s.

descartaran el modelo de regulación de comunicaciones persuasivas que planteaba el J. HAND. En su lugar, en una serie de famosísimas opiniones³⁶, perfilaron un test que perfiló otro modelo que terminó imponiéndose, al menos por un largo periodo, en los E.E.U.U. De acuerdo con el test planteado por los jueces HOLMES y BRANDEIS, para que las autoridades pueden regular una comunicación persuasiva sin ir en contra de la Constitución deben cumplir con la carga de demostrar que permitir la libre circulación de la misma crea un peligro claro y presente³⁷.

Como vemos, y como su nombre lo indica –“clear and present danger test”–, el test de constitucionalidad tras este tercer modelo hace que, para derrotar la presunción de inconstitucionalidad de la que parte cualquier regulación de comunicaciones persuasivas, necesariamente deban hacerse esos cálculos de peligro o riesgo que tanto habían espantado al J. HAND por ser incontrolablemente subjetivos, especulativos o azarosos. Viendo bien las cosas, podríamos sostener, incluso, que para proteger extraordinariamente la libre expresión sin meterse en los problemas que se metió el J. HAND, lo que hicieron HOLMES y BRANDEIS fue presentar una versión renovada del test de la “mala tendencia” –una versión 2.0 que, mediante un sencillo ajuste de tuercas, permite que exista una menor proclividad a regular comunicaciones persuasivas–.

Empezando por lo bueno, digamos entonces que nos encontramos, por segunda oportunidad, ante un modelo de regulación de comunicaciones persuasivas que, por estar en condiciones de ofrecer más garantías para la instalación y vigencia de un sistema democrático, resulta más atractivo que el modelo inicial del que partimos. A nivel político, el mensaje que nos enviaron HOLMES y BRANDEIS era tan disruptivo como positivo: quienes quieran vivir en una democracia deberán asumir el precio de tener que ver y/o escuchar constantemente comunicaciones heterodoxas, inconvenientes, hirientes, erróneas, estúpidas, inoportunas, superfluas, groseras, banales, etc. Contrario a los cálculos del modelo de la “mala tendencia”, dentro de este enorme conjunto de (tipos molestos de) comunicaciones tan solo podrá regularse y evitarse jurídico-constitucionalmente un pequeño subconjunto: el conformado por aquellas comunicaciones que, por colocarnos en una situación de peligro claro y presente –para nuestros derechos, intereses, bienes jurídicos, fines sociales, etc.–, tienen un costo tan elevado que ni siquiera una sociedad libre, abierta y democrática puede permitirse pagar.

36 V. principalmente su posición en: *Abrams v. US* 250 U.S. 616 (1919); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

37 *Abrams v. US* 250 U.S. 616 (1919).

Como serían muchos los casos en que, sin importar la molesta tendencia de las comunicaciones, las manos del poder público quedarían atadas por la Constitución —y así se incrementará el espacio en que la comunicación de ideas permanecerá fuera del alcance del censor—, desde el proyecto de crear una sociedad democrática el rechazo del modelo de “la mala tendencia” y la aceptación de este tercer modelo son buenas noticias. Sin embargo, más allá de lo que podamos decir en abstracto del modelo de HOLMES y BRANDEIS, la experiencia estadounidense con este modelo —para ser más concretos el modo en que el macartismo primero diluyó y luego devoró sin problemas el test del “peligro claro y presente”— ya se ha encargado de resaltar las razones por las que cualquier sociedad debería pensarse dos veces el copiar e implementar una protección constitucional que ya se mostró como nimia, débil o insuficiente en el momento en que más se le necesitó³⁸.

4. Se puede regular una comunicación persuasiva sin ir en contra de la constitución siempre que esta: i) contenga una incitación directa y explícita a cometer un hecho ilícito y ii) cree un peligro claro e inminente.

Tras la horrible noche que significó el macartismo para la democracia y la libre expresión en los E.E.U.U., llegaría, en la década de los sesenta del siglo anterior, un despertar cultural, social y político que se convirtió en un ambiente ideal para la creación del que muy probablemente sea el modelo de regulación constitucional de las comunicaciones más proteccionista que se haya visto en una sociedad moderna. Empleando la vibrante energía democrática que generaban una serie de movimientos emancipatorios en pleno esplendor, la llamada “Corte de Warren” decidió que, en lugar de escoger entre el test de “peligro claro y presente” que había

38 EMERSON, *General Theory*, 1966, 23, uno de los autores clásicos, sintetiza así el asunto: “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”. En cualquier caso, el lector interesado en profundizar en el macartismo y en las lecciones históricas que dejó encontrará útil a: 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. También podría ser útil el análisis que uno de nosotros hizo en: URIBE BARRERA, *Bases para la interpretación y aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión*, tesis doctoral inédita dirigida por: Díaz y García Conlledo, Universidad de León, 2019, p. 277-280.

rotó el macartismo o el test de HAND, tomaría las versiones más garantistas de los dos test para fusionarlos en uno solo que, combinando lo mejor de sus predecesores, ponía un doble candado constitucional sobre la regulación de las comunicaciones persuasivas. Así, en una decisión unánime en el interesantísimo caso *Brandenburg v. Ohio*³⁹, dicha Corte señaló que cualquier regulación de una comunicación persuasiva se presumiría como inconstitucional hasta que la autoridad reguladora demostrará que esta: i) está *dirigida directamente* a incitar o producir acciones antijurídicas

39 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

*inminentes*⁴⁰ y (ii) es probable (likely) que incite o produzca tales acciones⁴¹.

40 Es importante resaltar tres aspectos de este primer factor del test. En primer lugar, que consideramos que, con la finalidad de proteger al orador, el test de Brandenburg exige que haya dolo directo o de primer grado de incitar a la realización del ilícito. Al menos así interpretamos el requisito que se pone en la sentencia de que el mensaje del orador deba estar “dirigido a” (“directed to”) a incitar. En segundo, que no entendemos que el atributo “directo” que el test de Brandenburg añade a la incitación no debe entenderse como sinónimo de literalidad u objetividad de las palabras empleadas. El problema de Marco Antonio bien nos serviría aquí para ilustrar el punto, pero vayamos a un caso menos sutil para ver mejor el asunto. Inspirándonos muy libremente en la revolución de los claveles portuguesa, pensemos en que un orador y una audiencia que lo sigue arreglan que el primero le indicará a los segundos cuándo es el momento para salir a derrocar el gobierno poniendo un clavel en la entrada de la puerta de su casa. O, para no ir tan lejos, pensemos en expresiones utilizadas por los mafiosos colombianos como “vaya hágale la fiesta a X” o “habrá que conversar con Y” o “salir a bailar con Z”. Nosotros consideramos que, aplicando el test de Brandenburg, estos serían unos mensajes directos y con un propósito incitador perfectamente identificable y discernible para la audiencia, por lo que, conforme a este punto particular del test, podría regularse. En cualquier caso, sostiene con buenos argumentos una posición contraria a la nuestra 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”. Alejándonos de la posición de GREENAWALT, *Speech*, 1989, 207, entendemos que lo que hace la expresión “directamente” es convertir en inconstitucional regulaciones de comunicaciones que, exigiendo al operador realizar ejercicios de “futurolología”, atacan incitaciones o persuasiones abstractas, indirectas, aventureras, azarosas, probabilísticas, como las que castiga el artículo 510 del Código Penal Español: “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(...)”. En tercer lugar, digamos que 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”.

41 La probabilidad es, evidentemente un espectro dentro del que debe moverse el operador de este test. Como dijimos hablando del modelo del J. HAND, los análisis probabilísticos, al menos cuando lo realizarán en muchas oportunidades juristas, son altamente azarosos y subjetivos: ¿Cómo reaccionará la audiencia a estas palabras? ¿Ignorará al orador? ¿Correrá a hacer lo que dice? Estas respuestas, sino estamos ante casos como el de la persona cuadriléjica que mencionamos atrás, efectivamente son difíciles y pueden dar lugar a vaticinios muy diferentes. Aceptando entonces la crítica de HAND, para cerrar este punto consideremos lo que nos dice un fino 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

A nuestro juicio, aún con las imperfecciones que el lector podrá encontrar, el test de Brandenburg es un instrumento que nos puede ayudar a crear el tipo de modelo de regulación de comunicaciones que se necesita para instalar y sostener una sociedad libre, abierta y democrática⁴². Además, consideramos que, al dejar una válvula de escape que permite regular las comunicaciones extremada e irreparablemente perjudiciales, este test consigue tan valioso objetivo sin que tengamos que perjudicar excesiva o innecesariamente otros fines sociales, derechos, intereses o bienes jurídicos que también consideramos como valiosos⁴³. Por esta razón, más que hacer un comentario negativo para balancear nuestra reseña de este último modelo, para finalizar este acápite quisiéramos insistir en que implementar un modelo de protección constitucional de las expresiones como este está muy lejos de ser gratuito. Del alto costo que tenemos que pagar para tener verdaderamente garantizado un espacio público, libre y abierto –para vivir en una democracia– son muestra tanto la desafortunada y accidental muerte de X, Carradine o Hutchence, como la penosa necesidad de tener que seguir escuchando hoy a personajes tipo Brandenburg decir que: "deberíamos enterrar a los negros"^{44/45}.

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 les da".

- 42 Decimos ayudar a crear porque no es más que una pieza, ya que un modelo de regulación completo tiene que considerar otro tipo de daños considerados en la introducción.
- 43 Para no retratar a Brandenburg como una invitación a la anarquía o al suicidio colectivo, no está de más recordar que el Estado puede y debe regular la conducta de aquellos miembros autónomos y responsables de sus propios actos de la audiencia que decidan cometer crímenes. En otras palabras, lo que hace un test como el de Brandenburg no es privar a la sociedad de toda protección, sino, con el fin de crear un espacio para la libre expresión (y de ver a la audiencia no como borregos sino como seres responsables), desplazar el foco de la regulación mayoritariamente en la audiencia, no en el orador. Aquí radica su enorme distancia con el test de la "mala tendencia", que, con una vergonzosa y humillante mirada a las capacidades críticas y de discernimiento de la audiencia, prefiere centrar la regulación en el orador –y, de paso, extinguir el espacio para la libre expresión–.
- 44 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).
- 45 El lector interesado en profundizar en el test de Brandenburg encontrará aplicaciones y/o comentarios muy interesantes en: 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

5. Reflexión final

BOBBIO⁴⁶ señala que en materias como las que aborda este artículo, es entre extraño e imposible toparse con una tipología que tenga fines meramente descriptivos. Nos dice BOBBIO que, así estas sean más o menos explícitas, todas las tipologías que hacemos en estas áreas terminan teniendo fines prescriptivos —que, en palabras también del autor, las tipologías siempre empiezan con fines sistematizadores y siempre terminan con fines axiológicos—⁴⁷.

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 categórico. 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.; CHERMERINSKY, *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.; ALCÁZER GUIRAO, *REDC* 103 (2015), 62 s.; PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *Libertad de expresión*, 2017, 36 s., 51 s.

46 BOBBIO, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2.^a, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de Méjico, 2001, 9-13.

47 BOBBIO, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2.^a, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de Méjico, 2001, 9-13.

Estando enteramente de acuerdo con BOBBIO⁴⁸, por nuestra parte esperamos haber sido lo suficientemente explícitos y honestos con el lector como para que a estas alturas ya sepa bien que los fines que subyacen a nuestra tipología son muy prescriptivos. Y que, por ende, a través de este texto tratamos de hacerlo parte de nuestro entusiasmo por un tipo de sociedad, la sociedad democrática, y un tipo de modelo de regulación de comunicaciones persuasivas, el generado por tests de constitucionalidad como el de Brandenburg. Con todo, sino hemos logrado convencer al lector más escéptico de la conveniencia de estos tipos, esperamos haberle enseñado algunas de las principales ventajas y desventajas que se desprenden de interpretar y aplicar el alcance y el peso del derecho constitucional a la libertad de expresión de diferentes maneras.

Bibliografía

Doctrina

- BALKIN, JACK: *Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, en: N.Y.U. L. Rev. 79 (2004), 1-58.
- BARENDT, ERIC: *Freedom of speech*, 2.^a, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- 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.
- BENHABIB, SEYLA: **Los Derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos** (Trad. de: Zadunaisky, Gabriel), Gedisa, Barcelona, 2005.
- BENHABIB, SEYLA: **El ser y el otro en la ética contemporánea: Feminismo, comunitarismo y posmodernismo** (Trad. de: Zadunaisky, Gabriel), Gedisa, Barcelona, 2006.
- BERLIN, ISAIAH: *Cuatro ensayos sobre la libertad* (Trad. de: Urrutia, Belen/Bayón, Julio/Rodríguez Salmones, Natalia), Alianza, Madrid, 1988.
- 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.
- BHAGWAT, ASHUTOSH: **The myth of Rights: the purposes and limits of constitutional rights**, Oxford, Nueva York, 2010.
- Bhagwat, Ashutosh: *Free Speech Without Democracy*, en: U.C. Davis L. Rev. 49 (2015), 59-121.

48 BOBBIO, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2.^a, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de Méjico, 2001, 9-13.

- 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.
- BLASI, VINCENT: *The Pathological Perspective and the First Amendment*, en: Colum. L. Rev. 85 (1985), 449-514.
- BLASI, VINCENT: *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.
- BOBBIO, NORBERTO: *Democracia y pluralismo*, en: RCP 1-2 (1986), 127-137.
- BOBBIO, NORBERTO: **El futuro de la democracia** (Trad. de: Fernández Santillán, José), Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- 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.
- BRISON, SUSAN: *The autonomy defense of free speech*, en: Ethics 108 (1998), 312-339.
- BRISON, SUSAN: *Speech, harm, and the mind-body problem in first amendment jurisprudence*, en: Legal Theory 4 (1998), 39-61.
- CASTRO-GÓMEZ, SANTIAGO: **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: *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.

- COLOM, FRANCISCO: *Razones de **identidad**: Pluralismo cultural e integración política*, Anthropos, Barcelona, 1998.
- DAHL, ROBERT: ***La democracia**. Una guía para los ciudadanos* (Trad. de: Vallespín, Fernando), Taurus, México, 2006.
- DELGADO, RICHARD/MILLEN, DAVID: *God, Galileo, and Government: Toward Protection for Scientific Inquiry*, en: Wash. L. Rev. 53 (1978), 349-404.
- 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: ***Taking Rights Seriously***, Harvard University Press, Nueva York, 1977.
- DWORKIN, RONALD: *Foreword*, en: Hare/Weinstein (eds.), *Extreme Speech and democracy*, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2009, v-ix.
- EMERSON, THOMAS: *Toward a **general theory** of the first amendment*, Random House, Nueva York, 1966.
- EMERSON, THOMAS: *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, en: Cal. L. Rev. 68 (1980), 422-481.
- FAIGMAN, DAVID: *Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles Versus Supreme Court Practice*, en: Va. L. Rev. 78 (1992), 1521-1580.
- FALLON, RICHARD: ***The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice**, 2.^a*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013.
- FARBER, DANIEL A.: *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, en: Ind. L.J. 84 (2009), 917-938.
- 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.
- FRANCIONE, GARY: *Experimentation and the Marketplace Theory of the First Amendment*, en: U. Pa. L. Rev. 136 (1987), 417-512.
- FUCHS, ALAN: *Further Steps Toward a General Theory of Freedom of Expression*, en: Wm. & Mary L. Rev. 18 (1976), 347-377.
- 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.
- GAVIRIA, CARLOS: «¿Qué es el tercer estado?» de Siéyes, y el constitucionalismo colombiano, en: Estudios Políticos 1 (1992), 29-33.
- GEY, STEVEN, *The First Amendment and the Dissemination of Socially Worthless Untruths*, en: Fla. St. U. L. Rev. 36 (2008), 1-22.
- GREENAWALT, KENT: **Speech, Crime, and the Uses of Language**, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1989.
- GREENAWALT, KENT: *Free Speech Justifications*, en: Colum. L. Rev. 89 (1989), 119-155.
- 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.
- HELD, DAVID: *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1992.
- HORWITZ, PAUL: *The First Amendment's Epistemological Problem*, en: Wash. L. Rev. 87 (2012), 445-493.
- KAGAN, ELENA: *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, en: U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 413-517.
- KALVEN, HARRY: *The Reasonable Man and the First Amendment: Hill, Butts, and Walker*, en: Sup. Ct. Rev. (1967), 267-310.
- 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/Hamann, **¿Qué es la Ilustración?** 5.^a, Tecnos, Madrid, 2007, 17-25.
- KLEHR, HARVEY/HAYNES, JOHN/FIRSIV, FRIDRIKH: *The Secret World of **American Communism***, Yale University Press, New Haven, 1995.
- KOPPELMAN, ANDREW: *Veil of Ignorance: Tunnel Constructivism in Free Speech Theory*, en: Nw. U. L. Rev. 107 (2013), 647-730.
- KYMLICKA, WILL: Two Models of Pluralism and Tolerance, en Heyd (ed.), **Toleration: An Elusive Virtue**, Princeton University Press, New Jersey, 1996, 81-105.
- 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.
- LEFORT, CLAUDE: *Thinking with and against Hannah Arendt*, en: Social Research 69 (2002), 447-459.
- LEFORT, CLAUDE: **El arte de escribir y lo político**, Herder, Barcelona, 2007.

- LEFORT, CLAUDE: **Maquiavelo**. *Lecturas de lo político*, Trotta, Madrid, 2010.
- LEFORT, CLAUDE: *Democracia y representación*, Prometeo, Buenos Aires, 2011.
- 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.
- MILL, JOHN STUART: *Sobre la libertad* (Trad. de: de Azcárate y Flórez, Pablo), Alianza, Madrid, 2004.
- MOUFFE, CHANTAL: **El retorno de lo político**: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical, Paidós, Barcelona, 1999.
- 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.
- 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: **Fundamentos de Derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico en la práctica judicial**, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- OSBORNE, RAQUEL: *¿Son las mujeres una minoría?*, en: *Isegoría* 14 (1996), 79-93.
- OSHINSKY, DAVID: **A Conspiracy So Immense: The World of Joe McCarthy**, Oxford University Press, Nueva York, 1983.
- 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.
- POST, ROBERT: *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*, en: *U. Colo. L. Rev.* 64 (1993), 1109-1137.
- POST, ROBERT: *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.
- PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL/TERUEL LOZANO, GERMÁN: **Libertad de expresión en América y Europa**, Juruá Editora, Vila Nova de Gaia/Porto, 2017.
- RABBAN, DAVID: *The First Amendment in Its Forgotten Years*, en: *Yale L.J.* 90 (1981), 514-595.

- RABBAN, DAVID: *The State Of Free Speech Doctrine In 1917*, en: Ariz. St. L. J. 50 (2018), 911-918.
- RAZ, JOSEPH: *Free Expression and Personal Identification*, en: Oxford J. Legal Stud. 11 (1991), 303-324.
- REMUS IRWIN, DANA: *Freedom of Thought: The First Amendment and the Scientific Method*, en: Wis. L. Rev. (2005), 1479-1533.
- 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.
- SARTORI, GIOVANI: *Democracia en treinta lecciones* (Trad. de: Pradera, Alejandro), Taurus, México, 2009.
- SCANLON, THOMAS: *A Theory of Freedom of expression*, en: Phil. Pub. Aff. 1 (1972), 204-226.
- SCANLON, THOMAS: *The difficulty of Tolerance*, Cambridge University Press, Nueva York, 2003.
- SCHAUER, FREDERICK: *Response: Pornography and the first amendment*, en: U. Pitt. L. Rev. 40 (1979) 605-618.
- SCHAUER, FREDERICK: **Free speech: A Philosophical Enquiry**, Cambridge University Press, Nueva York, 1982.
- SCHAUER, FREDERICK: *Must Speech Be Special?*, en: Nw. U. L. Rev. 78 (1983-1984), 1284-1306.
- SCHAUER, FREDERICK: *The Role of the People in First Amendment Theory*, en: Cal. L. Rev. 74 (1986), 761-788.
- SCHAUER, FREDERICK: *Commercial Speech and the Architecture of the First Amendment*, en: U. Cin. L. Rev. 56 (1988), 1181-1204.
- SCHAUER, FREDERICK: *The Second-Best First Amendment*, en: Wm. & Mary L. Rev. 31 (1989), 1-23.
- SCHAUER, FREDERICK: *The Sociology of the Hate Speech Debate*, en: Vill. L. Rev. 37 (1992), 805-819.
- SCHRECKER, ELLEN: *The Age of **McCarthyism**: A Brief History with Documents*, St. Martin's Press, Boston, 1986.
- SHIFFRIN, SEANA: *A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech*, en: Const. Comment. 27 (2011), 283-307.

- SHIFFRIN, STEVEN: Dissent, *Democratic Participation, and First Amendment Methodology*, en: Va. L. Rev. 97 (2011), 559-565.
- SOLUM, LAWRENCE: *Freedom of Communicative Action: A Theory of the First Amendment Freedom of Speech*, en: Nw. U. L. Rev. 83 (1988-1989), 54-135.
- STONE, GEOFFREY R.: *Autonomy and Distrust*, en: U. Colo. L. Rev. 64 (1993), 1171-1178.
- STONE, GEOFFREY R.: *Content-Neutral Restrictions*, en: U. Chi. L. Rev. 54 (1987), 46-118.
- STONE, GEOFFREY R.: *The Origins of the Bad Tendency Test: Free Speech in Wartime*, en: Sup. Ct. Rev. (2002), 411-453.
- STONE, GEOFFREY R.: **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.
- STONE, GEOFFREY R.: *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.
- STRAUSS, DAVID: *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, en: Colum. L. Rev. 91 (1991), 334-371.
- SUNSTEIN, CASS: *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, Nueva York, 1995.
- SUNSTEIN, CASS: *Designing democracy. What Constitutions Do*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- 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.
- 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.
- TODOROV, TZVETAN: *A Passion for Democracy - Benjamin Constant*, Algora, Estados Unidos de América, 1999.
- TUSHNET, *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).
- URBINATI, NADIA: **Representative Democracy: Principles and genealogy**, University of Chicago Press, Chicago, 2006.
- URIBE BARRERA, JUAN PABLO: *Bases para la interpretación y aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión*, tesis doctoral inédita dirigida por: Díaz y García Conlledo, Universidad de León, 2019
- VIVES ANTÓN, TOMÁS: **La libertad como pretexto**, Tirant lo Blanc, Valencia, 1995.
- WEINSTEIN, JAMES: *Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine*, en: Va. L. Rev. 97 (2011), 491-514.
- WEINSTEIN, JAMES: *The Story of Masses Publishing Co. v. Patten: Judge Learned Hand, First Amendment Prophet* en: Garnett/Koppelman (eds.), *First Amendment Stories*, 2011, 61-97.
- WERHAN, KEITH: **Freedom of speech: A reference guide of the United States Constitution**, Praeger, Westport, 2004.
- WILLIAMS, SUSAN: *Democracy, Freedom of Speech, and Feminist Theory: A Response to Post and Weinstein*, en: Va. L. Rev. 97 (2011), 603-616.
- WILLIAMS, SUSAN: *Content Discrimination and the First Amendment*, en: U. Pa. L. Rev. 139 (1990-1991), 615-730.

Jurisprudencia

Corte Suprema y otras cortes de los Estados Unidos de América

- Masses Publishing Co. v. Patten 244 F 535 (S D NY 1917).
Abrams v. US 250 U.S. 616 (1919);
Frohwerk v. United States, U.S. 204 (1919), 249;
Schenck v. United States, 249 US 47 (1919), 52;
Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927)
DeJonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937)
West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943)
Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949)
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)
Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)
Cohen v. California, 403 U.S. 15, 23 (1971)
Hess v. Indiana, 414 U.S. 105 (1973)
NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886 (1982), 927 s.;
Herceg v. Hustler Magazine, Inc., 814 F. 2d 1017 (5th Cir. 1987)
Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd., 502 U.S. 105 (1991)
Ashcroft et. al. v. Free Speech Coalition et. al., 535 U.S. 234 (2002), 252

Corte Constitucional de Colombia

- Sentencia T-104/1996, de 8 de marzo.
Sentencia T-213/2003, de 8 de marzo.
Sentencia T-391/2007, de 22 de mayo.

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.