

Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda

María Paz Ávila Ordoñez
Ramiro Ávila Santamaría
Gustavo Gómez Germano
(Editores)



Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Oficina en Quito



Naciones Unidas
Derechos Humanos

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Rosa M. González
Consejera de Comunicación e Información para los Países Andinos
Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito
Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
Veintimilla E9-53 entre Tamayo y Plaza
Telf: (593) 2528911 www.unesco.org/quito

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Asesor en Derechos Humanos para el Sistema de la ONU en el Ecuador

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593-2) 2460 330 Fax: 2461 960 www.ecuador.ohchr.org/

Equipo de Apoyo

Danilo Caicedo Tapia, María Belén Corredores Ledesma, Carlos Espinosa Gallegos-Anda,
Tatiana Hidalgo Rueda, Angélica Porras Velasco, Yolanda Estefanía Pozo, Carolina Silva Portero.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO
Andrea Apolo Montalvo, Laura Ciudad Rioja, Lucía García López.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Esther Almeida, Christel Drapier.

Corrector de Estilo: Miguel Romero
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2011
1ra. edición: diciembre de 2011

Contenido

Presentación	vii
<i>Rosa M. González,</i> Consejera de Comunicación e Información para los países Andinos Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela	

Presentación	ix
<i>Guillermo Fernández-Maldonado C.</i> Asesor en Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	

Prólogo	xi
<i>María Paz Ávila Ordoñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano</i>	

I

El derecho a la libertad de expresión: características, fundamentos y debates

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión	3
<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	
Constitucionalismo y libertad de expresión	31
<i>Roberto Gargarella</i>	
Libertad de expresión y estructura social	63
<i>Owen Fiss</i>	
El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional	87
<i>Miguel Carbonell</i>	
Derechos a la comunicación y teorías de la democracia.	
Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano	97
<i>Marco Navas Alvear</i>	
Libertad de Expresión y Ley Penal	117
<i>Alfredo Chirino Sánchez</i>	

II
Nueva agenda de la libertad de expresión

Nueva agenda y reconceptualización de la libertad de expresión en las Américas	143
<i>Gustavo Gómez Germano</i>	
Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad	161
<i>Roberto Saba</i>	
Diversidad, pluralismo y libertad de expresión	181
<i>Catalina Botero</i>	
Libertad de Expresión y Radiodifusión.....	193
<i>Catalina Botero</i>	
Libertad de expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables	243
<i>Frank La Rue</i>	

III
Jurisprudencia sobre libertad de expresión

“New york times vs. Sullivan” y la malicia real de la doctrina.....	255
<i>Eduardo Andrés Bertoni</i>	
Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada	275
<i>Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo, Rodrigo Uprimny Yepes</i>	
Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión: avances y desafíos	349
<i>Eduardo Andrés Bertoni</i>	
Sentencias de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión.....	373
<i>Ramiro Ávila Santamaría, María Paz Ávila Ordóñez</i>	

IV
Instrumentos y doctrina internacional

Declaración conjunta del décimo aniversario: diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década	409
Nota biográfica de autoras y autores	419

El derecho a la libertad de expresión:
características, fundamentos y debates

El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional

Miguel Carbonell

Sumario

I. Introducción: justificar y aplicar los derechos. II. Justificaciones de la libertad de expresión. III. El argumento sobre el descubrimiento de la verdad. IV. El argumento de la autorrealización. V. El argumento de la participación democrática. VI. El contenido de la libertad de expresión. VII. Bibliografía.

I. Introducción: justificar y aplicar los derechos

Fue Norberto Bobbio quien sugería que, en nuestro tiempo (caracterizado por el propio Bobbio como el “tiempo de los derechos”) no hacía falta preguntarse por el fundamento de los derechos, sino que el esfuerzo teórico y político debía dirigirse hacia su efectiva aplicación. “El problema de fondo relativo a los derechos —afirmaba Bobbio— es hoy no tanto el de *justificarlos*, sino el de protegerlos. No es un problema filosófico, sino político”¹.

La afirmación es cierta, pero no creemos que en América Latina podamos darnos el lujo de dejar de ofrecer buenos argumentos a favor de ciertos derechos. Argumentos que puedan justificarlos en nuestras sociedades profundamente conservadoras, profundamente afectas al autoritarismo que ha gobernado la región durante siglos. Justificar los derechos tiene pleno sentido en América Latina, sin que ello vaya en demérito de la permanente exigencia sobre su efectiva aplicación. No son cuestiones que deban estar reñidas siempre y en todo momento.

En las páginas siguientes se exponen tres distintos argumentos que sirven para explicar, con mayor o menor provecho, el porqué la libertad de expresión es importante para cualquier democracia constitucional. En el apartado final de este breve ensayo se aportan algunas con-

1 Bobbio, Norberto, *Letá dei diritti*, Einaudi, reimpresión, Turín, 1997, p. 16.

sideraciones acerca del objeto que protege la libertad de expresión y que nos permite distinguirla de otros bienes tutelados constitucionalmente.

II. Justificaciones de la libertad de expresión

Sobre la libertad de expresión, partiendo de una óptica filosófica más que normativa, podríamos preguntarnos: ¿Qué justifica que debamos proteger la libertad de expresión? ¿Por qué debe una persona tener el derecho de expresar un punto de vista con el que no estamos de acuerdo? ¿Qué valor importante se tutela al permitir a ciertos sujetos defender ideas que sabemos que están equivocadas o son contrarias a la evidencia científica disponible? ¿Por qué debemos permitir que las personas adultas se alleguen de material que consideramos obsceno o que difunde valores contrarios a nuestras creencias más íntimas o esenciales?

Hay al menos tres distintos tipos de justificaciones de la libertad de expresión, o tres grandes tipos de argumentos que sirven para fundamentar su importancia²: a) el argumento sobre el descubrimiento de la verdad; b) el argumento de la autorrealización personal; y c) el argumento de la participación democrática. Veamos, aunque sea a grandes rasgos, qué propone cada una de estas aproximaciones.

III. El argumento sobre el descubrimiento de la verdad

La verdad es un concepto o un objeto que suele ser valorado positivamente en las sociedades contemporáneas. Algunos pensadores le reconocen a la verdad un valor autónomo, mientras que otros la defienden a partir de postulados utilitaristas: la verdad sería algo valioso en la medida en que permitiría el progreso de la sociedad y el desarrollo humano. Ahora bien, para llegar a descubrir la verdad, en la medida en que esto sea humanamente posible, es necesario poder discutir todos los elementos relevantes, dejando que cualquier persona se exprese sobre un cierto tema.

En ese sentido, como lo dijo el gran juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, debemos crear un “mercado de ideas”, donde cada una de ellas compita con las demás en una suerte de competición intelectual que nos acerque a todos a la verdad³.

El pasaje de Holmes en el que expresa su postulado del mercado de las ideas es el siguiente:

2 Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2ª edición, Oxford University Press, Nueva York, 2007.

3 El postulado de Holmes sobre el “mercado de las ideas” se encuentra en su conocido voto disidente dentro del caso *Abrams versus US*, resuelto en 1919. Sobre esta idea puede verse, entre otros, Coderch, Pablo Salvador (director), *El mercado de las ideas*, CEC, Madrid, 1990.

Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios; y de que la verdad es el único fundamento a partir del cual puede llegar a colmar sus aspiraciones sin riesgos ni peligros [...] tendremos que estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar la manifestación de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte [...] Únicamente una situación de inmediata y grave emergencia hace que no se pueda dejar que sea el tiempo el que haga rectificar a quienes incitan el mal⁴.

El argumento de la verdad como vía para defender la libertad de expresión parece ajustarse a patrones claros de racionalidad: ¿Cómo podré dar con la verdad si no escucho todos los elementos que pueden ser relevantes para formar mi propio criterio? ¿Cómo podremos saber si tal o cual postulado es cierto si no tenemos a la vista todas las circunstancias o puntos de vista que sean pertinentes? Este tipo de razonamiento se aplica incluso en los procesos judiciales, en los que la búsqueda de la verdad legal se emprende a partir de una serie de reglas formales y sustanciales que nos indican, entre otras cuestiones, que el juez debe escuchar a las partes y que éstas tienen el derecho de aportar ante el órgano judicial todos los elementos de convicción que sean oportunos para el caso concreto que se está ventilando⁵.

Ahora bien, el elemento de la verdad no puede servir para justificar por sí sólo el derecho de libertad de expresión. En efecto, puede haber cierta información que sea verdadera pero que no pueda ser dada a conocer; es el caso de la información relativa a la vida privada de las personas. Aunque una información de ese tipo sea verdadera, el darla a conocer está prohibido en la mayor parte de los Estados democráticos.

Por otro lado, algunos especialistas en el tema han señalado que una debilidad de este argumento es que una discusión libre no necesariamente permite llegar a la verdad⁶. Para ello sería necesario no solamente dicha libertad, sino también que los participantes en el debate lo hicieran de forma desinteresada, poniendo a un lado sus argumentos y actuando de buena fe respecto de las posturas contrarias. Esto no siempre se verifica en la práctica, como cualquier observador de la política contemporánea puede atestiguar.

4 Hemos tomado la traducción de los pasajes transcritos de Beltrán de Felipe, Miguel y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, BOE, Madrid, 2005, p. 191.

5 Véase sobre este punto el análisis de Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

6 Barendt, Eric, *op. cit.*, pp. 7-13.

Por otra parte, en la actualidad el “mercado de las ideas” que postulaba Holmes quizá no esté abierto para todos. Hay personas que tienen la capacidad de hacerse oír por sus semejantes, mientras que otras no tienen acceso a los canales de difusión del pensamiento y deben contentarse con transmitir sus puntos de vista a las personas que tienen cerca. La accesibilidad al mercado tiene poco que ver con el contenido de verdad de las ideas que cada persona defiende; puede haber ideas verdaderas que simplemente no figuren en el debate público, mientras que otras —que son falsas— se diseminan con gran amplitud.

Finalmente, el argumento de la verdad parte de una idea que difícilmente es verificable: aquella que sostiene que todos los participantes en el debate público van a sostener posturas e ideas racionales. El postulado del interlocutor racional como participante activo o pasivo del mercado de las ideas puede ser puesto en cuestión.

Ahora bien, pese a sus defectos, el argumento que se basa en la búsqueda de la verdad para defender la libertad de expresión es interesante ya que nos permite defender una idea valiosa (la verdad) y porque da lugar a regulaciones jurídicas que permiten e incluso fomentan el pluralismo informativo, de modo que todas las ideas puedan llegar al menos a ciertos destinatarios. De la misma forma, el valor de la verdad permite determinar algunos límites a la libertad de expresión; por ejemplo, en muchos países democráticos están prohibidas las expresiones comerciales que se alejen de la verdad o que difundan entre el público ideas fraudulentas sobre un cierto producto.

IV. El argumento de la autorrealización

La libertad de expresión permite realizarnos como personas, al propiciar nuestro crecimiento intelectual y moral. Al estar expuestos a una diversidad de ideas, pensamientos, noticias e informaciones, podemos ir forjando nuestra propia personalidad y delimitando los ideales que han de guiar nuestra existencia. La libertad de expresión nos permite ser individuos más maduros y reflexivos, con lo cual nos beneficiamos nosotros, pero también beneficiamos a la sociedad en la que vivimos. En parte, la libertad de expresión que ejercemos tanto en calidad de emisores como en calidad de receptores nos puede acercar al ideal de vivir una vida feliz. La libertad de expresión, en este sentido, sería un elemento productor de felicidad. Por eso es que debemos defender la libertad de expresión, incluso de forma preferente frente a otros derechos.

Ahora bien, como pasa con el argumento de la búsqueda de la verdad, el argumento de la autorrealización personal tampoco puede ser utilizado de manera aislada para justificar cualquier ejercicio de la libertad de expresión⁷.

Por ejemplo, este argumento no nos permitiría justificar que también las llamadas personas morales o personas jurídico-colectivas —por ejemplo, los partidos políticos— tuvieran

7 Barendt, Eric, *op. cit.*, pp. 13-18.

derecho a la libertad de expresión (lo que se reconoce en la mayor parte de países democráticos del mundo). Las personas colectivas no pueden tener conciencia moral y, en esa medida, no pueden aspirar a algo así como la “autorrealización”, que es más bien un privilegio de las personas individuales.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer que el argumento de la autorrealización pone de manifiesto la relación que existe entre libertad de expresión y autonomía moral de las personas. La libertad de expresión nos permite forjar nuestros propios planes de vida, al allegarnos de información útil para establecer prioridades vitales o para descartar formas de conducta que consideramos equivocadas.

Este tipo de argumento nos permite distinguir entre aquella información que es relevante para configurar nuestras ideas morales y políticas, y aquella otra que es de carácter técnico y que, en ciertos supuestos, puede ser dañina para los demás. Así por ejemplo, cualquier sistema democrático aceptaría que es una limitación adecuada a la libertad de expresión que se impida dar a conocer por intermedio de Internet la manera en que se puede fabricar una bomba nuclear. Ese tipo de información puede ser relevante para ciertos sujetos (e incluso para su autorrealización como personas), pero no puede ser permitida en virtud de su potencial de daño hacia otros derechos relevantes y hacia la autorrealización de los ideales de vida de otras personas.

V. El argumento de la participación democrática

La democracia moderna supone y exige la participación democrática de todos los habitantes adultos del país del que se trate. Para que esa participación no sea meramente testimonial sino efectiva y plena de contenidos, es necesario que exista libertad de expresión, como requisito previo para la generación de un debate público que sea “abierto, desinhibido y robusto”, para retomar los conceptos escritos por el juez William Brennan en la sentencia *New York Times versus Sullivan*. Este tipo de argumentos es secundado, entre otros, por los defensores de la democracia deliberativa, que entienden al debate público como un componente muy relevante del sistema democrático⁸.

La libertad de expresión y su ejercicio permiten a los ciudadanos comprender los asuntos de relevancia política y participar ampliamente en la construcción de cualquier sistema democrático.

La libertad de expresión permite desarrollar el esencial principio democrático de la rendición de cuentas, hacer visibles los actos del gobierno y discutir sobre las mejores alternativas en materia de políticas públicas.

8 Ignacio Villaverde sostiene que la vigencia de los postulados de Brennan es absoluta en nuestro tiempo. Creo que tiene mucha razón. Ver su texto “Hacia un nuevo paradigma constitucional de las libertades de expresión e información” en Carbonell, Miguel (coordinador), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Porrúa, CNDH, México, 2004, pp. 1-12.

La libertad de expresión permite alimentar las campañas partidistas, confrontar las ideas de los candidatos, ejercer la crítica contra los malos funcionarios, proponer modelos más funcionales en la forma de gobierno, etcétera.

Ahora bien, igual que sucede con los dos tipos de argumentos que ya hemos examinado, tampoco el argumento de la participación democrática nos puede servir para dar fundamento, por sí sólo, a la libertad de expresión. En efecto, hay ciertas modalidades expresivas que no guardan relación con la democracia y con la participación política, pero que se consideran merecedoras de protección jurídica.

Es el caso de la protección que reciben los discursos artísticos, las novelas, la poesía, el material con contenidos sexualmente explícitos o la publicidad comercial. Todo ello está protegido, con independencia de que sea relevante para la participación democrática de los ciudadanos.

Incluso más: en democracia se protege también el discurso que propugna por la abolición del propio régimen democrático y de todas sus instituciones. La disidencia radical, la disidencia anti-democrática, merece ser protegida y debe tener un lugar dentro del debate público contemporáneo. Sofocar ese tipo de discursos, aunque existan evidentes razones para demostrar su falsedad o impertinencia, nos acercaría a un terreno que ninguna democracia debe permitir, salvo casos excepcionales: el de la censura previa por razones de contenido del discurso. Bajo el paraguas de la democracia deben caber todos los discursos y todos los interlocutores, por equivocados que sean sus argumentos, y salvo los límites que señalaremos más adelante.

La libertad de expresión es lo que permite que las posturas políticas que en algún momento son minoritarias puedan convertirse en mayoritarias. Esto es lo que da lugar, llevado al terreno de lo partidista, a la alternancia en el gobierno, rasgo que es consustancial a la práctica del Estado democrático. Los partidos que hoy en día son minoría pueden expresar su crítica al gobierno y ofrecer a los ciudadanos las propuestas alternativas que consideren más adecuadas. Los ciudadanos podrán valorar esas propuestas y darle a ese partido su respaldo por intermedio del sufragio. De esa manera la libertad de expresión contribuye de forma significativa y concreta al desarrollo democrático.

Una muy elocuente defensa de la libertad de expresión por su valor para la solidez del régimen democrático puede verse en el voto particular que hizo el juez Louis Brandeis, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso *Whitney versus California*, resuelto en 1927. Se trata de un pasaje más o menos largo, pero que vale la pena transcribir en su integridad tanto por su belleza literaria, como por la claridad con que su autor anuda la libertad de expresión con el sistema democrático. Las palabras del voto de Brandeis fueron las siguientes, en la parte que ahora interesa:

Quienes ganaron nuestra independencia creían que el propósito último del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre las arbitrarias. La libertad para ellos

tenía un valor como medio y como fin. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y de decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate normalmente ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que esto debe ser el principio fundamental del gobierno norteamericano. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar solamente por el temor al castigo cuando ha sido infringido; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y los remedios que se propongan; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impuesto por la ley, que es la peor forma en que la fuerza se vuelve un argumento...

El temor de daño grave no basta por sí solo para justificar la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los hombres temían a las brujas y quemaban mujeres. La función de la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional...

Quienes ganaron nuestra independencia con una revolución no eran cobardes. No temían los cambios políticos. No exaltaron el orden a expensas de la libertad. Para esos hombres valerosos, confiados en sí mismos y en el poder de la razón aplicada libremente y sin miedo a través del gobierno popular, ningún peligro que emane de la expresión puede considerarse claro y presente, a menos que la incidencia del mal que se teme sea tan inminente que pudiera materializarse antes de que hubiera ocasión de debatirlo a fondo. Si hubiese tiempo para exponer al debate las falsedades y falacias, para evitar el mal a través de la educación, el medio que tendría que aplicarse no es el del silencio sino el de mayor expresión. Esa ha de ser la regla, si la autoridad ha de conciliarse con la libertad. Ese es, en mi opinión, el mandato de la Constitución⁹.

Como puede verse, Brandeis en realidad conjuga elementos de los tres distintos tipos de argumentaciones que se suelen esgrimir en defensa de la libertad de expresión: se refiere

9 Algunos autores se han preguntado por el origen de la inspiración de Brandeis; se han cuestionado de dónde extrajo estos conceptos, que se han convertido en una referencia clásica en el entendimiento contemporáneo de la libertad de expresión y de su importancia para el sistema democrático; algunos han encontrado sus raíces remotas en la Oración Fúnebre pronunciada por Pericles en Grecia, durante el siglo V a. C.; para una reflexión sobre este asunto ver Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda*, SIP, Miami, 2000, p. 76.

a la verdad, se refiere a la realización del destino individual y colectivo, y se refiere a la importancia de debatir pública y libremente sobre los asuntos de interés general para que un país sea democrático. Se trata de afirmaciones que, además de su hondura filosófica, son útiles para comprender la manera en que la libertad de expresión debe ser protegida por los textos constitucionales y por las personas encargadas de su aplicación.

VI. El contenido de la libertad de expresión

Los anteriores apartados nos han permitido reflexionar someramente sobre los fundamentos filosóficos de la libertad de expresión y sobre la forma en que se pueden proyectar al funcionamiento de los modernos estados constitucionales. Hemos hablado de conceptos como los de “verdad”, “autorrealización” y “democracia”; hemos destacado la importancia de aproximarse libremente a los temas que interesan a los ciudadanos, el valor de los procedimientos discursivos para asignar consecuencias jurídicas a nuestras conductas, la incidencia de los debates abiertos sobre las preferencias personales para realizar distintos planes de vida, etcétera. De esta manera estamos listos para pasar a la última cuestión, que es la referida al tipo de actos que protege la libertad de expresión y la manera en que podemos distinguirlo de otras manifestaciones de la conducta humana.

Hablamos o escribimos con frecuencia sobre la libertad de expresión, pero pocas veces nos detenemos a pensar en cómo se delimita el objeto mismo que protege esa libertad. Estamos de acuerdo en que la libertad de expresión y la libertad de prensa deben estar protegidas, puesto que son derechos fundamentales. Estamos igualmente de acuerdo en que tales libertades merecen una tutela judicial incluso obsequiosa, en vista de la “posición preferente” que tienen respecto a otros derechos fundamentales. Pero no tenemos la misma claridad cuando se trata de preguntarnos por el objeto mismo de esa deferencia: ¿qué es la expresión y cómo podemos diferenciarla de otras manifestaciones de la conducta humana?

Contestar a esa pregunta presupone la construcción de una teoría filosófica de la libertad de expresión; su simple exposición excede con creces el objeto del ensayo, por lo que nos limitaremos a apuntar algunas distinciones más o menos conocidas, las cuales vienen a servir de complemento de las ideas que, a modo de una suerte de fundamento, se expusieron en las páginas precedentes. De las respuestas que seamos capaces de dar a las cuestiones planteadas dependerá en parte la construcción de una teoría de los límites a la libertad de expresión, puesto que un primer elemento para tal construcción depende precisamente de la delimitación que podamos hacer del objeto jurídico tutelado, ya que cualquier conducta que se ubique fuera de ese perímetro estará sujeto a otro tipo de protección o quizás a ninguna¹⁰.

El punto de partida para indagar sobre nuestro objeto de investigación es distinguir entre los actos de la conducta humana que son puramente expresivos y aquellos que se pro-

10 Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites a la libertad de expresión*, IJ-UNAM, México.

yectan como “conductas materiales” exteriores y verificables. Es decir, por un lado tendríamos las expresiones del pensamiento, ya sean orales, en forma escrita o en cualquier mecanismo que recoja imágenes o expresiones (discos, disquetes, emisiones televisivas, etcétera), y por el otro aquellas conductas que realizamos cotidianamente y que comportan movimientos físicos que, de una u otra manera y con distinto alcance, cambian el mundo a nuestro alrededor.

En principio, las conductas puramente expresivas serían el objeto de tutela y protección de los derechos fundamentales de expresión e imprenta (recogidos, por citar un ejemplo, en los artículos 6 y 7 de la Constitución mexicana¹¹). Esto quiere decir que, como regla general, las expresiones que emitamos estarían jurídicamente protegidas, cualquiera que sea su contenido y cualquiera que sea la forma de transmisión de las mismas.

Sin embargo, hay que considerar que a esta regla general se le oponen diversas restricciones y limitaciones, incluso desde un punto de vista teórico y no solamente normativo. Una primera consideración debe hacerse respecto de aquellas expresiones que, siendo tales, incitan a la realización de conductas. El ejemplo que se suele citar en este caso es el que puso, nuevamente, Oliver Wendell Holmes en su voto del caso Schenk, cuando dijo que si alguien grita “¡Fuego!” en un teatro abarrotado no está ejerciendo su libertad de expresión solamente, sino que está poniendo en peligro la integridad física de quienes se encuentran en su interior, pues es probable que al escuchar dicha expresión la gente se levante y comience a correr hacia la salida.

Hay otros ejemplos de expresiones incitatorias que, siendo expresiones, tienen efectos conductuales más o menos directos y pueden dar lugar ya no a la protección de las mismas, sino a la determinación de responsabilidades jurídicas para quienes las emitan. Así por ejemplo, la libertad de expresión probablemente podría amparar que una persona emitiera su punto de vista en la calle acerca de la inferioridad de cierto grupo racial, pero si esa misma persona incita a sus oyentes a ir detrás de un miembro de esa raza supuestamente inferior y a pegarle, entonces no estará protegida por la libertad de expresión, sino que con mucha probabilidad será considerada responsable de una conducta sancionada penalmente.

Scanlon nos ofrece otros ejemplos de conductas expresivas que, siendo tales, despliegan ciertos efectos dañinos hacia bienes jurídicamente protegidos y, en esa virtud, pueden ser sancionadas¹². Por ejemplo, nos dice este autor, no está amparada por la libertad de expresión la comunicación del ladrón del banco que le extiende un papel al cajero pidiéndole todo el dinero que tiene. Tampoco está amparada en la libertad de expresión la difusión de una sencilla fórmula por la cual, a partir de elementos simples como los que se encuentran en la mayoría de los hogares de México o de otros países, se pudiera fabricar una bomba; si alguien

11 Una interpretación de tales artículos puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª edición, Porrúa, UNAM, CNDH, México, 2009, pp. 367-475.

12 Scanlon, Thomas, “Teoría de la libertad de expresión”, en Dworkin, Ronald (compilador), *La filosofía del derecho*, FCE, 1980, pp. 285 y ss.

da con esa fórmula no podría subirla a Internet, por ejemplo. Y si lo hace estaría incurriendo en una conducta prohibida en ciertos países.

VII. Bibliografía

- Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- Beltrán de Felipe, Miguel y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, BOE, Madrid, 2005.
- Bobbio, Norberto, *Letá dei diritti*, Turín, Einaudi, reimpresión, 1997.
- Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª edición, Porrúa, UNAM, CNDH, México, 2009.
- Coderch, Pablo Salvador (director), *El mercado de las ideas*, CEC, Madrid, 1990.
- Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites a la libertad de expresión*, IJ-UNAM, México.
- Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda*, SIP, Miami, 2000.
- Scanlon, Thomas, “Teoría de la libertad de expresión”, en Dworkin, Ronald (compilador), *La filosofía del derecho*, FCE, 1980.
- Villaverde, Ignacio, “Hacia un nuevo paradigma constitucional de las libertades de expresión e información”, en Carbonell, Miguel (coordinador), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Porrúa, CNDH, México, 2004.