

Aspectos introductorios al debate de la doctrina penal española respecto al establecimiento de los límites entre la libertad de expresión y el derecho penal*

~Prof. Juan Pablo Uribe Barrera~

Investigador Contratado de Derecho Penal. Universidad de León España. Egresado Abogado por Univ. de Antioquia y Magister por Univ. EAFIT, Medellín, Colombia. Socio FICP

Resumen.- El artículo explora y, en menor medida, evalúa normativamente, las diferentes metodologías de las que se ha valido la doctrina penal española para tratar de solventar los conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos o intereses de relevancia penal. La primera de estas cuestiones se desarrolla a partir de una separación analítica que permite ubicar las diferentes propuestas en dos grandes modelos que contienen los rasgos esenciales de todas las alternativas. Bajo la égida de esta exploración general, el artículo finaliza en una faceta más normativa, en la que se propone un orden de prioridades para las metodologías jurídicas que se ocupen de esta clase de asuntos.

Palabras clave.- Libertad de expresión, libertad de información, discurso del odio, discurso extremo, protección penal del honor, la intimidad, derecho a la igualdad y a la no discriminación, ponderación de intereses, delimitación de derechos constitucionales.

Abstract.- The article explores and, to a lesser extent, makes an evaluation of the different methodologies that the Criminal Law scholars in Spain try to develop to solve problems related with the free speech adjudication in cases of hate or extreme speech. The first of these purposes starts with an analytical separation that divides the different proposals in two paradigmatic models that contain the essential features to all the alternatives methodologies. Using this general exploration, the article ends in a more normative way, trying to set an ideal order of priorities for the free speech adjudication in complex scenarios.

Keywords.- Free speech, hate speech, extreme speech, balancing, constitutional rights adjudication.

Sumario.- I. Introducción. II. Precisiones preliminares. III. Diferentes mecanismos metodológicos para construir los límites entre la libertad de expresión y otros intereses protegidos por el derecho penal. 1. Mapa general de las variaciones metodológicas. 2. Reconducción analítica de las alternativas metodológicas. IV. Observación y comparación de los modelos analíticos antagónicos. 1. Presupuestos teóricos para un sistema ideal de justificación en Derecho penal. 2. Operatividad y semejanzas de los modelos analíticos antagónicos. V. Reflexiones finales: programa de una doctrina de la libertad de expresión.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se ocupará de exponer, y en menor medida evaluar normativamente, las diferentes metodologías de las que se ha valido un discurso científico y jurídico particular, representado por la doctrina penal española, para establecer razonadamente las fronteras o límites entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el Derecho penal. En particular, lo que se quiere observar es el comportamiento de diferentes propuestas metodológicas en casos particularmente complejos pero habituales, en los que la libertad de

* El presente artículo es la versión escrita de una ponencia realizada el día 13 de marzo de 2017 en el “II Congreso Internacional de la FICP” llevado a cabo en Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Este trabajo se enmarca en el contexto de los Proyectos de Investigación DER2013-47511-R y DER2016-76715-R (MINECO, AEI), proyectos de los que es investigador principal el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y de cuyo equipo investigador formo parte.

expresión debe descender de un cielo de conceptos para operar concretamente en escenarios en los que el ejercicio de la misma por parte del ciudadano se sitúa en una zona que parece conflictiva con otros derechos o intereses que también merecen protección jurídico-penal (piénsese en el derecho al honor y a la intimidad, o en la no discriminación como reflejo negativo del derecho a la igualdad, o, finalmente, en el orden público). Develar las formas en que la doctrina española se ocupa de estas cuestiones será entonces la tarea principal de este trabajo.

Para avanzar en esa dirección, el presente artículo propone abordar la cuestión en el siguiente orden: inicialmente se introducirán un par de precisiones preliminares referentes a las premisas valorativas y al particular enfoque de la libertad de expresión con el que se problematizará; luego se hará un mapeo inicial de las alternativas metodológicas que se han propuesto para solventar los conflictos que nos ocupan y se reconducirán todas ellas a dos grandes modelos analíticos antagónicos que, sin sacrificar precisión, simplificarán el debate propuesto con una visión general de la cuestión; posteriormente se hará un ejercicio que permita desplegar para su observación la operatividad de los modelos e, inmediatamente, una breve comparación que apunte a repensar la distancia entre ambos; en último lugar, en las reflexiones finales se propondrá un orden de prioridades para metodologías jurídico-penales satisfactorias desde un punto de vista materialmente comprometido con alcanzar los objetivos que emanan de la libertad de expresión.

II. PRECISIONES PRELIMINARES

Siguiendo el programa que se ha planteado, antes de descender al cuerpo mismo del estudio es necesario terminar de perfilar el aspecto introductorio y metodológico del estudio con un par de precisiones específicas referentes a las premisas valorativas y al enfoque.

Respecto a la primera cuestión, retomando las últimas líneas de la introducción, cabe entonces preguntarse: ¿Metodologías satisfactorias desde cuál punto de vista? ¿Qué es lo que se entiende aquí concretamente por libertad de expresión? Sin pretender responder estas preguntas, tarea harto más compleja que la que ahora se intenta realizar, quisiera simplemente tratar de definir unas bases axiológicas de las que se parte. Así entonces, habrá de reconocerse que aquí se entiende que una verdadera defensa de la libertad de expresión debe partir de: una oposición a la regulación de discursos públicos en atención a su contenido; una oposición, aún más intensa, al uso del Derecho penal como herramienta para regular las expresiones partiendo del punto de vista ideológico (político, cultural, religioso) del emisor; y, finalmente,

de la convicción de la necesidad de establecer barreras nítidas entre la libertad de expresión y el Derecho penal como requisito necesario para el cumplimiento del principal propósito de la libertad de expresión, cual es el establecimiento y perfeccionamiento de una cultura democrática¹.

En segundo lugar, en lo que respecta al enfoque del presente trabajo, habrá de decirse lo siguiente. En el discurso estudiado (doctrina penal española) existen trabajos (muy considerables en cantidad y sobre todo en calidad) que se han ocupado con gran precisión del conflictivo binomio libertad de expresión (información)-derecho al honor y la intimidad en el contexto de la libertad de prensa. Y, en cambio, cuando del otro lado de la ecuación se tienen otros derechos e intereses que conviven en otras zonas de penumbra de la libertad de expresión como la discriminación (en tanto cara negativa del derecho de igualdad) o el orden público (especialmente con las nuevas legislaciones sobre esta materia), el grado de precisión y el estado de madurez alcanzado por el discurso desciende dramáticamente².

Lo que quisiera entonces es pedirle al lector que mientras observa y valora en este texto las diferentes alternativas metodológicas abandone como patrón mental la figura del periodista profesional que escribe críticas particularmente enérgicas sobre una figura pública y que, en cambio, vaya creando su juicio de acuerdo a las respuestas que los diferentes mecanismos metodológicos generan al toparse con preguntas sobre si el derecho a la libertad de expresión: ¿Cobija el actuar de unos titiriteros que en un espectáculo infantil acuchillan la figura de una monja, ahorcan a la de un juez y publican un letrero lanzando vivas con el juego de palabras “Gora ALKA-ETA”? ¿Protege a un par de raperos que en una de sus canciones imaginan el suicidio de un policía para luego celebrarlo? ¿Alcanza a quien a través de su cuenta de Twitter hace comentarios positivos acerca de organizaciones o actos terroristas? ¿Aplica para el caso de una joven que pone una etiqueta sobre un producto israelí en el que avisa que comprarlo implica apoyar la invasión de este país a Palestina?

¹ V. LEFORT, *Democracy and Political Theory*, University Of Minnesota Press, Minneapolis, 1988, 21-44; BALKIN, *Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society*, en: *New York University Law Review*, 79 (2004), 1-5.

² Así lo aceptan, CUERDA ARNAU, *Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento*, en: *Revista General de Derecho Penal*, 8 (2007), 10-11; SANTANA VEGA, *Protección penal de la discriminación y libertad de expresión*, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (coords.), *Protección penal de la libertad de expresión e información, una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 137-138.

III. DIFERENTES MECANISMOS METODOLÓGICOS PARA CONSTRUIR LOS LÍMITES ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS INTERESES PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL

1. Mapa general de las variaciones metodológicas

En este punto se hará un repaso de las diferentes propuestas metodológicas que, al interior del discurso analizado, se han construido para solventar ciertos casos difíciles que emanan de una zona de penumbra entre la libertad de expresión y otros derechos o intereses trascendentes para el Derecho penal. La idea es realizar un mapeo general del estado del arte, sin pretender describir con mayor exhaustividad el detalle de cada propuesta.

Baste entonces para desarrollar este objetivo con indicar que se han intentado alternativas de solución tanto en la tipicidad como en la antijuridicidad (siendo las propuestas que aluden a esta última categoría ampliamente mayoritarias). Que entre los autores que han ensayado soluciones desde la categoría de la tipicidad observamos quienes proponen respuestas desde las teorías de la adecuación social³ o desde el riesgo permitido⁴, o quienes, como RODRÍGUEZ MONTAÑÉS simpatizan con ambas alternativas (e incluso otras que se procuren) siempre y cuando una conducta subsumible al derecho fundamental a la libertad de expresión no llegue nunca a ser considerada típica⁵. Desde la doctrina mayoritaria, que encuentra que esta clase de problemas conduce de manera casi natural a la categoría de la antijuridicidad, todos parecen coincidir en que la manera más propicia de solventar el problema es a través del estudio de la presencia de una eventual causa de justificación por el legítimo ejercicio de un derecho. Sin embargo, no parece haber un acuerdo en las consecuencias que de esto se debe deducir. Existen dos vertientes sobre este punto fácilmente distinguibles. Una vertiente, mayoritaria, indica que la forma de solventar estos conflictos es a través de una ponderación de intereses⁶, mientras la otra corriente, minoritaria, propone un

³ MORALES PRATS, Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora, en: Cuadernos de Política Criminal, 36 (1988). De una perspectiva bastante similar, sobre todo en lo que tiene que ver con la propuesta de despenalización: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, La intervención del Derecho Penal en la protección del honor, en: Poder Judicial, número especial XIII (1990), 65-83.

⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 126 ss.

⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Libertad de expresión, discurso extremo y delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 66, 85-99.

⁶ V. por todos: GARCÍA PABLOS DE MOLINA, El Derecho Penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección del honor y la intimidad, en: Estudios Penales, Bosch, Barcelona, 1984, 373-404; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Honor y Libertad de expresión, Tecnos, Madrid, 1987, 120, 124; JAÉN VALLEJO, Libertad de expresión y delitos contra el honor, Colex, Madrid, 1992, 48-62; LUZÓN PEÑA, Delitos contra el honor, desacatos y libertad de expresión en Derecho Penal español, en: AAVV, Justicia penal y libertad

alejamiento del artefacto ponderativo por lo equivoco de sus premisas básicas y por sus efectos prácticos indeseables, por lo que sugiere, a grandes rasgos, un mecanismo metodológico de dos pasos: el primero consistente en la delimitación del alcance del derecho y, el segundo, en la articulación del mismo con los otros derechos fundamentales que estén en juego en el caso particular⁷.

2. Reconducción analítica de las alternativas metodológicas

Fijando la atención en la posibilidad de tejer lazos entre las diferentes opciones metodológicas que se observaron en el acápite anterior, se puede apreciar que tal tarea es posible cuando se tienen de un lado aquellas propuestas que contemplan soluciones al conflicto que nos ocupa desde la tipicidad, y, del otro, aquellos planteamientos que, aun ubicando la cuestión en sede de antijuridicidad, se oponen a la ponderación. Y se sostiene que estas opciones son asimilables por cuanto se observa que los desacuerdos entre los autores que las sostienen se entienden más como un reflejo de concepciones dispares de los elementos de la teoría del hecho punible que como una comprensión disímil de los derechos fundamentales o del alcance de la libertad de expresión⁸. Esto los lleva a que, a pesar de compartir el punto de partida, terminen por abordar la discusión en niveles diferentes del injusto. Es así que inclusive, por avanzar un paso más en esa labor de nivelar estos discursos, podría decirse fácilmente que la totalidad de los autores que sostienen estas metodologías podrían suscribir, sin necesidad de introducir mayores matices, una perspectiva inicial similar frente a la cuestión de fondo que nos ocupa: la libertad de expresión es esencial para nuestras sociedades democráticas, por eso su custodia jurídica no puede hacerse a través de un artefacto metodológico como el de ponderación de intereses, que se caracteriza, entre otras cosas, por dejar el derecho librado al casuismo y a una consecuente inseguridad jurídica.

El ejercicio de seguir emparejando las diferentes posibilidades metodológicas, de ir encontrando acuerdos, llega a su fin cuando aparece como alternativa la ponderación de

de prensa, Ilanud, San José, Costa Rica, 1992, 221,229; Lecciones de derecho penal parte general, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 423-424, 429-432; LAURENZO COPELLO, Los delitos contra el honor, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 62-83; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, La eficacia justificante de los derechos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 176-204.

⁷ V. por todos: VIVES ANTÓN, Libertad de expresión y derecho al honor, en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 13 (1987); Sentido y límites de la libertad de expresión, en: La libertad como pretexto, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 367-371; CUERDA ARNAU, Proporcionalidad penal y libertad de expresión, 2007.

⁸ V. LÓPEZ PEREGRÍN, La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos, 2000, 111,113; CUERDA ARNAU, Proporcionalidad penal y libertad de expresión, 2007, 9-15; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Libertad de expresión, discurso extremo y delito, 2012, 66, 91-92, 95, 96.

intereses, propuesta que, recordemos, es la opción sugerida por la doctrina mayoritaria en España. Aquí se hace presente la cuestión que realmente produce la *diferencia*, el *desacuerdo*. La pregunta por la conveniencia de utilizar la ponderación de intereses como una metodología para abrirse paso entre estos conflictos nos acerca al corazón del asunto, dejándonos frente a dos bandos antagónicos que animan y caracterizan al debate de la doctrina española en torno a los casos penales difíciles relacionados con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Así entonces, aprovechando pragmáticamente el escenario de esta predisposición analítica, podrían subsumirse las diferentes metodologías que contiene el discurso analizado en dos grandes modelos. Dos paradigmas que sirven de cajas de herramientas a las diferentes propuestas, que van tomando de allí sus premisas metaéticas, su contenido material o, en general, la racionalidad con la que avanzan en la configuración y tratamiento de su objeto.

Podría entonces llegarse a estipular que el modelo a favor de la ponderación de intereses, más allá de los matices internos que quepan, ante casos difíciles como los que nos ocupan, sostendría en una versión estándar algo como esto: para resolver el conflicto entre derechos fundamentales que se presente en un caso en particular, el juez debe atender con el mayor detalle al conjunto de circunstancias concurrentes para, conforme a ellas, realizar una ponderación de los intereses en juego que le permita establecer si a pesar de la lesión o afectación de un interés específico existe otro interés jurídico preponderante que justifique la acción juzgada.

Por su parte, el modelo antagónico, que podría aquí denominarse para efectos prácticos de delimitación de derechos, sostendría a su turno que: criterios flexibles y casuistas de resolución de estos conflictos, como la ponderación de intereses, no sólo ponen en entre dicho la separación de poderes sino que generan una gran inseguridad jurídica y un efecto de desaliento en el ejercicio de las libertades, por lo que es preferible insistir primero en la delimitación de los derechos y solo luego en la articulación de los contenidos de los derechos fundamentales que estén en juego en un caso determinado.

IV. OBSERVACIÓN Y COMPARACIÓN DE LOS MODELOS ANALÍTICOS ANTAGÓNICOS

Siguiendo el plan inicial, en este punto se culminará la faceta eminentemente descriptiva aumentando la información que se tiene sobre los modelos propuestos. Con tal finalidad en mente, se sugiere entonces adoptar una plataforma de observación construida sobre los presupuestos teóricos que para un sistema ideal de fundamentación y justificación

del injusto en Derecho penal propone MOLINA FERNÁNDEZ⁹. Así entonces, se explicarán inicialmente los elementos indispensables de dicha construcción para, luego, aprovechar el trabajo del mencionado autor como un insumo que permita hacer avanzar el propósito planteado para el presente acápite.

1. Presupuestos teóricos para un sistema ideal de justificación en Derecho penal

MOLINA FERNÁNDEZ se vale de una metáfora espacial para explicar los presupuestos teóricos de los que debería partir un sistema ideal de justificación en Derecho penal. Dicha metáfora recurre a la figura de una pirámide en cuya base deben asentarse las reglas con mayor grado de certeza y en cuya cúspide deberán colocarse las reglas más abstractas. Sobre esta figura y con estas reglas de partida, el mencionado autor va trazando la forma en que deberían encontrar acomodo los diferentes niveles del tipo total de injusto¹⁰.

En la base de la pirámide se deberán situar los tipos penales, en cuyo diseño debe gobernar el principio de legalidad. Por ello, en la construcción de los tipos, se debe privilegiar una elaboración técnica volcada a permitir una garantía de certeza, taxatividad o determinación¹¹. Por el contrario, en la cima de la pirámide deberá ubicarse el nivel de la justificación, pues allí el imperio pasa del principio de legalidad al de lesividad material, por lo que se prefiere la generalidad y la abstracción, aún en disfavor de la certeza o determinación.

Incrementando el detalle, comenta el autor que también existen diferentes grados de certeza o abstracción al interior de cada nivel. Así, en la tipicidad, encontrarían su lugar en la propia base de la pirámide los tipos cerrados y, por el contrario, avanzando hacia las zonas intermedias de la pirámide, se instalarían los tipos más abiertos o indeterminados¹². De otro lado, al nivel de la justificación, en un sistema ideal, debería existir una cláusula de cierre que alcance el tope de la generalidad y abstracción del sistema, en términos del autor: “una genuina causa general de justificación que reconoce como lícita cualquier acción que en una situación de conflicto inevitable opte por el menor perjuicio, atendiendo a todo lo que está en juego”¹³, y, descendiendo a las etapas intermedias de la pirámide, reduciéndose los niveles de

⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, Naturaleza del sistema de justificación en Derecho Penal, en: CARBONELL MATEU, MARTÍNEZ GARAY, (coords.), La justificación penal: balance y perspectivas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 13-35.

¹⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, Naturaleza del sistema de justificación en Derecho Penal, 2008, 19-35.

¹¹ MOLINA FERNÁNDEZ, Naturaleza del sistema de justificación en Derecho Penal, 2008, 20-21.

¹² MOLINA FERNÁNDEZ, Naturaleza del sistema de justificación en Derecho Penal, 2008, 20.

¹³ MOLINA FERNÁNDEZ, Naturaleza del sistema de justificación en Derecho Penal, 2008, 24.

abstracción, vendrían a ubicarse las causas de justificación específicas en las que el legislador ya ha orientado de manera más precisa los intereses que deben prevalecer en una constelación de casos determinada.

2. Operatividad y semejanzas de los modelos analíticos antagónicos.

Usufructuando el espacio metafórico creado con la mayor agudeza por MOLINA FERNÁNDEZ, la idea ahora es retomar los modelos o paradigmas que previamente se han construido para hacer aterrizar allí el análisis de este texto, justo en la pirámide propuesta por el autor español.

Iniciando esta tarea con la operación más sencilla, debe señalarse que el modelo de ponderación de intereses encuentra su acomodo en la parte alta de la pirámide, justo allí donde MOLINA FERNÁNDEZ situaba el nivel de la justificación. No pienso que este paso requiera de mayores justificaciones, pues realmente aquí se está hablando de lo mismo con diferentes nombres. En efecto, las fuentes que se han tomado aquí para elaborar una versión estándar de este modelo y las que a su turno utiliza el penalista español para fundamentar el nivel de justificación son, básicamente y más allá de matices que aquí pueden deshacerse, las mismas¹⁴.

En segundo lugar habrá de explicarse, con mayor potencia argumentativa, por qué se ha ocupado la base de la pirámide, el lugar donde rige la certeza, con el modelo que aquí se ha denominado de delimitación de derechos. Rememorando los pasos que se dieron para construir la versión estándar de este modelo, las alternativas metodológicas que se adhirieron a él, no sería exagerado decir que el hilo conductor que permite esa unión es el rechazo de estas alternativas al alto grado de abstracción con que opera el modelo ponderativo, la gran libertad interpretativa que otorga, la forma en que este modelo se desvincula del gobierno de la seguridad jurídica y su consecuente alejamiento del propósito último de ésta (la certeza). En positivo, cabe incluso reiterar que aunque es cierto que las rutas escogidas por sus diferentes autores las terminan llevando a formular propuestas diferentes, lo que une a estas opciones metodológicas es precisamente su punto de partida, pues todas ellas parten de un esmero por construir un mecanismo jurídico que solvete estos conflictos con mayor seguridad jurídica, precisión, en una palabra: certeza. Así entonces, puede decirse que existe un “parecido de familia” entre la tipicidad y el modelo de delimitación de derechos.

¹⁴ Por señalar la que tal vez sea la fuente más influyente: ROXIN, Política criminal y sistema del Derecho Penal, traducción de la 1ª ed. Alemana -1970- de MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1972, 54-66.

Aumentando el detalle, pueden rentabilizarse también los grados desiguales de certeza y abstracción al interior de un mismo nivel de la pirámide, pues esta diferencia también es descriptiva de lo que sucede cuando los dos modelos metodológicos están en funcionamiento.

Desde una visión muy amplia de la propuesta comentada¹⁵, se podría sostener que, en el tratamiento de casos fáciles, en que se está ante conductas que se subsumen al interior del “núcleo duro” del derecho, de su “contenido esencial”, visiblemente al alcance de sus límites internos (lógicos, conceptuales), el procedimiento podría encontrar un acomodo en la zona más baja de la pirámide, pudiéndose operar con un alto grado de certeza. Por el contrario, cuando del ejercicio interpretativo de la propia formulación normativa que contiene el derecho constitucional no se deriven soluciones, cuando una potencial restricción en el alcance de cobertura de un derecho no obedezca a sus propios límites internos sino a la limitación externa que necesariamente le pueden llegar hacer otros derechos en el marco de su necesaria coexistencia constitucional, cuando, para decirlo de manera más sencilla, se está en una zona de penumbra entre dos o más derechos fundamentales, el procedimiento al que se invita es al de la determinación de los contenidos materiales de cada derecho a través de un ejercicio de articulación que atiende al principio de proporcionalidad. Este es entonces el canal para tramitar los casos difíciles, cuya metodología es mucho más compleja¹⁶. A los jueces ordinarios les corresponde entonces el canal metodológico más sencillo, que consecuentemente debe ubicarse en la base de la pirámide, y que consiste en: “primero enjuiciar si la conducta es ejercicio de un derecho constitucional y, sólo si no lo fuera, procede apelar a la prohibición de exceso como principio que garantiza la proporcionalidad frente al acto ilícito”¹⁷, solo al Tribunal Constitucional le corresponde, cuando sea necesario, el canal más complejo, que entonces se debe ubicar más próximo a las etapas intermedias de la pirámide.

¹⁵ Tomando para tal fin una de las versiones más sofisticadas para la regulación metodológica de los conflictos entre la libertad de expresión y otros intereses. Me refiero a la propuesta metodológica de CUERDA ARNAU, Proporcionalidad penal y libertad de expresión, 2007, 9 ss.

¹⁶ La autora reconoce que esta tarea “no es fácil, por cuanto, de un lado, no es posible realizarla con carácter general sino caso por caso y por referencia específica a esos otros derechos o intereses y, de otro, no es un proceso de fijación del sentido estático, sino dinámico, pues no es factible sustraerla enteramente al momento histórico en que se inserta”. Por esta razón, permitir a cada juez ordinario utilizar este canal en cada caso tendría como consecuencia un nivel de inseguridad jurídica y de ausencia de garantías similar al de la propuesta ponderativa con la que la autora rivaliza, por lo que esta ruta de articulación dinámica se habilita exclusivamente al guardián de los derechos constitucionales, el Tribunal Constitucional, CUERDA ARNAU, Proporcionalidad penal y libertad de expresión, 2007, 11-12.

¹⁷ CUERDA ARNAU, Proporcionalidad penal y libertad de expresión, 2007, 12.

Por su parte, dentro del modelo de ponderación de intereses que acepta la doctrina penal mayoritaria, se observa que en el Derecho penal hay hasta tres tipos de ponderación¹⁸. En la primera, la *casuística*, el operador decide caso a caso sin vinculación a ninguna norma general previa de alcance general¹⁹. En la segunda y la tercera, que acá podemos reconducir a una misma especie como ponderaciones categóricas²⁰ el legislador o el Tribunal Constitucional, respectivamente, ya han contemplado supuestos representativos de estos conflictos y toman decisiones sobre la forma en que deben templarse éstos, concediendo de antemano una prelación determinada a uno u otro de los intereses en juego de acuerdo a determinadas circunstancias²¹. Como puede evidenciarse, mientras el primer modelo de ponderación se debe situar, por su falta de certeza y su alto margen de discrecionalidad, en el tope de la pirámide, los dos restantes, con el apoyo de una buena base dogmática, pueden alcanzar niveles bajos de discrecionalidad y mayores grados de precisión (pues en estos casos puede llegarse a hablar incluso de que el operador jurídico hace una tarea mucho más subsuntiva que ponderadora)²², lo que invitaría entonces a pensar que se ubicarían en un nivel diferente. Efectivamente, cuando nos acercamos a las ponderaciones que podríamos denominar sistemáticas, categóricas o generales, mucho más maduras y menos casuísticas, se ha descendido desde el grado de discrecionalidad del tope de la pirámide tanto como para afirmar que nos encontramos cerca de los territorios intermedios de la misma.

Así entonces, al dar un vistazo a ambos paradigmas a través de esta metafórica pirámide, se ha podido enseñar que, de cierta manera, al menos cuando de solucionar casos difíciles se trata, ambos modelos terminan por acercarse en una zona intermedia en que las diferencias son de grado, haciéndose menos estable el antagonismo y la división analítica que se había propuesto entre ambos. Este hallazgo, sin embargo, no debe resultar tampoco especialmente sorprendente pues, a pesar de la especial contundencia con que VIVES ANTÓN se ha enfrentado a la ponderación, ya LUZÓN PEÑA, defensor de ésta, hace más de veinte años

¹⁸ Una completa exposición en: LÓPEZ PEREGRÍN, La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos, 2000, 108,119; LAURENZO COPELLO, Los delitos contra el honor, 2002, 63-67.

¹⁹; V. LÓPEZ PEREGRÍN, La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos, 2000, 110; LAURENZO COPELLO, Los delitos contra el honor, 2002, 63

²⁰ V. SCHAUER, Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts, en: Vanderbilt Law Review, 34 (1981), 265.

²¹ V. LÓPEZ PEREGRÍN, La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos, 2000, 111-12; LAURENZO COPELLO, Los delitos contra el honor, 2002, 63-67

²² Al respecto v.: SCHÜNEMANN, Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal, en: SCHÜNEMANN, (Comp.), El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, Tecnos, Madrid, 1991, 36-37.

señalaba que estas posiciones son “distintas en la fundamentación pero no tanto en los resultados”²³.

V. REFLEXIONES FINALES: EL PROGRAMA DE UNA DOCTRINA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Llegados a este punto, creo que se ha recogido información suficiente sobre el discurso analizado como para poder finalizar el estudio con algunos apuntes de corte más normativo, en los que se trate de establecer el orden de prioridades que debería asumirse para el diseño de artefactos jurídicos metodológicos.

Quisiera entonces empezar destacando que la ciencia penal, como conjunto, tiene dentro de sus principales labores la de organizar y sistematizar el discurso jurídico-penal, hacer una perenne y criteriosa reflexión sobre éste, de manera que siempre esté lo más ordenado posible. Para desplegar la especificidad de esta tarea, resulta muy útil reproducir aquí un análisis de SCHÜNEMANN, quien recuerda las ventajas de la construcción sistemática afirmando que:

Si por sistema científico se entiende simplemente una ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia de que se trate, salta inmediatamente a la vista que la renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia (...) una renuncia a toda construcción jurídica sistemática significaría que la solución de los conflictos sociales permanecería en el ámbito del obrar cotidiano y en el marco sistemático del lenguaje ordinario que lo expresa y conforma; por tanto, tendría lugar mediante la pluralidad de opiniones y puntos de vista, de argumentos y reflexiones, de conceptos y de resultados que pueden encontrarse aquí (...) por el contrario, una discusión jurídico-dogmática del mismo tema se caracteriza por la mayor precisión del esquema clasificatorio empleado, por la más estricta comprobación de la admisibilidad de los argumentos empleados y, en consecuencia, por la reducción drástica del número de soluciones defendibles.²⁴

Las reflexiones de SCHÜNEMANN permiten formular las preguntas incómodas que se necesitan para avanzar en este tipo de reflexiones sin irse por las ramas o por los consensos fáciles: ¿No es acaso la invitación a la ponderación casuística una implícita renuncia a la *labor sistematizadora*? ¿No es acaso esto someter a la doctrina de la libertad de expresión a un permanente *estado embrionario*? ¿Se pueden evaluar racional e intersubjetivamente las metodologías jurídicas que protegen la libertad de expresión persistiendo en una concepción amplia, vaga, ecléctica, ordinaria, de la misma?

Como primera conclusión, podría afirmarse que la libertad de expresión necesita de construcciones sistemáticas. Esa es la tarea inicial de una doctrina de la libertad de expresión. Y, dentro de ese esmero, el primer esfuerzo debe estar inequívocamente dirigido a tratar de

²³ LUZÓN PEÑA, Delitos contra el honor, desacatos y libertad de expresión en Derecho Penal español, 1992, 229.

²⁴ SCHÜNEMANN, Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal, 1991, 31-32.

observar, tras la bruma de un sinfín de teorías normativas (de escaso valor descriptivo²⁵), cuál es el propósito verdaderamente esencial de la libertad de expresión en una sociedad determinada²⁶, cuáles son los objetivos sociales que mediante ella se quieren perseguir. Tomarse en serio la libertad de expresión implica aproximarse a ella con el mayor rigor académico, y no desde un discurso vacío, indeterminado o meramente emocional, pues para decirlo con SCHAUER: “la libertad de expresión debe ser vista como un área del derecho y no sólo como un manifiesto abstracto y sin contenido a ser declamado junto a trompetas en fiestas nacionales.”²⁷

Solo después de concretar el sentido específico de la libertad de expresión en una sociedad determinada se está en posición de plantear su tratamiento jurídico, pues entonces verdaderamente “nos confrontamos con la posibilidad de que el derecho a la libertad de expresión no sea menos que el derecho de contratos, daños, propiedad, competencia desleal, que sea simplemente un tema jurídico maduro –una bien desarrollada área de la doctrina legal-, con todas las características que se espera que brinde tal madurez.”²⁸ Todo esto vale para decir que, así como al derecho laboral, civil o penal, por poner solo algunos ejemplos, se les permite legítimamente desarrollar todo un arsenal metodológico para aproximarse a su complejo objeto de estudio, también a la doctrina de la libertad de expresión, vista como un área jurídica madura, se le permitiría entonces desarrollarse mediante su propio sistema de categorías, conceptos, presunciones, excepciones y principios.

Con todo esto en mente, cabría preguntarse ahora: ¿Qué resultados le exigiríamos entonces a una construcción sistemática de la libertad de expresión? ¿Cuál sería el orden de prioridades que ésta debería atender? Una aproximación a esas respuestas, formulada evidentemente de manera general y sin un desarrollo que iría mucho más de los humildes propósitos de este trabajo, sirve entonces para tomar postura, esto es, para ir realizando, en paralelo, una evaluación crítica de los artefactos metodológicos de los que se ha valido el discurso analizado para establecer los límites entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales o intereses relevantes para el derecho penal.

²⁵ Así lo destacan, entre otros, RAZ, Free Expression and Personal Identification, en: Oxford Journal of Legal Studies, 11 (1991), 305; SCHAUER, The boundaries of the first amendment: A preliminary exploration of Constitutional salience, en: Harvard Law Review, 117 (2003), 1784-1785.

²⁶ V. FARIÑAS DULCE, Los derechos humanos desde una perspectiva sociojurídica, en: Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 6 (1998), 369; RUBENFELD, The First Amendment's Purpose, en: Stanford Law Review, 53 (2000-2001), 767 ss.

²⁷ SCHAUER, Freedom of expression adjudication in Europe and the United States, en: NOLTE, Georg (Ed.), European and US Constitutionalism, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2005, 54.

²⁸ SCHAUER, Freedom of expression adjudication in Europe and the United States, 2005, 54.

En primer lugar, una doctrina de la libertad de expresión debe buscar que de la labor de construcción sistemática puedan empezar a surgir casos fáciles. Estos son indispensables para garantizar jurídicamente el impacto cultural y político que la democracia necesita de la libertad de expresión en la praxis social. Las sociedades democráticas necesitan brindar verdaderas garantías materiales a aquel ciudadano que quiere decir con total certeza “claro que puedo expresarme así, estoy en un país libre”²⁹. La tarea de una doctrina de la libertad de expresión es entonces hacer lo más nítido posible el alcance de las formulaciones normativas que regulan la libertad de expresión. Se trata de poder definirle a un ciudadano, sin vacilaciones, que lo que va a expresar en su red social, manifiesto, panfleto, performance, canción protesta u obra de títeres hace parte o no del discurso específicamente protegido por el derecho constitucional a la libertad de expresión.

En segundo lugar, ha de aceptarse que, si bien la prioridad inicial es la de poder abordar los casos ordinarios mediante una herramienta de tendencia subsuntiva, pueden existir multiplicidad de casos en los que aún la labor más tenaz de sistematización científica de la libertad de expresión no pueda evitar la existencia de casos difíciles, de zonas de penumbra.³⁰ Si la dinámica propuesta en la primera prioridad no fuera aún pertinente para un caso particular, o no se pudieran compartir los postulados teóricos que a ella, tal vez, estén implícitos, lo cierto es que, aún dentro del territorio de la ponderación de intereses, no debe una doctrina de la libertad de expresión ahorrar esfuerzo alguno para procurar descender todo lo que se pueda el grado de aleatoriedad, ambigüedad o indeterminación de la respuesta jurídica. Por ello, en el orden de prioridades, debe ir en segundo lugar la ponderación categórica, general o sistemática, y, en último lugar, al borde de la “prohibición”, la muy desaconsejable opción de la ponderación casuística³¹.

Como lo ha sostenido SCHAUER, refiriéndose a la comparación entre el joven neoconstitucionalismo europeo y el viejo constitucionalismo estadounidense, los sistemas constitucionales más maduros van dejando a un lado la ponderación para acercarse a sistemas

²⁹ Ilustrativo al respecto: FRANTZ, *The first amendment in the balance*, en: *Yale Law Journal*, 71 (1961-1962), 1443.

³⁰ En este sentido v.: SCHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*, 1991, 34-43.

³¹ Críticamente frente al uso de estas metodologías en escenarios relacionados con la libertad de expresión: FRANTZ, *The first amendment in the balance*, 1961-1962, 1425-1450; *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); SCHAUER, *Freedom of expression adjudication in Europe and the United States*, 2005, 59; RUBENFELD, *The First Amendment's Purpose*, en: *Stanford Law Review*, 53 (2000-2001), 767 ss.

de adjudicación más seguros y con una tendencia más fuerte a la regla³². La cita de este reconocido autor norteamericano sirve para iluminar el hecho de que este tipo de caminos o transiciones hacía la certeza no son excepcionales ni novedosos en la doctrina y, especialmente, la jurisprudencia española. En efecto, el debate jurisprudencial y académico respecto al binomio libertad de expresión frente al derecho al honor y a la intimidad, en el contexto particular de la libertad de prensa, ha ido madurando de manera que de una ponderación casuística se ha avanzado hacía ponderaciones categóricas, sistemáticas o generales en las que el operador jurídico puede afrontar el conflicto con mayor precisión. Así, partiendo históricamente de una jurisprudencia que inicialmente estimulaba una ponderación casuística frente a estos casos, se fue pasando, con el correr de los años, a la luz de una mayor experiencia y de la madurez obtenida, al punto de que (ya hace más de treinta años) se perfiló el conflicto de tal manera, que aún hoy se acepta, sin mucha discusión por los representantes de cualquiera de los modelos, que las expresiones referidas a cuestiones de interés público tienen más posibilidades de inclinar la balanza hacía la libertad de expresión y que el efecto contrario causan aquellas cuyo objeto es un asunto privado sin mucho interés para la discusión de asuntos públicos. O, también, que la protección del honor o la intimidad es más intensa, y tiende a ser preponderante, para la defensa de personas del común en asuntos que atañen exclusivamente a su vida privada, presentándose una relación inversamente proporcional en el caso de personas que ocupan cargos públicos y siempre que las cuestiones que se ventilen afecten el interés público³³.

La madurez en el debate de la libertad de prensa, tema clásico en la doctrina penal española, contrasta abruptamente con el estado *embrionario* de los límites de la libertad de expresión frente a otros derechos e intereses, como la no-discriminación (en tanto cara negativa del derecho a la igualdad) o el orden público³⁴. No puede negarse el infortunado papel del legislador en esta materia, pues es cierto que la constante reforma penal de signo expansionista suele borrar, prácticamente de tajo, las construcciones dogmáticas que con mayor o menor atino se han propuesto. Creo que este también es un problema central. Pero,

³² SCHAUER, Freedom of expression adjudication in Europe and the United States, 2005, 49-63. En un mismo sentido también: FRANTZ, The first amendment in the balance, 1961-1962, 1435; SCHÜNEMANN, Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal, 1991, 36-37.

³³ Exposiciones muy claras al respecto en: LUZÓN PEÑA, Delitos contra el honor, desacatos y libertad de expresión en Derecho Penal español, 1992, 222- 223; LÓPEZ PEREGRÍN, La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos, 2000, 114-119. Estos criterios son bastante similares a los empleados en la doctrina estadounidense de la libertad de expresión, como puede verse en: SCHAUER, The boundaries of the first amendment, 2003, 1801-1802.

³⁴ V. supra. n. 18.

para lo que aquí interesa, lo cierto es que en estas áreas las respuestas jurídicas al problema no parecen reducir, si quiera paulatinamente, la complejidad. Por el contrario, la cuestión parece permanecer en un estado de fluidez y constante movimiento, en el que la falta de certeza, la continua oscilación, las grandes sorpresas y la incertidumbre, hacen que el pronóstico jurídico sea siempre reservado, que aquella proposición sobre la preminencia o no del derecho a la libertad de expresión no sea otra cosa que tirar los dados, que apostarle al azar. En estas condiciones, claro está, el ejercicio de la libertad de expresión en la praxis social queda reservado para el ciudadano más osado, pues con semejantes grados de discrecionalidad el Derecho está cada vez más lejos de garantizar, *a priori*, su libre ejercicio.

Por todo esto, si junto a VIVES ANTÓN se entiende que “reducir la libertad al ámbito de lo que parezca moralmente respetable es, sencillamente, negarla”, la gravedad del asunto debería servir de invitación para realizar esfuerzos que consigan conducir las respuestas jurídicas en este campo hacía las partes más bajas de la aludida pirámide, hacía una verdadera garantía jurídica de la libertad de expresión.

Así como de nada nos sirve la defensa más romántica y sensible de la dignidad humana, de la prohibición de la tortura o los tratos crueles, si ante escenarios límites de terroristas y bombas de tiempo la fuerza de sus argumentos se evapora rápidamente y se termina cediendo fácilmente ante el más mínimo interés contrapuesto, de poco sirve una doctrina de la libertad de expresión que no esté pensada para, ya de principio, buscar controlar la constante y reprochable tentación de censurar los discursos de los “chicos malos”³⁵, que no ofrezca un blindaje o una verdadera garantía para el ejercicio de la libertad de expresión en escenarios de disenso cultural, étnico, religioso, sexual o político.

³⁵ Así, RAZ, *Free Expression and Personal Identification*, 1991, 316 ss.