

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

-Análisis de las capacidades auto-restrictivas de los sistemas modernos del delito a partir de la libertad de expresión-

SAMUEL AUGUSTO ESCOBAR BELTRÁN

A la memoria de mi padre, GUSTAVO ENRIQUE ESCOBAR.

A mi madre, XIMENA MARÍA BELTRÁN, y al resto de mi familia.

A mi maestro, JUAN CARLOS FORERO.

Al Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

A Zeus, Atenea y las Musas.

A los Stray Cats, Chuck Berry, Nina Simone, Thelonius Monk y Peggy Lee.

AGRADECIMIENTOS

Aprovecho la presente oportunidad para expresar mi más sincera gratitud al Señor Rector de la Universidad, al Decano de la Facultad de Jurisprudencia, así como a los siguientes profesores, compañeros y amigos: FRANCISCO BERNATE, ALFREDO RODRÍGUEZ, CARLOS CASTRO, WILSON MARTÍNEZ, MAURICIO VANEGAS, RICARDO ABELLO, LAURA GARCÍA, MANUEL QUINCHE, ROCÍO PEÑA, BLAISE MACLEAN, GABRIEL HERNÁNDEZ, ALBERTO YEPES, GABRIEL DE VEGA, ÓSCAR DUEÑAS, JOSÉ MOJICA, JORGE LUÍS TRUJILLO, EDGAR RAMÍREZ, JUAN PABLO GALEANO, JULIO GAITÁN, JULIO MONTAÑEZ, RICARDO ÁLVAREZ, JOEL RAMÍREZ, RICARDO ORDOÑEZ, JUAN DAVID RIVERA, JUAN MANUEL FORERO, NATALIA SUÁREZ, MARÍA JULIANA ESCOBAR, JUAN CAMILO RIVERA, ALBERTO ARANGO, MAURICIO HIGUERA, ÓSCAR HERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ ANGULO, MARIA FERNANDA DIAGO, MARIA ISABEL RODRÍGUEZ, MARÍA CAROLINA CARO, OLGA RAMÍREZ, DIANA PINZÓN, MARÍA LUCÍA ECHANDÍA, MARÍA PAULA TOSTÓN, LINA QUIROGA, EMIL LOEWY, ALEJANDRO ARIZA, JUAN DAVID BERNAL, ALFONSO CEPEDA, JOSÉ CARLOS y ROY BARRETO, ALEJANDRA ROBLEDO y SANTIAGO CUARTAS.

“HÉRCULES. Que el cielo, la tierra y la onda conserven su sitio, y que los astros sigan eternamente un curso regular. Que una paz profunda dé a los pueblos la abundancia; que el hierro sea enteramente consagrado a los trabajos inocentes de los campos, que las espadas sean escondidas. Que ninguna tempestad turbe la mar con sus furores, que la cólera de Júpiter no haga brotar el fuego del cielo; que los ríos nutridos por las nieves del invierno no arrastren más las arrancadas cosechas. Que los venenos desaparezcan; que ninguna yerba funesta se hinche de jugo nocivo. Que no reinen más tiranos crueles y salvajes; que si la Tierra debe producir todavía algún nuevo monstruo, que se dé prisa y si prepara uno, que sea para mí.”

(Séneca, Hércules Furioso.)

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PROLEGÓMENOS

I. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD. (Página 15).

1. La realidad de una tendencia expansiva en y hacia el Derecho penal. (Página 15).
2. La tendencia expansiva al ser moderna es cualitativa y cuantitativa. (Página 16).
3. La relación garantías-límites-legitimidad con el Derecho penal y su papel determinante en la toma de postura hacia la expansión. (Página 18).
4. La pertinencia de verificar los planteamientos auto-restrictivos dentro del ámbito de los derechos fundamentales, y precisamente, dentro de la libertad de expresión. (Página 24).
5. Un plan metodológico. (Página 26)

II. EL PODER DE LA EXPRESIÓN. (Página 27).

1. La naturaleza de la expresión. (Página 27).
2. La realidad representativa de la comunicación. (Página 28).
3. La creación de una realidad representada mediante la comunicación. (Página 28).
4. Lo esencial de la comunicación: la transmisión de un sentido. (Página 31).

PRIMERA PARTE: TRAS UN MARCO TEÓRICO.

CAPÍTULO PRIMERO: LA EXPANSIÓN.

- I. Método. **(Página 34).**
- II. Elementos de la expansión del Derecho penal. **(Página 34).**
 1. La arista cuantitativa del fenómeno. **(Página 34).**
 2. La arista cualitativa del fenómeno. **(Página 35).**
 - 2.1 La modernización en los principios de la Política criminal. **(Página 36).**
 - 2.2 La modernización en las garantías de imputación del Derecho penal material. **(Página 36).**
 - 2.3 La modernización en las garantías del Derecho procesal penal. **(Página 37).**
 - 2.4 La modernización en las garantías penales y criterios de ejecución penal. **(Página 37).**
- III. “Sobre algunas causas de la expansión del Derecho penal.”. **(Página 38).**
 1. Las causas mixtas. **(Página 38).**
 - 1.1 Los llamados *nuevos intereses*. **(Página 39).**
 - 1.2 El gerencialismo. **(Página 39).**
 - 1.3 La sociedad de sujetos pasivos y la identificación con la víctima del delito. **(Página 40).**
 - 1.4 La lucha por el discurso. **(Página 41).**
 - 1.4.1 El discurso. **(Página 41).**
 - 1.4.2 La criminalidad de los poderosos. **(Página 42).**
 - 1.4.3 El descrédito de otras instancias de protección. **(Página 42).**
 - 1.4.4 Los gestores atípicos de la moral. **(Página 43).**
 - 1.4.5 La actitud de la Política socialdemócrata en Europa. **(Página 43).**
 - 1.4.6 La intervención populista en el Derecho penal. **(Página 44).**
 2. Las causas objetivas. **(Página 45).**
 - 2.1 La aparición de nuevos riesgos. **(Página 45).**
 - 2.2 La institucionalización de la inseguridad. **(Página 46).**

3. La única causa subjetiva o la sensación social de inseguridad. **(Página 46).**

CAPÍTULO SEGUNDO: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

I. Método. (Página 48).

II. La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. (Página 48).

1. “El Mañanero”. (Página 48).

2. El derecho a la libertad de expresión en sentido genérico o los llamados elementos normativos diferenciables del artículo 20 de la Constitución. **(Página 48).**

2.1 Fundamentos de la libertad de expresión. (Página 50).

2.1.1 Consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad. **(Página 50).**

2.1.2 Razones concernientes al funcionamiento de las democracias. **(Página 50).**

2.1.3 Consideraciones sobre la dignidad humana. **(Página 52).**

2.1.4 Respecto al patrimonio cultural y científico de la sociedad. **(Página 52).**

2.1.5 Reflexiones históricas y prácticas. **(Página 52).**

2.1.6 Una visión holística. **(Página 53).**

2.2 Efectos jurídicos de la fundamentación. (Página 53).

2.2.1 La presunción constitucional a favor de la libertad de expresión. **(Página 53).**

2.2.2 Presunción de cobertura por el ámbito de protección. **(Página 54).**

2.2.3 Presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos. **(Página 54).**

- 2.2.4 Presunción de inconstitucionalidad sobre limitaciones a la libertad de expresión. **(Página 54).**
- 2.2.5 La presunción imbatible de prohibición de censura. **(Página 55).**
- 2.2.6 Cargas impuestas por estas presunciones a las autoridades que pretendan limitar la libertad de expresión. **(Página 55).**
 - 2.2.6.1 Carga definitoria. **(Página 55).**
 - 2.2.6.2 Carga argumentativa. **(Página 56).**
 - 2.2.6.3 Carga probatoria. **(Página 56).**
- 2.3 Las siete libertades fundamentales de la expresión. **(Página 56).**
 - 2.3.1 El llamado derecho fundamental a la libertad de expresión *stricto sensu*. **(Página 57).**
 - 2.3.1.1 Su titularidad es universal, compleja e involucra tanto intereses públicos como privados. **(Página 58).**
 - 2.3.1.2 Diversidad de grados de protección conforme al ámbito de expresión y tipo de discurso. **(Página 59).**
 - 2.3.1.2.1 Modos de expresión sujetos a protección reforzada por razones históricas y democráticas o por permitir el ejercicio de demás derechos fundamentales. **(Página 59).**
 - 2.3.1.2.2 Modos de expresión sujetos a mayor regulación estatal. **(Página 61).**
 - 2.3.1.3 Dentro del ámbito de protección *stricto sensu* se encuentran tanto el lenguaje convencional como el simbólico o expresivo. **(Página 62).**
 - 2.3.1.4 Los medios así como el contenido están constitucionalmente protegidos mas ello implica problemas específicos. **(Página 62).**
 - 2.3.1.5 La anterior protección abarca tanto a las expresiones socialmente aceptadas como a aquellas consideradas intolerables. **(Página 63).**

- 2.3.1.6 Existencia de deberes, responsabilidades y obligaciones constitucionales correlativas. **(Página 64).**
- 2.3.2 La libertad de información. **(Página 64).**
- 2.3.3 La libertad de prensa. **(Página 65).**
- 2.3.4 La libertad de fundar medios de comunicación. **(Página 66).**
- 2.4 Las cuatro prohibiciones del artículo 20. **(Página 67).**
 - 2.4.1 Las prohibiciones a los titulares del derecho, o supuestos en los que las presunciones han sido desvirtuadas por consenso internacional. **(Página 67).**
 - 2.4.2 La prohibición de censura cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **(Página 68).**
- 2.5 Requisitos para limitar el ejercicio de la libertad de expresión. **(Página 69).**
 - 2.5.1 Seguimiento del principio de legalidad. **(Página 69).**
 - 2.5.2 Necesidad que la medida tenga una finalidad determinada. **(Página 70).**
 - 2.5.2.1 La protección de los derechos de los demás. **(Página 70).**
 - 2.5.2.2 La preservación de la seguridad y orden público. **(Página 71).**
 - 2.5.2.3 La protección de la moralidad pública. **(Página 72).**
 - 2.5.3 Armonía entre la finalidad invocada y la necesidad de la medida planteada para materializarla. **(Página 72).**
- III. La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia estadounidense. **(Página 73).**
 - 1. Fundamentos. **(Página 73).**
 - 2. Presunciones y cargas a favor de la libertad de expresión. **(Página 75).**
 - 3. Respecto al contenido de la libertad de expresión *stricto sensu*. **(Página 76).**
 - 4. Respecto los contenidos de la libertad de expresión en sentido lato. **(Página 78).**
 - 5. Respecto los requisitos para limitar el ejercicio del derecho. **(Página 80).**
 - 5.1 Las restricciones previas. **(Página 80).**

- 5.2 Las limitaciones conforme al principio de la responsabilidad ulterior.
(Página 81).
6. Conclusiones preliminares. **(Página 84).**
- IV. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión. **(Página 85).**
1. Sobre los fundamentos. **(Página 85).**
 2. Sobre el contenido de la libertad de expresión *stricto sensu* y en sentido amplio. **(Página 86).**
 3. Los requisitos para limitar el ejercicio de la libertad de expresión. **(Página 87).**
 4. Conclusiones preliminares. **(Página 87).**
- V. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión. **(Página 88).**
1. Fundamentos. **(Página 88).**
 2. Presunciones y cargas a favor. **(Página 89).**
 3. Contenido del derecho en ambos sentidos. **(Página 90).**
 4. Requisitos para limitar el ejercicio del derecho. **(Página 91).**
 - 4.1 La legalidad de las restricciones. **(Página 92).**
 - 4.2 Las finalidades restrictivas. **(Página 92).**
 - 4.3 La necesidad de la injerencia. **(Página 94).**
 - 4.4 Conclusiones preliminares. **(Página 94).**

CAPÍTULO TERCERO: LOS SISTEMAS DEL DELITO.

- I. Método. **(Página 96).**
- II. El finalismo. **(Página 96).**
 1. Desarrollo. **(Página 96).**
 2. Crítica. **(Página 98).**
 3. Síntesis. **(Página 99).**

III. El funcionalismo moderado. **(Página 99).**

1. Desarrollo. **(Página 99).**
2. Crítica. **(Página 100).**
3. Síntesis. **(Página 101).**

IV. El funcionalismo radical. **(Página 101).**

1. Desarrollo. **(Página 101).**
2. Crítica. **(Página 103).**
3. Excurso: sobre la aplicación de la teoría sistémica como límite al Derecho penal a partir del Derecho internacional público. **(Página 104).**
4. Síntesis. **(Página 105).**

CAPÍTULO CUARTO: PLANTEAMIENTO DE UNA HIPÓTESIS.

I. Método. **(Página 106).**

II. La legitimidad en los sistemas del delito a partir de los elementos y causas de la expansión del Derecho penal. **(Página 106).**

1. El finalismo y la expansión. **(Página 107).**
2. El funcionalismo moderado y la expansión. **(Página 108).**
3. El funcionalismo radical y la expansión. **(Página 108).**

III. La legitimidad en los sistemas del delito a partir de las reflexiones sobre la libertad de expresión. **(Página 110).**

1. La relación entre los planteamientos sobre la legitimidad a partir de los fundamentos de la libertad de expresión y su ámbito de protección. **(Página 110).**
2. La relación entre los planteamientos sobre la legitimidad y los requisitos para imponer límites al ejercicio de la libertad de expresión. **(Página 112).**

IV. Una hipótesis nada novedosa. **(Página 113).**

1. Los planteamientos fundacionales del finalismo y funcionalismo radical tienen asidero en la realidad y en razón a sus puntos diferenciables existe un enfrentamiento. **(Página 114).**

- 1.1 El finalismo. **(Página 115).**
- 1.2 El funcionalismo radical. **(Página 114).**
2. La superación del enfrentamiento mediante el Estado Social de Derecho. **(Página 116).**
3. El sistema de ROXIN no excluye los argumentos naturalistas y sistémicos sino que se nutre de ellos a la hora de realizar la ponderación entre argumentos empíricos, principios Político-criminales y las garantías del individuo. **(Página 118).**

SEGUNDA PARTE:

DEMOSTRACIÓN A PARTIR DEL DELITO DE OPINIÓN Y ALGUNOS ASPECTOS LIMÍTROFES.

CAPÍTULO PRIMERO:

EL DELITO DE OPINIÓN EN SU DIMENSIÓN HISTÓRICA Y ACTUAL.

- I. Método. **(Página 128).**
- II. El delito de opinión en la historia. **(Página 128).**
 1. SÓCRATES, o el escultor de pensadores. **(Página 129).**
 2. JESÚS DE NAZARET, o el hombre que escribía sobre la tierra. **(Página 130).**
 3. OVIDIO NASÓN, o el preceptor del amor. **(Página 133).**
 4. GALILEO GALILEI, o SALVIATI, defensor del sistema Copernicano. **(Página 135).**
 5. Conclusiones. **(Página 138).**
- III. El delito de opinión en la modernidad. **(Página 138).**
 1. En los Estados totalitarios. **(Página 138).**
 2. Entre el Estado de Derecho y el Social de Derecho. **(Página 141).**

CAPÍTULO SEGUNDO:

ALGUNOS ASPECTOS LIMÍTROFES AL DELITO DE OPINIÓN.

- I. Método. **(Página 145).**
- II. El negacionismo y revisionismo del Holocausto. **(Página 145).**
 - 1. Concepto. **(Página 145).**
 - 2. Consideraciones respecto al modelo planteado. **(Página 148).**
- III. Los delitos contra el honor. **(Página 149).**
 - 1. Consideraciones respecto al modelo planteado. **(Página 150).**
- IV. La desobediencia civil. **(Página 154).**
 - 1. El concepto de desobediencia civil. **(Página 155).**
 - 2. Consideraciones sobre el modelo planteado. **(Página 157).**
- V. El Derecho penal del Enemigo. **(Página 160).**
 - 1. Concepto. **(Página 160).**
 - 2. Consideraciones respecto al modelo planteado. **(Página 161).**

CONCLUSIONES.

- I. Conclusiones extraídas de la investigación. **(Página 166).**
- II. Problemas encontrados o la necesidad de trabajos posteriores. **(Página 168).**
- III. Consideración final. **(Página 169).**

BIBLIOGRAFÍA.

(Página 171 y subsiguientes).

PROLEGÓMENOS

I. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD.

1. La realidad de una tendencia expansiva en y hacia el Derecho penal.

Es real el diagnóstico que en los últimos años ha realizado la doctrina respecto a la tarea legislativa y la aplicación judicial, encontrando en ellas una tendencia¹ a ampliar o expandir los tipos delictivos, principalmente en lo que concierne al Derecho penal económico y del medioambiente²; retornando al ordenamiento jurídico penal las figuras contravencionales además de los delitos³, que para NAUCKE a su vez ejemplifica, tal como están configuradas en Alemania, otra arista del fenómeno: la relajación de garantías Político criminales, procesales y de imputación⁴; así como el recrudescimiento de los marcos punitivos⁵ y el recurso al Derecho penal como generador de directrices sociales⁶. A este

¹ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales.*”. Segunda Edición. Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2006. Página 5. Numeral 4.

GRACIA Martín, Luís. “*Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia.*”. Editorial Tirant Lo Blanch, Alternativa. Valencia. 2006. Páginas 58 y 59.

PRITTWITZ, Cornelius. “*El Derecho Penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última Ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal.*”. En “*La insostenible situación del Derecho Penal.*”. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu-Fabra (Ed. Española). Editorial Comares. Granada. 2000. Página 428.

² Así como Gracia Martín representa el Código Penal Español de 1995 como uno moderno, igual sucede con la ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano. GRACIA Martín, Obra Citada. Página 60. De igual forma, Silva Sánchez. Pagina 5. Numeral 4.

³ La ley 1153 de 2007 en Colombia, recientemente declarada inconstitucional por entregar competencias a la Policía Nacional.

⁴ En este sentido señala Naucke cómo se adscribe a un positivismo relativista jurídico-penal la definición contravencional de la ley alemana y su distancia del principio de legalidad como lo habría elaborado Feuerbach en tanto conllevan a la burocratización del derecho penal. NAUCKE, Wolfgang. “*La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado.*”. En “*La insostenible situación del derecho penal.*”. Obra citada. Página 541.

Así, se manifiesta Silva Sánchez. Ver SILVA Sánchez, Jesús María. Obra citada. Página 5, numeral 4.

⁵ Particularmente en lo que atañe al llamado Derecho Penal del Enemigo sobre el cual se profundizará en posteriores capítulos.

⁶ Dentro de este concepto amplio podrían bien encontrarse causas de la expansión descritas por Silva Sánchez como lo serían los gestores atípicos de la moral, la Política criminal de la izquierda socialdemócrata, y todo lo que implica la administrativización del Derecho penal como lo sería la prevención y el gerencialismo. Ver SILVA Sánchez, Obra Citada. Capítulos 2 (2.7 a 2.10) y 6.

fenómeno se le denomina la expansión o modernización del Derecho penal, y tiene un innegable carácter global⁷.

2. La tendencia expansiva al ser moderna es cualitativa y cuantitativa.

Frente a la actual tendencia lo primero que ha de determinarse es su alcance. Con ello se alude a las dimensiones sobre las cuales ha de moverse. En ese sentido, señala GRACIA MARTÍN que la modernización del Derecho penal supone una reforma cuantitativa o formal⁸ distinguida por la inclusión de nuevos tipos como consecuencia de una escisión material⁹ con el derecho penal decimonónico, al enfocarse ésta en la lucha por la apropiación del discurso sobre la criminalidad que en manos de la burguesía liberal había permanecido por fuera del ordenamiento jurídico penal.¹⁰ Lo anterior se hace con el fundamento metodológico del concepto de modernidad entendida como ruptura¹¹. Así, para el autor el proceso de modernización no supondría una dimensión cualitativa ya que si lo que distingue al Derecho penal liberal es la lucha por el discurso burgués y no el ámbito de las garantías¹², éstas jamás se verían puestas en peligro. Por el contrario, éste sugiere que la modernización implica la vigencia de cada una de las garantías del Estado de Derecho¹³.

⁷ GRACIA Martín, Luís. Obra citada. Páginas 89 y 90. En las mismas páginas se lee cómo el fenómeno incide en la creación de nuevas formas de criminalidad y cómo la globalización tiene tres aristas: cultural, Política y económica. Sobre estas tres aristas se volverá posteriormente.

De igual forma SILVA Sánchez, Obra citada. Páginas 119 y 120. Numerales 1 y 2.

⁸ “...el Derecho penal moderno se nos muestra como un fenómeno cuantitativo que tiene lugar y se desarrolla inicial y principalmente en la Parte Especial.”. GRACIA Martín, Luís. Obra citada. Página 57.

⁹ “Más importante, y decisiva, es la segunda condición, consistente en que los nuevos objetos o sus nuevas formas supongan una ruptura con la situación anterior, es decir, que se produzca una modificación substancial de la misma (aspecto material de la modernización).” GRACIA Martín, Luís. Obra citada. Página 53.

¹⁰ “El proceso de modernización del Derecho penal puede –y debe- ser definido, por tanto, como <<lucha>> por el discurso de la criminalidad.”. GRACIA Martín, Luís. Obra citada. Páginas 189 y 190.

¹¹ Para definir los conceptos modernos y modernidad, Gracia Martín desecha la referencia a determinadas etapas de la Historia y se apoya en un concepto material aportado por Sotello: “<<el adjetivo “moderno” surge, justamente, cuando se considera indispensable marcar diferencias sustantivas entre el ayer y el hoy>>, de modo que <<el que sea necesario subrayar el presente con una vocablo nuevo supone que se le percibe como algo radicalmente distinto a lo anterior, que toma con ello el cariz de lo ya superado>>, por lo que <<la aparición de este neologismo implica la conciencia de una ruptura en la continuidad histórica: lo que se fue ya no es; se viven “tiempos nuevos”>>.”. GRACIA Martín, Obra Citada. Página 44 citando a SOTELLO, Ignacio en “Filosofía Política II. Teoría del Estado.”. Editorial Trotta. Madrid. 1996. Página 26.

¹² GRACIA Martín, Luís. Página 185.

¹³ “Un reconocimiento de que la modernización del Derecho penal suponga una flexibilización de las garantías penales del Estado de Derecho sólo puede tener lugar, o bien a partir de una actitud epistemológica desvinculada y alejada de toda “voluntad de saber”, a la que normalmente acompaña una

Sin desatender el hecho que la criminalidad de los poderosos haga parte del proceso de expansión del Derecho penal¹⁴, el presente texto se adscribe a la opinión mayoritaria encabezada en nuestra literatura por SILVA SÁNCHEZ, al concebir la modernización como un fenómeno también cualitativo. En efecto, señala el catedrático de Pompeu-Fabra que precisamente en lo que atañe a la macrocriminalidad y la delincuencia de los *powerful*, “*ya proliferan voces de quienes admiten la necesidad de modificar, al menos en ciertos casos, las <reglas del juego>*.”¹⁵. Dentro de esa “modificación” se ven incluidos los principios de legalidad, taxatividad, imputación individual, presunción de inocencia, e in dubio pro reo¹⁶. Es decir, se trata de garantías Político criminales, de imputación, y procesales, que pueden ser identificadas con el Estado formal de Derecho, el Estado liberal de Derecho y el Estado social de Derecho, dentro de sus visiones respectivas. Más aún, si la expansión del Derecho penal supone la irrupción en él de la modernidad como concepto, y si se incluyen en dicho fenómeno nuevos centros doctrinarios de discusión como el llamado Derecho penal del Enemigo¹⁷, el Derecho penal económico y del medioambiente¹⁸, de la

ideología conservadora y reaccionaria, o bien –y de acuerdo con una frase del lenguaje cotidiano- cuando se confunde la velocidad con el movimiento.”. GRACIA Martín, Obra Citada. Página 157. De allí que Gracia Martín califique al manifiesto de los penalistas de Frankfurt como “discurso de resistencia”.

¹⁴ Silva Sánchez reflexiona sobre la existencia de un afán en la Política izquierdista europea hacia el discurso penal de los poderosos. No obstante, en su análisis si se palpa la aceptación a una tesis cualitativa de la expansión del Derecho penal. SILVA Sánchez, Jesús María. Obra citada. Página 73. Numeral 4.

¹⁵ SILVA Sánchez, Jesús María. Obra citada. Página 73. Numeral 4.

¹⁶ Es así como Silva Sánchez recuerda la reflexión de Kunz que aquí se transcribe: “*Sólo los cínicos pueden aceptar que la legislación penal contra la macrocriminalidad ha atravesado el Rubicón de la vinculación por los principios tradicionales y puede en adelante proseguir “la lucha” contra las percibidas mega-amenazas de modo consecuente y sin atención al lastre de los formalismos del Estado de Derecho: mediante intervención profiláctica que no espera a la producción de lesiones de derechos; mediante responsabilidad colectiva, que renuncia a la carga de la prueba y delitos de sospecha, que desprecian la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo; mediante la dotación de las instituciones de persecución penal con competencias análogas a las de los servicios secretos, que sólo pueden ser controladas judicialmente de modo limitado.*”. SILVA Sánchez, Jesús María. Obra citada. Página 74. Numeral 4.

¹⁷ “GRACIA Martín, Obra Citada. Página 125. El Derecho penal del Enemigo supone en sí una ruptura con toda tradición conceptual anteriormente esbozada en el pensamiento penal y frente al cual quizás resulte más útil como barrera una construcción sistémica en torno a las garantías consagradas en el Derecho internacional público como se verá más adelante después de apropiadamente abordar la temática.

¹⁸ “*Por un lado, la degradación de la formalidad propia del Estado Derecho afecta al Derecho penal material. Asistimos a un incremento de los delitos de peligro abstracto (Derecho penal económico y del medo ambiente), a un crecimiento de la estandarización excesiva de deberes en el sentido de los delitos imprudentes y de omisión, y a una tendencia hacia una intervención penal simplificada con ayuda de las cláusulas generales y de los elementos indeterminados de los tipos.*”. ALBRECHT, Peter-Alexis. “*El Derecho Penal en la Intervención Política Populista*”. En “*La insostenible situación del Derecho Penal.*”. Obra Citada. Página 483.

empresa¹⁹ y del riesgo²⁰, cualquier aproximación debe centrarse en torno a todas sus dimensiones, y ello incluye el ámbito de las garantías. Así, un correlato necesario de que haya una modernización del derecho penal es su dimensión cualitativa.

3. La relación garantías-límites-legitimidad con el Derecho penal y su papel determinante en la toma de postura hacia la expansión.

Es notable que la doctrina relacione la institución de las garantías con el Estado de Derecho, y propiamente, con el liberal. Así, PRITWITZZ señala que aquellos principios propios del formalismo estatal, como lo serían el de separación de poderes, legalidad, culpabilidad; aunados a un modelo liberal, constituyen un verdadero programa para establecer límites materiales al contenido del Derecho penal²¹. Por su parte, NAUCKE ubica en el pensamiento de FEUERBACH, dada su fundamentación kantiana de que *“lo que merece pena, se reconoce (se “reconoce”, no se decide o consiente) sin necesidad de*

¹⁹ Al adscribir el fundamento material de los delitos especiales a la especial posición y capacidad de dominio del autor cualificado (es decir, por ser cualificado) y no en la infracción del deber jurídico, lo que constituye el moderno Derecho penal de la empresa, se atiende a una flexibilización del principio del hecho. Flexibilización que Gracia Martín atenúa al enfocar desde el ámbito de *“bienes jurídicos que sólo se encuentran necesitados de protección penal frente a determinadas acciones típicas de esos sujetos con dominio social, y no frente a las de quienes carecen de dicho dominio.”* GRACIA Martín, Obra Citada. Página 83.

²⁰ Al respecto, debe notarse como en los delitos realizados dentro de actividades riesgosas según Silva se da a una exasperación en el uso de la comisión por omisión que desgasta las instituciones jurídicas del Derecho penal Ver SILVA Sánchez, Obra Citada. Página 18. Numeral 4.

De igual forma: *“El <<resultado>>, la lesión del bien jurídico, aparece tan sólo como la prosecución adecuada o inadecuada de un riesgo incrementado por un comportamiento desaprobado. El deber originario, complementario, general y negativo, de omitir injerencias en derechos de libertad ajenos se ha elevado ahora a la categoría de un deber general de cuidado con elementos positivos y negativos, cuya relación de complementariedad con <<bienes jurídicos>> ya no está clara.”*. GUNTHER, Klaus. *“De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un <<cambio de paradigma>> en el Derecho penal?”*. En *“La insostenible situación del Derecho Penal.”*. Obra Citada. Página 503.

Asimismo señala Albrecht que el moderno Derecho penal del riesgo al encuadrarse conforme al funcionalismo jurídico penal de Jakobs, es decir, que protege la confianza en las expectativas normativas en vez de bienes jurídicos y al orientarse la culpabilidad a criterios funcionales de la satisfacción de tal exigencia, trae consigo el abandono de los dos baluartes que en palabras de Barrata, fueron *“construidos por el pensamiento penal liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo: el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el concepto de culpabilidad como límite de la responsabilidad y de la pena.”* ALBRECHT, Peter-Alexis. Obra citada. Páginas 474 y 475. Cita de Barrata en página 475. BARRATA, Alessandro. *“Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica.”*. Artículo en Cuadernos de Política Criminal, n° 24, 1984. Páginas 533 y siguientes.

²¹ Modelo que eventualmente habría de ser desechado ya que su fundamento: el modelo de Estado, habría sido desechado. Particularmente en torno a la máxima *“in dubio pro libertate.”* PRITWITZZ, Cornelius. Obra citada. Página 436. La limitación de contenido material no debe valorarse como severa pues el mismo autor rechaza tal noción en la página 441.

la ley, y recibe expresión en la forma de la ley.”²², el único sistema que frente al principio de legalidad ostenta unidad conceptual entre contenido y forma, por reconocerse tanto el injusto en su naturaleza, como la necesidad de sancionarlo²³ y evitar así el desgaste que implica el positivismo relativista jurídico-penal.²⁴ Ello es consecuente con una visión del Derecho penal como instrumento de protección de derechos subjetivos y no bienes jurídicos, de donde se establece que los únicos límites penales impuestos al ciudadano lo serían por su ingerencia en el concepto de libertad. Aunque debe señalarse que NAUCKE rechaza la vinculación estatal del principio de legalidad y lo proyecta como objeto límite de lo criminalizador²⁵, la argumentación de FEUERBACH tiene un evidente corte liberal ilustrado. Por otro lado, al afirmar que con la irrupción de los sistemas modernos por medio del Programa de Marburgo de VON LIZST, iniciaría en el Derecho penal liberal (al que los penalistas de Frankfurt siguiendo a HASSEMER, equívocamente denominan clásico²⁶), la relativización de la función de la pena y de allí, el resquebrajamiento de las garantías ciudadanas que preservaban la libertad individual circunscribiendo la referencia punible a un hecho del pasado y no a uno del futuro; es como determina ALBRECHT que el Derecho penal liberal se caracterizaba por la búsqueda de independencia judicial frente a la Política²⁷.

No obstante que la idea de la relativización de las funciones de la pena ya se encontraba en los mismos escritos de la Ilustración²⁸, también debe verse en ella un

²² NAUCKE, Wolfgang. Obra citada. Páginas 533 y 534.

²³ NAUCKE, Wolfgang. Obra citada. Páginas 535 y 536.

²⁴ NAUCKE, Wolfgang. Obra citada. Página 541.

²⁵ “*El principio de legalidad es el contra-principio en la Política criminal que recurre a la pena; es la Constitución, de contenido limitado, del Derecho criminal. El principio de legalidad penal no es así ninguna faceta del Estado providencia. Es más bien un objeto que se mueve en las aguas de la corriente del desarrollo social.*”. NAUCKE, Wolfgang. Obra citada. Página 546.

²⁶ Se comparte el que Gracia Martín y Silva Sánchez lo denominen Derecho penal liberal por cuanto sería imposible que fuese clásico, si se le entiende como un ideal al que hay que aspirar y que discierne entre el buen y mal camino, y por otro lado se asume la legitimidad de contenidos distintos a éste. GRACIA Martín, Luís. Obra Citada. Páginas 49 y 50.

²⁷ ALBRECHT, Peter-Alexis. Obra citada. Páginas 472 a 475.

²⁸ BECCARIA, Cesare. “*De los delitos y las penas.*”. Editorial Leyer. Bogotá. 2005. 137 Páginas. Asimismo, señala Agudelo Betancur que en el pensamiento decimonónico al imperar la prevalencia del individuo sobre el Estado, se entendía la necesidad de reglar su actividad punitiva mediante el sistema del delito garantista y adscribiendo a la función de la pena una función absoluta (justicia) o una relativa (utilidad) pero siempre dentro de la idea que el Derecho penal como norma es control del poder y el Derecho penal como ciencia es control del control, idea que cristalizaría Carrara. AGUDELO Betancur, Nodier. “*El pensamiento jurídico-*

esfuerzo por limitar la arbitrariedad. De allí, que a las garantías se les haya asignado históricamente esa función racionalizadora²⁹ del poder punitivo, y al estar inscritas en el corpus del Derecho penal de forma sistémica, se les reconozca como su elemento esencial: que aporta tanto un contenido de imputación al sujeto activo del delito, así como un mismo parámetro de validez en las herramientas de defensa. La sola existencia del término “Derecho” penal, desde las revoluciones implica la noción de su legitimidad. En palabras más simples: las garantías no sólo dicen qué requisitos debe cumplir la decisión que conlleve a la sanción penal sino también qué situaciones, elementos o formas deben quedar excluidas del ordenamiento jurídico-penal. Tal es el arraigo de idea aquí expuesta, que en el plano dogmático se ha convertido en el campo de batalla sobre el cual versan los argumentos a favor o en contra de un proceso expansivo del Derecho penal.

Quienes se manifiestan rotundamente en contra de la modernización, sostienen que la misión del Derecho penal es asegurar las libertades y bienes jurídicos individuales, operando en ese sentido principios conceptuales como los de subsidiariedad y *ultima ratio*³⁰. A la idea de que así deba limitarse el *ius puniendi*, se suman argumentos empíricos

penal de Francesco Carrara.”. Serie Grandes Corrientes del Derecho Penal: Escuela Clásica. Reimpresión Segunda Edición. Editorial Linotipia Bolívar. Bogotá. 1996. Páginas 5 a 8.

²⁹*“Es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza. Con ello resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos. Bajo este aspecto existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, incluso con los límites más arriba puestos de manifiesto, la <<verdad formal>>. Y una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio del favor rei, que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio in dubio pro reo, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica, la analogía in bonam partem, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica. En todos estos casos, tenemos, ciertamente, discrecionalidad. Pero se trata de una discrecionalidad dirigida no a extender sino a reducir la intervención penal en cuanto no motivada por argumentos cognoscitivos seguros.”.* FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.”. Traducción de Andrés Ibáñez, Ruíz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés. Editorial Trotta. Quinta Edición. 1995. Páginas 104 y 105.

³⁰ En ese sentido se circunscribe la obra colegiada de los penalistas de Frankfurt. Particularmente en cuanto a los principios ejemplificados PRITTWITZ, Cornelius. “La insostenible situación del Derecho Penal.”. Obra Citada. Páginas 433 y 434.

en torno a la sanción como elemento ineficaz, costoso, generador de perjuicios³¹, y en general, ilegítimo por su posible injusticia y las condiciones en que se implementa la sanción³², o por ser meramente simbólica³³. El fundamento criminológico en cuanto a los efectos de la pena adquiere validez al circunscribirse al Derecho penal, la misión de eliminar esa tensión entre fines y consecuencias, estableciendo las garantías en contra del abuso³⁴. La idea de que el Derecho debe encontrarse alejado de la Política y que el Derecho penal se encuentra más alejado de ella que cualquier otra rama del Derecho, idea que aún hay quienes la defienden como una ventaja comunicativa del Derecho penal³⁵, según ALBRECHT se encuentra resquebrajada por la intervención populista en la creación de leyes penales³⁶.

Por su parte, entre quienes invocan la necesidad de modernizar al Derecho penal se vislumbran distintos escenarios. Como ya se ha señalado, hay quienes aseveran que en medida alguna se verían afectadas las garantías y en ese sentido, no habría ilegitimidad del proceso expansivo por cuanto supondría la existencia de éstas como límites a los contenidos del Derecho penal, únicamente ampliándose la gama de conductas con un desvalor ético-social que lesionen bienes jurídicos³⁷. Sin embargo, frente a limitar el discurso a lo cuantitativo, ya se ha formulado un sólido argumento en contra, dejando tal propuesta varias incógnitas. De allí, resulta más adecuada la posición de SILVA SÁNCHEZ al determinar que hay espacios razonables para que el Derecho penal crezca y aquellos en que su expansión sería ilegítima³⁸ desde la perspectiva de si la sanción supone la pena privativa de la libertad, aceptando la relajación de las garantías en los eventos en

³¹ Ver PRITTWITZ, Cornelius. Obra Citada. Páginas 442 a 444. Lo particular es que reconoce la labor de estructurar el argumento de los costos a Jakobs.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*”. Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá. 1990. Páginas 17 y 18. Asimismo URBANO Martínez, José Joaquín. “*La Legitimidad del Derecho Penal: Equilibrio entre Fines, Funciones y Consecuencias.*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001. Páginas 125 y subsiguientes.

³³ URBANO Martínez, José Joaquín. Obra Citada. Página 144.

³⁴ URBANO Martínez, José Joaquín. Obra Citada. Página 128.

³⁵ SILVA Sánchez, Jesús María. Obra Citada. Página 173.

³⁶ ALBRECHT, Peter-Alexis. Obra Citada. Páginas 478 y 479.

³⁷ GRACIA Martín, Luís. Obra Citada. Página

³⁸ SILVA Sánchez, Jesús María. Obra Citada. Página 12. Numeral 2.

que esto no suceda³⁹ conforme a lo que aquí se entiende como producto de la reflexión entre las ventajas comunicativas del Derecho penal, la injerencia de la sanción en la persona y la necesidad de que sea implementada en la sociedad, es decir, un margen de ponderación de principios constitucionales⁴⁰. De hecho, allí se acepta que el programa Político-criminal establecido en la Constitución constituye el límite y el fundamento de un Derecho penal moderno por ser ésta la forma como una sociedad se comprende a sí misma⁴¹.

El uso de la Constitución como límite del Derecho penal puede ser incluso predicable respecto la misión funcionalista radical del Derecho penal que protege la vigencia de la norma así como las expectativas defraudadas por el delito mediante la pena y a la cual se le acusa el haber aportado varias de las herramientas y fundamentos del actual proceso expansivo⁴². La responsabilidad científica que la doctrina ha pretendido endilgar debe ser matizada ya que aunque de allí surge el concepto de enemigo, la propuesta funcionalista también ha permitido la despenalización y la concreción de instituciones en beneficio de la exoneración y atenuación de la responsabilidad⁴³. A partir de allí, señala JAKOBS que el funcionalismo está en capacidades actuales de responder con vocación

³⁹ SILVA Sánchez, Jesús María. Obra Citada. Páginas 176 a 182. Del 7.2 al 7.3. Aunque naturalmente pueden hacerse objeciones si la sanción vulnera la dignidad humana, por ejemplo en cuanto al delito de prevaricato que es sancionado en el Código Penal Español con la pena de prohibición de ejercicio del cargo.

⁴⁰ Frente a la fórmula de Silva puede identificarse un argumento sobre el margen de la ponderación entendiendo el grado de no satisfacción del derecho fundamental de defensa (las garantías) con la intensidad de la intervención. La verdadera pregunta sería ¿se trata de un margen estructural o uno epistémico de carácter empírico o cognitivo? Muy probablemente en la diferencia que surja de ambos, se entienda el sentido limitante del plan Político criminal establecido en la Constitución del que se habla en la siguiente nota al pie. ALEXY, Robert. *“Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.”*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Número 28. Página 66.

⁴¹ SILVA Sánchez, Jesús María. Obra Citada. Página 127. La reflexión se realiza sobre la posibilidad de construirse el discurso de lo funcional (inconstitucional) y lo disfuncional (inconstitucional por exceso o defecto) en cuanto al funcionalismo de Jakobs. Es claro que el autor lo acepta en el de Roxin. Es decir, se hace referencia a la comprensión normativa que una sociedad hace de sí y que sorpresivamente es similar a la concepción de Habermas acerca de lo que es constitución como reflejo de modernidad. HABERMAS, Jürgen. *“Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.”*. Editorial Trotta. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2005. Madrid. Páginas 59 y 67.

⁴² ALBRECHT, Peter-Alexis. Obra Citada. Página 474. Asimismo SILVA Sánchez, Jesús María. Obra Citada. Página 122. Numeral 2.

⁴³ Por ejemplo el mismo Prittwitz al estudiar las dinámicas sociales en cuanto al ejercicio de la autoprotección, le reconoce a Jakobs el haber defendido las bondades del concepto de subsidiariedad. PRITTWITZ, Cornelius. Obra Citada. Página 437. Así no más, también piénsese en institutos como la prohibición de regreso en el sentido de las acciones socialmente neutras y el principio de confianza.

autorestrictiva⁴⁴. Sí bien es cierto que muchos de los supuestos en que se mueve el Derecho penal expansivo, particularmente en el riesgo, el medioambiente y la empresa, surgen de la forma como se encuentra configurada la sociedad en roles (configuración que según unos constituye el criterio de legitimidad material del Derecho penal)⁴⁵, de los cuales quedan asignadas expectativas normativas y que ello implica falencias, particularmente en cuanto a determinar qué hace parte del núcleo de identidad normativa de una sociedad, y si merece ser protegido mediante pena; es igualmente cierto que esa falta de capacidad crítica tampoco es ajena a la teoría de protección de bienes jurídicos⁴⁶.

Con fundamento en lo anterior, sostiene el presente texto que sí existe una relación entre el sistema del delito y pena, el modelo de Estado y los límites del poder, relación que en algún momento nació con las revoluciones liberales y su consecuente modelo estatal, y que hace parte ahora de las tradiciones jurídicas que no fueron disueltas ni modificadas, en principio, por el advenimiento del Estado Social de Derecho. Lo anterior es consecuente con una visión de las garantías positivizadas en la Constitución como derechos fundamentales de defensa, y tal como constata ALEXY, la gama de derechos exigibles antes de reducirse, se ha ampliado a la configuración de derechos de protección⁴⁷. Así, quienes pretendan implementar el modelo de expansión del Derecho penal en su dimensión cualitativa, y siendo ella parte de su sustrato ontológico, deben dar respuesta a la legitimidad del ordenamiento y justificar conforme al Estado social de Derecho, la relajación de tales garantías. Es decir, para que permanezca la función racionalizadora que cumplen los principios instituyentes del Derecho penal, como es necesario con cualquier visión estatal dentro del Derecho, la propuesta expansiva aunque no igual en intensidad a las del Derecho penal liberal, sí debe tener una cierta capacidad auto-restrictiva: no puede predicarse en toda situación.

⁴⁴ “...*el funcionalismo jurídico-penal está en perfectas condiciones para distinguir entre normas funcionales y normas intervencionistas.*”. JAKOBS, Gunther en “Norma...” Página 44. Citado por SILVA Sánchez, Jesús María. Obra Citada. Página 122. Numeral 1. Pie de Página 281.

⁴⁵ PIÑA Rochefort, Juan Ignacio. “*Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal.*”. J.M Bosch Editor. Barcelona. 2008. Página 346 y subsiguientes. Recurso electrónico disponible en: <http://ez.urosario.edu.co:2051/lib/urosariosp/docDetail.action?docID=10212492&p00=pi%C3%B1a%20rochafort>

⁴⁶ SILVA Sánchez, Jesús María. Obra Citada. Páginas 121 a 130.

⁴⁷ ALEXY, Robert. Obra Citada. Página 36.

Como ya se ha visto, dentro del proceso expansivo, son usados los elementos teóricos de modernos sistemas del delito como lo son el finalismo y las dos vertientes funcionalistas, incluyendo lo que atañe a sus planteamientos restrictivos.

4. La pertinencia de verificar los planteamientos auto-restrictivos dentro del ámbito de los derechos fundamentales y precisamente, dentro de la libertad de expresión.

Ya se ha afirmado que la lucha en contra de la arbitrariedad es el signo distintivo del Derecho y aunque la ciencia ha sufrido cambios dramáticos, no ha habido ruptura en lo que respecta a tal función. Lo anterior es consecuente con una perspectiva integral descriptiva-normativa de la teoría del Derecho en lo atinente a su construcción y la decisión judicial tal como pretende DWORKIN. En efecto, la construcción del Derecho es similar a una novela escrita en cadena donde el autor del siguiente capítulo debe respetar el marco histórico referido por el autor del capítulo anterior en lo que respecta a la interpretación, dejando un margen de creación únicamente en aquellos espacios que guardando coherencia con la anterior decisión, no han sido establecidos⁴⁸. Ciertamente es que las garantías Político-criminales, de imputación y procesales, en el contexto de los derechos fundamentales hacen parte de la Constitución de los Estados Sociales de Derecho conforme a la noción de derechos de defensa. Así, la reinterpretación de estos derechos y la creación de las categorías conceptuales propias de la dimensión cualitativa del proceso de modernización, exigen que haya cierta coherencia con los logros que las revoluciones liberales y posteriores obtuvieron frente al poder.

Ahora bien, es igualmente claro que los derechos fundamentales han sufrido cambios expansivos en cuanto a sus contenidos materiales y al mismo catálogo de derechos, lo que también ha repercutido en sus reglas de interpretación y ponderación⁴⁹. Es decir, los derechos fundamentales se encuentran en similar estado de modernización que el Derecho penal. Más aún, si como ya se ha señalado, hay argumentos que desde la

⁴⁸ BUTLER, Brian Edgar. "Legal Pragmatism." En "The Internet Encyclopedia of Philosophy." Numeral 1. Recurso electrónico disponible en: <http://www.iep.utm.edu/l/leglprag.htm#H4> 2006.

⁴⁹ ALEXY, Robert. Obra Citada. Página 43 y subsiguientes.

perspectiva de la teoría del delito hacen referencia al programa Político-criminal constitucionalmente demarcado, es de interés académico determinar si estas propuestas se encuentran en equilibrio con la situación de los derechos fundamentales. No más téngase de presente el modelo Estatal de la prevención⁵⁰, ¿puede rebajarse la intensidad de protección de un derecho de defensa en aras de dar satisfacción a un derecho de protección? Parece a juicio del autor que se ha de tratar tales situaciones a partir de cuál principio tiene mayor peso como señalan en su lectura de la Constitución Española ATIENZA y RUÍZ MANERO⁵¹.

No obstante que verificar uno por uno el catálogo de derechos fundamentales y sus respectivos núcleos esenciales, constatando si en cada uno la expansión corresponde a un crecimiento o reducción de su campo de acción, resultaría en la forma más apropiada de abordar la capacidad auto-restrictiva de los sistemas del delito y su respeto a la función limitadora del poder de la cual surge el Derecho; para cuando el análisis terminase, ya se estaría hablando de la post-expansión del *ius puniendi*. De lo anterior se colige que es indispensable limitar la reflexión un derecho a la vez.

Entre los derechos que sintetizan el ideario liberal burgués y que han sufrido cambios drásticos en cuanto a sus contenidos, el derecho a la libertad de expresión tiene preeminencia en razón a los ámbitos en que se desenvuelve: los mismos de la globalización. El ejercicio de la libertad de expresión puede ser Político en cuanto la libertad de expresar desacuerdo hacia el Estado, la forma de gobierno, las leyes y el poder en general; es cultural, al manifestarse en todas las formas comunicativas del ser humano y poder representarlas bien dentro de una percepción de la realidad o una ficticia; o económico por cuanto en ella se mueven intereses y capitales como es en el caso de los medios de comunicación.

Así, por un lado podrá ponerse a prueba la arista Político de la libertad de expresión por cuanto si el Derecho penal ha de escindirse de este tipo de discusiones ideológicas, no

⁵⁰ SILVA Sánchez, Jesús María. Obra Citada. Página 150. Numeral 6.3

⁵¹ ALEXY, Robert. Obra Citada. Página 120.

podría usarse como herramienta represora por parte del poder hacia sus detractores⁵². Por otro lado, la libertad de expresión resulta emblemática en la modernidad en la medida en que ya no sólo hay obras de opinión “incómodas” sino lesivas a bienes jurídicos colectivos (¿difusos?) o que colocan en peligro colateral plausible a bienes jurídicos; la cultura no sólo se alza en contra del poder sino de la sociedad y su identidad normativa. Asimismo, se palpa que sendas críticas se han referido a la libertad de expresión como herramienta que usó la burguesía para excluir la actividad de los grupos editoriales del discurso criminalizador. El debate ha sido tan intenso que incluso un filósofo erróneamente denominado reaccionario o conservador como lo fue GÓMEZ DÁVILA señaló: “*El liberalismo no ha luchado por la libertad sino por la irresponsabilidad de la prensa.*”⁵³.

De lo anteriormente expresado, podría bien relacionarse el ejercicio legítimo de la libertad de expresión con lo que anteriormente se denominaba delito de opinión y que afortunadamente, se encuentra excluido de los ordenamientos penales de los Estados democráticos. No obstante, como someramente se ha descrito, sí existen aspectos limítrofes al delito de opinión sobre los cuales podría dirigirse la atención del legislador penal y en ese sentido serían esos aspectos, la tierra más fértil para medir la capacidad auto-restrictiva de los sistemas del delito en un supuesto escenario expansivo hacia la libertad de expresión. Ahora bien, por último y verdadera razón, se tiene que la libertad de expresión se encuentra dentro de similar jerarquía que la libertad individual con la cual suele sancionarse el Derecho penal, ello implica que los requisitos para limitar el ejercicio de la primera constituyen cuando menos, guardadas las distancias, el mínimo trecho argumentativo que deba recorrer el Derecho penal en aras de legitimarse.

5. Un plan metodológico.

⁵² El anterior argumento constituye la razón fundamental por la cual los delitos de injuria y calumnia, en lo que respecta a los funcionarios públicos deben ser despenalizados por cuanto se alzan como herramientas del poder para congelar el “mercado de las ideas” expuesto por el Juez Holmes, ya que quienes se encuentran en una posición de función pública naturalmente deben estar sujetos a una gama más amplia de críticas. Sobre ello se profundizará posteriormente.

⁵³ GÓMEZ Dávila, Nicolás. “*Escolios a un Texto Implícito: Selección.*”. Villegas Editores. Bogotá 2001. Originalmente Del Tomo II de los Escolios. Página 189.

Así las cosas, el presente texto seguirá el siguiente derrotero: en una primera parte se plasmará un marco teórico tripartita que culminará con el planteamiento de una hipótesis de trabajo y estará conformado por un estudio sobre la expansión: elementos y causas; una aproximación al concepto de libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional colombiana, estadounidense y de los tribunales internacionales; un estudio sobre los planteamientos acerca de la legitimidad en los sistemas teóricos a analizar: finalismo, funcionalismo moderado y radical; en una segunda parte se esbozará un análisis del contenido del delito de opinión en sus dimensiones históricas y actuales; en una tercera parte se profundizará sobre los aspectos limítrofes modernos al delito de opinión; y en una cuarta parte se analizará el resultado de la indagación y a partir de allí, se sostendrá si la postura adoptada es viable conforme al problema aquí planteado. Antes de continuar se hace necesario a juicio del autor, una breve exposición sobre el poder de la expresión.

II. EL PODER DE LA EXPRESIÓN.

1. La naturaleza de la expresión.

La expresión constituye en sí el principio y el fin de cualquier sistema de comunicación. En efecto, se trata de un principio por cuanto sin ella no podría haber comunicación, mas siendo el sentido que de la expresión se entenderá la razón de toda comunicación, se trata también de una finalidad. De allí que la comunicación sea una expresión de sentido mediante algún sistema⁵⁴. Entre los sistemas de comunicación que abarcan el concepto se encuentran el lenguaje, el paralenguaje y la quinésica⁵⁵. Por un lado, el lenguaje se configura por la exteriorización funcional mediante la palabra (oral o escrita) de grafías o sonidos significantes mediante un signo o símbolo de un significado⁵⁶, mientras que el paralenguaje se estructura en la expresión de sentido conforme a características no

⁵⁴ POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. “Cometer Delitos con Palabras: Teoría de los Actos de Habla y Funcionalismo Jurídico-Penal.” Editorial Dykinson. Madrid. 2006. 134 Páginas. Recurso electrónico disponible en: <http://site.ebrary.com/lib/urosariosp/Doc?id=10117267&ppg=2> Página 18.

⁵⁵ POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 19.

⁵⁶ POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Páginas 18 a 21.

verbales de la voz, tal como la interjección –“ajá”⁵⁷, y la quinésica, mediante movimientos corporales comunicativos como el hecho de colocar un billete junto a un mostrador y simplemente tomar la mercancía⁵⁸. En todos ellos, se vislumbra el acto comunicativo como aquel que otorga sentido con el fin de expresar tangibles (cosas) o intangibles (pensamientos, sentimientos, ideas en general). De lo anterior es que haya estudiosos preocupados por el sentido de la comunicación, señalando que el sentido preidiomático es aquel del mundo animal en el cual *“los sentidos de las cosas son, en gran medida, instintivos y los signos de estos sentidos están adheridos a las cosas significadas.”*⁵⁹, mientras que el sentido idiomático se desprende de los varios sentidos que pueden operar de una palabra igual en distintos contextos, de manera que adquiere relevancia la función productiva y no reproductiva que asigna GADAMER a la comprensión⁶⁰. Así, la imputación de un sentido hace que comunicación y comprensión sean nociones sinónimas⁶¹, de donde se colige que para que la expresión cumpla su finalidad deban existir en ella tres elementos sintéticos desarrollados por LUHMANN: la participación, la información y la comprensión de la diferencia entre ambas⁶². De allí, que para la gran mayoría, la comunicación resulte la actividad humana por antonomasia.

2. La realidad representativa de la comunicación.

Lo comunicable versa sobre fenómenos internos y externos a la psique del emisor, donde queda en ella la necesidad de representarlos de forma igualmente comprensiva en el receptor. De allí que sea plausible afirmar, particularmente en el caso del lenguaje, que mediante los sentidos (y el sentido del sentido que otorga el contexto) y los símbolos, se expresen cosas que hacen parte de la realidad⁶³. En la mera representatividad, la comunicación no ha podido superar la brecha entre lo real y lo irreal, lo verdadero y lo falso

⁵⁷ POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 19.

⁵⁸ POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 20.

⁵⁹ BERGSON, citado por URBAN, Wilbur Marshall. *“Lenguaje y Realidad. La Filosofía del lenguaje y los principios del simbolismo.”*. Traducción de Carlos Villegas y Jorge Portilla. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1979. Página 75 y siguientes. A su vez citado por POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Páginas 30 y 31. Pie de Página 34.

⁶⁰ POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Páginas 30 y 31.

⁶¹ POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 37.

⁶² POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 38 y subsiguientes.

⁶³ POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Páginas 28 y 29.

pero como ya se ha establecido, existiendo la posibilidad de varios sentidos, la imputación del sentido dentro de un contexto deja de relieve una peculiaridad más significativa de la comunicación: su capacidad creativa.

3. La creación de una realidad representada mediante la comunicación.

Sobre la capacidad que tiene la comunicación de al ser realizada, fijar nuevos parámetros sobre los cuales puede empezar a ser juzgada la realidad, desde tiempos remotos ya se ha reflexionado en términos del lenguaje. Bien es sabido que SAN JUAN relata la creación de todas las cosas mediante la exteriorización del verbo⁶⁴ y que en el Cratilo de PLATÓN se toca esa perspectiva mediante el problema de los arquetipos y si éstos se encuentran en la palabra⁶⁵. Dentro de la teoría de los actos de habla, la creación mediante la palabra se vería principalmente en la fuerza ilocucionaria⁶⁶ del lenguaje, aunque también es íntegramente predicable de los actos locucionarios⁶⁷ e incluso los actos perlocucionarios⁶⁸. La teoría de la acción comunicativa también se cimienta sobre la actitud creadora que trae consigo la comunicación, íntimamente relacionada con los actos ilocucionarios si como señala HABERMAS, la búsqueda de entendimiento en el lenguaje implica la obligación de: ***“adoptar una actitud realizativa y a comprometerse con determinadas suposiciones.”***⁶⁹.

⁶⁴ SAN JUAN, Evangelio. En *“La Biblia en Internet.”*. Capítulo I (Prólogo) Versículos 1 al 6. Recurso electrónico disponible en: <http://www.biblija.net/biblija.cgi?biblia=biblia&m=Jn+1%2C1-18&id22=1&pos=0&set=13&l=es>

⁶⁵POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 24.

⁶⁶ Entiéndase aquellos actos que se desprenden de expresar algo, como lo sería el acto de amenazar a partir del proferir una amenaza. Así: ***“el acto ilocucionario se lleva a cabo al ejecutar un acto locucionario debido a la fuerza que convencionalmente aparece asociada a la emisión de una locución en determinadas circunstancias o contextos.”***. AUSTIN, John L. *“Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y Acciones.”*. Compilado por J.O. URMSON, traducción de Genaro Carrió y Eduardo A. Rabossi. Editorial Paidós. 5º Reimpresión. Barcelona. 1998. Página 147. Citado por POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 49. Pie de Página 76.

⁶⁷ Entiéndase aquel compuesto de tres elementos que juntos equivalen la expresión del lenguaje a la acción. ***“El acto de expresar, manifestar, pronunciar o decir un enunciado, o sea, el acto que consiste en la emisión de los sonidos o ruidos portadores de un sentido y que integran un vocablo o una expresión lingüística.”***. POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 43.

⁶⁸ Se trata de aquellas acciones sin fuerza ilocucionaria y que Searle identifica mas bien como efectos de la comunicación en los receptores siguiendo a Austin al definirlos como los actos ***“que producimos o logramos porque decimos algo, tales como convencer, persuadir, disuadir....sorprender o confundir.”***. AUSTIN, John L. Obra Citada. Página 153. Citado por POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 50. Pie de Página 78.

⁶⁹ HABERMAS, Jurgen. Obra Citada. Páginas 65 y 66.

Sin necesidad de ahondar en la filosofía del lenguaje, es viable señalar la capacidad de una expresión lingüística para crear realidades a partir del sentido que se le impute mediante el siguiente ejemplo en el cual la realidad representada es la misma. Piénsese en un cadáver y alrededor suyo dos personas. Uno dice: “A ha sido asesinado por B”, mientras que el segundo dice: “A ha sido dado de baja en combate por B.”. El resultado es el mismo para “A” y le es indiferente: está muerto, pero para la sociedad que recibe el contenido del mensaje y le imputa un sentido, entre los cuales se encuentra “B”, no lo es. El primer supuesto hace referencia a la conducta punible de homicidio, y entre otras cosas supone que tanto el agresor como el agredido actuaban en calidad de ciudadanos, mientras que el segundo supuesto haría referencia a un conflicto armado en el cual si ambos hacen parte de las hostilidades sólo con la concurrencia de ciertos elementos podría predicarse una conducta reprochable; es mucha la dependencia respecto al enunciado. En ambos supuestos se trata de hechos institucionales⁷⁰ aunque diametralmente opuestos, de manera que uno sólo será institucionalizado como verdad así no lo sea, dependiendo del sentido que se le asigne a los argumentos sobre refutabilidad o verificabilidad de las hipótesis lingüísticas dentro del proceso, en atención a todos los elementos que otorga el contexto a determinadas aserciones o negaciones⁷¹. Lo que decida un juez en términos del lenguaje sobre cual supuesto es verdadero, se convertirá en la verdad para quienes se hayan convencido de su validez⁷².

⁷⁰ Hechos institucionales son aquellos intercedidos por las instituciones humanas que a diferencia de los hechos brutos no configuran un “conjunto simple de enunciados sobre propiedades físicas o psicológicas de estados de cosas al que sean reducibles los enunciados sobre hechos de este tipo. Una ceremonia de matrimonio, un partido de fútbol, un juicio y una acción legislativa incluyen una variedad de movimientos físicos, estados y sensaciones brutas, pero una especificación de uno de esos eventos, hecha solamente en tales términos, no es suficiente para especificarlo como una ceremonia de matrimonio, un partido de fútbol, un juicio o una acción legislativa. Los eventos físicos y las sensaciones brutas cuentan solamente como partes de tales eventos, dadas otras determinadas condiciones y en contraste con un trasfondo de ciertos géneros de instituciones.”. SEARLE, John. “Actos de habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje.”. Traducción española de Luís M. Valdés Villanueva. 4º Edición. Colección Teorema. Editorial Cátedra. Madrid. 1994. Página 59. Citado por POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 59. Pie de Página 102.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. Obra Citada. Páginas 36 y 37. Nótese aquí la relación entre Derecho, lenguaje y razón, al igual que la relación Derecho, razón, garantismo; y cómo el nuevo entendimiento del lenguaje implica una revalidación de los esquemas para resolver sus tensiones.

⁷² “El enjuiciamiento afirmativo de un pensamiento o el sentido asertórico de una oración enunciativa afirmada pone en juego con la validez del juicio o la validez de la oración un ulterior momento de idealidad.”. HABERMAS, Jürgen. Obra Citada. Página 74. Semejante paralelo puede hacerse igualmente con la negación.

Lo anterior es también aplicable a las formas de comunicación no verbales, la respuesta al hecho que un ser humano levante la mano frente a un carro en señal de detenerlo dependerá del sentido imputado al contexto: si la persona está vestida casual y se trata de un carro amarillo, está celebrando un contrato de transporte con el taxista mientras que si viste uniforme verde lo más probable es que sea un policía y se trate de un retén. Es decir, dependiendo de la forma como se desenvuelve la comunicación, ésta va a producir efectos distintos en el receptor y el emisor.

La función creadora de la realidad se cumple al dotarse de un sentido comprensivo. De allí, que si todo depende del sentido, sea incluso posible considerar correcta la apreciación de POE al manifestar en uno de sus relatos como se dio el nacimiento de una estrella mediante las palabras de un amante⁷³. Aquí ya no se trata pues, de premisas verdaderas o falsas sino de premisas con o sin sentido.

4. Lo esencial de la comunicación: la transmisión de un sentido.

Como se ha podido atisbar, lo que define a la comunicación sobre todas las demás actividades humanas es la atribución de un sentido mediante la razón. Particularmente, el lenguaje puede ser entendido como “*un momento del logos o el logos mismo.*”⁷⁴. Ello no significa que el uso de la razón como parámetro de imputación de un sentido, obligue al sentido del sentido a ser lógico y frío de un tajo, pero sí debe ser racionalmente comprensible. Le bastará pues, con seguir el principio de expresabilidad⁷⁵. Lo esencial es la expresión de ideas.

Si bien lo que se expresa puede ser más o menos racional, su valoración es racional y la consecuencia de su comprensión como actitud creadora en el receptor ya se ha establecido.

⁷³ POE, Edgar Allan. “*El Poder de las Palabras.*”. Recurso electrónico disponible en: <http://www.ababolia.com/lecturas/relatos/relatos-filosoficos/edgar-allan-poe/el-poder-de-las-palabras.htm>

⁷⁴ FERRATER Mora, José en *ID.*, “*Diccionario de Filosofía de bolsillo*”. Compilado por Priscilla COHN. Primera edición, 5º reimpresión. El libro de Bolsillo. Alianza Editorial. Madrid. 1990. Página 451. Citado por POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 15. Pie de Página 7

⁷⁵ POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Obra Citada. Página 56.

Ahora, resta únicamente señalar que entre más racional o irracional sea el contenido del mensaje, dependiendo de su naturaleza, mayor será el efecto persuasivo en los receptores⁷⁶ o su fuerza ilocucionaria. Así, se tiene el poder de la expresión como mecanismo transformador de las realidades sociales y personales, frente a los cuales puede verse desestabilizado el orden imperante. Es decir, frente al *status quo*: sociedad, cultura, poder; la expresión puede erigirse como un mecanismo de oposición o reafirmación, haciendo a cada postura afortunada o peligrosa conforme al contexto del receptor y en últimas, haciendo a la expresión un ámbito tentador para ser regulado mediante el Derecho y particularmente, el Derecho penal. Se trata pues de la noción discursiva según FOUCAULT, que “*traduce luchas o sistemas de dominación.*”⁷⁷. Lo anterior, como es evidente, fue el leitmotiv de las revoluciones liberales para establecer la libertad de expresión como un derecho fundamental de defensa frente al Estado y los demás ciudadanos.

⁷⁶ Acto perlocucionario en términos de SEARLE.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. “*El orden del discurso.*”. Segunda Edición. Tusquets Editores. Barcelona. 1980. Página 12.

PRIMERA PARTE:
TRAS UN MARCO TEÓRICO.

CAPÍTULO PRIMERO:

LA EXPANSIÓN.

I. Método.

Comoquiera que ya se ha establecido la naturaleza dual del fenómeno expansivo, el siguiente acápite de este capítulo estará destinado a ejemplificar ambas aristas mientras que el ulterior a señalar sus causas.

II. Elementos de la expansión del Derecho penal.

Así las cosas, la materia objeto de estudio se ve clasificada como *cuantitativa* o *cualitativa*. No obstante lo anterior, es de señalar que ambos elementos en medida alguna se encuentran separados. Tal como se ya se ha visto en las objeciones de los penalistas de Frankfurt, la dificultad al establecer límites entre la inclusión de nuevos tipos penales y contravencionales frente a nuevas formas de entender los postulados Político-criminales, crea un círculo de efectos y consecuencias extensible hasta las garantías procesales, de imputación y ejecución penal. Es decir, se trata de un fenómeno cuyos elementos internos se encuentran en aparente armonía.

1. La arista cuantitativa del fenómeno.

Ya se ha referenciado en páginas anteriores que hay una tendencia global hacia la inclusión de nuevas conductas como tipos penales, así como tipos contravencionales⁷⁸. También es pertinente acotar que el catálogo cada vez creciente de leyes penales no se limita a la creación de nuevos punibles; resulta preocupante la proliferación de leyes

⁷⁸ Ver notas al pie 1, 2 y 3 del presente texto.

agravatorias de penas y circunstancias de ejecución penal. Aquí se palpa de manifiesto la relación entre la arista ahora desarrollada y la siguiente a estudiar pero igualmente resulta visible que dentro del mismo fenómeno cuantitativo puede hablarse de un sentido estricto referido únicamente a contravenciones y delitos, y uno amplio en el cual ya se visualiza el carácter esencialmente cualitativo de la expansión. Del primer sentido un breve ejemplo ya desarrollado es el crecimiento del catálogo de delitos en el marco del Derecho penal económico y del medio ambiente, mientras que del segundo bien podría ser la ley de los “*crímenes hediondos*” al igual que la legislación excepcional en Brasil⁷⁹.

2. La arista cualitativa del fenómeno.

De los argumentos presentados en los prolegómenos al presente texto queda demostrada la existencia de una concepción distante a los postulados del Derecho penal liberal que se manifiesta tanto en las garantías de imputación en el Derecho penal material⁸⁰, así como en el Derecho procesal penal y de ejecución de penas. A continuación corresponde ejemplificar los alcances del proceso de modernización en cada una de las garantías mas antes de proseguir necesario resulta señalar que no existe un límite claro entre ellas por cuanto su funcionamiento conceptual se da en un nivel sistémico, precisamente, el de un sistema garantista interconectado mediante la Política criminal y que encuentra mayor consenso en la exposición de ROXIN⁸¹ pero que también es aplicable para diversas propuestas. Es decir, hay consenso sobre la conveniencia de la aplicación de principios

⁷⁹ CALLEGARI, André Luís y REINDOLFF DA MOTTA, Cristina. “Estado y Política Criminal: La contaminación del derecho penal ordinario por el derecho penal del enemigo o la tercera velocidad del derecho penal.” En “El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo.”. Libro homenaje al Profesor Gunther Jakobs en su 70 aniversario. Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John, editores. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Páginas 617 y 618.

⁸⁰ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito.”. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Pena et al. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Página 44.

⁸¹ SILVA Sánchez al referirse al modelo de ROXIN señala: “*Su modelo no se define, pues, en términos exclusivamente consecuencialistas de prevención eficaz del delito (criterios de una Política criminal empírica), sino que en su concepto nos hallamos ante una Política criminal valorativa, que integra las garantías formales y materiales del Derecho penal.*”. SILVA Sánchez, Jesús María. “Política Criminal en la Dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites.” en “Política Criminal y nuevo Derecho Penal.”. Libro homenaje a Claus Roxin. J.M Silva Sánchez, editor. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. 1997. Páginas 22 y 23.

Político-criminales “*en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías.*”⁸².

2.1 La modernización en los principios de la Política criminal.

Aunque es reconocible que la modernización ha traído efectos positivos en la aplicación de los postulados Político-criminales, particularmente en lo que respecta al reconocimiento de la víctima y su consideración dentro de las ciencias penales⁸³; también resulta preocupante la relajación de los postulados de defensa, principios rectores del sistema. Y es precisamente en el campo de estudio de la víctima donde bien puede encontrarse un ejemplo de tal relajación al punto que ya en la doctrina proliferan soluciones que anteponen los derechos de la víctima a los del victimario en el sentido de sustituir el *in dubio pro reo* por el *in dubio pro victima*⁸⁴. Tal como se señaló en los prolegómenos, similar coyuntura de relajación se presenta frente a otros principios como el de legalidad o culpabilidad⁸⁵.

2.2 La modernización en las garantías de imputación del Derecho penal material.

Por garantías de imputación no se limita el presente texto a aquellas que permiten la imputación al tipo objetivo sino que de igual forma incluye todas aquellas que conforme a los principios Político-criminales de legalidad, lesividad, culpabilidad y demás, permiten la imputación jurídica de responsabilidad penal. En ese sentido se hace alusión a los elementos estructurales de la teoría del delito. Adecuada para el presente caso resulta la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Derecho penal de la globalización por cuanto implica nuevos problemas conceptuales tanto en la

⁸² SILVA Sánchez, Jesús María. “*Política criminal en la Dogmática y nuevo Derecho penal.* Obra citada. Página 18.

⁸³ QUERALT, Joan J. “*Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación.*” en “*Política criminal y nuevo Derecho Penal.*”. Obra citada. Página 145.

⁸⁴ Al respecto debe señalarse que QUERALT imputa tal responsabilidad científica a BERISTAIN y reconoce que por otro lado hay quienes señalan que los derechos de la víctima no deben perjudicar al presunto culpable. Tal parece ser el caso de LANDROVE mas debe considerarse también que en notas al pie QUERALT pone de relieve la contradicción en que incurre LANDROVE al reconocer la primacía de los derechos de las víctimas sobre los del victimario. QUERALT, Joan J. Obra citada. Página 152.

⁸⁵ Páginas 7 y 8 del presente texto.

tipicidad subjetiva como en la culpabilidad. En efecto, tal como señala SILVA SÁNCHEZ respecto la primera aunque ya hay cierto reconocimiento en la doctrina en cuanto a que las personas naturales dentro de un órgano colegiado toman la decisión en representación de la persona jurídica, no se ha dilucidado qué juicio de imputación es menester realizar en el supuesto en que algunos miembros obren con dolo y otros con culpa⁸⁶, mientras que respecto la última y a pesar que en las diversas legislaciones esté reconocido el error de prohibición, no se ha podido hallar consenso frente al concepto de error en relación con el conocimiento y en lo atinente a su evitabilidad⁸⁷.

2.3 La modernización en las garantías del Derecho procesal penal.

Dentro de las garantías procesales, quizás la que más afectada se ha visto por el proceso expansivo en el marco del llamado Derecho penal del enemigo, ha sido el principio del juez natural. En efecto, la praxis frente al delito de terrorismo ha mostrado inclinación hacia el juzgamiento mediante tribunales militares⁸⁸ que aunque no necesariamente implica violación a los principios de imparcialidad e independencia judicial dentro del marco del juez natural, se trata de un escenario en que frecuentemente se dan y ello implica responsabilidad internacional por un hecho ilícito⁸⁹. De nuevo queda de relieve la intrínseca relación entre todas las garantías aplicables en las distintas materias que conforman y regulan el sistema penal.

2.4 La modernización en las garantías penales y criterios de ejecución penal.

⁸⁶ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Página 108. Ver nota al pie 260.

⁸⁷ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Página 108.

⁸⁸ Ver *Hamdan v. Rumsfeld*. Corte Suprema de Estados Unidos. Supreme Court of The United States. *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. Certiorari to The United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Decided June 29, 2006. No. 05-184*. Recurso electrónico disponible en: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>. Particularmente respecto la opinión mayoritaria que considera que nada impediría al gobierno acudir a tal fórmula siempre y cuando obtenga la debida aprobación legislativa.

⁸⁹ Al respecto me remito a una ponencia presentada ante el Simposio de Estudiantes de la Universidad del Rosario y al Congreso del Colegio de Abogados de la Universidad del Rosario en Santa Marta. Ver páginas 14 a 16. En la actualidad se encuentra disponible como recurso electrónico en la siguiente página: <http://www.forerorodriguez.com/> dentro del link: artículos. El título del texto es: “*Derecho Penal del Enemigo: un análisis de sus límites sistémicos en el derecho internacional público.*”. Asimismo se espera su pronta publicación en la revista Temas Jurídicos.

Comoquiera que ya se ha establecido la creciente tendencia a agravar los ámbitos punitivos corresponde ahora ejemplificar tal tendencia en su nivel de mayor intensidad que se da con ocasión del Derecho penal del enemigo y se caracteriza por el aumento de la sanción penal hasta el punto que hay quienes aceptan la pena de muerte para enemigos bajo el supuesto que persista la peligrosidad⁹⁰, al igual que por las circunstancias que afronta el sujeto durante la ejecución penal entre las cuales puede mencionarse la detención incomunicada y las denominadas técnicas altamente coercitivas de interrogación. En anterior ocasión se señaló que tales circunstancias a pesar de su reiterada práctica⁹¹ aún así constituyen trato cruel, inhumano y degradante conforme al Derecho internacional público⁹². Raya en lo obvio recalcar la relación entre todas las garantías en un modelo sistémico mas ello aunado al hecho que no escape alguna permite concluir que el proceso expansivo es un fenómeno estructurado cuyo alcance a continuación se profundizará al estudiar sus causas.

III. “Sobre algunas causas de la expansión del Derecho penal.”⁹³”.

El fenómeno expansivo obedece a causas sociales, o mejor dicho, concernientes a la realidad social y ello implica la participación de un mundo probado al igual que la percepción del mismo. De allí que sus causas puedan catalogarse como objetivas, subjetivas o mixtas, tal como a continuación se explica.

1. Las causas mixtas.

Dentro del siguiente acápite se estudiarán los llamados *nuevos intereses*, la configuración de una sociedad de sujetos pasivos que se identifica con la víctima, la lucha

⁹⁰ FENG, Jun. “*Pena de muerte. Delincuentes comunes (individuos) y enemigos.*” en “*El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo.*”. Obra citada. Página 70.

⁹¹ Piénsese en Guantánamo.

⁹² Remito al texto de mi autoría referenciado en nota al pie 92. Ver páginas 11 y 12.

⁹³ Aunque el presente estudio se nutre tanto de los textos de Gracia Martín como de los penalistas de Frankfurt, el núcleo esencial del contenido se debe principalmente a la obra del Profesor Jesús María Silva Sánchez. De allí que en sentido de gratitud, se siga el mismo nombre empleado por él para el siguiente acápite. SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Página 11.

por el discurso y aquello que conforme a SILVA SÁNCHEZ constituye un factor colateral, el *gerencialismo*. Aunque es cierto que a grosso modo el gerencialismo constituye un catalizador de todo el fenómeno en su arista cualitativa por cuanto es proclive a la privatización de las instancias policiales y de ejecución penal, así como a la desacralización de los procedimientos judiciales tornándolos en menos informales⁹⁴; resulta necesario señalar que este discurso surge de la confluencia de causas objetivas y subjetivas de la expansión.

1.1 Los llamados *nuevos intereses*.

El presente caso a juicio del autor bien podría también ser síntesis causal del fenómeno expansivo al consistir en la “*aparición de nuevos bienes jurídicos –de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes-...*”⁹⁵. Lo anterior se señala por cuanto la aparición de nuevos intereses o bienes jurídicos surge de nuevas realidades sociales, como bien pueden ser las instituciones económicas, mientras que en el caso del medio ambiente o del patrimonio histórico o artístico, se trata de bienes que antes fueron abundantes y ahora escasos, o de la percepción sobre el valor que tienen otros bienes al afrontar cambios sociales y culturales respectivamente⁹⁶. De relieve quedan ambas tipologías causales de forma que posteriormente se verá que quienes abogan por la expansión aunque también perteneciendo a otras causas, principalmente fundamentan su propuesta en los *nuevos intereses*.

1.2 El gerencialismo.

Comoquiera que en parte ya se han señalado las propuestas del modelo gerencialista, a continuación se procede a reseñar su principal directriz; la “*gestión eficiente en cuestiones de seguridad*”⁹⁷, que se ve menoscabada por el formalismo de las instancias judiciales, formalismo que según SILVA SÁNCHEZ corresponde al diálogo imparcial de la

⁹⁴ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal*.”. Obra citada. Páginas 77 y 78.

⁹⁵ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal*.”. Obra citada. Página 11.

⁹⁶ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal*.”. Obra citada. Páginas 11 y 12.

⁹⁷ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal*.”. Obra citada. Página 75.

democracia en el proceso penal de forma que en sí hace parte de la función comunicativa del Derecho penal⁹⁸. En aras de hacer supuestamente más eficiente la administración de justicia, proliferan las formas de *negociación, mediación, sobreseimiento condicionado*, entre otras que junto con la privatización de las instancias carcelarias y policiales parecen surgir de la misma premisa: si el estado es incapaz de gestionar eficientemente la administración de justicia, debería hacerlo un particular, más aún si se considera el retroceso del sector penitenciario⁹⁹, así como la escasez de recursos de manera que a veces las condiciones de vida resultan indignas para los reos¹⁰⁰. De la anterior aserción es que se vislumbra la naturaleza conjunta del gerencialismo por cuanto hay quienes lo abocan alegando su rigidez mientras también hay quienes lo hacen por su laxitud, de manera que en lo atinente a recursos, tratamiento y formalidades de juicio frecuentemente hay obstáculos objetivos, mas su valoración como obstáculo puede corresponder a una u otra percepción¹⁰¹, llegado incluso el caso en que ni exista como tal. Sin desestimar las importantes contribuciones de la criminología, suscribe el presente texto la misma tesis que el catedrático de Pompeu Fabra en el sentido anteriormente expresada, mas aclarando que la defensa de la forma debe hacerse sólo en aquellos casos en que su deformación afecte el contenido esencial del Derecho, pues en aquellos casos en que resulte un obstáculo sin menoscabar al individuo como sujeto de Derecho, necesaria sí resultaría la revisión de tal instituto. Evidentemente, la línea a trazar es apenas visible sin un estudio profundo del caso concreto.

1.3 La sociedad de sujetos pasivos y la identificación con la víctima del delito.

El modelo de la sociedad postindustrial ha conllevado a la configuración de una ciudadanía pasiva, entiéndase consumidora en términos generales, y ya en clases específicas, pensionista, destinatario de prestaciones públicas, en fin: beneficiarios de riqueza y no creadores de ella¹⁰²; pasividad que ha contrapuesto los valores de la sociedad industrial referentes al riesgo permitido en la exploración y al desarrollo, a un modelo que

⁹⁸ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Páginas 79 y 80.

⁹⁹ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Páginas 75 a 78.

¹⁰⁰ URBANO Martínez, José Joaquín. Obra citada. Página 135.

¹⁰¹ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Página 77.

¹⁰² SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Página 33.

se manifiesta “*orientado a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada.*”¹⁰³, aunado por el comportamiento colectivo de la sociedad contemporánea que pretende eliminar los casos fortuitos e imputar responsabilidad a otro, fenómeno que según SILVA SÁNCHEZ conlleva a la despersonalización y a-moralización en la imputación¹⁰⁴. En este sentido queda manifiesto que el presente modelo de sociedad, lejos de identificarse con el reo y los vejámenes que pueda sufrir durante el proceso penal, toma la postura de la víctima y a menudo desemboca en la aplicación de pautas gerencialistas, se pase a considerar la analogía *in malam partem* en vez de su antónima, y se abra el debate de la lucha por el discurso criminal¹⁰⁵.

1.4 La lucha por el discurso.

Dentro del siguiente acápite se encuentra tanto la consigna modernizadora de GRACIA MARTÍN por tipificar las manifestaciones criminales de los poderosos, así como lo que SILVA SÁNCHEZ desarrolla bajo tres causas: el descrédito de otras instancias de protección, los gestores atípicos de la moral y la actitud de la política socialdemócrata en Europa; fenómeno último que ALBRECHT denomina intervención populista en las leyes penales y que en cierta forma es posible asimilar a una función simbólica del Derecho penal. A continuación se procede a dar una definición de discurso y se referenciará con las demás tipologías mencionadas.

1.4.1 El discurso.

Ya ha sostenido el presente texto apoyándose en FOUCAULT, la capacidad del discurso por implementar o enfrentarse a sistemas de dominación. Ahora, resulta preciso señalar que para el pensador francés, el discurso no se limita a tan vital función, sino que por el contrario constituye “*aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel*

¹⁰³ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Páginas 35-37. GUNTHER, Klaus. Obra Citada. Página 503.

¹⁰⁴ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Páginas 41 y 42.

¹⁰⁵ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Páginas 51 a 55

poder del que quiere uno adueñarse.”¹⁰⁶. Es decir, por discurso se alude a un programa que pretende proyectarse en el poder, siendo en el presente caso mediante la legislación penal y que en sí mismo radica su búsqueda. Detentar un discurso equivale a detentar el poder que mueve éste. Así nótese como tradicionalmente partidos de derecha han pretendido apropiarse de los postulados de la ética y la familia mientras que los de izquierda se catalogan abanderados de las luchas sociales. Aunque imposible resulta negar que ello frecuentemente sea así, lo que se quiere resaltar es la lucha por la apropiación del discurso casi que exigiendo exclusividad en su uso. Tal cómo se verá a continuación, el Derecho penal ha resultado un campo de batalla en esta lucha.

1.4.2 La criminalidad de los poderosos.

Dando aplicación a la noción anteriormente expuesta, GRACIA MARTÍN identifica las instituciones jurídicas como discurso y respecto las instituciones del Derecho penal liberal hace un señalamiento de cumplir una función descriminalizadora de ciertos comportamientos, veto que en la modernidad enfrenta la lucha por el discurso con quienes sostienen la tipificación de los mismos¹⁰⁷, particularmente en los ámbitos corporativo y empresarial¹⁰⁸. La anterior postura de modernización ya ha sido expuesta con mayor detalle en los prolegómenos al presente texto y bien cómo se ha visto, su fundamentación como discurso, es decir, como instrumento perceptivo, acarrea que la tipología sea fundamentada también mediante los nuevos intereses.

1.4.3 El descrédito de otras instancias de protección.

Las condiciones de pasividad social postindustrial devienen en el deslinde de fronteras anteriormente colocadas por preceptos morales o éticos, y que a la postre se recurra al Derecho penal como instrumento de *“pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización”*¹⁰⁹, puesto que es común la desconfianza en los instrumentos

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel. Obra citada. Página 12.

¹⁰⁷ GRACIA Martín, Luís. Obra citada. Páginas 145 y 165 a 167.

¹⁰⁸ SILVA Sánchez, Jesús María. *“La expansión del Derecho penal.”*. Obra citada. Página 53.

¹⁰⁹ SILVA Sánchez, Jesús María. *“La expansión del Derecho penal.”*. Obra citada. Página 63

empleados por las Administraciones Públicas y el Derecho Administrativo, así como resulta inconveniente la aplicación de la responsabilidad civil dada su pérdida de contenido valorativo al abandonar la noción de culpa y resultar netamente objetiva, contenido que precisamente es lo que la sociedad carece y pretende subsanar¹¹⁰.

1.4.4 Los gestores atípicos de la moral.

Pues bien, evidenciado el resquebrajamiento de las instancias de protección, particularmente la moral general o social, y ante la imposibilidad de imponer postulados comunes dentro de la conciencia colectiva, han surgido grupos identificados con ciertas premisas y cuya pretensión fundamental trata en los términos ya expuestos de avocar la lucha por el discurso criminal. En ese orden de ideas se pueden ubicar grupos feministas, ecologistas, antidiscriminatorios, y organizaciones no gubernamentales, cuyos intereses pretenden hacer valer mediante la tipificación de conductas contrarias a los mismos¹¹¹.

1.4.5 La actitud de la Política socialdemócrata en Europa.

Contrario a remembranzas históricas en que las tesis de incremento punitivo eran sostenidas por partidos de “derechas” y aquellas de despenalización eran llevado por el ideario izquierdista, los partidos socialdemócratas han optado por incluir el discurso de la criminalidad en sus programas al manifestarse también de mano dura contra el crimen, así como prestos a incluir sus valores o bienes jurídicos dentro de aquellos que merecen tutela penal, idea frecuentemente relacionado con los acápites anteriores en casos como resultan los derechos de los trabajadores, mujeres, medioambientales y antidiscriminatorios entre otros. El común elemento a todo radica en la protección de ciertos sectores desposeídos frente a los poderosos¹¹². Ante el señalamiento de SILVA SÁNCHEZ, y sobre el cual ya se ha tomado postura, respecto a la relajación de garantías con fundamento en la lucha de clases¹¹³, GRACIA MARTÍN opta por catalogar a tal tesis como discurso de resistencia o

¹¹⁰ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal*.”. Obra citada. Páginas 61 a 63.

¹¹¹ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal*.”. Obra citada. Páginas 64 a 68.

¹¹² SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal*.”. Obra citada. Páginas 69 a 71.

¹¹³ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal*.”. Obra citada. Páginas 72 a 74.

reaccionario a la modernización, denominación que también achaca a los penalistas de Frankfurt¹¹⁴.

1.4.6 La intervención populista en el Derecho penal.

En efecto, la anterior denominación obedece a que la crítica ha visto en la intervención penal por parte del legislador una función simbólica ajena a las garantías y postulados liberales del Derecho penal, de forma ilegítima según ALBRECHT¹¹⁵, cuya tesis central ya se enunció en los prolegómenos al presente texto, mas cierto resulta señalar que aunque GRACIA MARTÍN fundamenta incluso en la misma crítica la necesidad de aceptar en principio ciertos efectos simbólicos inherentes a la norma y que esta repercute de forma negativa cuando lo simbólico resulta su único cometido o cuando predomina en los instrumentos empleados, situación que la crítica adscribe al corpus del Derecho penal moderno y éste como abanderado de la modernización rechaza¹¹⁶. Como al presente acápite le corresponde brevemente el desarrollo de las causas que configuran el fenómeno expansivo, se procederá a reseñar lo que se denomina pues la función simbólica negativa del Derecho penal, función que se resume en la utilización del ordenamiento punitivo con una sola finalidad: *“la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.”*¹¹⁷. De lo anterior resulta epítome la anécdota narrada por CHOMSKY y referida por URBANO MARTÍNEZ que a continuación se transcribe:

“¿Cuál es la conexión entre una artista iraquí llamada Layla al-Attar y Rickey Ray Rector, un hombre de color ejecutado en 1992 por asesinato en Arkansas? La respuesta, señaló Glass, es que Bill Clinton necesitaba mejorar sus índices de popularidad y, en un caso lo hizo enviando misiles a Bagdad y, en el otro, volviendo a Arkansas en plena

¹¹⁴ GRACIA Martín, Luís. Obra citada. Página 157.

¹¹⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis. “El Derecho Penal en la Intervención Política Populista”. En “La insostenible situación del Derecho Penal.”. Obra Citada. Páginas 472 a 475.

¹¹⁶ GRACIA Martín, Luís. Obra citada. Páginas 146 a 155. Particularmente la cita al pie de HASSEMER en la página 147, número 285.

¹¹⁷ SILVA Sánchez, Jesús María. “Aproximación al Derecho penal contemporáneo.”. J.M Bosch Editor. Barcelona. 1992. Página 305.

*campana presidencial para supervisar la ejecución de un prisionero deficiente mental, demostrando así –que un demócrata puede ser inflexible ante el crimen-.”*¹¹⁸

Señalado lo anterior, y en consideración a que todo análisis sobre las causas en sí deviene en un análisis sobre la legitimidad, hipótesis que se estudiará tal cómo se ha explicado en el plan metodológico y por tanto, se prosigue al desarrollo del presente marco teórico en lo atinente a las causas objetivas del proceso expansivo del Derecho penal una vez queda claro que tanto posturas favorables como desfavorables, siendo estas últimas por el discurso en sí o por cómo es utilizado, comparten el quehacer legislativo en la lucha por la apropiación del discurso de la criminalidad.

2. Las causas objetivas.

Por causas objetivas entiende el presente texto aquellas que fácticamente se encuentran representadas y de cuya prueba hay consenso, pues no se trata de un fenómeno dispuesto a disímiles percepciones individuales o colectivas. En efecto, el presente acápite versa sobre la aparición de nuevos riesgos así como la institucionalización de la inseguridad. Así.

2.1 La aparición de nuevos riesgos.

El advenimiento de la sociedad postindustrial ha sido caracterizado ya de forma familiar en la doctrina como una sociedad de riesgos por ULRICH BECK en la cual los ciudadanos pueden verse afectados por decisiones humanas procedentes de procesos técnicos aplicables a diferentes campos como la genética, biología, comunicaciones que frente al delito imprudente recibe relevancia la noción de “falla técnica”, noción que como puede verse enfrenta dos realidades sociales pues la configuración de una sociedad de sujetos pasivos incita a la oposición a tal planteamiento; ahora bien ello también implica nuevas modalidades de proceder del delito doloso dentro de las cuales pueden resaltarse la

¹¹⁸ CHOMSKY, Noam. “*El nuevo orden mundial (y el viejo)*”. Segunda Edición. Editorial Crítica. Barcelona. 1999. Página 32. Citado por URBANO Martínez, José Joaquín. Obra citada. Página 144.

ciberdelincuencia y la criminalidad organizada internacionalmente¹¹⁹. Objetivamente parece pues que la sociedad requiere de nuevos instrumentos de protección jurídico penal.

2.2 La institucionalización de la inseguridad.

Para SILVA SÁNCHEZ, el modelo social presente además de conllevar riesgos, se ve caracterizado por ciertos elementos que lo configuran en una sociedad objetivamente insegura, entre tales se encuentra la existencia de riesgos no sólo en la generación de productos y servicios mediante el progreso técnico sino que también su distribución, así como la dependencia a otros que origina la interrelación en las esferas de organización individual, y que al comportar la realización de conductas positivas de aseguramiento implica el creciente recurso a los delitos de comisión por omisión; de igual forma resulta característica la crisis del modelo de bienestar y por ende la generación de clases marginadas que devienen en criminalidad callejera, criminalidad que resulta masiva y obliga a la identificación del “otro” como una fuente de riesgo¹²⁰.

Expresado lo anterior corresponde el análisis de la única causa considerada puramente objetiva por el presente texto.

3. La única causa subjetiva o la sensación social de inseguridad.

La presente causa que a continuación se expone, a saber, la sensación social de inseguridad se ve clasificada dentro del presente acápite y alejada de la sociedad de sujetos pasivos y la identificación con la víctima del delito, pues en su percepción ella excede a todas luces la realidad que dice valorar. En efecto, tal como señala SILVA SÁNCHEZ, existe en la sociedad incertidumbre sobre en cuáles aspectos debe confiarse y cuáles no, incertidumbre debida principalmente a la sobreenformación sin criterios valorativos, a la desorientación personal en las relaciones emocionales y familiares ocasionada por parte del modelo económico, así como por la individualidad en masa frente a la experiencia del mal

¹¹⁹ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Páginas 14 a 15.

¹²⁰ SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal.*”. Obra citada. Páginas 15 a 19.

como fenómeno cultural; coyunturas pues que obligan a fijar la atención frecuentemente sobre aquellos riesgos que pasen de reales y posibles hasta altamente improbables, y no en aquellos ya superados como las numerosas manifestaciones de la naturaleza, de forma que sea posible afirmar que ***“la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de las mismas.”***¹²¹.

Ahora bien, una vez delineado el marco teórico del proceso expansivo que enfrenta el Derecho penal, corresponde proseguir al siguiente capítulo y dar noticia del desarrollo jurisprudencial que ha tenido la libertad de expresión.

¹²¹ Cita perteneciente a HERZOG, utilizada por SILVA Sánchez, Jesús María. *“La expansión del Derecho penal.”*. Obra citada. Páginas 26 y 27. Lo anterior corresponde a las páginas 20 a 27.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

I. Método.

El presente capítulo tiene por objetivo esbozar un concepto de libertad de expresión a través de las decisiones judiciales significativas de los distintos sistemas jurídicos. Con ello en mente, se destinará un acápite a la jurisprudencia colombiana, el siguiente a la jurisprudencia estadounidense y los ulteriores a la jurisprudencia interamericana y europea.

II. La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Para fortuna del operador jurídico nacional, existe en la reciente jurisprudencia nacional un fallo que recorre toda una línea sobre lo que ha sido el concepto de libertad de expresión para el tribunal constitucional. Se trata de la Sentencia T-391 de 2007, mejor conocida como el caso “La Mega”¹²². A continuación se hará una breve reseña sobre las especificidades del caso para luego proseguir con el estudio de los diferentes elementos, prerrogativas y cargas que implica el ejercicio del derecho fundamental.

1. “El Mañanero”.

El título anterior corresponde a un programa matutino radial que se vio demandado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante acción popular por vulneración a la moralidad pública, las buenas costumbres, los valores, entre otros por cuanto en el mismo se emitían comentarios sexualmente explícitos y que ante ello se encontraba expuesta la audiencia que por el horario también podía estar comprendida la población infantil. El

¹²² Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Tribunal amparó la pretensión incoada entre las cuales se encontraba la intervención del Ministerio de Comunicaciones, y de igual forma obró el Consejo de Estado. En ese sentido interpuso se acción de tutela que en principio no fue admitida mas llegó en revisión a la Corte Constitucional¹²³. La Sala de Revisión determinó que tanto el Tribunal, como el Ministerio y el Consejo de Estado habían obrado mediante vías de hecho al haber vulnerado el derecho consagrado en el artículo 20 de la Carta Política, ya que el discurso sexualmente explícito hace parte de la libertad de expresión *stricto sensu* y goza de especial protección constitucional, así como no se cumplieron las cargas impuestas a la administración en orden de desvirtuar las presunciones que cobijan las expresiones, ni mucho menos se cumplieron los requisitos para imponer tal limitación¹²⁴. Los anteriores conceptos, por ser precisamente los elementos que conforman la *ratio decidendi* de la Sentencia, se estudiarán de forma sistémica por cuanto fundamentan, definen y delimitan la libertad de expresión.

2. El derecho a la libertad de expresión en sentido genérico o los llamados elementos normativos diferenciables del artículo 20 de la Constitución.

Siguiendo su línea jurisprudencial, particularmente las Sentencias C-010 de 2000, SU-1723 de 2000 y C-650 de 2003, la Corte señala que el artículo 20 de la Constitución desarrolla un *“sistema de derechos y libertades fundamentales que usualmente se protegen en forma conjunta, y que cubren las diferentes etapas del proceso de expresión y comunicación del ser humano actual.”*¹²⁵. En virtud de lo anterior se tiene que a pesar de la complejidad del sistema es posible diferenciar sus elementos constitutivos dada su autonomía, ello sin perjuicio de su frecuente interrelación. Así las cosas, pueden señalarse consagradas dentro del texto constitucional siete libertades fundamentales y cuatro prohibiciones frente a su ejercicio una vez interpretado el texto constitucional conforme los tratados internacionales de derechos humanos que obligan al Estado. Entre estos bien cabe mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de

¹²³ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 3 a 5.

¹²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 87 a 90.

¹²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 161. Acápite IV.2.

Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial¹²⁶. Antes de proceder con el estudio de los mencionados elementos, es necesario desarrollar el fundamento constitucional de la libertad de expresión y en ese sentido establecer los mecanismos de su especial protección.

2.1 Fundamentos de la libertad de expresión.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional se han preocupado por dotar de legitimidad el sistema de derechos protegido por la libertad de expresión en sentido amplio, tales consideraciones han sido identificadas por la Corte Constitucional de la forma que se estudia a continuación y cuya síntesis se expresa al considerar la expresión libre como *“la condición indispensable de casi todas las demás formas de libertad.”*¹²⁷.

2.1.1 Consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad.

De conformidad con los postulados de JOHN STUART MILL, la Corte Constitucional ha aceptado el valor de la discusión abierta en pos de descubrir la verdad. Lo anterior implica que el mantenimiento de una verdad estatal que desconozca y recrimine otras versiones resulta intolerable por cuanto margina de la construcción del conocimiento al individuo¹²⁸. Sólo mediante el discurso libre pueden corregirse, corroborarse, complementarse o superarse las versiones que se tengan de la realidad pero dado que hay “verdades” que se aposentan en la colectividad como opinión dominante e inquebrantable,

¹²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 162 a 163. Acápites IV-2.

¹²⁷ Desde ya queda establecida una relación entre la jurisprudencia nacional y estadounidense al ser este argumento expuesto por el Juez Cardozo de la Corte Suprema de Justicia de ese país en el caso *Polko v. Connecticut*. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 164. Acápites IV-2.

¹²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 165. Acápites IV-2.

concluye la Corporación que esta función sólo puede cumplirse en condiciones equilibradas de versiones antagónicas de la realidad¹²⁹.

2.1.2 Razones concernientes al funcionamiento de las democracias.

La democracia se encuentra esencialmente ligada al flujo y libre intercambio de ideas, opiniones e informaciones, pues estos permiten, facilitan e incrementan tanto la representación como la participación en los asuntos de gobierno¹³⁰. Lo anterior implica que la libertad de expresión tenga un orden preponderante dentro de las constituciones modernas por cuanto esta función genérica se concreta en numerosas formas. Por un lado, el debate mejora la calidad de las políticas públicas al incluir las necesidades y opiniones de todos los sectores de la sociedad, así como impide mediante la crítica que permanezcan posturas ilegítimas, lo cual se acrecienta mediante sólidos sistemas de libre información y comunicación, de manera que así pueda ejercerse el control público de la ciudadanía frente a los abusos del poder¹³¹. Asimismo, se señala que la libertad de expresión al erigirse como válvula de escape del pensamiento disidente constituye un elemento de promoción de estabilidad sociopolítica, estabilidad que se extiende a la protección del discurso minoritario frente a las fuerzas. Ello permite concluir que la libertad de expresión es un prerequisite para ejercer el derecho al sufragio y que promovida permite el nacimiento de un electorado informado, lo cual hace efectivos los principios de autogobierno, responsabilidad e igualdad política¹³². De todo lo anterior puede concluirse que la libertad de expresión erige al individuo como sujeto político y en ese sentido profundiza la

¹²⁹ Sentencia C.650 de 2000. Citada por la Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 166. Acápite IV-2.

¹³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 167. Acápite IV-2.

¹³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 167. Acápite IV-2. Identificados como (i), (ii) y (iii).

¹³² Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 168. Acápite IV-2. Identificados como (iv), (v), (vi), (vii), (viii) y (ix). Nuevamente, nótese frente a la promoción de la estabilidad sociopolítica que se recurra al caso *Whitney v. California* de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Vale señalar que la Corte Constitucional también invoca decisiones judiciales de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos, así como pronunciamientos de sus respectivas Comisiones.

democracia¹³³; se trata de una de las piedras angulares de todo sistema constitucional que siga tal denominación.

2.1.3 Consideraciones sobre la dignidad humana.

No obstante la importancia del anterior argumento, debe decirse que este deja por fuera de su justificación todas aquellas expresiones que no versan sobre asuntos políticos. Por ello también ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia T-213 de 2004 que tanto la expresión de ideas como su información constituyen hitos indispensables para “*la definición y desarrollo social de los distintos proyectos de realización individual.*”¹³⁴. Lo anterior es completamente armónico con una perspectiva sobre la necesidad de proteger a la libertad de expresión como fin en sí mismo, por cuanto exterioriza lo que se entiende por un ser humano digno¹³⁵, tal como señaló el tribunal constitucional en Sentencia C-650 de 2003. Ello implica la proclividad de las sociedades pluralistas y participativas fundadas en la autonomía y dignidad de la persona a mantener abiertos y lo más irrestricto posible, los canales de comunicación.

2.1.4 Respecto al patrimonio cultural y científico de la sociedad.

La libertad de expresión impulsa el progreso social, así como preserva y mejora en sus manifestaciones el patrimonio cultural de una nación¹³⁶. En virtud de lo anterior, se entiende a la libertad de expresión como un gestor catalítico de las ciencias y las artes.

2.1.5 Reflexiones históricas y prácticas.

¹³³ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 169. Acápites IV-2. Identificados como (x) y (xi).

¹³⁴ Sentencia T-213 de 2004. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 173. Acápites IV-2.

¹³⁵ Sentencia C-650 de 2003. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 173. Acápites IV-2. Nótese que nuevamente se recurre a la jurisprudencia internacional y comparada.

¹³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 174. Acápites IV-2.

A través del derrotero histórico, limitaciones y sanciones a las formas de expresión del ser humano han demostrado que éstas son proclives a causar mayor perjuicio a la sociedad que ningún otro tipo de regulación. No más es de recordar las condenas eclesiásticas, los procesos penales por difamación sediciosa o desacato contra los críticos de los gobiernos, la censura por inmoral que se le hizo a grandes obras del arte o el pensamiento; todo esto permite fundamentar en el pasado un sólido argumento a favor de la protección especial de la libertad de expresión.

2.1.6 Una visión holística.

La jurisprudencia constitucional colombiana, entendiendo la interrelación de todos estos argumentos con el modelo democrático del Estado Social de Derecho, ha optado por una aplicación simultánea de los mismos por cuanto sólo de esa forma podría evitarse la protección de un medio de expresión a expensas de otro¹³⁷. Las consideraciones anteriores justifican el especial nivel de protección que goza la libertad de expresión, protección que se concreta en ciertos efectos jurídicos (presunciones y cargas). No obstante lo anterior, una vez estudiados los efectos y las libertades fundamentales con sus respectivos ámbitos de protección, se verá con posterioridad que existen escenarios en que la presunción queda desvirtuada por consenso internacional, así como escenarios en los que conforme a ciertas exigencias constitucionales se justifica la limitación a su ejercicio.

2.2 Efectos jurídicos de la fundamentación.

Comoquiera que ya se ha señalado que en virtud de las consideraciones anteriormente expresadas surge un entramado jurídico específico para el derecho sujeto a estudio, se procederá a abordarlo de forma sistemática.

2.2.1 La presunción constitucional a favor de la libertad de expresión.

¹³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 175. Acápite IV-2.

Existe una presunción constitucional de hecho a favor de la libertad de expresión que se materializa en tres supuestos. Queda de relieve la posibilidad de desvirtuar todas sea por las situaciones identificadas por el consenso internacional o porque se satisfacen las cargas que surgen de estas presunciones.

2.2.2 Presunción de cobertura por el ámbito de protección.

Toda expresión se encuentra en principio protegida por el ámbito de protección del artículo 20 de la Constitución salvo que de forma concreta y convincente se justifique la limitación¹³⁸.

2.2.3 Presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos.

Siguiendo la línea trazada por las Sentencias T-80 de 1993, T-602 de 1995 y SU-1723 de 2000, la Corte Constitucional reitera general primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos en caso de conflicto, como por ejemplo ocurre con la honra y buen nombre a menos que se demuestre una intención dañina o negligencia en la presentación de hechos falsos, parciales o inexactos¹³⁹. En todo caso, se dispone que toda limitación deba estar antecedida por una ponderación¹⁴⁰, en la cual salvo casos excepcionales como los derechos de los niños¹⁴¹, resulta privilegiada la libertad de expresión.

2.2.4 Presunción de inconstitucionalidad sobre limitaciones a la libertad de expresión.

¹³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 177. Acápites IV-3.

¹³⁹ Sentencias T-80 de 1993 y T-602 de 1995. Citadas por Corte Constitucional. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 177. Nota al pie 83. Acápites IV-3.

¹⁴⁰ Sentencia SU-1723 de 2000. Citada por Corte Constitucional. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 177. Acápites IV-3

¹⁴¹ En caso de conflicto con los derechos de los niños se dará aplicación al artículo 44 de la Constitución que dispone su primacía sobre los derechos de los demás. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 178. Acápites IV-3

Dado que se protege tan celosamente la libertad de expresión, toda limitación por cualquier autoridad se sospecha inconstitucional por cuanto “*ningún funcionario estatal está en posición de determinar qué es ortodoxo o aceptable en los campos de la política, la religión, la moral, las artes u otros temas de opinión.*”¹⁴². En virtud de lo anterior, es necesario someter toda medida limitante a una estricta revisión constitucional con elevadas cargas que se ven reforzadas dependiendo de la naturaleza de la expresión o el tipo de regulación a la que está sujeta o sobre ella se desea implementar.

2.2.5 La presunción imbatible de prohibición de censura.

Como bien se ha señalado, las presunciones ya estudiadas pueden ser desvirtuadas mas debe señalarse que entre las disposiciones constitucionales existe una prohibición tajante y absoluta a la censura previa de manera que cualquier regulación o decisión estatal que dentro de ella se manifieste resulta *ipso jure* en violatoria del ámbito de protección del derecho¹⁴³.

2.2.6 Cargas impuestas por estas presunciones a las autoridades que pretendan limitar la libertad de expresión.

Todas las consideraciones anteriores obligan a que las autoridades cumplan puntualmente con las siguientes cargas de forma que puedan desvirtuarse las presunciones que obran a favor de la libertad de expresión. Se trata de cargas especiales corroboradas a la hora de realizar la revisión constitucional de la limitación¹⁴⁴.

2.2.6.1 Carga definitoria.

¹⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 178. Nota al pie 85. Acápites IV-3

¹⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 179. Acápites IV-3

¹⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 179. Acápites IV-3

La autoridad se encuentra en la necesidad de invocar clara y precisamente el fundamento legal taxativo sobre el cual fundamenta y define la finalidad justificante de la medida restrictiva. Lo que pretende evitar la presente carga es la arbitrariedad y el subjetivismo, es decir, las restricciones vagas y abstractas. En virtud de lo anterior es que se caracteriza a esta carga como antiintuitiva¹⁴⁵.

2.2.6.2 Carga argumentativa.

Necesariamente debe demostrarse sin margen de duda mediante argumentos provenientes de la autoridad que se han desvirtuado las presunciones constitucionales y que se han cumplido todos los requisitos exigidos para que la limitación sea conforme al texto constitucional¹⁴⁶.

2.2.6.3 Carga probatoria.

Dado que toda decisión debe ser argumentada, naturalmente se buscara sustento en elementos fácticos, científicos o técnicos. Compete de igual forma a la administración demostrar que tales elementos ostentan suficientes evidencias como para dar fe de su veracidad¹⁴⁷. Señalados los niveles de especial protección que ostenta el derecho a la libertad de expresión, corresponde a continuación estudiar las siete libertades fundamentales que se ven consagradas en el artículo 20 de la Constitución para luego estudiar las prohibiciones que se encuentran en el mismo, y posteriormente, abordar en cada una de sus variantes el estricto control de constitucional al cual se somete cualquier regulación.

2.3 Las siete libertades fundamentales de la expresión.

¹⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 179. Acápite IV-3

¹⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 179. Acápite IV-3

¹⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 179. Acápite IV-3

Al respecto debe señalarse que la Constitución establece: i) la libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, ii) la libertad de buscar o investigar información sobre hechos, opiniones o ideas, así como, iii) la libertad de informar y iv) el derecho a recibir información imparcial y veraz de los hechos, v) la libertad de fundar medios de comunicación, vi) la libertad de prensa y vii) el derecho a la rectificación en condiciones de equidad¹⁴⁸. De entrada se vislumbra que las tres libertades referentes a la información son asimilables al concepto genérico del derecho a la libertad de información, y similar ocurre con el derecho a la rectificación en condiciones de equidad por tratarse de una solución al conflicto entre este derecho y el de terceros, de manera que en el presente texto se trabajará con esas cuatro tipologías que a continuación se estudian¹⁴⁹.

2.3.1 El llamado derecho fundamental a la libertad de expresión *stricto sensu*.

Acorde con la Sentencia SU 1723 de 2000, esta libertad consiste en “*la facultad que tienen las todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas sin temor a ser constreñidos por ello en manera alguna.*”¹⁵⁰. Esta protección se interpreta no sólo en cuanto al contenido de la expresión sino al tono o medio usado. De igual forma, resulta necesario señalar que se trata de un derecho de doble vía, o bidimensional, por cuanto se proyecta de forma individual en la facultad de expresar y de forma colectiva en el derecho a recibir tal expresión; en concepto de la Corte, ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas de forma simultánea¹⁵¹. A pesar de la necesidad y ventaja que ello representa, aún no ha podido sistematizarse la jurisprudencia constitucional en cuanto a la libertad de expresión *stricto sensu* frente a la prolija jurisprudencia en materia del derecho a la rectificación por dar sólo un ejemplo. No obstante lo anterior, existen aspectos esenciales

¹⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 163 y 164. Acápites IV-3

¹⁴⁹ Se usa el título sonoro de las siete libertades como juego Erasmiano.

¹⁵⁰ Sentencia SU 1723 de 2000. Citada por la Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 181. Acápites IV-4

¹⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 181 y 182. Acápites IV-4. Aquí también se nota la influencia de los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente la Declaración de Principios sobre la libertad de expresión y el caso “*La última tentación de Cristo*.”. Ver notas al pie 92 y 95.

de carácter general que merecen ser traídos a colación y que guardadas las proporciones y naturalezas jurídicas, pueden ser traslapados a otros elementos normativos que se verán luego.

2.3.1.1 Su titularidad es universal, compleja e involucra tanto intereses públicos como privados.

Dado que el artículo 20 establece como sujeto de derecho a toda persona, no cabe discriminación alguna, de manera que incluso las personas jurídicas en atención a su naturaleza jurídica pueden ser titulares del mismo conforme a la línea trazada por la Sentencia T-505 de 2000¹⁵². Se dice que su titularidad es compleja por cuanto el análisis de los diferentes intereses que en ella convergen, otorgan argumentos útiles para la solución de problemas constitucionales. Al respecto, bien puede señalarse que deben ser considerados tanto los intereses del emisor los cuales son varían conforme al tipo de emisor al punto que aunque el medio de comunicación no se asocie con el contenido de la expresión cualquier afectación al medio afecta sus derechos como personas jurídicas¹⁵³; así como los intereses del receptor que constituye el derecho a recibir todo tipo de opiniones e ideas, como a dejar de escuchar las expresiones que desee escuchar, por lo cual resulta pertinente determinar si en el caso concreto se está en tales condiciones o si se trata de una audiencia cautiva¹⁵⁴. Ahora bien, obvios resultan los numerosos intereses privados que se manifiestan en el ejercicio de la libertad de expresión, mas en el caso de los intereses públicos resulta necesario señalar que pueden obrar de formas antagónicas. Por un lado, puede suceder que los intereses públicos se identifiquen o asimilen a los intereses del emisor tal como acontece con los medios de comunicación o las manifestaciones públicas, de forma que el derecho a recibir opiniones que detenta la colectividad refuerza el nivel de protección del

¹⁵² Sentencia T-505 de 200. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 185. Acápite IV-4. De nuevo se palpa la influencia de la jurisprudencia estadounidense en el caso "*First National Bank of Boston v. Bellotti*". Ver nota al pie 98,

¹⁵³ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 186. Acápite IV-4. Nuevamente la influencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, particularmente el caso "*Editions Plon v. Francia*". Ver nota al pie 99.

¹⁵⁴ Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 186 y 187. Acápite IV-4.

derecho; mientras que existen casos en los que el interés público limita su ejercicio conforme a las causales dispuestas por normatividad internacional que vincula al Estado colombiano¹⁵⁵. Aunado a lo anterior, también se identifican medios de protección no protegidos por haberse desvirtuado la protección mediante a consenso internacional, tal como se verá con posterioridad.

2.3.1.2 Diversidad de grados de protección conforme al ámbito de expresión y tipo de discurso.

La libertad de expresión en *stricto sensu* pretende la protección de todas las aristas de la comunicación humana que por razones históricas o jurídicas, ciertos tipos de discurso tengan una protección constitucional reforzada. Lo anterior debe considerarse sin perjuicio de la operatividad básica del sistema de presunciones y cargas que ya se ha estudiado¹⁵⁶. A continuación se desarrollarán las tres categorías acorde al nivel de protección que plantea la Corte Constitucional.

2.3.1.2.1 Modos de expresión sujetos a protección reforzada por razones históricas y democráticas o por permitir el ejercicio de demás derechos fundamentales.

Dentro de esta categoría se encuentran tanto el debate político y sobre asuntos públicos, como aquellos medios de expresión que son protegidos por constituir una precondition para la materialización de otros derechos fundamentales. En cuanto al debate político, ya se ha señalado la importancia de su protección con fundamento en los argumentos históricos y atinentes al funcionamiento de las democracias. No obstante, relevante resulta resaltar que la fundamentación de la Corte en el presente aspecto proviene exclusivamente de consideraciones jurisprudenciales del Derecho comparado o interregional, particularmente en la progresiva eliminación de leyes penales que persigan determinado contenido o forma

¹⁵⁵ Sentencia T-505 de 200. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 187. Acápites IV-4.

¹⁵⁶ Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 194. Acápites IV-4.

de expresión política¹⁵⁷. Ello en forma alguna significa que los contenidos no sean armónicos mas sí resulta indicio de un margen de pautas globales en cuanto a la libertad de expresión en las democracias. Por otro lado, ya se dijo que existen ciertos tipos de discursos que permiten el ejercicio de demás derechos fundamentales. i) En ese sentido, la libertad e inviolabilidad de toda forma de comunicación privada se encuentra relacionada con el derecho a la intimidad; estos medios privados al transmitir información de toda índole relacionan la actividad con su debido referente constitucional¹⁵⁸. ii) Similar situación sucede con los discursos artísticos, personales o morales en cualquier forma de expresión, incluso simbólica, al permitir el libre desarrollo de la personalidad. Aunque necesario resulte señalar que la jurisprudencia nacional reconoce un derecho fundamental específico a la expresión artística en Sentencia T-104 de 1996¹⁵⁹. iii) Asimismo, mediante la facultad que otorga el derecho de expresarse o no, se garantiza la libertad de conciencia al igual que la posibilidad de esbozar la misma en forma de objeción una vez reunidos ciertos requisitos constitucionales. iv) De igual forma, se entiende que el discurso religioso se ve protegido tanto por el derecho a expresar y difundir ideas religiosas, como por la libertad de cultos. Conforme a la línea trazada por la Corte en Sentencia T-263 de 1998, la dual protección del discurso religioso permite que en él se permitan ciertas manifestaciones que podrían estar en el límite de lo admisible para derechos como la honra y buen nombre¹⁶⁰. v) Igual postura fue expresada en Sentencia SU-667 de 1998 respecto la libertad de expresión dentro de las Universidades. Lo anterior quiere decir que en el ámbito académico e investigativo, reforzado por las libertades de aprendizaje, enseñanza, investigación y cátedra, se protege con celo la expresión por ser precisamente los recintos educativos lugar propicio por

¹⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 195 a 198. Acápites IV-4. Ver notas al pie 110 a 120.

¹⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 198. Acápites IV-4.

¹⁵⁹ Sentencia 104 de 1996. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 198. Acápites IV-4. Ver nota al pie 101.

¹⁶⁰ Sentencia T-263 de 1998. Citada por la Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 200. Acápites IV-4. Ver nota al pie 127.

autonomasia para el libre intercambio de ideas¹⁶¹. vi) Por su parte, el derecho a la libertad de reunión y manifestación pública y pacífica también otorga especial protección a las manifestaciones que en ellas ocurran así como impone especiales exigencias al legislador para su limitación. vii) Lo anterior aplica para las formas expresivas de participación política en lo atinente al artículo 37 de la Constitución y para viii) todas aquellas manifestaciones culturales o étnicas que permiten la participación en el desarrollo social, así como la preservación de las comunidades minoritarias respectivamente¹⁶².

2.3.1.2.2 Modos de expresión sujetos a mayor regulación estatal.

Dentro del ámbito de protección de la expresión *stricto sensu* existen ciertos tipos de discurso sobre los cuales resulta necesario un margen de mayor regulación por cuanto su ejercicio impone cargas, deberes o responsabilidades como es el caso del periodismo, o porque su ejercicio deber ser armonizado con los derechos de terceros tal como sucede con las expresiones publicitarias respecto los derechos de los consumidores, y con aquellas que suelen ser denominadas sexualmente explícitas o socialmente ofensivas al ser consideradas respecto los menores de edad¹⁶³. Particularmente respecto a las limitaciones al discurso publicitario resulta pertinente resaltar la sistematización jurisprudencial en Sentencias C-265 de 1994, C-445 de 1995 y C-010 de 2000, al señalar que el discurso publicitario se encuentra más cercano a los lineamientos de la Constitución Económica que al ejercicio de la libertad de expresión y que el mayor margen de regulación implica un examen constitucional menos estricto que el aplicable a otros discursos¹⁶⁴.

¹⁶¹ Sentencia SU-667 de 1998. Citada por la Corte Constitucional.. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 201. Acápite IV-4. Ver nota al pie 130.

¹⁶² Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 201 y 202. Acápite IV-4.

¹⁶³ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 203 y 204. Acápite IV-4.

¹⁶⁴ Sentencia C-010 de 2000. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 201 y 202. Acápite IV-4. Ver nota al pie 135.

2.3.1.3 Dentro del ámbito de expresión *stricto sensu* se encuentran tanto el lenguaje convencional como el simbólico o expresivo.

Conforme a Sentencia C-650 de 2003 no es posible concebir que el ámbito de protección de la expresión sea restrictivo de las comunicaciones¹⁶⁵. No obstante, lo anterior también implica ciertos problemas constitucionales entre los cuales bien puede señalarse la necesidad de valorar la intención de la conducta para así determinar si está dentro del ámbito de protección puesto que hay acciones no intencionadas que causan efectos comunicativos en el receptor. De igual forma, es imperativo escindir la expresión simbólica de aquella que necesariamente se realiza dentro de otros derechos conexos como la escogencia sexual o a utilizar una determinada apariencia personal, así como el lenguaje expresivo *per se* y aquél en que se usa de él para transmitir un mensaje verbal tal como ocurre con la distribución de panfletos y usos de pancartas en las manifestaciones. En todos estos casos será el funcionario judicial quien valore si la conducta está dentro del ámbito de protección considerando la intención del actor, al igual que las convenciones aceptadas sobre lo que significa un comportamiento y lo que implica el uso del paralenguaje y la quinésica en el caso concreto como medio de comunicación¹⁶⁶.

2.3.1.4 Los medios así como el contenido están constitucionalmente protegidos mas ello implica problemas específicos.

Ya se ha señalado que tanto tono como contenido se encuentran protegidos, corresponde a continuación señalar que esta protección ha sido reconocida por la Corte Constitucional a novelas¹⁶⁷, revistas, semanarios, pinturas y fotografías¹⁶⁸, al igual que a

¹⁶⁵ Sentencia C-650 de 2003. Citada por la Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 205. Acápites IV-4.

¹⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 205 y 206. Acápites IV-4. Notar en todas las notas al pie la influencia de la jurisprudencia estadounidense.

¹⁶⁷ Ver Sentencias SU-056 de 1995 y T-244 de 2000. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 207. Acápites IV-4. Nota al pie 141.

libros biográficos¹⁶⁹ o de periodismo investigativo¹⁷⁰. Ello es sólo un listado enunciativo de los casos involucrando distintos medios que ha afrontado la jurisprudencia nacional mas necesario resulta aclarar que todo medio se encuentra protegido mientras pueda ser imaginado y materializado con contenido comunicativo. Las perspectivas específicas relatadas por la Sentencia serán abordadas a su momento pues a juicio del autor resultarán necesarias al estudiar los aspectos limítrofes al delito de opinión, de manera que aquí serán prescindidas.

2.3.1.5 La anterior protección abarca tanto a las expresiones socialmente aceptadas como a aquellas consideradas intolerables.

En aras de ilustrar la presente particularidad basta recordar que en Sentencia T-535 de 2003 la Corte señaló que se encuentran protegidas tanto las ideas estimadas correctas por la mayoría así como toda idea y expresión “*molesta, equivocada, provocadora o inmoral.*”¹⁷¹. Al respecto, resulta relevante resaltar que para la jurisprudencia constitucional existe protección del discurso sexualmente explícito amparada por las presunciones ya explicada, eso sí distinguiendo entre discurso sexual y obscenidad, así como entre obscenidad y pornografía. En tal matiz, la Corte Constitucional se apoya en la jurisprudencia internacional y comparada¹⁷². Naturalmente, dada las particularidades de cada discurso y por ello su proclividad a entrar en conflicto con otros derechos, tales expresiones pueden estar sujetas a mayor margen de regulación. Ello adquiere mayor relevancia cuando las comunicaciones son mediáticas. De allí que siempre resulte necesaria la ponderación¹⁷³.

¹⁶⁸ Ver Sentencia T-104 de 1996. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 207. Acápites IV-4. Página 144.

¹⁶⁹ Ver Sentencia T-293 de 1994. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 207. Acápites IV-4.

¹⁷⁰ Ver Sentencia T-213 de 2004. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 207. Acápites IV-4.

¹⁷¹ Sentencia T-602 de 1995. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 209 y 210. Acápites IV-4. Nota al pie 153. La Sentencia citada tiene es hito para las Sentencias SU-1723 de 2000, C-010 de 2000, C-650 de 2003 y T-535 de 2003

¹⁷² Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 287 a 303. Acápites IV-9

¹⁷³ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 304 a 328. Acápites IV-10.

2.3.1.6 Existencia de deberes, responsabilidades y obligaciones constitucionales correlativas.

Todo lo anteriormente expresado implica para quienes han de ejercer como titulares del ejercicio del derecho la existencia de deberes y responsabilidades conforme a los obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano, y que variarán acorde al medio de expresión utilizado, el uso que se dé de éste y el tipo de discurso que se exprese. Por otro lado, ello también implica respecto al Estado obligaciones de respeto, garantía, protección y promoción¹⁷⁴. Necesario resulta ahora estudiar el siguiente elemento normativo del articulado constitucional.

2.3.2 La libertad de información.

Así como la expresión *stricto sensu* es llamada un derecho de doble vía, dada la convergencia de las tres libertades específicas que configuran la presente categoría anteriormente mencionadas, queda claro que igual situación ocurre con el derecho a la libertad de información. Sobre el particular bien puede señalarse que aunque cumple un objetivo específico que es el de informar conforme se ha señalado en Sentencia C-488 de 1993, debe precisarse que ello implica complejidad en el mismo así como en su titularidad¹⁷⁵. Entre los fundamentos generalmente invocados suele recurrirse a su importancia para el funcionamiento de la democracia, ello ha repercutido en la existencia de deberes específicos implícitos particularmente en cuanto a las características del contenido de la información; es decir, si la información es “*-veraz e imparcial-, y respetuosa de los derechos fundamentales de terceros.*”¹⁷⁶. Consecuencia natural de lo anterior es que cuando se presente un conflicto entre el presente derecho y otro derecho fundamental se deba acudir a la ponderación, entre la cual también deberá considerarse

¹⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 210 y 211. Acápite IV-4.

¹⁷⁵ Sentencia C-488 de 1993. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 212 a 214. Acápite IV-5.

¹⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 214. Acápite IV-5.

otros elementos del derecho a la información como el habeas data o la reserva oficial sobre información, así como las obligaciones que tiene el Estado en sentido similar a lo expresado para la libertad de expresión *stricto sensu*¹⁷⁷. Como ya se dijo una de las soluciones a los conflictos entre este derecho y el atinente a la honra y el buen nombre se tiene en el derecho a la rectificación en condiciones de equidad al erigirse este como requisito de procedibilidad para interponer acción de tutela siempre y cuando la solicitud de rectificación se dirija a un medio masivo y no a un particular¹⁷⁸. A lo anterior debe añadirse que para que prospere la rectificación deba tratarse de información que sea falsa, errónea o desfigurada y que la respuesta a tal solicitud debe hacerse en un término razonable¹⁷⁹, así como que ésta no prosperará sobre las opiniones por estar dentro de la libertad de expresión *stricto sensu*¹⁸⁰

2.3.3 La libertad de prensa.

Numerosa es la jurisprudencia colombiana en la materia pero al respecto serán abordados únicamente dos rasgos esenciales pues aunque la Corte desarrolla más categorías en la Sentencia analizada, considera el autor que tales precisiones corresponden a consideraciones sobre los medios de comunicación y por ello se verán con posterioridad. Así las cosas, por un lado resulta claro que igual que la anterior libertad estudiada, el fundamento de la presente radica en su importancia democrática por su contribución a la gestación de opinión pública y control al Estado, así como en la participación ciudadana. Bien puede decirse que en virtud de lo anterior es que la Constitución otorga especial protección a la prensa¹⁸¹. A ello debe añadirse que esta libertad permite asimismo el

¹⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 216 a 219.

¹⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-787 del 18 de agosto de 2004. Expediente T-722765. Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL. Página 11.

¹⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-074 del 23 de febrero de 1995. Expediente T-49554. Magistrado Ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. Páginas 9 a 12.

¹⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-048 del 15 de febrero de 1993. Expediente T-5669. Magistrado Ponente: FABIO MORON DÍAZ. Página 9.

¹⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 220 y 222. Acápito IV-6.

ejercicio del libre desarrollo de la personalidad ya que sólo podrá el individuo explorar la orientación que desea dar a su vida si ésta es comunicable¹⁸².

2.3.4 La libertad de fundar medios de comunicación.

Respecto la presente libertad debe precisarse en primer lugar que algunos medios ejercen un servicio público como ocurre con la televisión, telefonía, radiodifusión y el internet, y que ello tiene efectos constitucionales consecuentes tales como un mayor margen de regulación estatal mas se advierte que el margen específico aquí desarrollado hace referencia únicamente a las condiciones técnicas atinentes a su cobertura, de manera que esta sea plural, tal como se señala en Sentencia T-602 de 1995¹⁸³. A lo anterior debe añadirse que los medios de comunicación detentan un especial poder social y que por ello, además de permitir el ejercicio de los derechos fundamentales de quienes se expresan a través de ellos, también pueden lesionar los derechos de terceros, de manera que ello conlleva una responsabilidad social que obliga a impartir informaciones veraces, a distinguir entre las anteriores y opiniones, así como a garantizar el derecho a la rectificación¹⁸⁴. Corolario de lo anterior resulta que ciertos medios de comunicación se encuentran constitucionalmente reglamentados dado su carácter público, limitación de carácter técnica, así como pueden estar limitados en cuanto a su contenido si se han derrotado las cargas ya mencionadas y si se cumplen los demás requisitos para ello. Precisamente en este último aspecto debe señalarse que la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos adquiere vital importancia en el caso de los medios de comunicación mas ello necesita ser armonizado. Por lo tanto se han propuesto soluciones constitucionales como la rectificación o la autorregulación¹⁸⁵. Estudiadas en sus

¹⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 223. Acápites IV-6.

¹⁸³ Sentencia T-602 de 1995. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 232. Acápites IV-6. Nota al pie 205.

¹⁸⁴ Sentencia T-602 de 1995. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 223 a 227. Acápites IV-6

¹⁸⁵ Sentencia T-602 de 1995. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 228 a 231. Acápites IV-6

puntos claves las siete libertades, corresponde detenerse ahora en las cuatro prohibiciones del artículo 20.

2.4 Las cuatro prohibiciones del artículo 20.

Dentro de los elementos normativos del derecho a la libertad de expresión en sentido amplio se encuentran cuatro prohibiciones, tres destinadas a los titulares del derecho respecto a su ejercicio que son correlativas a los escenarios en que por consenso internacional se ha desvirtuado la presunción de cobertura del derecho, y la última destinada a las autoridades del Estado en el sentido de la prohibición absoluta de censura.

2.4.1 Las prohibiciones a los titulares del derecho, o supuestos en que las presunciones han sido desvirtuadas por consenso internacional.

Ya se ha mencionado una serie de convenciones y tratados internacionales que deben interpretarse de forma conjunta con el texto constitucional en aras de obtener y armonizar los elementos normativos allí desarrollados respecto la libertad de expresión. Estas tres prohibiciones de allí devienen. En primer lugar, ha de tenerse la prohibición de la propaganda de guerra¹⁸⁶, la apología del odio, la violencia y el delito¹⁸⁷ cualificada y precisada por la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial¹⁸⁸ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸⁹. En segundo lugar, debe señalarse la prohibición sobre la pornografía infantil establecida por la Convención sobre los derechos de los niños¹⁹⁰ y en tercer lugar, la prohibición sobre la incitación pública y directa a cometer genocidio¹⁹¹. Al respecto debe decirse que las presentes son prohibiciones que han adquirido un determinado grado de especificidad al ser definidas en el concierto internacional. Cosa distinta sucede con la situación de la mujer

¹⁸⁶ Artículo 20-1 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos. Artículo 13-5 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁸⁷ Sentencia C-045 de 1996. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 190. Acápites IV-4. Nota al pie 105.

¹⁸⁸ Artículo 4 de la misma.

¹⁸⁹ Artículo 13-5.

¹⁹⁰ Artículo 34-c de la misma.

¹⁹¹ Artículo III-c de la Convención para la sanción y prevención del delito de genocidio.

mas ello no es óbice para que dando aplicación a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, puedan establecerse mediante ley prohibiciones. Lo anterior implica que si bien podrían limitarse ciertas expresiones discriminatorias, deben éstas superar las presunciones que cobijan al derecho, máxime si se tiene en cuenta que la comunidad internacional ha señalado que el Estado debe fomentar una imagen no estereotipada de la mujer en los medios de comunicación sin atacar la libertad de expresión¹⁹². Por último es digno de mención, particularmente considerando los objetivos indagados en el presente texto, el hecho que las obligaciones internacionales obliguen a los Estados a sancionar dichas conductas como punibles, tal como ocurre en la realidad nacional. Señalado lo anterior, resulta necesario aproximarse a la prohibición constitucional de censura.

2.4.2 La prohibición de censura cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así como las anteriores prohibiciones, la atinente a la censura proviene de lo dispuesto por las obligaciones internacionales del Estado. Es en virtud de lo anterior que resulta de mayor relevancia la definición dada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar que esta supone “*el control y veto de la información antes que ésta sea difundida*”¹⁹³, por lo cual bien puede concluirse que la prohibición se encuentra destinada a todos los titulares del derecho y que la prohibición es absoluta en tanto se distinga entre censura previa y responsabilidad ulterior, la cual está permitida por la Constitución mientras cumpla con todos los requisitos para poder limitar el ejercicio de la libertad de expresión¹⁹⁴. Entre las diversas formas de control previo bien puede diferenciarse entre control sobre los medios de comunicación, sobre los periodistas, sobre el contenido de la información, y por último, el control respecto a su acceso. Dentro de todas estas tipologías

¹⁹² Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 192. Acápites IV-4. Nota al pie 109.

¹⁹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documento sobre Antecedentes e Interpretación sobre la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 271. Acápites IV-8. Nota al pie 294.

¹⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 271. Acápites IV-8.

que maneja la jurisprudencia constitucional debe concluirse que son apenas enunciativas y que competirá al juez determinar si se está ante censura o responsabilidad ulterior, y que para ello deberá tener en consideración que siempre debe haber neutralidad respecto al contenido mas si resultan aceptables las regulaciones sobre tiempo, lugar y modo en consideración a los derechos de terceros¹⁹⁵. Someramente estudiados los elementos claves de la prohibición de censura, a continuación se procede a estudiar los requisitos para limitar una expresión y de tal forma agotar el análisis a la jurisprudencia constitucional colombiana.

2.5 Requisitos para limitar el ejercicio de la libertad de expresión.

Ya se ha dicho que toda medida ejecutiva, legislativa o judicial que limite el ejercicio de la libertad de expresión se presume inconstitucional y que compete a la autoridad la carga de definir, argumentar y probar que se cumplen los requisitos para imponer la medida. Tales requisitos surgen de la armonización del texto constitucional con las obligaciones internacionales del Estado colombiano¹⁹⁶ en que se exige mediante un control estricto: i) seguimiento del principio de legalidad, ii) que se persigan ciertas finalidades imperativas, iii) que haya armonía entre la finalidad y la necesidad de la medida, iv) la posterioridad de la medida a la expresión, v) que la medida no constituya censura y vi) que ésta no interfiera de forma excesiva en el ejercicio del derecho¹⁹⁷. A continuación se esbozarán los elementos esenciales de los primeros tres requisitos en la medida que los demás ya han sido desarrollados de forma previa a lo largo del presente texto.

2.5.1 Seguimiento del principio de legalidad.

La Corte Constitucional ha dicho en Sentencia C-010 de 2000 que la medida que pretenda restringir el ejercicio de la libertad de expresión debe en primer lugar estar

¹⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 275 a 286. Acápito IV-8.

¹⁹⁶ Art. 19 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos. Art. 13 Convención Americana Derechos Humanos.

¹⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 235 y 236. Acápito IV-7.

definida de forma precisa, clara, previa y taxativa mediante ley, y aunque el lenguaje nunca podrá alcanzar el grado máximo de especificidad, si debe haber un grado tal que impida la arbitrariedad, el abuso e incluso, que el problema de los alcances de la ley sea definido por las autoridades judiciales¹⁹⁸.

2.5.2 Necesidad de que la medida tenga una finalidad determinada.

No cualquier finalidad basta para poder limitar dado que su aplicación proviene de los consensos internacionales en que el Estado colombiano ha hecho parte. En ese orden de ideas sólo pueden invocarse las siguientes finalidades: i) en aras de preservar los derechos de los demás, ii) en pos de preservar el orden y seguridad pública y iii) en orden de preservar la moralidad pública. Sobre todas las anteriores debe precisarse que su interpretación es restrictiva, así como taxativa su enumeración, que con el fin de satisfacer las exigencias del principio de legalidad debe concretarse en cada caso el interés público incoado, y que tales formulaciones deben ser consonantes con los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, particularmente en lo que respecta a la dignidad humana¹⁹⁹. A continuación se relatará brevemente lo que ha dicho la jurisprudencia constitucional sobre cada una de estas finalidades.

2.5.2.1 La protección de los derechos de los demás.

En tales eventos la Corte ha precisado que el método a seguir en aras de obtener una solución constitucional es el de la ponderación, en la cual deben tenerse como variables principales el tipo de discurso y el contexto en que se trate. Así, valga recordar la protección reforzada a que se ven sujetas el discurso político o el discurso religioso, o por otro lado, el poder que detentan de los medios de comunicación²⁰⁰. Las variables de cada caso concreto permitirán la armonización de los derechos fundamentales, tal como en la

¹⁹⁸ Sentencia C-010 de 2000. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 236 y 237. Acápites IV-7. Nota al pie 210.

¹⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 237 y 238. Acápites IV-7.

²⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 238 a 244. Acápites IV-7.

Sentencia C-045 de 1996 en la que se prohíbe la identificación de testigos de eventos criminales en los medios de comunicación con el fin de proteger el derecho de estos a la vida e integridad personal²⁰¹.

2.5.2.2 La preservación de la seguridad y orden público.

Sobre la actual finalidad debe precisarse que aquí también se acude a la ponderación, considerando el orden preeminente del derecho estudiado. Asimismo resulta de vital importancia la línea trazada por la Corte Constitucional en materia de conmoción interior en la cual se aceptan medidas restrictivas a la libertad establecidas por la ley estatutaria sobre estados de excepción como por ejemplo resulta la prohibición en estado de guerra de divulgar propaganda a favor del enemigo o hacerle apología²⁰², así como se ha dicho que tales medidas resultan armónicas con la prohibición de censura siempre y cuando se respete el núcleo esencial del derecho particularmente en lo atinente a comunicados de grupos subversivos y criminales²⁰³, argumento que sigue la jurisprudencia constitucional con posterioridad prohibiendo a los medios la divulgación de tales comunicados salvo que versen sobre violaciones a los derechos humanos o expresen voluntad de paz por parte de tales grupos²⁰⁴. A lo expresado se añade que la Corte desarrolla cuatro categorías de la jurisprudencia internacional y comparada en las cuales se invoca la presente finalidad con objeto de limitar la libertad de expresión²⁰⁵, dado que estas categorías serán tratadas con mayor propiedad en posteriores acápite bastará para el momento presente su mención: i) la instigación a la violencia y al delito, ii) las palabras agresivas, iii) las audiencias hostiles y iv) la lucha contra el terrorismo.

²⁰¹ Sentencia C-045 de 1996. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 244. Acápite IV-7. Nota al pie 222.

²⁰² Sentencia C-179 de 1994. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 249. Acápite IV-7. Nota al pie 238.

²⁰³ Sentencia C-033 de 1993. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 249. Acápite IV-7. Nota al pie 240.

²⁰⁴ Sentencia C-045 de 1996. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 250. Acápite IV-7. Notas al pie 243 a 245.

²⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 250 a 256 Acápite IV-7.

2.5.2.3 La protección de la moralidad pública.

Sobre la particular finalidad resulta necesario aclarar que no se trata de un concepto vago, arbitrario o dominante sino que conforme a lo expresado en Sentencia T-301 de 2004 debe estar *“compuesta por los principios que se encuentran en conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros, dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia.”*²⁰⁶. Por otro lado, ha afirmado la Corte que en los casos en que se ve afectada la moralidad pública por determinadas conductas que no están prohibidas como sería la prostitución, mas al localizarse prostíbulos en zonas residenciales y realizarse actos carnales en el espacio abierto de sus linderos, ello resultaría particularmente lesivo de los derechos de los niños y por lo tanto, existen soluciones que armonizan ambos derechos en conflicto como sería el establecimiento de zonas de tolerancia²⁰⁷. Todo lo anterior permite suponer que es en esta causal en que el nivel de concreción debe alcanzar mayor nivel dada la naturaleza por lo general abstracta y subjetiva del término moral, y las implicaciones que tiene la moral social o dominante frente a la protección del discurso socialmente diverso. Estudiadas las particularidades jurisprudenciales de las finalidades taxativas, prosigue el texto con los demás requisitos para limitar la libertad de expresión.

2.5.3 Armonía entre la finalidad invocada y la necesidad de la medida planteada para materializarla.

Para que se entienda satisfecho este requisito la finalidad invocada no sólo debe fundamentarse en una necesidad apremiante, específica, concreta e imperiosa, así como debe estar permitida lo cual equivale a decir que no puede constituir censura y que no basta

²⁰⁶ La Sentencia referida se da con ocasión de desalojamientos de homosexuales de la vía pública por ofender la moralidad pública por parte de la Policía. Sentencia T-301 de 2004. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 260. Acápites IV-7.

²⁰⁷ Sentencia T-602 de 1995. Citada por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 260. Acápites IV-7. En ese mismo sentido también debe señalarse la Sentencia SU-476 de 1996, citada en la misma providencia. Notas al pie 268 a 272.

la aptitud de la medida para determinar su idoneidad sino que ésta requiere la necesidad material de la medida o su indispensabilidad para poder cumplir la finalidad de la forma menos restrictiva posible²⁰⁸. Es decir, además de lo anterior, la medida debe ser proporcional. Para que la medida sea considerada proporcional, estima la Corte que el equilibrio entre los valores en conflictos es alcanzado mediante la promoción y armonización de los mismos con fundamento en hechos relevantes apreciados aceptablemente dentro del contexto y considerando los efectos de la limitación sobre el libre intercambio de ideas, el funcionamiento de las sociedades democráticas y que naturalmente la medida no entrevé una intención persecutoria propia de la censura²⁰⁹.

Comoquiera que se ha descrito la perspectiva que tiene la jurisprudencia colombiana en materia de libertad de expresión, resulta oportuno proseguir a su examen en la jurisprudencia comparada e internacional, haciendo la salvedad que no se reseñarán de forma tan estructurada como la aquí hecha sino resaltando los puntos de contactos, bien sean armónicos o disímiles con sus instituciones correlativas en Colombia. Se advierte que la selección jurisprudencial parte de las perspectivas que el autor considera fundamental desarrollar en el momento presente y por tanto, aunque ésta intente no ser arbitraria necesariamente habrá de ser subjetiva.

III. La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia estadounidense.

El estudio que a continuación se acomete se centrará en: i) los fundamentos de la libertad de expresión, ii) presunciones y cargas a favor, iii) contenido respecto la libertad de expresión *stricto sensu*, iv) contenido respecto los demás elementos normativos de la libertad de expresión en sentido lato y, v) requisitos para la limitación de su ejercicio.

1. Fundamentos.

²⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 264 y 265. Acápite IV-7.

²⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T-1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Páginas 265 a 268. Acápite IV-7.

Antes de señalar los fundamentos elaborados por la jurisprudencia estadounidense, resulta de vital importancia aclarar que su modelo democrático posiciona al Derecho natural como una de sus piedras angulares²¹⁰ sin perjuicio de que tal filosofía se encuentra en decadencia tal como asevera FUKUYAMA²¹¹. Dicho lo anterior, encuentra el presente texto simetría entre las razones por las cuales se protege la libertad de expresión en Colombia y en los Estados Unidos. Ello es fácil de concluir tras una mirada al caso *New York Times v. Sullivan*, en el cual son estudiadas Así, en dicha Sentencia se alude a las consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad expuestas por MILL²¹², aclarando que ellas son compatibles con la teoría del *marketplace of ideas* desarrollada por el juez HOLMES en *Jacob Abrams v. United States*²¹³, y cuyas posturas se encuentran cuando menos consideradas en la mayor parte de la jurisprudencia en la materia²¹⁴. Ahora bien, la Sentencia *Sullivan*, que versa sobre difamación y la prensa también recogió el pensamiento de OLIVER HOLMES al aportar como argumento a favor de la libertad de expresión consideraciones por él hechas sobre las connotaciones históricas de anteriores regulaciones y sus efectos nocivos para la democracia, tal como ocurrió con el *Sedition Act* de 1798²¹⁵ en el cual se proscribía toda crítica del Congreso o el Presidente y que jamás fue demandado por el miedo de JEFFERSON y los republicanos a que la Corte Suprema, en

²¹⁰ MELVIN J, Edward. “*The Constitution and the Declaration of Independence: Natural Law in American History*” en *31 Catholic Lawyer*. 1987-1988. No. 1 Recurso electrónico disponible en HeinOnline. Páginas 36 y 37.

²¹¹ “*La idea de que los derechos humanos pueden basarse en la naturaleza humana se ha atacado enérgicamente desde el siglo XVIII hasta el presente. Este ataque ha recibido la denominación de <falacia naturalista>, una tradición que se extiende desde David Hume hasta los filósofos analíticos del siglo XX como G.E Moore, R.M. Hare y otros. Con una especial pujanza en el mundo anglosajón, la falacia naturalista sostiene que la naturaleza no puede proporcionar una base filosóficamente justificable en materia de derechos, moralidad o ética.*”. FUKUYAMA, Francis. “*El Fin del Hombre: Consecuencias de la revolución biotecnológica.*”. SINE QUA NON. Ediciones B. Traducción de Paco Reina. 2002. Barcelona España. 2002. Páginas 185 y 186.

²¹² FAYOS Gardo, Antonio. “*Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión: de Holmes a la sentencia del caso internet.*”. Artículo académico en *Revista de Administración Pública*. Número 141. Septiembre-diciembre de 1996. Páginas 399 y 400.

²¹³ “*Pero cuando los hombres se den cuenta de que el transcurso del tiempo ha trastocado muchas fes por las que luchar, pueden llegar a creer incluso más que en las raíces de su propia conducta, que el supremo fin deseado se alcanza mejor a través del libre mercado de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competición del mercado; y que la verdad es la única base sobre la que sus deseos pueden ser llevados a términos con seguridad.*”. FAYOS Gardo, Antonio. Obra citada. Página 397.

²¹⁴ FAYOS Gardo, Antonio. Obra citada. Página 425

²¹⁵ FAYOS Gardo, Antonio. Obra citada. Página 400.

ese entonces federalista, fuera a avalar tal estatuto y sentar un precedente en contra de la libertad fundamental²¹⁶. Ahora bien, dado que se trataba de una sentencia sobre libertad de prensa era natural que se tratara la función medular que ésta cumple para la democracia al controlar a la administración pública de donde se desprenden ciertas consecuencias que se verán posteriormente²¹⁷ y cuya concepción resulta armónica con la opinión del juez JACKSON en el llamado *segundo caso del saludo a la bandera*, en la cual señaló que el propósito de una carta de derechos es precisamente proteger a ciertos individuos de las vicisitudes de la controversia política, es decir, alejarlos del alcance de las mayorías²¹⁸. La anterior dimensión política necesariamente debe compaginarse con lo dispuesto por la Corte en el caso *Stanley v. Georgia* sobre posesión privada de material obsceno, en el cual el juez MARSHALL hablando por la mayoría declaró que si la primera enmienda significa algo, significa que el Estado no tiene derecho para decirle a un hombre que está solo en su hogar cuáles libros puede leer y cuáles películas observar²¹⁹. Se trata pues de una reflexión sobre la dignidad del ser humano y por tanto su libertad para determinar su proyecto vital. Considerado lo hasta aquí visto es posible afirmar la esencial importancia que tiene este derecho tanto en los Estados Unidos como en Colombia, de dónde se puede colegir que también ocupa un lugar privilegiado con efectos jurídicos correlativos, concretamente a través de presunciones a favor del derecho y cargas en cabeza de la administración.

2. Presunciones y cargas a favor de la libertad de expresión.

Considera el presente texto que también en lo atinente al sistema de presunciones y cargas existe equilibrio entre ambas líneas jurisprudenciales. En efecto, la doctrina constitucional estadounidense, interpretando la opinión del juez STONE en nota al pie del

²¹⁶ GRIER Stephenson Jr., Donald; MASON, Thomas Alpheus. *American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases*. Prentice Hall. Décima Edición. Nueva Jersey. Página 409. Lo curioso es que el argumento usado por los federalistas para limitar el derecho ha sido la existencia de amenazas a la seguridad nacional.

²¹⁷ FAYOS Gardo, Antonio. Obra citada. Página 399.

²¹⁸ *“The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities.”*. Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 422.

²¹⁹ *“If the First Amendment means anything, it means that a State has no business telling a man, sitting alone in his own house, what books he may read or what films he may watch.”*. Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 420.

caso *Carolene Products* considera que existe primacía del derecho a la libertad de expresión sobre otros derechos, se presume dentro del ámbito de cobertura y que las limitaciones impuestas entran a los escenarios judiciales con una exigente presunción de inconstitucionalidad²²⁰. Ahora bien, aunque no se precisan las diferentes cargas que obran como consecuencia de las anteriores presunciones, de la breve decisión *per curiam* en el caso *New York Times v. United States* puede deducirse la existencia de una carga argumentativa, y a partir de allí, la de una definitiva que la preceda y la de una probatoria que la soporte. En semejante ocasión el tribunal supremo declaró la inconstitucionalidad de una orden judicial que permitía la restricción previa de una publicación acerca de las políticas gubernamentales en Vietnam, por cuanto el Estado no había cumplido con la necesaria carga de justificar la aplicación de tal medida²²¹. Ello es consecuente con los requisitos de los exámenes de constitucionalidad a los que se someten las medidas restrictivas, tal como se verá en acápite siguientes.

3. Respecto al contenido de la libertad de expresión *stricto sensu*.

Así como en Colombia, la Corte Suprema de Justicia estadounidense entiende que el ámbito de protección del derecho en cuestión no se encuentra limitado por el lenguaje convencional sino que se extiende al lenguaje expresivo o simbólico. Así, tanto en *Spence v. Washington*, *Texas v. Johnson* y *United States v. Eichman*, se avaló la quema de banderas como forma simbólica de protesta por cuanto si un individuo puede expresarse en contra de políticas estatales y lo que representa la nación, también puede hacerlo destruyendo sus símbolos²²². Ello es armónico con la decisión tomada en *Brown v. Louisiana*, en la cual se revocó la condena de cinco hombres negros que protestaban en contra de las políticas de segregación racial implementadas por la biblioteca estatal rehusándose a abandonar el establecimiento, lo cual fue entendido por el tribunal como un reproche silencioso y presencial²²³. Similar postura se adoptó en *United States v. O'Brien*, en la cual se protegió el derecho de un manifestante a romper su tarjeta de reclutamiento en señal de protesta

²²⁰ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 421.

²²¹ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 418.

²²² Citados por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 413.

²²³ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 414.

frente a una condena por violación de las leyes federales; de todas las anteriores providencias puede señalarse que para que el lenguaje no convencional adquiriera protección dentro del derecho debe: i) haber intención de emitir un mensaje y que existan expectativas razonables de su comprensión, ii) haber confinamiento de la expresión simbólica a circunstancias de modo, tiempo y lugar, iii) el discurso simbólico puede ser regulado si la conducta en sí lo permite, iv) la regulación debe estar desarrollada de forma estricta, escrita e involucrando en ella un interés gubernamental, y v) sin que ello implique censura²²⁴. Ello necesariamente precipita el análisis a las siguientes dos categorías por cuanto se relatan varios de sus elementos mas antes de proseguir también resulta necesario aclarar la protección de la conducta socialmente inaceptable e incluso sexualmente explícita guardadas ciertas variables, tal como se deduce del caso sobre obscenidad ya mencionado y se corrobora en lo dispuesto por el tribunal supremo en *Cohen v. California* en el cual se avaló como método de protesta en contra del reclutamiento el que un joven llevara en su chaqueta la insignia “*Fuck the draft.*”²²⁵. Claro está, que ninguna de estas perspectivas resulta absoluta y puede estar sujeta conforme al caso a cierto margen de regulación, las cuales son de orden técnico y surgen de la naturaleza pública del servicio o su escasez²²⁶, o se trata de las contadísimas excepciones en las cuales por satisfacerse el examen constitucional se considera legítima la limitación del contenido de la expresión. De allí que pueda señalarse que desde *Brandenburg v. Ohio*, casi todas las expresiones verbales se encuentren permitidas y proscritas las restricciones con base en su contenido²²⁷. Tal como se verá posteriormente, incluso en los ámbitos de mayor regulación los requisitos para su limitación adquieren especial rigor.

Ahora bien, es igualmente claro que así como en nuestro país, el grado de protección del derecho varía acorde al tipo de discurso. Así, aunque existe la protección del honor y el buen nombre mediante el *tort* de difamación y de la intimidad mediante el *false-light* cuando exista dolo o negligencia sobre la falsedad o inexactitud de la información, puede colegirse del caso *Sullivan* que tratándose del discurso político que involucra a funcionarios

²²⁴ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 413.

²²⁵ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 412.

²²⁶ FAYOS Gardo, Antonio. Obra citada. Página 413.

²²⁷ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 411.

estatales debe existir un mayor margen de tolerancia hacia la información errónea en consideración a la función de control político que se ejerce²²⁸; esta interpretación sería extendida a las figuras prominentes en *Curtis Publishing Co. v. Butts*²²⁹. De igual forma resulta simétrica la protección otorgada al discurso académico tal como permite deducirse de lo expresado en *Tinker v. Des Moines Community School District* en la cual se declaró nula una regla escolar que prohibía llevar bandas negras en los brazos como protesta en contra de la guerra de Vietnam²³⁰. No obstante lo anterior, la posición general de la Corte Suprema respecto la expresión en las aulas ha sido que los colegios se encuentran en libertad de decidir qué tipo de lenguaje es permitido en clase y asambleas escolares, posición desarrollada en *Bethel School District v. Fraser* y por tanto puede afirmarse que al ingresar al colegio se renuncia al ejercicio de ciertos derechos constitucionales dentro de sus instalaciones²³¹. Así las cosas, se prosigue con los puntos de contacto respecto los demás elementos normativos de la libertad de expresión.

4. Respecto los contenidos de la libertad de expresión en sentido lato.

A partir de una lectura del caso *Sullivan* se obtiene la impresión que las libertades de información y prensa son a menudo confundidas en la jurisprudencia estadounidense, y que sólo en contadísimas excepciones la prensa es restringida o hecha responsable por cuanto **“algún grado de abuso es inseparable del correcto uso de todas las cosas; y en ningún caso es esto más cierto que en el de la prensa.”**²³². Lo anterior se corrobora al analizarse junto con dos consideraciones fundamentales y que constituyen elementos normativos en sentido lato, a saber: la prohibición de censura previa y la libertad de fundar medios de comunicación. Por un lado, debe considerarse que en el caso de los medios masivos de comunicación desde *Red Lion Broadcasting Co v. FCC* y *FCC v. Pacifica Foundation* se hace alusión al carácter intrusivo de los medios y a la escasez en su alcance como justificante de mayor margen de regulación²³³; aunque el argumento sobre la escasez parece

²²⁸ FAYOS Gardo, Antonio. Obra citada. Página 399.

²²⁹ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 419.

²³⁰ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 421.

²³¹ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 421.

²³² FAYOS Gardo, Antonio. Obra citada. Página 399.

²³³ Citados por FAYOS Gardo, Antonio. Obra citada. Página 413.

haber sido superado y subsiste uno de mayor envergadura como es su carácter intrusivo, FAYOS GARDO advierte que en Estados Unidos al menos en materia radial y televisiva existe una situación de desregulación frente al contenido únicamente limitada por ciertas prohibiciones respecto a los niños y a la publicidad del tabaco²³⁴. Por otro lado, debe advertirse que igual que en Colombia, la censura previa se encuentra proscrita tal como señaló HOLMES en *Patterson v. Colorado*²³⁵. No obstante lo anterior, en el sistema de derecho estadounidense es posible impedir de forma previa la publicación de ciertas informaciones cumplidos determinados requisitos. Dado que ello resulta disímil a lo dispuesto por la jurisprudencia colombiana al establecer los requisitos para limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se tratará tal disimilitud con mayor profundidad en el siguiente acápite mas resulta necesario aclarar que ello es consecuencia de una prohibición no absoluta sobre la censura y que por tanto, al menos la prohibición de censura opera como presunción en los requisitos para llevar a cabo tales medidas. Es así como la postura unívoca ha sido la de privilegiar la libertad de expresión, sobretudo si involucra la prensa, tal como se hizo en *Nebraska Press Association v. Stuart* al enfatizar en opinión del juez BRENNAN que en materia de restricciones previas incluso cuando la prensa sea tiránica, sensacionalista y abusiva en opuesto a informativa, honesta y enriquecedora, las decisiones sobre el qué, cómo y cuándo de una publicación pertenecen a los editores y no a los jueces²³⁶.

En cuanto a las prohibiciones sobre discriminación racial, apología al genocidio y pornografía infantil resulta claro que ellas existen dentro de los Estados Unidos pero serán estudiadas en el siguiente acápite por cuanto al menos aquellas que involucran temas raciales parecen ser incapaces de predicar que la presunción de cobertura ha sido derrotada. Menor problema representa el tema de la pornografía infantil; ninguna corte estadounidense está dispuesta a cobijar tal asunto especialmente lesivo dentro de la primera enmienda tal

²³⁴ FAYOS Gardo, Antonio. Obra citada. Página 414.

²³⁵ “*At the very least, the First Amendment was designed to prevent <all such previous restraints upon publications as had been practiced by other governments.>*”. Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 418.

²³⁶ “*The press may be arrogant, tyrannical, abusive, and sensationalist, just as it may be incisive, probing and informative...But at least in the context of prior restraints on publications, the decision of what, when and how to publish is for editors, not judges.*”. Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 418.

como señalan GRIER y MASON a partir de las implicaciones de *Miller v. California* en que para determinar si cierto material resulta obsceno la acusación debe demostrar que el mismo carece de valor serio, y *Ferber v. New York* en la cual se acepta que un Estado proscriba materiales fotográficos que muestren niños realizando actos sexuales o exhibiendo de forma lujuriosa sus genitales incluso cuando no logre calificarse el material como obsceno conforme al test ya estudiado²³⁷.

5. Respecto los requisitos para limitar el ejercicio del derecho.

Tal como se ha señalado en los Estados Unidos existen tanto el mecanismo de la restricción previa o *prior restraint*, incompatible con nuestra jurisprudencia constitucional; y la responsabilidad ulterior por lo expresado que sí es permitida en nuestro ordenamiento. A continuación se exponen consideraciones sumarias sobre cada uno de estos mecanismos.

5.1 Las restricciones previas.

Además de la necesidad de requerimiento judicial o *injunction* para desatar la restricción previa, la jurisprudencia estadounidense ha establecido que se puede restringir determinada expresión mediática cuando pueda producirse un daño irreparable a los derechos de los demás que no pueda ser salvaguardado de otro modo, o por motivos graves de seguridad nacional o estado de guerra. En ambas circunstancias se exige que la medida sea efectiva y que no se consideren otras medidas menos lesivas como efectivas²³⁸. No obstante que la jurisprudencia permita la aplicación de tal medida, el rigor del examen constitucional ha hecho que en la mayor parte de la casuística no puedan implementarse tales medidas, tal como ocurrió en *Nebraska Press Association v. Stuart*, particularmente en lo atinente a los derechos de los demás pues se trataba de impedir la publicación de un artículo que impidiera el derecho del acusado a obtener un juicio justo²³⁹. Tan sólo en un caso en que se invocó la seguridad nacional parecía que fuera a establecerse un precedente a favor de la restricción previa por cuanto se trataba de la publicación de un artículo científico sobre la

²³⁷ Citados por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 420.

²³⁸ FAYOS Gardo, Antonio. Obra citada. Página 406.

²³⁹ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 418.

bomba de hidrógeno que hubiera podido permitir la consecución de ésta por parte de otros Estados interesados en desarrollarla. Antes de que se realizase plena consideración judicial apareció en el *Madison Press Connection* un recuento con similar información a la que se quería evitar y por tanto el asunto allí terminó, demostrando la imposibilidad práctica de restringir la expresión²⁴⁰. A lo anterior se suma un requisito aportado por el caso de los Papeles del Pentágono que consiste en la necesidad de que la medida sea invocada conforme a ley preexistente²⁴¹, requisito que también se comparte al abordar la responsabilidad ulterior a continuación.

5.2 Las limitaciones conforme al principio de la responsabilidad ulterior.

Comoquiera que ya se ha dicho que para la jurisprudencia estadounidense existe la exigencia de legalidad previa como presupuesto de imputabilidad de responsabilidad ulterior sea esta civil, policiva o penal, procede el presente texto a que ellas se hacen únicamente con fundamento en premisas de seguridad y orden público, de moralidad pública y de preservación de los derechos de los demás tal como ocurre en Colombia.

Por ejemplo, en *Whitney v. California* se mantuvo la condena conforme a una ley en contra de crímenes por motivos sindicalistas bajo el argumento que dentro del ámbito de la libertad de expresión no se encuentran cobijadas las conspiraciones criminales²⁴². Dentro de los motivos de seguridad interna se ubican también los escenarios de instigación al delito, audiencias hostiles, palabras agresivas y lucha contra el terrorismo. Mientras que en materia de palabras agresivas el tribunal supremo ha optado por excluirlas del ámbito de protección del derecho al no ser parte de la exposición de ideas tal como señaló en su opinión el juez MURPHY²⁴³; respecto los demás escenarios dos han sido los exámenes de constitucionalidad predilectos por el órgano jurisdiccional. Hasta 1969 aunque evidenciando ya falencias en cuanto a la posibilidad de determinar la razonabilidad de la

²⁴⁰ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 419.

²⁴¹ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 418.

²⁴² Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 410.

²⁴³ “*Fighting words <are no essential part of any exposition of ideas and are of such slight social value as a step to truth that any benefit derived from them is outweighed by the social interest in order and morality.*”. Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 412.

medida, dominó en la opinión de la Corte Suprema de Justicia, el método de revisión planteado por el juez HOLMES en *Schenck v. United States* en el cual se acepta la limitación únicamente cuando las palabras son usadas de forma tal que puedan crear un peligro claro y presente de traer los males sustantivos que el Estado está legitimado a combatir²⁴⁴. No obstante lo anterior, llegado *Brandenburg v. Ohio*, en el cual la Corte revocó la condena de diez años hecha al Gran Dragón Rojo del Ku Klux Klan por incitación a la violencia y al delito agravada por estar fundamentadas en premisas raciales. En tal ocasión en vez de seguir el test del *clear and present danger*²⁴⁵, la Corte optó por interpretar la restricción ulterior sólo cuando se dé la directa e inminente incitación a cometer acciones contrarias a derecho y que sea probable su ocurrencia²⁴⁶. Se trata de un examen estricto denominado el *incitement* test más favorable a la libertad de expresión y con el cuál pareciera que no habría condenas en materia racial hasta *Wisconsin v. Mitchell* en el cual se revocó la absolución a un joven negro que instigó a sus amigos a atacar a un blanco. En tal caso el tribunal supremo de Wisconsin determinó que la agravación de penas por los motivos subjetivos del autor resultaba inconstitucional mas la Corte Suprema federal determinó que la medida era constitucional por cuanto sancionaba actitudes fanáticas y no expresiones, lo cual es consecuente con lo dicho por BLACKSTONE en los siguientes términos: ***“es del todo razonable que entre delitos de distinta naturaleza deban ser más severamente castigados los que son más destructivo de la seguridad y el bienestar público.”***²⁴⁷.

Ahora bien, en materia de moralidad pública necesario resulta mencionar *Roth v. United States* en el cual al afrontar la constitucionalidad de las acciones federales dirigidas a limitar la pornografía, tema que es frecuentemente traslapado al área de la obscenidad y que luego definiría el juez HARLAN como el ***“intratable problema de la obscenidad”***²⁴⁸, determinó la Corte Suprema que el material en cuestión no debe tener valor social

²⁴⁴ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 409.

²⁴⁵ Nueva chiste Erasmiano. Así también se llama un libro del notorio TOM CLANCY y una película no tan favorable con HARRISON FORD en la que se muestra a un narcotraficante colombiano de nombre ERNESTO ESCOBEDO.

²⁴⁶ Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 411.

²⁴⁷ Citado por IAN LOVELAND en *“The criminalization of racist violence?”* Página 275. Citado por FAYOS Gardo Antonio. Obra citada. Página 411.

²⁴⁸ ***“The intractable obscenity problema.”*** Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 419.

alguno²⁴⁹. Claro está que a tal providencia le siguió el caso *Miller* ya desarrollado en el presente texto y en el cual se relajó el examen a que se pruebe su carencia de valor serio, no carencia absoluta de valor como se señala en *Roth*. Por otro lado, en lo que respecta a las limitaciones impuestas para preservar los derechos de los demás en caso de conflicto resulta paradigmático el pensamiento del juez BLACK quien normalmente aboga la imposibilidad de restringir una expresión una vez esté dentro del ámbito de protección²⁵⁰, mas en el caso *Brown v. Louisiana* manifestó en su opinión disidente que la primera enmienda no permite la utilización de propiedad privada, así sea del gobierno, como escenario para la expresión de ideas disidentes²⁵¹. *Clark v. Community for Creative Non-Violence (CCNV)* convirtió la opinión del juez BLACK en precedente judicial al no permitir el uso de un parquet encomendado al gobierno federal como escenario para una dormida en señal de protesta; el servicio federal de parques permitió la manifestación mas sus regulaciones no permitían el que se durmiera fuera de los lugares señalados para camping²⁵². Otro ejemplo de limitación conforme al principio de responsabilidad ulterior es el *tort* de difamación en casos de libertad de prensa siempre que se publique con malicia o negligencia de la veracidad.

Establecidas tanto la necesidad de seguir el principio de legalidad, así como que deben ser invocadas finalidades taxativas en aras de restringir el derecho, procede el presente texto a aseverar que también se exige que la medida en cuestión sea necesaria como método de lograr el cometido constitucional y por ende que sea proporcional. Al respecto bastará con analizar el llamado caso *Internet* en el cual se declaró inconstitucional la ley de decencia en las comunicaciones, ley que entre otras imponía a las páginas web que mostraban material pornográfico la obligación de asegurarse que éste no se encontraba al acceso de menores de edad. Entre los fundamentos de la sentencia del tribunal supremo encontramos los siguientes: i) ambigüedad e incertidumbre en la redacción de términos

²⁴⁹ “*Obscenity is without redeeming social importance.*”. Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 419.

²⁵⁰ GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 409.

²⁵¹ “*Though the First Amendment guarantees the right of assembly...it does not guarantee to any person the right to use someone else’s property, even that owned by government and dedicated to other purposes, as a stage to express dissident ideas.*” Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 414.

²⁵² Citado por GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 414.

como “indecente” o “ofensivo”, ii) posibilidad de una ley menos lesiva a la libertad de expresión, iii) la protección de los menores de edad no debe implicar detrimento a la libre expresión entre adultos y iv) la improbabilidad de poder practicar defensas fundamentadas en el principio de buena fe dado que los mecanismos de verificación apenas están en desarrollo y hay ciudadanos que por ejemplo no tienen tarjetas de crédito y sería discriminatorio²⁵³. Entre los últimos argumentos nótese como hilo conductor el efecto congelante que harían estas medidas al discurso, mejor conocido como *chilling effect*²⁵⁴ y cuya consecuencia es otorgar protección especial a la libertad de expresión dándole espacio para respirar (*breathing space*)²⁵⁵.

6. Conclusiones preliminares.

De las particularidades estudiadas en el presente texto se extrae lo siguiente como conclusión:

1. La doctrina del *marketplace of ideas* y el derecho natural siguen permeando las consideraciones estadounidenses.
2. Salvo en temas específicos como las restricciones previas, existe simetría entre los fundamentos, niveles y alcances de la libertad de expresión en ambos sentidos (lato y estricto) tanto en Colombia como en los Estados Unidos.
3. Los exámenes de constitucionalidad de las medidas restrictivas son igual de exigentes en ambos países dadas las presunciones y cargas a favor de la libertad de expresión.
4. La pornografía infantil, los actos de apología al delito y la violencia, así como al genocidio no están dentro del ámbito de protección del derecho en ambos países, aunque queda la salvedad que en los Estados Unidos el examen que excluye al

²⁵³ FAYOS Gardo, Antonio. “El nuevo mercado de las ideas. (Sobre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso *Internet*”. Revista de Administración Pública. Número 144. Septiembre-diciembre de 1997. Páginas 235 a 237.

²⁵⁴ GRIER Stephenson Jr., Donald et al. Obra citada. Página 409.

²⁵⁵ FAYOS Gardo, Antonio. “Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana...”. Obra citada. Página 399.

discurso del ámbito de protección particularmente en temas raciales es más exigente.

5. Las semejanzas entre ambos sistemas de protección encuentra dos principales puntos de contacto: los fundamentos, pues de allí se extraen las demás conclusiones como consecuencia de una premisa mayor, y la pertenencia al sistema de protección interamericano así como demás obligaciones internacionales de ambos Estados.

Una vez hecha esta sucinta aproximación a la jurisprudencia estadounidense en materia de libertad de expresión, y vista la importancia de los sistemas regionales de protección, procede el presente texto a estudiar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IV. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión.

El presente acápite estará dedicado a resolver lo que ha dicho la jurisprudencia del tribunal regional respecto los puntos de contacto establecidos en las jurisprudencias nacionales anteriormente comparadas. Con ese orden de ideas, en primer lugar se realizarán unas consideraciones breves sobre los fundamentos, seguidas por otras en torno la libertad de expresión en sentido estricto y amplio, dónde se hará particular énfasis en la prohibición de censura, para finalizar con los requisitos establecidos para limitar el ejercicio del derecho.

1. Sobre los fundamentos.

A partir del caso conocido como “*La Última Tentación de Cristo*” en que se trataba la censura impuesta por Chile a la película de igual nombre, queda establecida la importancia medular de la libertad de expresión en las sociedades democráticas²⁵⁶ y lo que ello implica

²⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y Otros v. Chile). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Recurso electrónico disponible en: http://www.corteidh.or.cr/bus_temas_result.cfm?buscarPorPalabras=Buscar&pv%5FPalabras=libertad%20de%20expresi%C3%B3n&pv%5FTemas=CASOS%2CMEDIDAS&pv%5FTipoDeArchivo=doc Página 29.

en el desarrollo del individuo tal como resalta la Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985²⁵⁷. Similares consideraciones se encuentran en el caso *Kimmel* de dónde se colige su importancia medular para el sistema interamericano de protección de derechos humanos²⁵⁸. En los casos mencionados tales consideraciones implican consecuencias jurídicas, razón por la cual se procederá a estudiar el contenido de la libertad de expresión en ambos sentidos.

2. Sobre el contenido de la libertad de expresión *stricto sensu* y en sentido amplio.

En la mencionada Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas quedan de relieve tanto las dimensiones individuales y colectivas de la libertad de expresión²⁵⁹, así como la interconexión que se da entre libertad de expresión, información y prensa y cómo ellas también se garantizan mediante la libertad de fundar medios de comunicación, es decir permitir el pluralismo informativo²⁶⁰. Respecto a las expresiones cobijadas por la expresión *stricto sensu* resulta claro de la lectura del artículo 13 numeral 1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos la protección del contenido al igual que la del tono. En similar sentido, puede señalarse que de los numerales 2, 4 y 5 del mismo artículo se deduce la exclusión de expresiones de odio racial, genocida, incitante a la violencia y al delito, así como aquellas de pornografía infantil aunque se hace la salvedad que todos los temas también han sido desarrollados en otros instrumentos internacionales.

Ahora bien, quizás el elemento que mayor atención merece es la prohibición absoluta de censura o restricción previa salvo en casos de regulación del acceso (circunstancias de

²⁵⁷ *La colegiación obligatoria de los periodistas*. Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985. OC 5/85. Serie A, Nota. 5. Citado por Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo”. Caso citado. Página 28.

²⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “*Kimmel v. Argentina*”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Recurso electrónico disponible en: http://www.corteidh.or.cr/bus_temas_result.cfm?buscarPorPalabras=Buscar&pv%5FPalabras=libertad%20de%20expresi%C3%B3n&pv%5FTemas=CASOS%2CMEDIDAS&pv%5FTipoDeArchivo=doc Página 15.

²⁵⁹ *La colegiación obligatoria de los periodistas*. Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985. OC 5/85. Serie A, Nota. 5. Citado por Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo”. Caso citado. Página 28.

²⁶⁰ *La colegiación obligatoria de los periodistas*. Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985. OC 5/85. Serie A, Nota 44. Citado por Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “*Kimmel v. Argentina*”. Caso citado. Página 28.

modo, tiempo y lugar) para proteger a los menores de edad y que no pueden repercutir en perjuicio del derecho de los mayores de edad²⁶¹. Al respecto, señala la Corte que sólo está permitida la limitación del ejercicio del derecho conforme al principio de responsabilidad ulterior²⁶². Ello implica una anomalía en la posibilidad de acudir a tal decisión judicial en los Estados Unidos de Norte América, mas considerado que no se ha presentado en la historia constitucional reciente dados los estrictos exámenes a que se somete cualquier medida restrictiva de la libertad de expresión, queda claro que se trata de una anomalía apenas latente.

3. Los requisitos para limitar el ejercicio de la libertad de expresión.

Ya se ha establecido que los límites al ejercicio del derecho salvo en las condiciones ya estudiadas se realizan conforme al principio de responsabilidad ulterior, corresponde ahora añadir los subsiguientes requisitos establecidos en el caso *Kimmel* y cuyo desarrollo en el presente texto será sucinta por cuanto desde ya se anticipa exactitud con aquellos desarrollados en las jurisprudencias nacionales comparadas. Así las cosas: i) debe haber estricta formulación de la norma que consagra la medida, en el caso penal se requiere estricta legalidad penal, ii) la finalidad de la decisión es taxativa conforme a lo dispuesto por la convención, iii) la medida debe ser idónea y necesaria, y iv) la medida debe ser estrictamente proporcional²⁶³. La exactitud de requisitos y de fundamentos permite al intérprete dilucidar que así no se mencionen directamente las cargas que debe cumplir la administración para derrotar las presunciones a favor de la libertad de expresión, ambas existen.

4. Conclusiones preliminares.

Los puntos de contacto estudiados de la anterior forma permiten provisionalmente concluir lo siguiente:

²⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo”. Caso citado. Página 29.

²⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “*Kimmel v. Argentina*”. Caso citado. Página 15.

²⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “*Kimmel v. Argentina*”. Caso citado. Páginas 16 a 23.

1. La protección de fundamentos, contenido y forma de la libertad de expresión *stricto sensu*, así como la de los demás elementos normativos que configuran su sentido amplio no sólo corresponde a los diferentes procesos constitucionales sino también al consenso internacional sin perjuicio de la antigüedad o relativa juventud de las cartas políticas nacionales.
2. La exactitud en materia de exigencias para que procede la aplicación de una medida restrictiva implica su origen y poder vinculante hacia el Estado, tanto por los textos constitucionales pero mayoritariamente por las obligaciones internacionales existentes.
3. La existencia de una anomalía sólo será importante para el sistema de protección Interamericano cuando se haga presente, razón por la cual no se indagará más sobre las mismas sino con posterioridad.
4. Existen otras disposiciones internacionales que deben ser interpretadas de forma armónica con lo dispuesto por la Convención, tal como lo sería en materia de genocidio.

La importancia que las anteriores consideraciones atribuyen al analizado sistema de protección obliga a su necesaria comparación con su paralelo más cercano en Europa, razón por la cual a continuación se procede con su estudio.

V. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión.

Comoquiera que el presente acápite tiene por objeto explorar los puntos de contacto elaborados, se procederá en el siguiente orden: i) fundamentos, ii) presunciones y cargas, iii) contenido del derecho en ambos sentidos y iv) requisitos para limitar el ejercicio del derecho.

1. Fundamentos.

Al respecto, considera el presente texto que los principales argumentos a favor de la protección son simétricos con los esbozados en anteriores acápite. En lo atinente a la importancia que cumple la libertad de expresión en las sociedades democráticas baste recordar el informe presentado por la Comisión ante el Tribunal en el llamado caso *Glaserapp* en la cual se le caracteriza como “*pedra angular de los principios de la democracia y de los derechos humanos protegidos por el Convenio.*”²⁶⁴. Aparte el hecho que se reconozca la necesidad de mayor protección al derecho en comento dada su posibilidad de materialización de demás derechos fundamentales, resulta necesario señalar que tal interpretación se volvería precedente judicial desde el caso *Handyside* y añadida su importancia para el proceso de desarrollo individual en el caso *Lingens*²⁶⁵. Por otro lado, la protección del patrimonio artístico se vería estudiada en el caso *Müller* cuyo objeto era la protección restringida de ciertas obras de un artista consideradas obscenas por el gobierno suizo y en la cual se determinó que no debían ser destruidos los cuadros sino restringidos a un museo, de manera que sean valorados por sus características estéticas y no obscenas²⁶⁶. Así las cosas, se procede al estudio de los efectos jurídicos

2. Presunciones y cargas a favor.

A partir de lo expresado por FERNÁNDEZ SEGADO sobre la existencia de un criterio hermenéutico restrictivo a la hora de permitir injerencias en la libertad de expresión, se entiende el vigor de las tres presunciones de hecho a su favor, lo que implica las subsiguientes cargas para la administración a la hora de imponer tales medidas²⁶⁷. Ahora bien, en lo que respecta a la prohibición absoluta de censura debe señalarse que la Convención europea no proscribía la restricción previa mas en atención a los riesgos que ella implica para el intercambio de ideas propio de la democracia, claro resulta que las cargas y requisitos para su control sean de mayor envergadura tal como señalan los casos

²⁶⁴ Informe de la Comisión en el caso *Glaserapp*, formulado el 11 de mayo de 1984, epígrafe 110. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. “*La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*” En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Número 70. Octubre-diciembre. 1990. Página 96. Nota al pie 5.

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 1986, fundamentos de derecho, I, epígrafe 47. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 96. Nota al pie 4.

²⁶⁶ FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 105. Nota al pie 35.

²⁶⁷ FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 96.

*Alinak v. Turquía y Editions Plon v. Francia*²⁶⁸. Dicho lo anterior se procede con los contenidos del derecho en sentido estricto y lato.

3. Contenido del derecho en ambos sentidos.

De la sola lectura del artículo 10, secciones 1 y 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, quedan desarrollados todos los elementos normativos diferenciables de la libertad de expresión. Así, se encuentra la libertad de expresión *stricto sensu* como aquella designada a proteger el pensamiento y difusión del individuo, así como la libertad de información, prensa y medios de comunicación; en todas se reconocen las dimensiones colectivas e individuales tal como se señalaría en el caso *Sunday Times*²⁶⁹. Asimismo, queda claro que conforme al contexto y forma del discurso se generan responsabilidades y deberes por parte del emisor tal como señaló en Sentencia del 24 de mayo de 1988²⁷⁰; ello conforme a la sección 1 del artículo mencionado deba armonizarse, pues en principio las regulaciones sobre medios masivos son de carácter técnico de autorización previa sobre el acceso al mismo. De lo anterior se puede concluir que conforme al tipo de discurso se estará o no ante un nivel mayor de protección, tal como resulta en el caso *Lingens* que aplicando lo dicho en el caso *Sullivan* por la jurisprudencia estadounidense, determina que aunque los funcionarios públicos y políticos no se encuentran exentos de la protección del honor consagradas por el Convenio, las implicaciones de una sociedad democrática y la importancia que en ello juega la prensa conducen a establecer mayores márgenes de tolerancia, además de la necesidad de distinguir entre hechos y opiniones²⁷¹. De igual forma, debe señalarse que existe protección a la expresión simbólica como resulta de la

²⁶⁸ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 29 de junio de 2005 y el 18 de agosto de 2004 respectivamente. Citadas por Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Expediente T 1248380. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Página 273. Acápites IV-8. Nota al pie 299.

²⁶⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 26 de abril de 1979, fundamentos de derecho, I, epígrafe 66. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 96. Nota al pie 7.

²⁷⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de mayo de 1988, fundamentos de derecho, epígrafe 34. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 102. Nota al pie 28.

²⁷¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 8 de julio de 1986, fundamentos de derecho, I, epígrafe 41. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 97. Nota al pie 8. Asimismo, página 112, nota al pie 53.

postura expansiva del tribunal regional tal como señaló la Comisión en el caso *Müller*²⁷². También acá se entienden protegidas las ideas chocantes y divergentes por hacer parte de una sociedad democrática²⁷³. Por último, necesario se hace señalar que quedan por fuera del contenido del derecho aquellas expresiones de violencia y discriminación racial, apologéticas del genocidio o de pornografía infantil no en virtud de la Convención Europea como tal sino de su armonización con demás instrumentos internacionales de los que los Estados miembros son parte. Sin embargo, a pesar de los avances internacionales cabe acotar que existen conceptos asimétricos en ciertos ordenamientos, como lo sería el de niño o pornografía infantil a pesar de que en los mismos instrumentos se consignan con cierta precisión tal como señala MORALES²⁷⁴.

De forma somera se ha esquematizado un contenido similar a lo expuesto para la libertad de expresión en sentido estricto y amplio en anteriores acápite, a continuación corresponde estudiar con mayor detalle los requisitos para que resulte legítima la injerencia estatal mediante restricción previa o responsabilidad ulterior.

4. Requisitos para limitar el ejercicio del derecho.

Comoquiera que ya se ha dicho que no es requisito fundamental en la jurisprudencia europea el recurso a la responsabilidad ulterior, señala el presente texto que a pesar de esta diferencia y otras menores de carácter gradual, existe cierta armonía entre los requisitos para limitar el ejercicio del derecho en ambos sistemas de protección regional. Así, puede señalarse que tales requisitos son: i) que la restricción esté prevista por ley, ii) que persiga unos fines taxativamente señalados en la Convención y iii) que sea considerada necesaria

²⁷² “*El artista, en su labor creadora, no expresa solamente su personal sino también la idea que tiene de la sociedad en que vive. De esta manera, la expresión artística contribuye a la formación, y también a la manifestación de la opinión pública. Por otra parte, puede llevar también al público a enfrentarse con las grandes cuestiones de su tiempo.*”. Informe de la Comisión en el caso *Müller*, epígrafe 70. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 99. Nota al pie. 19. Además señalaría la Comisión en mismo informe en epígrafe 68 que porque el Convenio no especifica los medios protegidos, ésta debe extenderse a cualquier medio técnico utilizado.

²⁷³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 7 de diciembre de 1976, fundamentos de derecho, epígrafe 49. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 116. Nota al pie 61.

²⁷⁴ MORALES Fermín. “*Pornografía infantil e internet*”. Ponencia para las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal en Internet. UOC. Recurso electrónico disponible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/index.html> I y II.

en una sociedad democrática. Sobre cada uno de estos requisitos se señalarán algunas particularidades a continuación.

4.1 La legalidad de las restricciones.

En primer lugar, dada la participación del sistema anglosajón, debe colegirse que por ley se alude a esta en sentido amplio; es decir, no necesariamente tiene que ser ley promulgada por el parlamento tal como aclararía el tribunal en el caso *Sunday Times*²⁷⁵. Conforme a la jurisprudencia establecida, tres son los requisitos para que se entienda la legalidad de la restricción. A saber, su prescripción legal en sentido amplio, llegado incluso al caso de aceptar las normas emanadas del Colegio de Veterinarios en Alemania como prescripción legal en Sentencia del 25 de marzo de 1985²⁷⁶. Asimismo, la ley debe ser accesible lo cual implica la disposición por parte del ciudadano de patrones suficientes de comportamiento que se adecuen a las normas aplicables al caso; queda claro que la valoración sobre su accesibilidad se hará conforme a argumentos relativos al caso concreto²⁷⁷. Por otro lado, la ley también debe ser previsible lo cual está íntimamente vinculado a su precisión, mas debe aclararse que considerado el hecho que las leyes se expresan en términos del lenguaje y al cambio reiterado de conceptos, como sería el de sociedad, conforme al Tribunal Europeo deben aceptarse fórmulas más o menos vagas cuya aplicación dependerá de la praxis siempre y cuando la redacción imprecisa no obste *“al ciudadano prever hasta un extremo razonable, dadas las circunstancias, las consecuencias de un determinado acto.”*²⁷⁸. Dicho lo anterior se procede a estudiar las causales taxativas que permiten la restricción del derecho conforme a la Convención.

4.2 Las finalidades restrictivas.

²⁷⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 26 de abril de 1979, fundamentos de derecho, I, epígrafes 47, 48 y 49. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 103. Nota al pie 30.

²⁷⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 25 de marzo de 1985, fundamentos de derecho, I, B) epígrafe 46. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 105. Nota al pie 34.

²⁷⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 26 de abril de 1979, fundamentos de derecho, I, epígrafe 49. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 106. Nota al pie 37.

²⁷⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de mayo de 1988, fundamentos de derecho, I, epígrafe 29. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 106. Nota al pie 39.

El artículo 10.2 del Convenio establece la posibilidad de limitar el ejercicio de la libertad de expresión en aras de salvaguardar uno de los siguientes bienes jurídicos: i) la seguridad nacional, ii) la integridad territorial, iii) la seguridad pública, iv) la defensa del orden, v) la prevención del delito, vi) la salud, vii) la moral, viii) la reputación o los derechos ajenos, ix) informaciones confidenciales y x) la autoridad e imparcialidad judicial. A lo anterior debe añadirse que estos conceptos son autónomos a su significado en el Derecho interno de cada Estado miembro y que en el caso concreto será el Tribunal Europeo quien precise el sentido de cada uno de estos conceptos jurídicos indeterminados²⁷⁹. Así, por mencionar algunos precedentes jurisprudenciales, en defensa del orden se avaló la sanción impuesta por un tribunal militar holandés a unos soldados que pretendían la publicación de una obra que hubiese minado la disciplina castrense²⁸⁰. Por otro lado, conforme a los casos *Müller*²⁸¹ y *Dudgeon*²⁸², queda claro para el tribunal existe un vínculo natural entre la moral y los derechos de los demás en atención especial que merecen bien sea por falta de madurez, estado de dependencia u otros. En cuanto a la reputación queda lo ya expresado a partir del caso *Lingens* sobre la necesidad de precisar entre hechos y juicios de valor u opiniones, y naturalmente las cargas que deben soportar los funcionarios públicos. Respecto a la autoridad e imparcialidad judicial, queda claro reflejo de la necesidad de estudiar estas disposiciones a partir del resto del Convenio, por cuanto ésta se desprende del derecho a la tutela judicial y al principio de la preeminencia del Derecho. Ello implica que se trata de derechos consagrados a las partes, las partes litigantes y por lo mismo, su natural relación con la protección de los derechos de los demás²⁸³. La alusión a los derechos de los demás también aparece en el caso *Glasnappe* que versa sobre seguridad nacional, entendida ésta por la Comisión como la protección del contexto democrático de la sociedad alemana²⁸⁴. A partir de lo anterior, concluye FERNÁNDEZ SEGADO que la instancia europea ha acudido por regla general al concepto

²⁷⁹ FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 108.

²⁸⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 8 de junio de 1976, fundamentos de derecho, III, a), epígrafe 98. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 109. Nota al pie 45.

²⁸¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de mayo de 1988, fundamentos de derecho, I, epígrafe 35. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 110. Nota al pie 47.

²⁸² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 22 de octubre de 1981, fundamentos de derecho, I, epígrafe 47. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 110. Nota al pie 48.

²⁸³ FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Páginas 112 y 113.

²⁸⁴ Informe de la Comisión en el caso *Glasnappe*, formulado el 11 de mayo de 1984, epígrafes 87, 88 y 89. Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 114. Nota al pie 56.

de protección de los derechos de los demás a la hora de legitimar una injerencia hacia la libertad de expresión²⁸⁵.

4.3 La necesidad de la injerencia.

Sobre el particular ha de acotarse en primer lugar que por necesario no se alude a indispensable sino a socialmente imperioso o imprevisto y que también implica proporcionalidad por parte de la medida. En segundo lugar, debe señalarse que corresponde a las autoridades nacionales el margen de apreciación sobre la necesidad de la medida, pero y en tercer lugar, este margen de apreciación se encuentra fiscalizado por el Tribunal Europeo, cuya interpretación no estará limitada por el Derecho interno sino a partir de las demás disposiciones del Convenio y sus mismos precedentes judiciales²⁸⁶. Señalado lo anterior resulta procedente la elaboración de unas conclusiones preliminares.

5. Conclusiones preliminares.

Frente a los puntos de contacto estudiados con el sistema Interamericano de derechos humanos puede concluirse lo siguiente:

1. Se comparten los mismos fundamentos de protección de la libertad de expresión y ello implica la existencia de presunciones a favor de la misma y cargas hacia la administración que deben ser cumplidas a la hora de justificar conforme al respectivo Convenio cualquier injerencia hacia la libertad de expresión.
2. Los ámbitos respectivos de la libertad de expresión *stricto sensu* y amplio resultan casi simétricos en ambos sistemas, entiéndase protección de la libertad de prensa, expresiones chocantes o simbólicas por decir algunas.
3. Las posibilidades de limitación de la libertad de expresión corresponden a las disposiciones de cada Convenio armonizadas con otros instrumentos internacionales como ocurre en materia de genocidio, discriminación racial o

²⁸⁵ FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Página 115.

²⁸⁶ FERNÁNDEZ Segado, Francisco. Obra citada. Páginas 115 a 121.

pornografía infantil; de allí que como el Convenio Europeo no proscriba la restricción previa, se permita ésta conforme a un riguroso examen de constitucionalidad por cuanto los Estados Miembros tienen la obligación de aplicar a su Derecho interno tales disposiciones.

4. En ambos sistemas la legalidad de la medida se encuentra asimismo vinculada a su finalidad taxativa y la íntima relación entre los conceptos de necesidad imperiosa y proporcionalidad de la misma.
5. Lo anterior implica en ambos sistemas la existencia de un margen nacional de apreciación que se encuentra fiscalizado conforme al Convenio por las respectivas Cortes y Comisiones.
6. La legalidad se entiende con mayor rigor en el sistema Interamericano como bien se ha visto.
7. Queda de relieve la vital importancia de los sistemas de protección regionales en la valoración para determinar si cierta conducta puede ser o no tipificada como delito.

CAPÍTULO TERCERO:

LOS SISTEMAS DEL DELITO.

I. Método.

Cómo ya se ha señalado, el presente capítulo tiene por objeto estudiar los planteamientos del finalismo y ambos funcionalismos en lo atinente a la legitimidad del Derecho penal. Para ello ha de entenderse por legitimidad la función y fin que cumple el Derecho penal en tales esquemas, por cuanto establece el criterio material decisorio para determinar si cierta conducta es delito o no, así como los fundamentos para responder a las relajaciones en las demás garantías. Dicho lo anterior, se procederá en primer lugar con los planteamientos del finalismo esbozados por WELZEL, para luego proceder a lo dicho por ROXIN y JAKOBS respectivamente.

II. El finalismo.

1. Desarrollo.

Introducido para superar las críticas al causalismo clásico y al neocausalismo, e incluso a los estragos causados por la escuela de Kiel en la ciencia alemana, el finalismo parte de una consideración fundamental sobre la acción humana de carácter ontológico, para WELZEL, toda acción humana se desarrolla conforme a una finalidad o intención²⁸⁷.

²⁸⁷ “Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. Ella es el factor de dirección que sobredomina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente. Sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, pertenece por ello, a la acción como factor integrante, ya que, y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer exterior.”

Además de acarrear el famoso traslado del dolo y la culpa a la tipicidad en lo que respecta al esquema del delito, incluir los elementos subjetivos dentro de las causales de justificación y considerar a la culpabilidad un juicio normativo²⁸⁸; el esquema finalista otorga al Derecho penal la función de proteger valores ético-sociales que se ven vulnerados por el desvalor de acción, o en otras palabras, la intención de transgredir tales valores, de manera que se fortalezca la confianza en la fidelidad jurídica²⁸⁹. Cabe también aclarar que aunque la misión final del Derecho penal es la que se acaba de reseñar, el finalismo acepta la protección de bienes jurídicos como misión mediata²⁹⁰. Lo anterior implica una postura absolutista en torno a la pena, ésta no cumple ninguna función de prevención sino que se aplica por su merecimiento²⁹¹. La legitimidad del Derecho penal radicaría pues en la capacidad limitante del concepto de valor ético social, capacidad que según el finalismo surge de la naturaleza de las mismas estructuras lógico-objetivas que determinan al concepto de acción y al mismo Derecho penal expresado a través del legislador; se trata de un fundamento conocido también como Derecho natural negativo y que tal como apunta ZAFFARONI, cuando el legislador transgreda tales estructuras no quedará afectada de un tajo la validez de la norma sino que se tornará imperfecta o fragmentaria²⁹². Evidentemente,

WELZEL, Hans. *“Derecho Penal Alemán: Parte General”*. Trad. Por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11ª edición. Editorial Jurídica de Chile. 1970. Santiago de Chile. Página 54.

²⁸⁸ Según BERNATE, el desarrollo subjetivo del injusto es el principal aporte del finalismo. Ver BERNATE Ochoa, Francisco. *“La Legitimidad del Derecho Penal”*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2007. Página 248. Por otro lado, AGUDELO refiere los tres con igual importancia en su obra dada su matriculación con la escuela, ello sin desmedro de que sí constituyen verdaderos logros. Ver AGUDELO Betancur, Nodier. *“Curso de Derecho Penal: Esquemas del Delito.”*. Editorial Temis. Tercera Edición. Bogotá. 2004. Páginas 71 a 91.

²⁸⁹ ***“La misión primaria del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ello constituye el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del derecho penal es de naturaleza ético social y de carácter positivo. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica.”*** WELZEL, Hans. *“Derecho Penal Alemán...”* Obra citada. Página 13.

²⁹⁰ BERNATE Ochoa, Francisco. *“La Legitimidad del Derecho Penal.”* Obra citada. Página 246.

²⁹¹ Al señalar que los presupuestos esenciales por regla general para la punibilidad son la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; y aceptando excepcionalmente otras condiciones objetivas de punibilidad como indemnidad o inmunidad, se concluye que WELZEL considera la pena una consecuencia necesaria de la culpabilidad. Sobre esto se ahondará con profundidad pues consiste en la principal crítica de ROXIN. Ver WELZEL, Hans. *“Derecho Penal Alemán...”*. Obra citada. Página 87.

²⁹² ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Citado por BERNATE Ochoa, Francisco. *“La Legitimidad del Derecho Penal”*. Obra citada. Página 247. Ver nota al pie 599.

la manifestación de los valores ético-sociales surge de su necesidad vital para la comunidad; se trata de aquellos valores que cimientan la comunidad y no al individuo, y que por tanto hacen parte y son fundacionales de la conciencia jurídica del Estado²⁹³. Por tanto, pueden extraerse como sustratos de legitimidad el Derecho natural y el texto constitucional, aunque en el caso del último también está el límite impuesto por la naturaleza del objeto que en interpretación kantiana no puede ser modificada por el sujeto que la estudia²⁹⁴, así como a partir del respeto que debe ostentar la norma por la autonomía ética de la persona²⁹⁵, la cual si es referencia de Derecho natural respecto el individuo.

2. Crítica.

Ahora bien, en el sistema finalista persiste la diferenciación entre Política criminal y Derecho penal. Aunque WELZEL propugna la sujeción de los planteamientos dogmáticos a las exigencias Político-criminales, tal sujeción es realizada siempre bajo el marco de las estructuras lógico-objetivas. Con un ejemplo ha de bastar: Existen delitos en que la exigencia del principio *nullum crimen sine legem* se cumple cabalmente en los llamados tipos de descripción exhaustiva, como es el caso de los tipos dolosos por regla general, mientras que en los delitos imprudentes o de omisión impropia, estos son considerados abiertos. En los dos casos de la última categoría señala WELZEL que aunque sí hay un menoscabo en la determinación ello ocurre por la misma naturaleza de las cosas pero que en cada caso el juez dispone de un margen de orientación suficientemente determinado que permite al ciudadano extraer el modelo de conducta positivo y negativo²⁹⁶. No obstante que lo anterior mantiene coherencia dogmática, quizás sea el momento de introducir la principal crítica al sistema finalista esbozada por ROXIN. Al respecto, se señala que la estructura absolutista de la pena es retributiva porque surge de categorías ontológicas y por tanto se trata de posturas ***“inmunizadas desde el principio contra objetivos sociales y Político-***

²⁹³ BERNATE Ochoa, Francisco. “*La Legitimidad del Derecho Penal*”. Obra citada. Página 246.

²⁹⁴ “...*las categorías del conocimiento son también categorías del ser, es decir, que no son sólo categorías gnoseológicas, sino (de modo primario) categorías ontológicas.*”. WELZEL, Hans. Prólogo a la cuarta edición del *Nuevo sistema de derecho penal*. Citado por AGUDELO Betancur, Nodier. Obra citada. Página 72. Nota al pie 40.

²⁹⁵ AGUDELO, Betancur. Nodier. “*Curso de Derecho Penal: Esquemas del Delito.*”. Obra citada. Página 111.

²⁹⁶ WELZEL, Hans. “*Derecho Penal Alemán*”. Obra citada. Página 75.

criminales.”²⁹⁷, lo cual implica su lejanía con la realidad y la subsiguiente posibilidad que soluciones dogmáticamente correctas resulten materialmente equívocas. Esta misma crítica es aplicable al causalismo alemán en su primera y segunda vertiente en la medida en que todas estas escuelas se encuentran cimentadas en fundamentos ontológicos, en opuesto a las reflexiones valorativas del funcionalismo que a continuación se exponen.

3. Síntesis

La legitimidad del Derecho penal subyace en las estructuras lógico-objetivas y en el respeto a la autonomía ética del individuo.

III. El funcionalismo moderado.

1. Desarrollo.

Desde que VON LISZT señalara al Derecho penal como la barrera infranqueable de la Política criminal, ha existido en los sistemas ontológicos la conceptual escisión entre la misión social del Derecho penal representada en postulados empíricos en torno al tratamiento de la conducta, y la misión jurídica del mismo, la cual consiste en asegurar la aplicación igualitaria de la ley respetando las garantías del individuo frente al Estado²⁹⁸. Ello ha implicado la ajenidad e incluso contrariedad en todo desarrollo sistémico de las finalidades Político-criminales. De hecho, se les excluye tal como deja de relieve ROXIN al estudiar los textos del llamado padre de la Ciencia Penal, así como de WELZEL y JESCHECK²⁹⁹. A lo anterior, el catedrático de Múnich elabora dos objeciones principales. A saber, que no son tales las llamadas ventajas sistémicas si se considera el poco rendimiento práctico de muchas de sus teorías, así como las dificultades en ordenación,

²⁹⁷ ROXIN, Claus. “*Dogmática Penal y Política Criminal*”. Traducido por Manuel A. Abanto Vásquez. Editorial IDEMSA. Lima. 1998. Página 26.

²⁹⁸ ROXIN Claus, “*Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*”. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Bosch. Barcelona. 1972. Páginas 14 y 15.

²⁹⁹ ROXIN Claus. “*Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*”. Obra citada. Página 18. Notas al pie 9 y 10.

dominio y proporción de sus elementos conceptuales, y por otro lado, que al estar excluida la Política criminal, evidentemente las soluciones podrán ser de precisión teórica pero materialidad injusta o equívoca en determinados casos³⁰⁰. En oposición a un concepto ontológico del Derecho penal, ROXIN demuestra la extensión y aplicación de los postulados Político criminales en la teoría del delito, así como su interpretación. Por ejemplo, la tipicidad corresponde al principio *nullum crimen sine legem*, la antijuricidad a las soluciones sociales de conflictos, y en la responsabilidad a las funciones limitadoras de la pena del principio de culpabilidad y consideraciones sobre prevención general y especial³⁰¹. Es precisamente de la función que cumple la pena que es extraída la función del Derecho penal: permitir la mejor conformación social posible al prevenir la comisión de punibles, respetando siempre las garantías del individuo dentro de un Estado Social de Derecho³⁰². La legitimidad por tanto, se encuentra en la adecuada ponderación entre finalidades y garantías. Asimismo, cabe resaltar que ROXIN no renuncia al criterio del bien jurídico como límite mas lo entiende a partir de la Constitución como “*aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del sistema.*”³⁰³, de donde quedan excluidas las finalidades meramente ideológicas, las inmoralidades y los preceptos que atenten contra la dignidad del individuo³⁰⁴.

2. Crítica.

Al respecto, necesario resulta señalar que es en la función de la pena dónde hace hincapié la presente escuela y por tanto, se permite la relajación de sus postulados sistémicos en tanto se satisfagan a cabalidad las exigencias que conlleven a la producción de resultados Político-criminalmente deseables; se le critica que renuncie a la coherencia³⁰⁵, mas como se verá, la renuncia a la coherencia del sistema de delito se hace en aras de

³⁰⁰ ROXIN Claus. “*Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*”. Obra citada. Páginas 18 a 20.

³⁰¹ ROXIN Claus, “*Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*”. Obra citada. Página 39 a 41.

³⁰² BERNATE Ochoa, Francisco. “*La Legitimidad del Derecho Penal*”. Obra citada. Página 252.

³⁰³ ROXIN, Claus. “*Derecho Penal. Parte General. Tomo I...*”. Obra citada. Página 56.

³⁰⁴ ROXIN, Claus. “*Derecho Penal. Parte General. Tomo I...*”. Obra citada. Página 57.

³⁰⁵ BERNATE Ochoa, Francisco. “*La Legitimidad del Derecho Penal*”. Obra citada. Página 255.

obtener coherencia constitucional. Este argumento como se verá resulta también aplicable a la crítica expuesta por FEIJOO SÁNCHEZ en cuanto a la falta de fundamento común entre las distintas teorías sobre fines y funciones de la pena dentro de la teoría dialéctica de ROXIN, así como la falta de orientación en ella respecto la prevención general positiva³⁰⁶. Esta segunda objeción, será vista por el presente texto como algo que el modelo debe complementar y no como un argumento descalificatorio del mismo.

Ahora bien, otra objeción fundamental y con relación intrínseca al proceso expansivo constituye el concepto de bien jurídico. Al respecto se acoge aquí la postura de HEFENDEHL sobre la viabilidad de la teoría del bien jurídico siempre y cuando se entienda a éste como el punto originario en la determinación de delitos de conducta, particularmente en el énfasis que se debe imponer a la libertad dentro del criterio de proporcionalidad, y se le logre escindir de aquellos bienes denominados aparentes pues sólo así pueden sortearse las dudas que suscita en la actualidad el concepto³⁰⁷.

3. Síntesis.

La legitimidad del Derecho penal se encuentra dentro del funcionalismo moderado en la adecuada valoración constitucional de un Estado Social de Derecho, sobre los principios Político criminales en torno a las funciones preventivas de la pena y las garantías del individuo.

IV. El funcionalismo radical.

1. Desarrollo.

³⁰⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Retribución y prevención general. Un estudio sobre las teorías de la pena y la función del Derecho penal.”. Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2007. Páginas 248 y subsiguientes.

³⁰⁷ HEFENDEHL, Roland. “Las jornadas desde las perspectiva de un partidario del bien jurídico.”. En “La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?”. HEFENDEHL, Ronald. Editor. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Edición española a cargo de Rafael Alcacer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid y Barcelona. 2007. Páginas 409 a 414.

Al igual que la anterior corriente, el funcionalismo radical otorga el carácter de misión del Derecho penal a la función cumplida por la pena. No obstante lo anterior, la diferencias sustanciales en la fundamentación obligan a diferentes nociones en cuanto al fin último, así como a su legitimidad. En vez de cimentarse sobre principios Políticos bajo una valoración empírico-jurídica, JAKOBS opta por una concepción sociológica del Derecho, y cuya columna vertebral se encuentra en la obra de LUHMANN. Para éste último, la sociedad es un sistema de auto-referencia basal, es decir, autopoietico³⁰⁸ y en el cual la acción configura la función de último fenómeno comunicativo de la unidad del sistema que lo configura y diferencia del entorno³⁰⁹. Conforme al concepto de acción comunicativa, JAKOBS sostiene que el delito es la negación de la estructura normativa de la sociedad y que la pena es la confirmación de tal estructura³¹⁰. En ese orden de ideas, la función de la pena es de prevención general positiva, siendo de segundo orden las demás consideraciones preventivas y cuya consecuencia es la equiparación de acción y omisión, entendiendo que éstas también debe ser culpables, y fundamentando la responsabilidad en la vulneración de expectativas normativas referidas a deberes negativos (aseguramiento, salvamento, asunción) o deberes positivos emanados por competencia institucional, es decir, el rol general y el particular respectivamente³¹¹. A partir de lo anterior se entiende que la legitimidad del sistema penal subyace aquí en la existencia de la norma de la cual surgen deberes y expectativas, y la cual en el actual estado de cosas que delimita nuestro sistema social debe ser acorde al modelo constitucional vigente. De allí se concluye que los parámetros fundamentales son la norma y la funcionalidad de la misma con el sistema, al punto que como ya se mencionó, quienes profesan esta teoría han invocado el concepto de

³⁰⁸ *“Un sistema autopoietico puede representarse entonces como algo “autónomo”, sobre la base de una “organización cerrada” de reproducción. Clausura y auto-referencia se relacionan en un nivel formado por la síntesis de elementos, y no niegan en modo alguno la dependencia respecto al entorno a otros niveles. Queda claro, no obstante, que en el ámbito de los sistemas autopoieticos, la clausura circular interna es condición sine qua non para la continuidad de la auto-reproducción del sistema y que el cese de la misma significaría la muerte.”*. LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión, autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.*. Universidad Iberoamericana. Editorial Anthropos. Barcelona. 2005. Página 106.

³⁰⁹ LUHMANN, Niklas. Obra citada. Página 106.

³¹⁰ JAKOBS, Gunther. *“¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En *“El funcionalismo en derecho penal.”*. Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. Página 55.

³¹¹ BERNATE Ochoa, Francisco. *“La Legitimidad del Derecho Penal.”*. Obra citada. Páginas 257 a 260.

subsidiariedad en materia de deberes de auto-protección de la víctima por ser mucho más funcional que el recurso al Derecho penal³¹².

Siguiendo la pauta de que el Derecho penal es un sistema clausurado al que le compete exclusivamente la tarea de otorgar contenidos de legitimidad³¹³, PIÑA ROCHEFORT sostiene que mediante la diferenciación de estructuras especializadas que distingan entre sistema y entorno, sistema y subsistema, se garantiza el cumplimiento de su función. Para ello, señala como estructuras formales aquellas tratadas por la doctrina liberal como son el principio de legalidad, y a diferencia de los planteamientos hasta ahora estudiados, señala como criterios de legitimidad material los principios de culpabilidad, igualdad, humanidad, proporcionalidad, principios que parecían ser olvidados por la teoría de sistemas, y añade el criterio del rol social entendido únicamente como aquél que genera expectativas sociales a partir de una norma³¹⁴. Sobre lo dicho aquí, se profundizarán ciertos aspectos con posterioridad.

2. Crítica.

Principalmente, se le achaca a JAKOBS la teorización de un sistema que se da para cualquier modelo social, incluyendo las dictaduras tanto militares como legislativas. En otras palabras, depende de lo que postule la norma sin algún contenido material que permita distinguir su legitimidad. Por el contrario, la legitimidad parece estar referida únicamente a que la norma surja del órgano competente para su expedición conforme a los requisitos establecidos. Tal es lo señalado por URBANO MARTÍNEZ³¹⁵. En ese orden de ideas, el último fundamento normativo sería el texto constitucional mas una vez modificado pareciera no haber límites por cuanto la referencia es de orden estrictamente formal³¹⁶. En similar sentido se ha ubicado la mayoría de la doctrina. Al respecto, el autor de este texto suscribe que la principal crítica que pueda esbozarse al funcionalismo radical no yace en la propuesta sistémica en sí, pues ella resulta explicativa del esqueleto del Derecho penal, sino

³¹² PRITWITZZ Cornelius. Obra citada. Página 437.

³¹³ PIÑA Rochefort, Juan Ignacio. “*Rol social y sistema de imputación.*”. Obra citada. Página 426.

³¹⁴ PIÑA Rochefort, Juan Ignacio. “*Rol social y sistema de imputación.*”. Obra citada. Páginas 425 a 427.

³¹⁵ URBANO Martínez, José Joaquín. Obra citada. Página 107.

³¹⁶ URBANO Martínez, José Joaquín. Obra citada. Página 106.

en limitarse a tal lenguaje sin aterrizar sus contenidos a los conceptos con que se entiende la realidad actual.

3. Excurso: sobre la aplicación de la teoría sistémica como límite al Derecho penal a partir del Derecho internacional público

En anterior ocasión se tuvo la oportunidad de precisar con mayor detalle referido al Derecho Penal del Enemigo la apreciación que a continuación se desarrolla de forma sintética³¹⁷. Claro queda el funcionamiento del sistema conforme a expectativas normativas mas ellas no sólo se dan entre individuos sino entre Estados en cuyo caso surgen a partir de las fuentes del Derecho internacional público. Se trata de expectativas que al verse vulneradas generan un supuesto de responsabilidad internacional cuyo fin es precisamente el de mantener la vigencia en la confianza de las mismas; es decir, existe una gama de normas que limitan la actividad legislativa del Estado y en las cuales resulta extremadamente difícil, por no decir imposible, variar en perjuicio de alguna garantía ciudadana sus contenidos, dificultad que variará con la fuente pero que persiste en todas. Baste con señalar que la prohibición de tortura tiene una doble fuente, tratado y *ius cogens*³¹⁸.

Ahora bien, queda claro que a partir de lo anterior no es tan viable señalar que la norma penal queda despojada de cualquier contenido pues ésta se ve obligada por las disposiciones internacionales en la materia. No obstante, lo anteriormente dicho no basta para satisfacer del todo los cuestionamientos al actual modelo en torno a su legitimidad, pues aún limitados por el Derecho internacional público, la gama de actuales garantías constitucionales supera las fronteras fijadas dentro de tal. La funcionalidad y operatividad del sistema penal dentro de cualquier sistema que respete las disposiciones mínimas mas menoscabe las ya adquiridas en nuestro ahora constitucional, resulta viable con la propuesta de JAKOBS.

³¹⁷ ESCOBAR Beltrán, Samuel Augusto. Obra citada.

³¹⁸ ESCOBAR Beltrán, Samuel Augusto. Obra citada. Página 11.

4. Síntesis.

La legitimidad del Derecho penal nace de los deberes consagrados en la norma y de los cuales existen expectativas que deben ser reafirmadas de forma funcional mediante la pena. Expresados los planteamientos sobre la legitimidad en los modernos sistemas del delito, se procederá a relacionar las variables de los elementos estudiados en aras de obtener una hipótesis.

CAPÍTULO CUARTO: PLANTEAMIENTO DE UNA HIPÓTESIS.

I. Método.

A continuación se analizará lo ya estudiado sobre el proceso expansivo del Derecho penal respecto la legitimidad en los sistemas del delito. Posteriormente, estos últimos serán considerados conforme a las conclusiones respecto la libertad de expresión. El presente capítulo finalizará con la presentación de una postura. Para mejor entendimiento de los siguientes acápite es imprescindible aclarar que aquí por dignidad humana se entiende la apreciación kantiana del imperativo categórico, bajo el entendido que el hombre al ser un fin en sí mismo no puede ser instrumento de otros fines, la cual es una de las líneas reseñadas por nuestra jurisprudencia constitucional respecto al concepto en Sentencia T-881/02³¹⁹. Lo anterior guarda relación intrínseca con el respeto por la autonomía del individuo. De igual forma, se señala que las otras líneas reseñadas, a saber: la existencia de condiciones cualificadas de vida y la intangibilidad de cuerpo y espíritu, en medida alguna entran en conflicto con la circunscripción de la dignidad humana a un principio que por naturaleza es inherente a la persona. De hecho, lo complementa.

II. La legitimidad en los sistemas del delito a partir de los elementos y causas de la expansión del Derecho penal.

Procede el presente acápite a estudiar cómo afecta el proceso expansivo cada uno de los sistemas, empezando por el finalismo.

³¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia del 17 de octubre de 2002. Expedientes T-542060 y T-602073. Magistrado Ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

1. El finalismo y la expansión.

Ante el problema de los elementos del proceso expansivo, los argumentos sobre la legitimidad en el sistema finalista, cimentados en las estructuras lógico-objetivas y la autonomía ética del individuo que es correlato de su dignidad, plantean dos respuestas. En lo atinente al elemento cualitativo, las relajaciones en las garantías sólo son admisibles si surgen de la naturaleza del objeto, y naturalmente, si no van en desmedro de otras estructuras ontológicas, entre ellas la dignidad del individuo. De allí, que aunque pueda argumentarse que resulta laxo aceptar la admisibilidad conforme a la naturaleza dada la vaguedad que puede presentar tal formulación, la autonomía ética configura un contenido de último límite de Derecho natural negativo. Ahora bien, respecto al elemento cuantitativo aplica similar lógica, sólo lo que es materialmente un desvalor ético-social resulta admisible. Ambas consideraciones implican que el proceso expansivo es únicamente razonable en cuanto a sus causas, en el escenario de los nuevos bienes jurídicos, los nuevos intereses, o una valoración nueva sobre aquellos preexistentes, aunque incluso aquí es plausible una objeción pues pareciera estarse ante una modificación del objeto por parte del sujeto. Sin ahondar en minucias, de allí resulta claro señalar que las causa subjetiva de sensación social de inseguridad en medida alguna resultaría aceptable, lo cual es adecuado para la ciencia jurídica, mas en consideración a las causa mixtas, y que como ya se ha dicho a través del texto, este es el sistema sostenido por GRACIA MARTÍN circunscribiéndole a la lucha por el discurso, surgen interrogantes puesto que si se acepta que más allá de la injusticia natural al desvalor de acción comunitario es igualmente requerido un consenso legislativo o el triunfo en la lucha por el discurso, se está aceptando que se requiere más que una estructura lógico-objetiva para legitimar al Derecho penal. Ello por cuanto los valores fundacionales de la conciencia jurídica se encuentran precisamente por fuera de la lucha por el discurso legislativo al encontrarse en la Constitución, y cuando se intenta transgredir tales valores mediante ley se está frecuentemente en el escenario cualitativo.

A partir de lo anterior, sostiene el presente texto que aunque en ciertos supuestos parecen favorablemente auto-restrictivos los planteamientos finalistas, su elaboración no parece capaz de atajar el entramado complejo del proceso expansivo sin generar sendas dudas.

2. El funcionalismo moderado y la expansión.

Ahora bien, en lo que respecta a los elementos del proceso expansivo, se tiene que el funcionalismo moderado propugna por la armonía entre valoraciones empíricas sobre principios Político-criminales plasmados en la Constitución frente a las garantías consagradas por la misma al individuo y que siempre deben ser respetadas, de donde es posible afirmar que frente al cariz cualitativo del fenómeno se optará siempre por las garantías del individuo salvo que se demuestre su viabilidad constitucional, la cual dada la naturaleza de las garantías y su importancia para el modelo estatal será casi imposible, particularmente en el caso de principios procesales, de ejecución penal, o legalidad. Por otro lado, frente al aspecto cuantitativo de la expansión, queda claro que será necesario que se trate de un bien jurídico en el sentido amplio dado por ROXIN, es decir, que tenga protección constitucional y que ello resulte favorable Político-criminalmente. En el presente caso también se asiste a una ponderación entre postulados jurídicos y realidades sociales. Con lo anterior, parecen atajadas todas las causas de la expansión por cuanto se tiene un criterio que impide la concreción de leyes penales por la mera subjetividad, así como imposibilita la penalización de realidades que no tengan suficiente sustento constitucional o que no resulten viables en su aplicación conforme a razonamientos empíricos. Precisamente, aquí se le otorga importancia a la lucha por el discurso legislativo mas se entiende que éste se encuentra seriamente limitado por los postulados constitucionales.

Así, parece el sistema de ROXIN idóneo en sus capacidades auto-restrictivas frente al proceso expansivo del Derecho penal.

3. El funcionalismo radical y la expansión.

Antes de proseguir, se aclara que la interpretación sistémica introducida por PIÑA ROCHEFORT no será tratada en los siguientes acápite sino posteriormente y por razones que allí se tratarán.

Así las cosas, en cuanto al elemento cualitativo de la expansión, el sistema de JAKOBS pareciera no referir mucho, mas ello no es así si se entienden las garantías del individuo como expectativas normativas frente a sociedad y Estado³²⁰, y dado que la función del Derecho penal es proteger tales expectativas, queda claro que resulta un contrasentido a tal función admitir tales relajaciones. Evidentemente, se trataría de una disfuncionalidad de tal magnitud que acabaría negando de un tajo la confianza normativa que precisamente este sistema pretende asegurar. Distinto es el escenario que se presenta en cuanto al Derecho penal del enemigo y con ello no debe confundirse, mas sobre tal particular se ahondará en posterior ocasión. Señalado el no rotundo que los postulados de esta teoría obligan sobre el aspecto cualitativo, necesario resulta reseñar que en el aspecto cuantitativo, lo estricto de esta teoría se convierte en laxo pues el único límite es la existencia de un deber normativo que configure una expectativa digna de protección penal, y tal dignidad surge con ocasión de la ley. Por ende, las causas invocadas serán únicamente importantes en tanto sean legales y obren de forma adecuada en el sistema, lo cual resulta un tanto incómodo de digerir pues la frontera fijada por el criterio de funcionalidad dependerá del sistema. Claro que reconocida la inmersión del sistema dentro del Estado Social de Derecho, el recurso a sus criterios de ponderación y lenguaje propio, se entendería este criterio de igual forma que con el funcionalismo moderado, mas al menos en la cuna de tales planteamientos no parece haber tal reconocimiento ni mucho menos voluntad de emplear sus conceptos.

De las anteriores consideraciones, se hace al presente sistema la misma formulación que en su momento se hizo al finalismo.

³²⁰ Y como ya se ha dicho a través del texto, expectativas entre Estados.

III. La legitimidad en los sistemas del delito a partir de las reflexiones sobre la libertad de expresión.

En vez de proseguir con las categorías elaboradas en el acápite anterior, de un tajo se señala en el presente que dentro del estudio de los fundamentos de la libertad de expresión, así como en el examen del ámbito de protección, se invocan elementos planteados como argumentos sobre la legitimidad por todos los sistemas recorridos. Similar situación ocurre en cuanto a los requisitos para delimitar una conducta dentro de tal ámbito normativo mas como se verá, resulta privilegiado en tal el modelo de ROXIN. Por ello, se sigue un distinto catálogo.

1. La relación entre los planteamientos sobre la legitimidad en los sistemas del delito a partir de los fundamentos de la libertad de expresión y su ámbito de protección.

Comoquiera que ya se han estudiado con profundidad, basta con señalar que cualquier fundamento en consideración a la dignidad humana toca directamente las concepciones del finalismo y funcionalismo moderado, e indirectamente al funcionalismo radical pues es esa la concepción sistémica preponderante en la actualidad. De igual forma ocurre, directa e indirectamente, con los argumentos sobre el funcionamiento de las democracias en los sistemas de ROXIN y JAKOBS. Ahora bien, claro es que la generación y preservación del conocimiento y patrimonio artístico en tanto frutos del espíritu humano tienen un correlato esencial en el Derecho natural, así como hacen parte de los cometidos del Estado Social de Derecho y no sólo son funcionales sino vitales para el sistema pues precisamente de allí deviene la capacidad autopoietica del mismo.

Por otro lado, en cuanto aquellas conductas que por consenso internacional han quedado por fuera del ámbito de protección, se encuentran presentes las expectativas normativas aplicada la tesis sistémica conforme lo ha hecho el presente texto. De igual forma, tales circunstancias en el orden interno obtienen simétricos resultados al ser ponderados conforme a principios constitucionales, así como es cierto que tienen cabida

dentro del mismo Derecho natural. No más téngase de presente que fue el Derecho natural el principal fundamento para sancionar en Núremberg el delito de genocidio³²¹, si se sanciona éste sirve a la misma racionalidad sancionar su apología. Igual sucede con la pornografía infantil, y la discriminación racial; se trata de la protección de Derechos naturales como la libertad y la igualdad. En el caso de la incitación al delito, se está protegiendo para el finalismo la fidelidad jurídica y para el funcionalismo radical, la vigencia normativa, curiosamente estas dos escuelas fundamentadas de forma diametralmente opuesta por maestro y discípulo se miran paralelamente en este caso: si para el finalismo el contenido de delito está en desvalor de acción y no de resultado, es claro que también en la sola incitación al mismo; para funcionalismo todo delito es incitación al delito dada su capacidad comunicativa, lo único diferente radica pues en el medio que canaliza. En lo atinente al funcionalismo moderado, ya se ha dicho que todos estos escenarios son viables dentro de una ponderación constitucional, a título de mera ilustración se sigue el caso de la incitación al delito: si la función del Derecho penal es garantizar la coexistencia pacífica en la sociedad proscribiendo ciertas conductas lesivas a bienes jurídicos, coexistencia que permite la expresión, precisamente con la incitación a cometer conductas de tal forma consideradas se amenaza directamente el entramado que reconoce, facilita y garantiza el ejercicio no sólo de ese derecho sino de los demás que obran en la Constitución.

Por último, y de fundamental importancia para la hipótesis del presente texto, se sostiene que los argumentos históricos y prácticos que fundamentan la libertad de expresión pertenecen precisamente a las lecciones que se han generado a partir de relevantes sucesos autopoieticos de diferentes sistemas, que en su momento y para la posteridad fueron enfrentados conforme al Derecho natural, y que dados los resultados negativos se ha optado por su formulación positiva que con el devenir del tiempo ha culminado en el Estado Social

³²¹ Se trata de una interpretación que se hace de la cláusula Martens y por tanto se traslapa con lo dicho sobre las expectativas normativas en el orden internacional. Como bien señala Ticehurst, la cláusula mencionada es el vínculo en el Derecho internacional entre Derecho positivo, consuetudinario y natural. TICEHURST, Rupert. “*La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados.*”. Revista Internacional de la Cruz Roja. Volumen No. 140. 1997. Páginas 131 a 141. Recurso electrónico disponible en <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDLCY>

de Derecho. La presente premisa será demostrada en el primer capítulo de la segunda parte del presente texto.

2. La relación entre los planteamientos sobre la legitimidad y los requisitos para imponer límites al ejercicio de la libertad de expresión.

Al respecto, se señala desde ya que es menor aquí la participación del sistema finalista por cuanto estos requisitos han surgido de postulados constitucionales e internacionales, y el método es precisamente el de la ponderación constitucional. No obstante lo anterior, no se quiere decir que no participan en tales requisitos los planteamientos del finalismo, pues en ellos la dignidad de la persona es una consideración central y que se ve reflejada en numerosos criterios como lo son las exigencias de necesidad y proporcionalidad, entendidas bajo el propósito de impedir menoscabo al espacio de libertad del individuo. Hecha tal precisión, considerando que las finalidades restrictivas son taxativas y se encuentran dentro del ámbito internacional, existen claras referencias a las propuestas sistémicas, tanto en la interpretación refrendada en el presente texto como en la del mismo JAKOBS, máxime si se considera que tales finalidades versan sobre contenidos de los cuales se deducen expectativas normativas como son los derechos de los demás, o el orden y la moralidad pública. Ello es concurrente con la exigencia sobre la legalidad de la medida. También es posible señalar que la ponderación, principalmente en cuanto al criterio de necesidad de la medida, es en cierta forma asimilable al examen sobre su funcionalidad. Ahora, entendida la interpretación internacional que ha dado este texto de la teoría de los sistemas, en el bloque de constitucionalidad quedan aglutinados tanto los principios inherentes a la persona, como las expectativas normativas que surgen por ocasión de tratados internacionales en materia de derechos humanos que no pueden ser limitados en estados de excepción y que han sido ratificados por el Estado, así como los principios de Derecho internacional por señalar algunos³²².

³²² Por bloque de constitucionalidad se entienden aquellos principios o normas que sin aparecer formalmente en la Carta, hacen parte de ella por disposición de la misma y son criterios para determinar la constitucionalidad de las leyes. Entre estas normas y principios se encuentran: aquellos inherentes a la persona humana y aquellos consagrados en tratados internacionales sobre derechos humanos que no admiten limitación bajo estados de excepción y que han sido ratificados por Colombia. ARANGO Olaya, Mónica. “*El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional*.”. Artículo académico en revista

El rigor del examen, particularmente en cuanto a necesidad entendida como la medida proporcional menos lesiva, parece dar al anteriormente vago criterio de funcionalidad un marco más definitivo. No obstante, todo lo anteriormente referido queda traducido de forma perfecta al sistema de ROXIN. Ello por cuanto la finalidad queda referida a finalidad constitucional, conforme a las criterios normativos incluyendo el llamado bloque de constitucionalidad, así como existe simetría en el método, siendo el criterio de necesidad la convivencia pacífica en sociedad asegurada por la protección de bienes jurídicos mediante la norma y las funciones de la pena; y el sub-criterio de proporcionalidad, la ponderación particular sobre la conveniencia de los anteriores elementos con valoraciones empíricas. De hecho, al ahondar sobre el requisito de que no exista medida menos lesiva a la libertad expresión para lograr su cometido, se encuentra adecuado paralelo con la protección subsidiaria de bienes jurídicos propugnada por el funcionalismo moderado.

Las anteriores consideraciones han despejado el camino hacia la formulación de una hipótesis, ahora corresponde recorrerlo.

IV. Una hipótesis nada novedosa.

El título al presente acápite es cierto en la medida que se optará por apoyar la posición dominante, o porque encontrará lugares comunes con posiciones minoritarias, mas el recorrido es desconocido y aún no ha sido demarcado. Para ello, se habrán de seguir cuatro premisas. La primera se ha ido desarrollando y demostrando paulatinamente a través del texto. A saber: **los planteamientos de todos los sistemas estudiados en cuanto a la legitimidad pueden ser utilizados con mayores o menores problemas para restringir el proceso expansivo, siendo el funcionalismo moderado el más útil.** Las siguientes tres premisas se desarrollan a continuación.

1. Los planteamientos fundacionales del finalismo y funcionalismo radical tienen asidero en la realidad y en razón a sus puntos diferenciables existe un enfrentamiento.

1.1 El finalismo.

A pesar de las dificultades científicas para trabajar dentro del Derecho natural, particularmente por su decaimiento, en la mayoría de los textos jurídicos es clara su invocación, y por tanto común, que se trate de derechos que no son dados por voluntad del legislador o constituyente sino que son meramente positivizados en aras de ampliar o delimitar su ámbito de protección sin que ello desmedre su existencia aparte de la norma. Sin ánimos de profundizar sobre la inmortalidad del cangrejo, sostiene el presente texto en el mero nivel intuitivo, la existencia de ciertos derechos inherentes a la persona humana sin necesidad de su reconocimiento por parte de Estado, sociedad o academia. Se trata de una concepción filosófica que no ha sido capaz de rendir eficientemente en los últimos años, pero que a juicios del autor constituye un acertado punto de partida en aras de dar material legitimidad al Derecho penal. En estos tiempos, como en todos, parece una grosería decir que a nivel intuitivo es conocido por todos los seres humanos el valor de la vida, mas es una grosería precisamente porque es cierto. Así como es cierto afirmar que ello no basta como fuente de legitimidad en sí para nuestra complejidad actual.

1.2 El funcionalismo radical.

Aunque se le llama escuela valorativa, pues parte la función de la pena sobre una valoración respecto la misión del Derecho penal, el sistema de JAKOBS toma por realidad social la propuesta de LUHMANN. El modelo sociológico ya explicado, sin afirmar que sea el único modelo viable, resulta aplicable en su funcionamiento básico a todos los sistemas que ha tenido el hombre. De hecho, la propuesta autopoiética explica satisfactoriamente tanto revoluciones y reformas políticas, como científicas y del resto de ámbitos. Un cambio dentro del sistema genera otros que lo contrarrestan o apoyan, generando una serie de conflictos dentro del mismo que lleven a conformar una auto-

comprensión sistémica. No más téngase de presente en la historia del pensamiento, cómo la hipótesis de la redondez de la tierra elaborada por BEHAIM habría de ejercer influencia en MAGALLANES para circunnavegar al globo, y con tal demostración resultaría influida la obra de ERASMO DE ROTTERDAM, que eventualmente daría las bases para una sociedad europea más tolerante³²³.

Ahora bien, la realidad de la propuesta sistémica es incluso cierta en cuanto al Derecho penal, queda claro que para los ciudadanos la pena cumple una función de prevención general positiva en tales términos referidos, mas también parece cierto que esto no es una función exclusiva, y que no debería serlo, mas lo es en la propuesta de JAKOBS³²⁴. Asimismo, es cierto que conforme a las reglas establecidas, o yendo en contravía como en una revolución, supóngase la de OLIVER CROMWELL³²⁵ mas inspirado por desarrollos históricos; es el sistema el parámetro decisivo para elevar a norma penal determinada conducta³²⁶. Ciertamente también ha sido que en muchos casos ello ha devenido en injusticia material a las luces de toda humanidad. Lo hasta aquí señalado no es

³²³ “...Magallanes acomete y termina la empresa marítima más digna de memoria y que corona todas las otras: el primer viaje de una criatura humana alrededor de toda la tierra, desde España hasta España. De este modo, queda comprobada como auténtica la imagen de la “manzana terrestre” de Martín Behaim, la primera esfera de la cual, a su aparición de 1490, se había hecho mofa, como hipótesis anticristiana y obra de un loco: la más osada acción venía a confirmar el más audaz pensamiento.....De la noche a la mañana, todo lo cierto se ha trocado en dudoso, todo lo de ayer parece viejo y gastado, como de mil años: los mapamundis de Tolomeo, santuario no derribado durante veinte generaciones, se convierten en juego de niños, gracias a Colón y Magallanes; las obras sobre Cosmografía, Astronomía, Geometría, Medicina, Matemáticas, crédulamente copiadas desde hace miles de años y admiradas como sin tacha llegan a quedar nulas y anticuadas; todo lo anterior se marchita ante el aliento cálido de los tiempos nuevos. Se acabaron ahora todas las disputas y comentarios escolásticos; las antiguas autoridades caen por tierra, como desbaratados ídolos de la veneración; se vienen abajo las torres de papel de la escolástica; la vista queda libre.”. ZWEIG, Stefan. “Erasmus de Rotterdam”. Biografías. Tomo III. Obras Completas. Clásicos y Modernos. Editorial Juventud. Barcelona. 1961. Páginas 426 a 428.

³²⁴ Ello se deduce de toda la literatura referenciada hasta el momento sobre el funcionalismo radical, así como de la misma pretensión por la unidad sistémica, incluyendo la misma interpretación de Piña Rochefort dada su suscripción a la clausura operacional del subsistema jurídico.

³²⁵ Biografía de Oliver Cromwell. BBC History. Recurso electrónico disponible en http://www.bbc.co.uk/history/historic_figures/cromwell_oliver.shtml

³²⁶ “Cada sistema funciona clausurado operacionalmente, de modo que diferencia por sí mismo las expectativas y las normas, que en su operación resultan válidas. Esta diferenciación puede tomar la forma de constitución o revalidación de normas, pero siempre es un proceso cerrado, en que la apertura del sistema es sólo cognitiva, de modo que sólo él puede asignar valor normativo a las cogniciones recibidas. No es posible la comunicación de normas de un sistema social a otro, sino sólo de cogniciones. Cada sistema determina si otorga valor normativo a dichas cogniciones.”. PIÑA Rochefort, Juan Ignacio. “Rol social y sistema de imputación.”. Obra citada. Página 426.

otra cosa más que la tensión entre facticidad y validez en término de HABERMAS, apuntando desde ya hacia una solución al no acoger radicalmente ninguna postura³²⁷.

De lo anteriormente dicho, se entiende que las posturas naturalistas y sistémicas, particularmente en su visión normativista, se encuentran en contradicción frente a sus fundamentos, y de allí frecuentemente en sus posiciones prácticas. Esta contradicción existe y será demostrada con argumentos históricos en mayor profundidad mas antes de tal constatación, se sostiene que tal contradicción se ve superada mediante a la fórmula Estado Social de Derecho.

2. La superación del enfrentamiento mediante el Estado Social de Derecho.

Efectivamente, el Estado Social de Derecho se encuentra fundamentado en el respeto al individuo mas tal respeto implica también el pluralismo y la tolerancia de ciertas conductas que materialmente injustas para algunos profesantes del Derecho natural, incluso conforme a una visión distinta del Derecho natural por parte de otros pueblos, se encuentran por ellos permitidas, como sería en el caso de la jurisdicción indígena. De hecho, los límites a las sanciones impuestas por la jurisdicción indígena se encuentran en valores intrínsecos reconocidos en el derecho la vida, y las prohibiciones de esclavitud y tortura, así como al debido proceso³²⁸. Aquí se palpan precisamente exigencias normativas

³²⁷ *“Las teorías normativas se exponen así a la sospecha de no tomar debidamente en consideración esos hechos duros que desde hace tiempo ya se vienen encargando de desmentir la autocomprensión del Estado constitucional moderno, inspirada por el derecho natural....La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sin mantener abiertos distintos puntos de vista metodológicos (participante vs. Observador), a diversos objetivos teóricos (reconstrucción efectuada en términos de comprensión y de análisis conceptual vs. descripción y explicación empíricas), a las diversas perspectivas que abren los distintos roles sociales (juez, político, legislador, cliente de las burocracias estatales, y ciudadano), y a distintas actitudes en lo que se refiere a pragmática de la investigación (hermenéutica, crítica, analítica, etc.)”*. HABERMAS, Jürgen. *“Facticidad y validez.”*. Obra citada. Página 68.

³²⁸ Sentencia No. T-523/ 97. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de octubre de 1997. Expediente T-124907. Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. En sentido diferente pero esbozando argumentos competentes al Estado Social de Derecho es prudente ver la Sentencia T-1026/98. Corte Constitucional. Sentencia del 17 de octubre de 2008. Expediente T.1.591.540. Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA. El Caso particularmente versa sobre unos indígenas condenados por sus propias autoridades pero que en el acta se les condena a cárcel colombiana y no a pena dentro del resguardo dada su peligrosidad, mas el INPEC se niega aduciendo precisamente que la diversidad se verá amenazada de internar miembros de comunidades en establecimientos penitenciarios. La Corte Constitucional apoya la tutela

de índole internacional y constitucional cuyo origen no ha sido otro que el mismo Derecho natural. Esta tensión aparente se ve liberada por un balance entre la dignidad de la persona y la diversidad, así como la tolerancia como principio fundamental de la convivencia. De allí que pueda decirse que en la ponderación del Estado Social de Derecho, se satisfaga la exigencia por la autonomía ética del individuo de forma que también resulte funcional con la sociedad. Baste con recordar que considerado fundamental o no, la propiedad aparece dentro de los escritos *iusnaturalistas* y de la Ilustración³²⁹ como un derecho natural, derecho que aún así se encuentra limitado por la función social y ecológica que cumple la propiedad³³⁰. De lo dicho y ya referido por LOCKE en nota al pie sobre los escritos ilustrados, queda nuevamente de relieve que en el Estado Social de Derecho existen exigencias normativas, entiéndase la función social de la propiedad, pero cuyos argumentos también pueden trazarse desde el Derecho natural y que enfrentan a sus mismos postulados, sin que normativismo o *iusnaturalismo* puedan aportar soluciones coherentes, y debe recordarse que se trata de sistemas que exigen y propugnan tal característica respecto la ciencia jurídica. Tal armonización es únicamente posible en un modelo que propugne la dignidad del ser humano, así como la pluralidad, la tolerancia y el interés general³³¹. Más aún, en Sentencia C-542 de 1993, al revisarse la constitucionalidad de normas antisequestros, se aceptó que la prohibición de rescate satisface una necesidad de interés general mas esta se ve limitada por el concepto de dignidad humana entendida como la prohibición de instrumentalizar al individuo³³².

interpuesta por los pueblos indígenas y obliga a su internamiento dentro del INPEC reiterando que cuando la comunidad misma no tiene infraestructura para que sus miembros rediman sus penas, tal obligación compete al Estado.

³²⁹ LOCKE, John. “*The Second Treatise of Government.*”. The Library of Liberal Arts Press Inc. United States of America. 1952. Páginas 29 y 30.

³³⁰ Sentencia C-595/99. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de agosto de 1999. Expediente D-2292. Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Los argumentos de la sentencia ya han sido ampliamente transitados, así como su amplitud a la función ecológica. Lo notable es que incluso aquí se palpan lugares comunes con el Derecho natural pues en la anterior cita del Locke, es precisamente el trabajo que cada hombre dedica a la tierra, la medida de su derecho sobre la misma.

³³¹ Se trata de lo dispuesto por el artículo primero de la Constitución mas en consonancia con lo dicho en el preámbulo y que dispone de igual fuerza normativa y vinculante que el articulado. Sentencia C-479/92. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de agosto de 1992. Expediente D-020. Magistrados Ponentes: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO Y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

³³² Corte Constitucional. Sentencia del 24 de noviembre de 1993. Expediente D-275. Magistrado Ponente: JORGE ARANGO MEJÍA.

De hecho, PIÑA ROCHEFORT, al señalar que entre sistemas no hay cambios de normas sino de cogniciones que cada sistema decide dar valor normativo, y al ubicar al rol social tanto como cognición, como criterio de legitimidad material, lo que está es aseverando que al abrirse el debate por el Estado Social de Derecho se acordó el valor de ideas que habían trasegado por la historia del pensamiento, y que ahora ostentan un nivel de identidad normativa constitucional³³³. Ahora bien, acoge el presente texto en parte la postura del autor mencionado, señala que no se le sometió al análisis de sus contenidos por cuanto resultaba de mayor provecho explorar los lugares comunes con ella, para ahora señalar que al pretender en esta interpretación la unidad coherente del sistema de delito, se posiciona en igual situación de desventaja que los demás planteamientos frente al funcionalismo radical. Más aún, si lo dicho por esta visión funcionalista acepta la inmersión de nuestra normatividad en cogniciones fundacionales del Estado Social de Derecho, recurrir exclusivamente al lenguaje sistémico como único justificante resulta en beneficio apenas de la ciencia abstracta, y de mucho mayor funcionalidad es referirse concretamente a un modelo que se nutra de tales cogniciones de la misma forma que lo hace el texto constitucional, y que comparta sus finalidades sin perder contacto con la realidad.

La premisa descrita se irá demostrando a lo largo de la segunda parte del texto.

3. El sistema de ROXIN no excluye los argumentos naturalistas y sistémicos sino que se nutre de ellos a la hora de realizar la ponderación entre argumentos empíricos, principios Político-criminales y las garantías del individuo.

Dado que ROXIN renuncia a un sistema hermético, de entrada parece aplicable lo anteriormente expresado. A ello debe añadirse que en cuanto a las garantías del individuo, por un lado se encuentra reflejado lo dicho por el Derecho natural, y por otro, el valor histórico de anteriores situaciones autopoiéticas del sistema o cambios de sistemas mediante traslado de cogniciones, así como el hecho que ellas mismas terminan o clausuran el sistema configurando expectativas normativas. Lo último expresado iría a reforzar de forma positiva la respuesta del funcionalismo moderado al aspecto cualitativo de la

³³³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. “*Rol social y sistema de imputación.*”. Obra citada. Páginas 425 a 427.

expansión. Asimismo, los principios Político-criminales delimitados en la Constitución obligan al Estado en su desarrollo y generan expectativa en la ciudadanía, expectativa que deben ser aseguradas de forma funcional, es decir, valiéndose tanto de criterios jurídicos como empíricos en su realización. No más téngase de presente la definición dada por ROXIN en el anterior capítulo respecto qué constituye un bien jurídico en términos constitucionales y lo que ello implica en el modelo de Estado, y los obvios lugares comunes con *iusnaturalismo* y la teoría de sistemas.

Lo ya dicho significa la posibilidad de entender ambos sistemas funcionalistas como si el radical en su propuesta sistémica fuese la abstracción de lo que es Derecho penal, su visión netamente científica y mecánica, y al funcionalismo moderado, como aquél que opera dentro de un Estado Social de Derecho traducido a sus exigencias, criterios de ponderación referidos al mismo modelo, y que también se apoya en el Derecho natural, como en cualquier otro argumento que resulte consecuente con tal auto-comprensión constitucional. Si se ha sostenido que el sistema de ROXIN es el que más resulta idóneo, con mayor claridad es posible sostener que aunada o amplificada su valoración con ciertos planteamientos iusnaturalistas y sistémicos en determinados momentos, tensión que se ve reflejada y solventada en cuanto a modelo constitucional, se trataría de un sistema con mayor capacidad de resolver las exigencias sobre la legitimidad del Derecho penal, máxime si se considera que se trata de un sistema con un engranaje particularmente diseñado para ese tipo de tensiones, y que mientras no haya desmedro a un postulado constitucional, en principio sería inocua para producir efectos negativos alguna modificación en la teoría del delito que de ello surja, dado que lo importante conforme a esta visión no consiste en la unidad sistémica sino en la idoneidad de éste para asegurar la convivencia pacífica conforme a la normatividad fundamental.

De allí que se tenga como hipótesis que el sistema mejor preparado en términos de legitimidad para afrontar la expansión del Derecho penal radica en el funcionalismo moderado mas con la conciencia de que son útiles para la ponderación constitucional los criterios iusnaturalistas del finalismo y sistémicos del funcionalismo radical, por tratarse los primeros de cogniciones fundacionales del modelo de Estado,

y los segundos por ser la estructura mecánica subyacente a cada tipo de modelo. Más aún, que tales criterios se desenvuelven principalmente dentro del bloque de constitucionalidad y la fórmula Estado Social de Derecho. Planteada la solución hipotética al problema elaborado, será dedicada la siguiente parte del presente texto a su demostración.

Ahora bien, para que lo anteriormente dicho pueda acoplarse al modelo de ROXIN, necesario resulta hacer también ciertos cambios en él, principalmente, reconducir a la discusión Político-criminal en cuanto a criterio de necesidad de pena la función de prevención general positiva, es decir, de protección de expectativas normativas. A juicio del autor resulta oportuno incluir tales consideraciones pues en un Estado Social de Derecho, la función de la pena debe ir más allá de la simple prevención general y especial de carácter negativo. De hecho, en sus ulteriores trabajos ROXIN trató de atenuar su sistema, mas al hacerlo únicamente subrayó la importancia de que se cumpliera la función limitadora del principio de culpabilidad frente a los excesos de la prevención general y especial negativa, para que se predicase un juicio justo y la pena cumpliera pues la función psicológica de reparar la confianza en el Derecho³³⁴.

Lo hasta aquí dicho encuentra lugares comunes con lo expresado por ALCÁCER GUIRAO al distinguir entre normas de conducta, que protegen bienes jurídicos, y sanción penal, que protege expectativas normativas, mas considerando al bien jurídico como el referente axiológico de mayor entidad para el Derecho penal. Ello implica la sujeción de la protección de expectativas normativas al fin último del sistema jurídico-penal³³⁵. En similar sentido se expresa FEIJOO SÁNCHEZ al señalar que al cumplir la pena su función de prevención general positiva, el objeto de protección del Derecho penal consiste en el bien jurídico³³⁶. No obstante lo anterior, se aleja el presente texto de tales apreciaciones en la medida en que aquí se considera que todas las funciones de la pena deben ostentar igual valoración Político-criminal, en vez de dirigir unívocamente la atención hacia alguna, y por

³³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Retribución y prevención general.”. Obra citada. Páginas 249 a 252.

³³⁵ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito.”. Editorial Atelier. Serie Mayor. Barcelona. 2003. Páginas 121 a 128.

³³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Retribución y prevención general.”. Obra citada. Pagina 848.

cuanto las objeciones al funcionalismo moderado expresadas por FEIJOO SÁNCHEZ y que Él pretende solventar mediante tal cambio de paradigma, a saber: la tensión entre las diferentes funciones de la pena dado que no comparten un fundamento común³³⁷; son consideradas por este texto precisamente como una etapa de su solución en tanto reflejos de las tensiones propias del Estado Social de Derecho, cuyos cogniciones fundacionales son divergentes y aparentemente contradictorias. Precisamente, las contradicciones deben ser superadas mediante la interpretación y ponderación constitucional. De allí que no deba renunciarse al modelo, sino añadirse una nueva variable y ello apenas en un tanto, dado que toda Política-criminal orientada a la prevención general negativa se encuentra también encaminada a la protección de las expectativas normativas que surgen a partir del valor constitucional del bien jurídico protegido, se trata de dos efectos paralelos de un mismo fenómeno y que son complementarios en su cometido último.

Necesarias también resultan algunas breves consideraciones sobre la función que cumple la pena en un Estado cimentado en la dignidad humana, particularmente porque éstas irían a delimitar el campo de acción de cada variable en una teoría de la unión. Bajo el anterior entendido, es adecuada la observación de URBANO MARTÍNEZ al referir que la teoría de la retribución no tiene cabida en un Estado constitucional dado que el concepto de castigo niega la dignidad entendida como autonomía del individuo, y que en lo referente a teoría de la resocialización dentro de la prevención especial, debe entenderse tal fin de forma moderada pues no puede forzarse un cambio en la ética del reo³³⁸. Ello de igual forma implicará que se entienda la prevención especial negativa como una conminación al orden y nunca como un castigo. Por otro lado, las funciones de prevención general de la pena obligan a indagar si se está ante una instrumentalización del ser humano bien como método de intimidación o de reafirmación, al respecto suscribe el presente texto que ello no será así siempre y cuando se cumplan dos requisitos fundamentales para nuestro modelo constitucional: 1) que el concepto de bien jurídico limite ambas entendido como sustrato inicial para sus consideraciones y como objetivo primordial de protección, dado que la

³³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “*Retribución y prevención general*.”. Obra citada. Páginas 253 a 256.

³³⁸ URBANO Martínez, José Joaquín. “*La legitimidad del derecho penal...*”. Obra citada. Página 138. No resulta por tanto aceptable lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C-239 del 12 de septiembre de 1996 respecto los fines retributivos de la pena. Citada por PARMA, Carlos. “*El Espejo del Derecho Penal*.”. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2009. Página 79.

autonomía ética únicamente está limitada por principios, valores y normas constitucionales –bienes jurídicos–; y 2) que las condiciones penitenciarias cumplan las otras dos líneas jurisprudenciales sobre dignidad humana, es decir, que existan condiciones cualificadas de vida en las cuales se proteja tanto la integridad corporal como la espiritual. Sólo así es posible afirmar que el instrumento de prevención radica en la pena y no en el individuo. Hasta que no se satisfaga este último requisito en nuestro país, cualquier intento de legitimación es vano, incluyendo el presente³³⁹. Asimismo, sólo bajo el anterior supuesto es posible también afirmar que los criterios de necesidad de pena obran para no someter a riesgos prescindibles la dignidad humana, y no para salvaguardarla de irreparables vejámenes, pues aunque todo aherrojamiento de la libertad implicará un cierto daño, se aspira al mínimo, y las condiciones actuales asemejan más al infierno dantesco. No quede duda, detrás de todo lo señalado no hay más que el reconocimiento de la función limitadora del poder que cumple el Derecho penal en beneficio de la persona.

Antes de continuar, se considera prudente presentar en las siguientes páginas, un diagrama explicativo de lo aquí sostenido, entendiendo los postulados de JAKOBS y PIÑA ROCHEFORT como la versión abstracta del sistema de ROXIN reforzado por cogniciones *iusnaturalistas* de orden normativo e integrada la prevención general positiva a la discusión Político-criminal, y el cual queda catalogado como **Diagrama 1. (Derecho Penal Legítimo en un Estado Social de Derecho: visión abstracta-sistémica frente a concreta-cognitiva-normativa)**. Así como uno que profundice con similar óptica en tanto Derecho internacional y constitucional, y que queda catalogado como **Diagrama 2. (Derecho Penal Legítimo en un Estado Social de Derecho: visión concreta-cognitivo-normativa frente a abstracta-sistémica a partir del Bloque de Constitucionalidad)**. De igual forma, se incluye otro referente a las funciones cumplidas por Derecho y sanción, y el cual es referenciado como **Diagrama 3. (Funciones del Derecho y la pena en un sistema legítimo)**.

³³⁹ URBANO Martínez, José Joaquín. “La legitimidad del derecho penal...”. Obra citada. Página 125 y subsiguientes.

Diagrama 1. (Derecho Penal Legítimo en un Estado Social de Derecho: visión abstracta-sistémica frente a concreta-cognitiva-normativa).

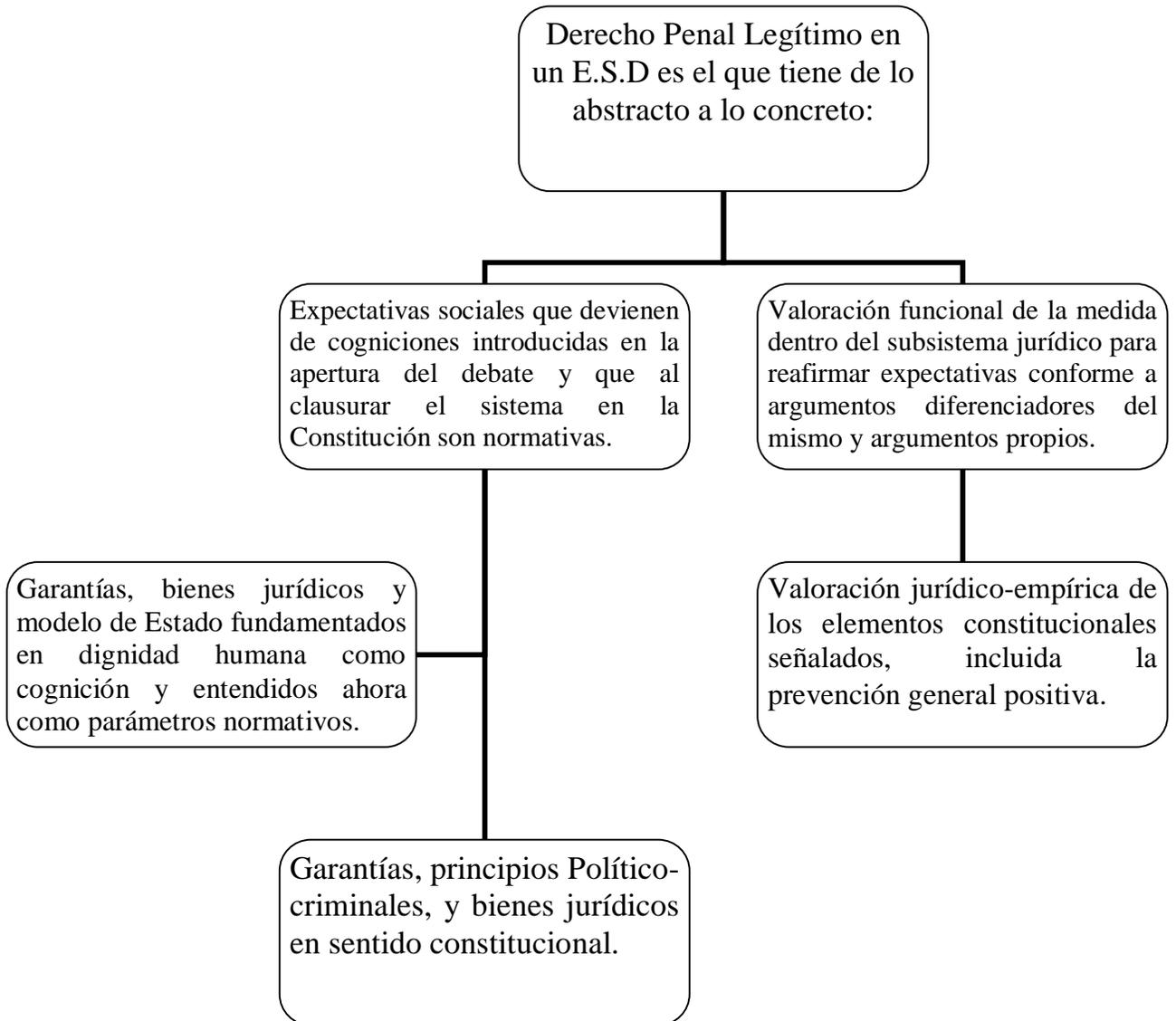
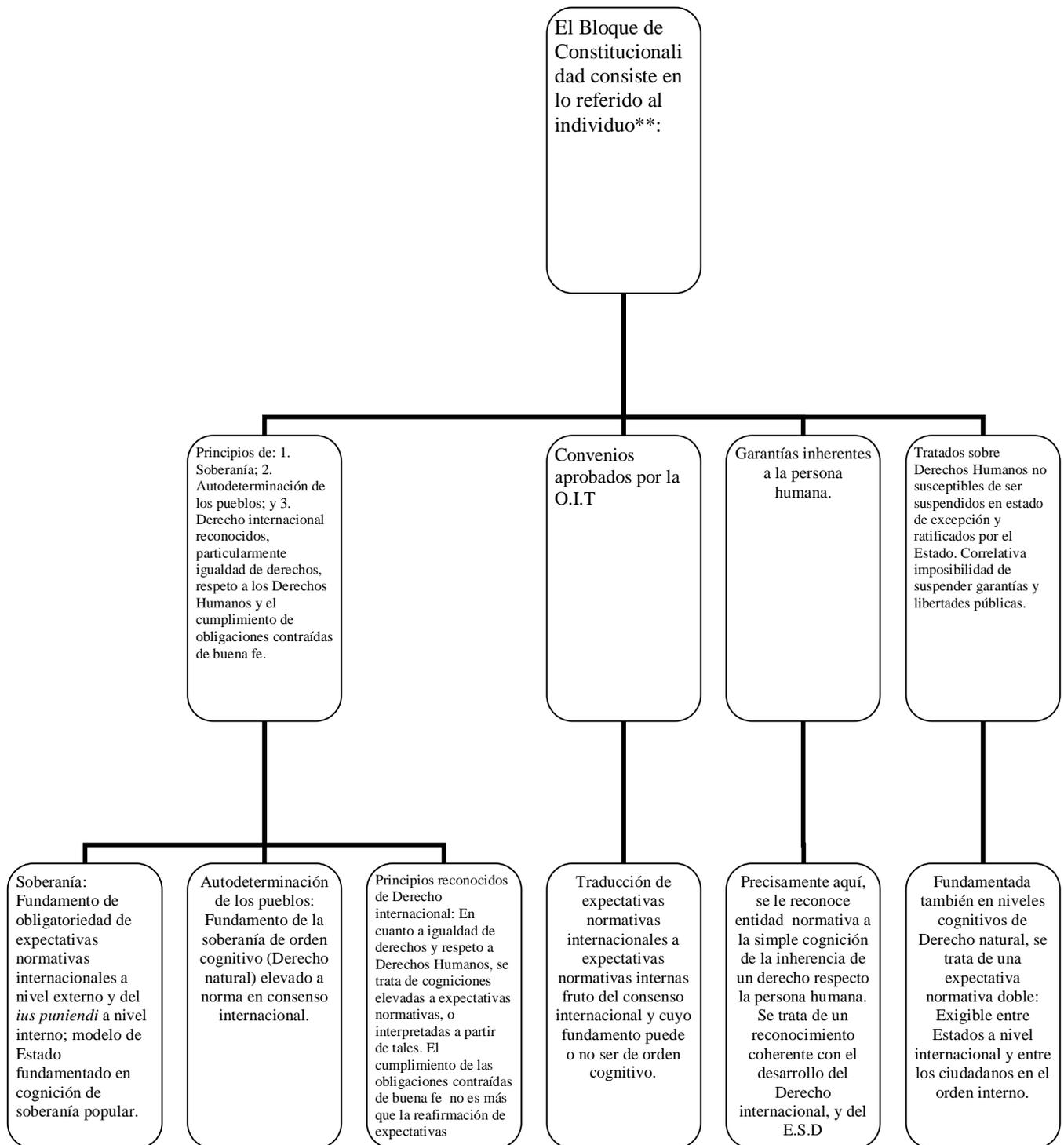


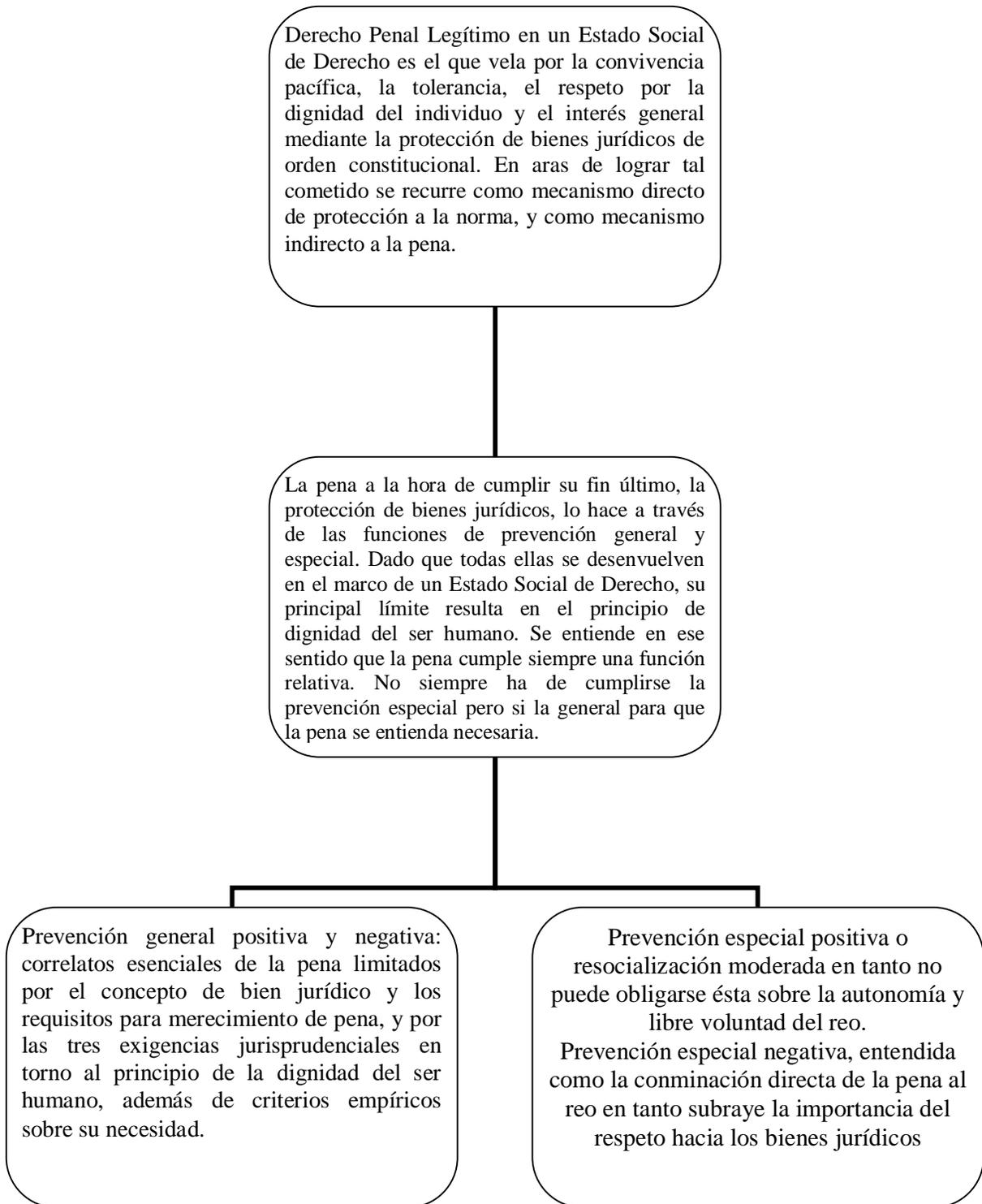
Diagrama 2. (Derecho Penal Legítimo en un Estado Social de Derecho: visión concreta-cognitivo-normativa frente a abstracta-sistémica a partir del Bloque de Constitucionalidad*).



*Desde ya se vislumbra la utilidad del bloque de constitucionalidad como punto de partida bajo este entendido para ofrecer solución satisfactoria a ambos carices del proceso expansivo.

**Se obvia el aspecto de los límites territoriales del Estado.

Diagrama 3. (Funciones del Derecho y la pena en un sistema legítimo).



SEGUNDA PARTE:

**DEMOSTRACIÓN A PARTIR DEL DELITO DE
OPINIÓN Y ALGUNOS ASPECTOS
LIMÍTROFES.**

CAPÍTULO PRIMERO:

EL DELITO DE OPINIÓN EN SU DIMENSIÓN HISTÓRICA Y ACTUAL.

I. Método.

Comoquiera que ya se ha mencionado que corresponde a este capítulo demostrar la tensión ya desarrollada y su solución mediante el Estado Social de Derecho, se advierte que ello se hará a partir de un recorrido histórico de casos sobre libertad de expresión que confrontaron al individuo respecto la normatividad sistémica del momento. En aras de delimitar sus contenidos actuales, se hará una reflexión histórico-jurídica respecto los Estados totalitarios, de Derecho y el vigente. En medio de estas consideraciones también vale un homenaje a las vidas que siguen, tratará el texto de limitar la admiración a los epígrafes. Por último, se señala que el elemento generador de tensión que se determinará en cada caso respecto la dignidad humana, no corresponde a los tiempos de estos procesos. No habría servido como mecanismo de defensa en estos procesos, pues era inexistente como concepto, mas es éste el rasero con el que se mide injusticia de bulto en cada caso, pues precisamente de su traslape a la historia, se quiere es señalar que tales procesos son ejemplos ilustres de los repetidos sucesos anónimos que contribuyeron a la formación del mismo como cognición normativa en la actualidad.

II. El delito de opinión en la historia.

Para el pabellón que aquí se erige, se tiene a los siguientes acusados y condenados: SÓCRATES, JESÚS DE NAZARET, OVIDIO NASÓN y GALILEO GALILEI. A pesar de las diferencias en cada uno de los casos, en todos se palpará el Derecho del sistema enfrentado al del individuo.

1. SÓCRATES, o el escultor de pensadores³⁴⁰.

“Las ideas no son tan frágiles como los hombres, a ellas no puede dárseles cicuta”. Autor indeterminado o anónimo³⁴¹.

Sobre el juicio a SÓCRATES y atendiendo al cuidadoso estudio sobre las fuentes del proceso hecho por DEMANDT, se tienen los textos platónicos como auténticos y no los de JENOFONTE³⁴², que fue acusado por el delito de *asebia* o impiedad frente a los dioses del Estado por MELETO, ANITO y LICÓN ante el arconte *basileus*, quien supervisó el proceso, mas el juez fue la *Helia*, o tribunal del pueblo³⁴³. Ahora bien, la autoridad con que juzgaba el tribunal popular era absoluta e irresponsable, razón por la cual queda demarcada la democracia ateniense en una totalitaria, la cual se defendía de la exacerbada influencia política mediante el ostracismo y de la espiritual a través de la *asebia*³⁴⁴. Ello de entrada sugiere la funcionalidad de la condena al filósofo conforme las leyes de Atenas. Más aún, en tal democracia prima la *polis* sobre el individuo, es claro que la filosofía socrática y los trabajos posteriores de sus discípulos parecen ir en contravía a los valores del Estado al punto que HEGEL llegaría a afirmar que aunque el filósofo ateniense subjetivamente quería mejorar al Estado, contribuyó objetivamente a su disolución³⁴⁵.

Los aspectos de la acusación a SÓCRATES, asimilables funcionalmente a la democracia ateniense encubrían frecuentemente un motivo político difícil de desmentir y

³⁴⁰ Se tiene que SÓCRATES fue escultor así como su padre. Ver DEMANDT, Alexander. “*Sócrates ante el tribunal popular de Atenas (399 a.C.)*.” En “*Los grandes procesos. Derecho y poder en la historia.*”. DEMANDT, Alexander, editor. Trad. Por Enrique Gavilán. Editorial Crítica. Barcelona 1993. Páginas 9 y 10.

³⁴¹ Pertenece a las lecciones de análisis de textos de mi profesor de castellano, JESÚS MARÍA GUILLEM, a quien se le recuerda y honra en esta nota al pie, y cuya referencia bibliográfica no he encontrado. Dado que el propósito del epígrafe consiste en el pensamiento que ello encierra y no su validez historiográfica, se presenta de tal manera.

³⁴² DEMANDT, Alexander. “*Sócrates ante el tribunal de Atenas.*”. En “*Los grandes procesos...*”. Obra citada. Páginas 16 y 17.

³⁴³ DEMANDT, Alexander. “*Sócrates ante el tribunal de Atenas.*”. En “*Los grandes procesos...*”. Obra citada. Páginas 13 a 15.

³⁴⁴ DEMANDT, Alexander. “*Sócrates ante el tribunal de Atenas.*”. En “*Los grandes procesos...*”. Obra citada. Página 24.

³⁴⁵ DEMANDT, Alexander. “*Sócrates ante el tribunal de Atenas.*”. En “*Los grandes procesos...*”. Obra citada. Página 23.

fueron por tanto comunes en la misma, y no tan frecuentes durante la tiranía³⁴⁶. La irresponsabilidad del tribunal popular es presupuesto de la condena mas la verdadera razón se encuentra en la defensa que ante la historia sería valiente mas ante los jueces resultó arrogante, defensa que a ultranza ensalzó el valor del pensamiento del individuo sobre los valores comunitarios bajo la figura del *daimón*. Similar situación ocurrió con el segundo discurso, la indignación causada aumentó la votación en contra por ochenta votos³⁴⁷. Queda a todas luces visible la tensión entre estas dos posiciones, tensión que ya no existe en las actuales sociedades democráticas no precisamente por procesos penales como éste, sino por procesos históricos que en definitiva sí han sido influidos por toda una línea de injusticias materiales que esta condena inaugura conforme a la visión *iusnaturalista* que se ha venido manejando desde la Ilustración.

2. JESÚS DE NAZARET, o el hombre que escribía sobre la tierra³⁴⁸.

“Bienaventurados los que tienen hambre y sed de justicia, pues serán saciados.”. Del Evangelio según MATEO³⁴⁹.

El juicio a JESÚS DE NAZARET, así como su vida en general, han constituido tema propio del imaginario de occidente por casi dos milenios. No obstante lo anterior, son pocas las verdades históricas que pueden deducirse de los relatos más cercanos en tiempo y lugar a su proceso, pues se trata de los Evangelios de sus discípulos, documentos que aunque intentan dar una verdad histórica de lo ocurrido desde Getsemaní hasta el Gólgota se encuentran atravesados por una profecía de mayor antigüedad con la cual se pretende su adecuación exacta; con ello se quiere decir que la intención de estos textos ante todo

³⁴⁶ DEMANDT, Alexander. “*Sócrates ante el tribunal de Atenas.*”. En “*Los grandes procesos...*”. Obra citada. Página 14.

³⁴⁷ DEMANDT, Alexander. “*Sócrates ante el tribunal de Atenas.*”. En “*Los grandes procesos...*”. Obra citada. Páginas 16 y 17.

³⁴⁸ OSPINA, William. “*Ese hombre que escribía sobre la tierra.*”. En “*La decadencia de los dragones.*”. Alfaguara. Bogotá. 2002. Páginas 63 a 77. Se trata de una reflexión literaria sobre la figura de Jesucristo.

³⁴⁹ SAN MATEO, Evangelio. En “*Biblia Reina Valera.*”. 1995. Capítulo 5º, versículo sexto. Recurso electrónico disponible en: <http://www.biblegateway.com/passage/?search=Mateo5:3-12;&version=61>; No queda duda: aquí la saciedad de justicia no se la dará al hombre el poder o el Derecho, sino su sola búsqueda.

consiste en la transmisión de una verdad de fe o religiosa³⁵⁰. A partir de señalado, sostiene este texto la validez de la aproximación de ROSEN al abordar los problemas específicos del proceso a partir de las competencias del prefecto PONCIO PILATOS, la Política imperial predominante en la época respecto las provincias y las demandas realizadas por los pueblos que las habitaban, así como el mismo Derecho romano, y confrontar todo lo anterior frente las Escrituras.

La tradición trazada por los Evangelios sinópticos y el de JUAN señalan que la acusación contra el llamado CRISTO fue por un crimen de lesa majestad, particularmente el presentarse como rey de los judíos, acusación que cubría las verdaderas intenciones de la capa dirigente que veía sus dogmas de fe amenazados por el joven rabino, y que la razón de la condena fue la voluntad del pueblo judío al preferir al bandido BARRABÁS sobre el predicador³⁵¹. Antes de cuestionar lo dicho por la tradición respecto estos problemas en torno al proceso, es idóneo resaltar que en todo caso el prefecto romano disponía del *ius gladii*, es decir, el Derecho a aplicar la pena de muerte dentro su provincia³⁵². Por tanto, mientras se siguieran los parámetros dispuestos por el Derecho, se estaría ante una pena completamente funcional.

Ahora bien, si se atiende al hecho que no hubo sentencia proferida parece desacertada la hipótesis que se le condenó por el delito al que fue acusado, hipótesis que sólo se ve favorecida por el cartel que la tradición pende sobre la cruz³⁵³. Más aún, si se considera que JESÚS no encajaba el perfil de los reyes bandidos que en ese entonces poblaban Judea, así como la poca incidencia del pueblo dadas las órdenes del mismo emperador y lo que ha venido a entenderse como pacífico dentro de la Política imperial: durante el gobierno de TIBERIO y la prefectura del juez de este proceso se mantuvo en Roma la idea de que en esta provincia reinó la paz; todas las anteriores consideraciones

³⁵⁰ ROSEN, Klaus. “Roma y los judíos en el proceso de Jesús. (c. 30 d.C).”. En “Los grandes procesos...”. Obra citada. Páginas 39 y 40; 45 y 46.

³⁵¹ ROSEN, Klaus. “Roma y los judíos en el proceso de Jesús.”. En “Los grandes procesos...”. Obra citada. Página 45 a 48.

³⁵² La región de Judea bajo la organización imperial romana consistía en una prefectura bajo el mando de un administrador senatorial que aunque no mandaba sobre legiones romanas sino tropas griegas y samaritanas, poseía el Derecho a imponer la máxima justicia, *ius gladii*, o pena capital. ROSEN, Klaus. “Roma y los judíos en el proceso de Jesús.”. En “Los grandes procesos...”. Obra citada. Página 48.

³⁵³ ROSEN, Klaus. “Roma y los judíos en el proceso de Jesús.”. Obra citada. Página 54.

obligan a suponer que la importancia del pueblo judío en la condena a JESÚS radica en los Evangelios más en un reproche de carácter religioso, máxime si en los mismos textos del Nuevo Testamento se percibe cierto asombro por no decir respeto hacia la *iustitia romana*³⁵⁴. El argumento conforme al cual se convenció a PILATOS para que condenara a JESÚS, que de lo contrario levantaría sospechas de no ser fiel súbdito del emperador contrarresta la imagen histórica del prefecto a partir de FILÓN, JOSEFO y SUETONIO; en todas las anteriores se trata precisamente de un militar que se vio inmerso en problemas en la región de Judea precisamente por su exacerbado sentimiento Político-religioso de fidelidad³⁵⁵. Estos argumentos reconstruidos por ROSEN resultan válidos para el presente texto, y contribuyen a que se acoja la hipótesis desarrollada por el autor, bajo el entendido que la condena fue en razón al delito de contumacia tal como queda su base jurídica de la lectura del *Digesto*, y su frecuencia a partir de cartas de PLINIO a TRAJANO, y del último en respuesta favorable³⁵⁶. Conforme a lo anterior, la razón de la ejecución se encuentra en la rebeldía e insolencia del individuo ante los cuestionamientos del poder y la autoridad.

En la tesis suscrita por el presente texto respecto al proceso en contra de JESÚS, queda ostensiblemente de relieve conforme la visión actual de dignidad humana, la tensión entre la norma funcional y el individuo, su derecho a defenderse así como a guardar silencio. Máxime si se considera, como ya se ha señalado, que el silencio es una forma de expresión conforme al contexto; frente al silencio de JESÚS, se han explorado significados de todo tipo en los Evangelios a partir de tal apreciación. No obstante, el enfrentamiento también se ve reflejado en tanto al delito de lesa majestad si se considera que la revolución pretendida por el Nazareno sería una del espíritu, una que conforme al concepto Ilustrado y tolerante de libertad, todos los seres se encuentran con derecho a perseguir. Desde las épocas de AUGUSTO ya se percibía en Roma cierto temor hacia la religión judía, el desplazamiento de la romana que podría provocar, y con ello los subsiguientes cambios sociales y Políticos, similar argumentación habría de darse en contra del cristianismo a lo

³⁵⁴ ROSEN, Klaus. “Roma y los judíos en el proceso de Jesús.”. En “Los grandes procesos...”. Obra citada. Página 49 y subsiguientes.

³⁵⁵ ROSEN, Klaus. “Roma y los judíos en el proceso de Jesús.”. En “Los grandes procesos...”. Obra citada. Páginas 50 a 52.

³⁵⁶ ROSEN, Klaus. “Roma y los judíos en el proceso de Jesús.”. En “Los grandes procesos...”. Obra citada. Página 53.

largo del imperio; funcional dentro del sistema romano fue la resolución senatorial del año 19 que expulsó a todos los devotos de Isis y judíos de Italia³⁵⁷; tales consideraciones habrían permitido la funcionalidad de la condena de JESÚS bajo el cargo que fue acusado, mas ella se encuentra en contraposición con nuestra visión sobre la libertad inherente al ser humano, particularmente en cuanto a culto y expresión.

3. OVIDIO NASÓN, o el preceptor del amor.

*“Mira, un lecho cómplice acoge a dos amantes:
Detente, Musa, ante las puertas cerradas del tálamo.
Por sí solas, sin ti, hablarán palabras muy conocidas
y la mano izquierda no se quedará quieta en la cama.
Encontrarán los dedos qué hacer en aquellas partes,
donde Amor clava a escondidas sus flechas.”.*
OVIDIO³⁵⁸.

Como en los anteriores acápites, la vida y obra de PUBLIO OVIDIO NASÓN son escenarios de conjeturas y ficciones; de las tres obras escritas en *Tomis*, particularmente en *Tristezas* y *Cartas desde el Ponto*, se ha logrado reconstruir las circunstancias de su exilio a partir de las instituciones romanas; en el año 8 d.C mediante edicto del emperador AUGUSTO se relegó al poeta a la mencionada provincia de la actual Rumania³⁵⁹. La figura en comento, tal como señala RICH apoyándose en GALLO y GAYO, tenía tres fuentes: la ley, el senadoconsulto, o el edicto del magistrado; la condena radicaba en el confinamiento en determinada provincia o en la misma Roma, por tiempo indeterminado, y ello no implicaba la pérdida de ciudadanía, propiedad o patria potestad³⁶⁰. Existe consenso sobre la

³⁵⁷ ROSEN, Klaus. “Roma y los judíos en el proceso de Jesús.”. En “Los grandes procesos...”. Obra citada. Página 49.

³⁵⁸ OVIDIO NASÓN, “El arte de amar.”. Ediciones Austral. Poesía. Trad. Por Antonio Ramírez de Verger. 2007. Madrid. Libro Segundo. 703 a 708. Página 87.

³⁵⁹ RAMÍREZ Verger, Antonio. “Introducción” en “El arte de amar.”. Obra citada. Página 10.

³⁶⁰ RICH, Anthony. “The Roman Section” Artículo enciclopédico respecto al exilio. En SMITH, William. “A Dictionary of Greek and Roman Antiquities.”. John Murray, editor. Lóndres. 1875. Página 515 a 516. Recurso electrónico disponible en: http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Exsilium.html

aplicación de esta figura en el caso del poeta, así comúnmente se le llame exilio, mas tal término no resulta tan inadecuado pues la *relegatio* es una forma de ostracismo³⁶¹.

Ahora, mayor duda surge en cuanto a los motivos de la sanción, pues aunque el mismo poeta lo atribuyó a la escritura del *Ars amatoria* y a un error de su parte, usualmente vinculado con un episodio sexual en que participó un miembro de la familia imperial, no cesan las conjeturas. De todas, parece la más válida al presente texto aquella desarrollada por HAMMOND en la cual ninguno de los dos motivos parece explicar la severidad e irrevocabilidad de la decisión, salvo que se tenga en cuenta que OVIDIO se llama a sí mismo maestro o preceptor del amor; a partir de la teoría platónica, que era consecuente con el programa de reforma moral propagado por AUGUSTO, se tiene que la literatura del poeta en comento era subversiva por cuanto lesionaba las funciones didácticas del arte, íntimamente ligadas con la moralidad y estabilidad de la Constitución de la ciudad, estabilidad que funcionalmente era defendida de tales ataques mediante el ostracismo en la república romana, cuyos principales precedentes estaban en los tiempos de CATON, el viejo³⁶².

En todo caso, desde el punto de vista de un observador moderno, la tensión queda de relieve principalmente entre libertad de expresión y sistema, sexualidad y sistema, pero también en cuanto a la pena y su efecto sobre el individuo. En palabras de KENNEY, la *relegatio* significó para el poeta la estancia “*en el mismo límite del mundo civilizado, donde se hallaba separado de todo lo que para un hombre de su temperamento hace la vida digna de vivirse: amigos, la sociedad de la urbe, los libros, la misma lengua latina, -*

³⁶¹ HAMMOND, Mason. “Plato and Ovid’s exile.”. Artículo en “*Harvard Studies in Classical Philology*.” Vol. 63, 1958. Página 348. Recurso electrónico disponible en base de datos JSTOR; CECCO, Elda E. y MANSILLA, Angélica. “*El libro como embajador del exiliado. Intertextualidad entre Ovidio y Marcial*”. Página 22. Recurso electrónico disponible en: http://bdigital.uncu.edu.ar/bdigital/objetos_digitales/2572/ceccomansillaexiliado.pdf; PIZARRO, Martínez María José. “*Ovidio y el exilio*.”. En ALVAR Esguerra, A. “*Exilio y elegía latina entre la Antigüedad y el Renacimiento*.”. Universidad de Huelva, 1997. Página 1. Recurso electrónico disponible en: http://www.ual.es/Universidad/Depar/Filesla/latin/trabajos/ov_pizarro.pdf

³⁶² HAMMOND, Mason. “*Plato and Ovid’s exile*.” Obra citada. Páginas 348 a 451.

*y por encima de todo, la paz de espíritu-. Espiritualmente era una sentencia de muerte.*³⁶³.

No acepta el presente texto la hipótesis de FITTON BROWN que señala al poeta como único inventor del drama de su exilio con el fin de introducir un género literario, por el contrario, se cree que en sus elegías desde el exilio, OVIDIO abogó ante sus lectores de Roma y todos los tiempos; con el tiempo, su alegato sería visto como uno de los más bellos a favor de la libertad de expresión³⁶⁴.

4. GALILEO GALILEI, o SALVIATI, defensor del sistema Copernicano³⁶⁵.

*“En Roma van las cosas despacio
y Galileo vive en un palacio.*

*Le dan comida y le dan buen vino
pero no aceptan su desatino.*

BERTOLT BRECHT³⁶⁶.

Las instancias del proceso fueron debidamente documentadas en su momento, y ahora son más que conocidas; el presente texto se limita a señalar que la acusación surgió con ocasión de una prohibición expresa al físico de defender el sistema copernicano originada en 1616 por el Comisario General del Santo Oficio durante una entrevista en el palacio del cardenal BELARMINO, la obtención del *imprimatur* de su obra mediante falsedades, así como la defensa no hipotética que haría en la misma de tal sistema³⁶⁷. No

³⁶³ KENNEY, J. y CLAUSEN, W. Citados por CECCO, Elda E. y MANSILLA, Angélica. Obra citada. Página 22.

³⁶⁴ PIZARRO Martínez, María José. “Ovidio y el exilio.”. En “Exilio y elegía latina entre la Antigüedad y el Renacimiento.”. Obra citada. Página 1.

³⁶⁵ Alter ego de GALILEO en su obra, “Dialogo sobre los dos principales sistemas del universo, el tolemaico y el copernicano.”. SCHÜTT, Hans-Werner. “El proceso contra Galileo (1633). Tragedia de los errores.”. En “Los grandes procesos...” Obra citada. Página 146.

³⁶⁶ BRECHT, Bertolt. “Vida de Galileo.”. (Teatro completo, 7). Biblioteca Brecht. Alianza Editorial. Traducción de Miguel Sáenz. Madrid. 2007. Escena 7, rima del comienzo. Página 63.

³⁶⁷ SCHÜTT, Hans-Werner. “El proceso contra Galileo (1633).” En “Los grandes procesos...” Obra citada. Páginas 146 y 147, 150 a 154.

obstante lo anterior, de la sentencia, que apenas lo condena por haber despertado sospechas de herejía, puede aseverarse que ésta se produjo con ciertas irregularidades e influida netamente por decisiones Político-sistémicas; el juicio al físico no era más que una fachada para relajar roces entre el papa URBANO VIII y demás instancias de la jerarquía eclesiástica; las razones para la prohibición del sistema copernicano eran de fe, Políticamente, el papa era reprochado por su alianza con el Cardenal RICHELIEU en Francia, y las alianzas de éste último con herejes en Suecia, no podía darse la impresión de debilidad y mucho menos en Italia³⁶⁸.

Parece entredicha en cierta medida la funcionalidad jurídica de la condena, mas técnicamente, las acusaciones eran ciertas: la obra incluyó sólo con posterioridad que la argumentación era hipotética, y respecto a la prohibición expresa, GALILEO habría de señalar que era posible la existencia de tal orden mas la había olvidado dado el tiempo transcurrido, señalamiento que habría de contradecir con posterioridad durante su segunda audiencia³⁶⁹. Además, tal como señala SCHÜTT, las mismas irregularidades, junto a los asuntos Políticos reseñados, habrían de obligar una sentencia condenatoria: sostener que la orden de 1616 que reposaba en acta sin firmar era de dudosa procedencia, significaba cuestionar y menoscabar la autoridad del Santo Oficio; por otro lado, señalar que la argumentación no era hipotética implicaba la incapacidad de distinción de los censores³⁷⁰. De lo anterior es que tal autor categoriza este juicio como una tragedia de los errores, por

³⁶⁸ *“Se amalgamaban la política interior y la política exterior: la política interior se proyectaba al exterior con pretensión de soberanía moral universal; la política exterior irrumpía inevitablemente en la política interior, pues los príncipes de la Iglesia eran con bastante frecuencia agentes de sus estados de origen...Según la estructura de la jerarquía romana esta manifestación de debilidad política y moral tenía que provocar las máximas tensiones políticas...Urbano VIII...sabía que representaría su fin personal que a él, al papa, se le presentara débil frente a los herejes en su propia jurisdicción. La <debilidad> para con Galileo habría puesto en manos de sus enemigos el argumento de faltar a las disposiciones del concilio de Trento sobre la defensa de la pureza de la doctrina. Así debe comprenderse que se produjera un proceso contra Galileo y que acabara en una condena.”* SCHÜTT, Hans-Werner. “El proceso contra Galileo (1633)”. En “Los grandes procesos...”. Obra citada. Páginas 152 y 153. Respecto la condena ver página 155 del texto citado.

³⁶⁹ SCHÜTT, Hans-Werner. “El proceso contra Galileo (1633)”. En “Los grandes procesos...”. Obra citada. Páginas 153 a 155.

³⁷⁰ SCHÜTT, Hans-Werner. “El proceso contra Galileo (1633)”. En “Los grandes procesos...”. Obra citada. Páginas 154 y 155.

cuanto el primer error fue pensar que la condena no habría de tener efectos negativos sobre la Iglesia³⁷¹.

Siendo el caso en que ha habido más irregularidades conforme al sistema, entiende este texto que de igual forma la medida en su momento pareció funcional a los jueces; se trataría a lo sumo de un error de valoración sobre la misma, mas debe considerarse que para la jurisdicción en comento, la principal funcionalidad y directriz jurídica, antes que la certeza sobre la validez de las pruebas, consistía en la unísona interpretación de los dogmas de fe y la imagen de la Iglesia como máxima autoridad³⁷². Aunque GALILEO en su defensa jamás optó por hacerse campeón del pensamiento individual, ni mucho menos en invocar la imagen del científico ilustrador, ante el observador moderno queda un tanto ese sabor, al punto que como SCHÜTT, se afirma que en este proceso *“se enfrenta el derecho del individuo que piensa con el de una organización, que, en posesión de verdades*

³⁷¹ SCHÜTT, Hans-Werner. “El proceso contra Galileo (1633).” En “Los grandes procesos...”. Obra citada. Páginas 156 y 157.

³⁷² No más téngase de presente lo señalado en el Concilio de Trento: *“Decreta además, con el fin de contener los ingenios insolentes, que ninguno fiado en su propia sabiduría, se atreva a interpretar la misma sagrada Escritura en cosas pertenecientes a la fe, y a las costumbres que miran a la propagación de la doctrina cristiana, violentando la sagrada Escritura para apoyar sus dictámenes, contra el sentido que le ha dado y da la santa madre Iglesia, a la que privativamente toca determinar el verdadero sentido, e interpretación de las sagradas letras; ni tampoco contra el unánime consentimiento de los santos Padres, aunque en ningún tiempo se hayan de dar a luz estas interpretaciones. Los Ordinarios declaren los contraventores, y castíguenlos con las penas establecidas por el derecho.... y que a nadie sea lícito imprimir ni procurar se imprima libro alguno de cosas sagradas, o pertenecientes a la religión, sin nombre de autor; ni venderlos en adelante, ni aun retenerlos en su casa, si primero no los examina y aprueba el Ordinario; so pena de excomunión, y de la multa establecida en el canon del último concilio de Letrán. Si los autores fueren Regulares, deberán además del examen y aprobación mencionada, obtener licencia de sus superiores, después que estos hayan revisto sus libros según los estatutos prescritos en sus constituciones. Los que los comunican, o los publican manuscritos, sin que antes sean examinados y aprobados, queden sujetos a las mismas penas que los impresores. Y los que los tuvieren o leyeren, sean tenidos por autores, si no declaran los que lo hayan sido. Dese también por escrito la aprobación de semejantes libros, y parezca esta autorizada al principio de ellos, sean manuscritos o sean impresos; y todo esto, es a saber, el examen y aprobación se ha de hacer de gracia, para que así se apruebe lo que sea digno de aprobación, y se repruebe lo que no la merezca. Además de esto, queriendo el sagrado Concilio reprimir la temeridad con que se aplican y tuercen a cualquier asunto profano las palabras y sentencias de la sagrada Escritura; es a saber, a bufonadas, fábulas, vanidades, adulaciones, murmuraciones, supersticiones, impíos y diabólicos encantos, adivinaciones, suertes y libelos infamatorios; ordena y manda para extirpar esta irreverencia y menoscabo, que ninguno en adelante se atreva a valerse de modo alguno de palabras de la sagrada Escritura, para estos, ni semejantes abusos; que todas las personas que profanen y violenten de este modo la palabra divina, sean reprimidas por los Obispos con las penas de derecho, y a su arbitrio.”* Concilio de Trento, apartes sobre el Decreto sobre la edición y uso de la Sagrada Escritura, Sesión IV. Celebrada el 8 de abril de 1546. Texto completo disponible en siguiente recurso electrónico: <http://multimedios.org/docs/d000436/p000001.htm#0-p0.1>

supraindividuales, pretende dictar las normas del pensamiento individual y, caso necesario, imponerlas por la fuerza.”³⁷³.

Es incuestionable que conforme a la tradicional organización sistémica de la época, era posible la regulación del pensamiento con mayor o menor éxito por parte del papado; mas cabe señalar que precisamente es en el Renacimiento donde empezaría desde el mundo de las ideas y las artes, el resquebrajamiento de los órdenes imperantes.

5. Conclusiones.

De los procesos brevemente reseñados se palpa que a través de la historia ha sido constante la tensión entre individuo y norma; la libertad de expresión, sobra decir, no ha sido el único escenario de esta tensión. En todos los casos analizados, la balanza se ha inclinado funcionalmente mediante el Derecho en favor de la razón Estatal. Las experiencias anónimas y las aquí descritas constituyen una de las principales razones de la importancia que se la ha otorgado al individuo en la modernidad. Téngase de presente que en la actualidad, a partir de la Constitución y el Derecho internacional, toda limitación sobre un contenido o forma similar a los anteriores objetos procesales sería vista como una incidencia directa e ilegítima sobre la libertad de expresión *stricto sensu*.

III.El delito de opinión en la modernidad.

Dado que ya se describió el cometido del presente acápite, se procede a señalar que para ello se abordará el problema en los sistemas totalitarios conforme a argumentos históricos, para luego en posterior acápite, demostrar jurídicamente que tanto Estado de Derecho como Social y de Derecho han pretendido resolver tales tensiones, así como por qué éstas se resuelven de mejor manera en el ulterior modelo constitucional.

1. En los Estados totalitarios.

³⁷³ SCHÜTT, Hans-Werner. “*El proceso contra Galileo (1633)*.”. En “*Los grandes procesos...*”. Obra citada. Página145.

“¡*Víctor Jara no calla!*”. Los Fabulosos Cadillacs.

Por sistema totalitario entiende el presente texto aquél en que son inexistentes las consideraciones sobre el individuo, donde todo criterio de legalidad, moralidad, rectitud, educación y estética es asumido por el Estado³⁷⁴. De hecho, no hay distinción entre Estado y sociedad en estos sistemas, de forma que el hombre es sólo instrumento para un fin último: el perfeccionamiento de la fusión entre ambas, la armonización y unidad de ideologías³⁷⁵. Aunque en los Estados totalitarios modernos es común denominador la propagación de una doctrina económica³⁷⁶, no parece viable considerar tal elemento como una característica esencial vista la democracia ateniense. Lo anterior también implica que no puede decirse en rigor que este sistema es ajeno a la democracia, no suele ser común que ella aflore en tal mas es triste como ineludible recordar que el régimen nacionalsocialista llevó al pueblo alemán alegremente hacia la desgracia³⁷⁷. Así, son consideradas esenciales a los sistemas totalitarios dos elementos, a saber: la existencia de una ideología dirigida hacia todos los aspectos de la vida, así como la delimitación de los medios para la consecución de la directriz ideológica fundamental, entre los cuales caben tanto la censura como la represión a disidentes; y la existencia de un partido Político masivo y único³⁷⁸.

No necesita el presente texto, recordar la barbarie que reinó en los Estados totalitarios, particularmente escenas tan tratadas como el Holocausto, las purgas estalinistas o la revolución cultural en China; en ellas aparecen casos de libertad de expresión así como de otros derechos fundamentales, en todos, la dignidad humana fue atacada con intensa ferocidad³⁷⁹. Evidentemente, en estos sistemas no sólo existe la tensión sino que se

³⁷⁴ Definición *totalitarianism* en “*The Columbia Encyclopedia*”. Sexta Edición. 2007. Recurso electrónico disponible en: <http://www.bartleby.com/65/to/totalita.html>

³⁷⁵ Definición *totalitarianism* en “*The Columbia Encyclopedia*”. Obra citada.

³⁷⁶ LARIOS Martínez, Heriberto. “*Para entender el totalitarismo*”. Artículo electrónico disponible en <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/060419151515.pdf>. Páginas 2 a 4.

³⁷⁷ LARIOS Martínez, Heriberto. “*Para entender el totalitarismo*”. Obra citada. Página 2. Definición *totalitarianism* en “*The Columbia Encyclopedia*”. Obra citada.

³⁷⁸ Definición *totalitarianism* en “*The Columbia Encyclopedia*”. Obra citada.

³⁷⁹ Sobre los hechos cometidos por el nacionalsocialismo basta una revisión a la Enciclopedia del Holocausto. Ver “*Holocaust Encyclopedia*”. Manejado por el USHMM (UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL

exacerba dado que se escoge con radicalidad un lado, y cabe añadir, el lado equivocado. Para este propósito, y como último homenaje, basta recordar tres casos de nuestra historia reciente: SALMAN RUSHDIE, condenado a muerte por la escritura de “*Los versos satánicos*” mediante *fatwa* por el Ayatola KHOMENEI³⁸⁰; WANG XIAONING, condenado a diez años de cárcel en China por escribir en Internet que el régimen era totalitario y despótico³⁸¹; y VÍCTOR JARA, torturado y asesinado por las tropas golpistas de AUGUSTO PINOCHET³⁸². Siendo el caso XIAONING de los más recientes y alarmantes, se nota lamentando su suerte que en los sistemas totalitarios no hay forma jurídica de proteger al individuo; sólo queda el arte, y por ello se termina con el último poema escrito por VÍCTOR JARA. El poema tiene por nombre el mismo del lugar donde habría de ser asesinado únicamente porque sus canciones comunistas no gustaban.

“Estadio Chile

Somos diez mil manos menos

Que no producen.

¿Cuántos somos en toda la Patria?

La sangre del compañero Presidente

golpea más fuerte que bombas y metrallas.

Así golpeará nuestro puño nuevamente.

Canto, qué mal me sales

cuando tengo que cantar espanto.

Espanto como el que vivo

MUSEUM). Recurso electrónico disponible en: <http://www.usmmm.org/wlc/en/>. Sobre las purgas estalinistas ver MEYER, Klaus. “*La gran purga. Los simulacros judiciales de Stalin 1936-1938*.”. En “*Los grandes procesos...*”. Obra citada. Página 221 233, especialmente de la 230 en adelante. Sobre la revolución cultural en China ver la siguiente entrada electrónica en sección de Arte e Historia de la página web de la Junta de Castilla y León: <http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/3242.htm>

³⁸⁰ Entrada *Salman Rushdie* en “*The Columbia Encyclopedia*.”. Obra citada, disponible en: <http://www.bartleby.com/65/ru/Rushdie.html>.

³⁸¹ Ver “*Yahoo traicionó a mi marido, afirma la esposa de un disidente*.”. Noticia electrónica disponible en: <http://www.20minutos.es/noticia/213024/0/yahoo/facilita/datos/>

³⁸² NAVIA, Boris. “*Las últimas horas de Víctor Jara*.”. Recuento de un testigo para el diario *El Siglo de Chile*. Recurso electrónico disponible en: <http://www.panoramacultural.net/Suecia/mPaginas/pSelectRecord.cfm?paginaID=107&categoriaID=9>

*como el que muero, espanto.*³⁸³.

2. Entre el Estado de Derecho y el Social de Derecho.

Lo que hasta ahora se ha señalado en cuanto a la tensión entre individuo y Estado a partir de la casuística histórica, tensión que en nuestros tiempos exacerbaría el totalitarismo, habría de tomar aproximación distinta con el advenimiento de la Ilustración y las revoluciones liberales. No se hace necesario hacer de este acápite una cátedra de historia de las ideas Políticas para dar cuenta de lo anterior, basta con tener presente las invocaciones tanto en la Declaración de Independencia de Estados Unidos y la Constitución de Filadelfia, como en la Declaración sobre los Derechos del Hombre y el Ciudadano; dentro del Estado de Derecho inaugurado por estas tradiciones queda reconocida la importancia del individuo y por tanto, la necesidad que el aparato del poder quede limitado en su beneficio³⁸⁴. Con lo anterior quedaría consignada la libertad de expresión por vez primera como derecho positivo del ciudadano; de la casuística en las democracias modernas y los sistemas de protección regional ya se destinó todo un capítulo, y conclusión obvia apenas resulta la inexistencia del delito de opinión en ellas.

Sostiene el presente texto que aunque el modelo liberal pretende solucionar la tensión a favor del individuo, esta solución ha resultado problemática dado el desenvolvimiento de la ciencia jurídica dentro de él. Razones asisten para soportar lo afirmado, y por tanto estimar con mayor consideración el modelo Social y de Derecho. En primer lugar, mientras que para el primero la Constitución consiste en una Carta de derechos cuya protección y desarrollo es únicamente posible mediante el órgano legislativo, en el ulterior se le otorga verdadero poder normativo vinculante³⁸⁵; por otro lado, se ha cursado un tránsito de

³⁸³ NAVIA, Boris. “*Las últimas horas de Víctor Jara*.”. Obra citada.

³⁸⁴ Sobre la influencia del Derecho natural en la revolución estadounidense ya se ha discutido en el Capítulo Segundo de la Primera Parte del presente texto. En lo atinente a la Declaración francesa de 1789, basta con recordar el Preámbulo: “*Los representantes del pueblo francés...han resuelto exponer en una declaración solemne estos derechos naturales, imprescriptibles e inalienables.*”. Recurso electrónico disponible en: http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm

³⁸⁵ Tal como apunta ZAGREBELSKY, en el Estado liberal de Derecho, la unidad sustancial del poder ejecutivo y legislativo se solventaba de forma Político-social mediante la hegemonía de la ley “*a la que, en consecuencia se le reconocía superioridad frente a todos los demás actos jurídicos y también frente a los documentos constitucionales de entonces...contenida en la forma del Estado “constitucional”...La ley, por*

soberanía nacional a soberanía popular³⁸⁶. Las dos razones esbozadas van más allá del debate sobre libertad de expresión y asimismo implican otras consideraciones que igualmente inciden en que se opte por el modelo vigente.

En cuanto a las distintas posiciones sobre el poder normativo del texto constitucional, ya resultan demasiado conocidas los motivos que se han invocado respecto el poco margen de interpretación que se quiso dar a los jueces continentales durante las revoluciones liberales, así como los estragos que causaría el positivismo jurídico, filosóficamente inscrito en tal línea de pensamiento³⁸⁷. Ello implica la necesidad de que se triunfe en el discurso para otorgar verdadero valor jurídico a derechos constitucionales, particularmente en el caso de las minorías. Tal conclusión, propia del método descrito, salta al ojo como materialmente injusta. Capítulos anteriores se dijo que el entramado de protección internacional resultaba mejor aplicable en un Estado Social de Derecho, se tiene que tal posición es acertada dentro nuestra tradición jurídica; la función del juez dentro del *common law* explica la evolución del Derecho estadounidense a la par con las exigencias del sistema de protección Interamericano dentro de un Estado con marcado énfasis liberal.

Por otro lado, la recepción de la soberanía, entonces en la nación y ahora en el pueblo, implica la dialéctica entre representatividad y participación, y ello traerá inevitablemente consecuencias sobre la amplitud de los márgenes del ejercicio de derechos. Más aún, aunque la participación implique mayor dinamismo que la representatividad, debe notarse que al ser el pueblo soberano determinante del actual modelo Estatal mediante Asamblea Constituyente, y al encontrarse tal modelo inevitablemente circunscrito a ciertos elementos, cualquier cambio sobre tales elementos sólo puede venir mediante mismo proceso³⁸⁸. Como

vez primera en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.”. ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*”. Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid. 2007. Páginas 31 y 34.

³⁸⁶ Artículo segundo Constitución 1886 confrontado con el artículo tercero de la actual norma fundamental.

³⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil.*”. Obra citada. Páginas 29 a 33.

³⁸⁸ “*El poder de reforma, por ser un poder constituido y regulado en el Título XIII de la Constitución, tiene límites materiales pues la facultad de “reformular la Constitución” (artículo 374 CP) no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad.*”. Mejor conocida como la Sentencia del Referendo/ C-551/03, ver Corte Constitucional. Sentencia del 9 de julio de 2003. Expediente CRF-001. Magistrado Ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Lo anterior debe adecuarse a lo dicho por el

se ha venido señalando, la dignidad humana es uno de tales elementos. Ello significa la imposibilidad de deformar en esencia el actual modelo mediante reformas a la Constitución, y por tanto, se trata de un sistema que ofrece mayores garantías al individuo frente a futuras soluciones respecto a conflictos con Estado o sociedad, incluyendo el advenimiento de una democracia totalitaria o una liberal: la única forma es que se haga en vigencia de otra *carta magna*.

El Estado Social de Derecho tiene como fin al individuo mas para ello entiende que éste debe desarrollarse en sociedad bajo condiciones físicas y espiritualmente dignas. No obstante, se tiene que el interés general prima sobre el particular pero incluso aquí, el individuo es sumo principio de orden constitucional: su justificación, fin último y límite a los medios³⁸⁹. Se trata, como queda también de relieve con la sola observación del examen para incidir sobre la libertad de expresión, de una tensión que por presunción en principio se resuelve a favor del individuo pero que pudiendo ser desvirtuada y estimada tanto necesaria como proporcional conforme sendas cargas, es legítima su inclinación hacia el interés general. Más aún, debe señalarse que dado que tal interés no será otra cosa más que un medio en la consecución del último cometido Estatal, y que por tanto debe respetarlo, es que se considera que la tensión entre individuo y normas de Estado y sociedad, no es tanto una contradicción sino una antinomia recreada en cada ponderación constitucional. Para ello, debe entenderse la dignidad del individuo como principio, y a al último como concepto que implica una toma de postura frente a la realidad³⁹⁰, dotándola así de un valor normativo; aunque el contenido del Derecho por principios dista del natural por cuanto para el primero no existen valores *a priori* a la Constitución, es imposible prescindir de la influencia del mismo en la elaboración del texto, así como en la idea valorativa de la

artículo primero de la Constitución, cláusula Estado Social de Derecho. Fundamentos de Derecho, numeral 31.

³⁸⁹Véase artículos primero, segundo y cuarto de la Constitución de 1991.

³⁹⁰ “*En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir “constitutivo” del orden jurídico...a los principios,... “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de la que forman parte y la que las palabras no hacen sino una simple alusión...nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto.*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil.*”. Obra citada. Página 110.

justicia y su método de consecución³⁹¹, máxime si ya se ha señalado la pertinencia del *iusnaturalismo* kantiano en la delimitación del principio que en concreto ha desarrollado el texto.

Hechas tales consideraciones, lo dicho por FUKUYAMA respecto al modelo americano es también pertinente dentro de los sistemas Sociales y de Derecho; ***“pese a la mala reputación que el concepto de derechos naturales tiene entre los filósofos académicos, gran parte de nuestro mundo político se basa en la existencia de una <esencia> humana estable que poseemos por naturaleza; o mejor dicho, en el hecho de que creemos que tal existencia existe.”***³⁹².

Con lo anterior se consideran demostradas las premisas referentes a la tensión entre *iusnaturalismo* y norma sistémica, así como en cuanto a su solución mediante nuestro actual modelo de Estado. Corresponde al siguiente capítulo la demostración de la última premisa fundamental para el desarrollo de la hipótesis de trabajo.

³⁹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil*.”. Obra citada. Páginas 114 a 120.

³⁹² FUKUYAMA, Francis. “*El fin del hombre*.”. Obra citada. Página 344.

CAPÍTULO SEGUNDO:

ALGUNOS ASPECTOS LIMÍTROFES AL DELITO DE OPINIÓN.

I. Método.

Dado que a través del presente texto se ha demostrado: 1) la existente tensión entre Derecho natural y normativismo, 2) la resolución de la misma mediante la ponderación constitucional en nuestro actual modelo de Estado, y 3) la utilidad de los planteamientos de los sistemas de delito estudiados en cuanto a su legitimidad para frenar el proceso expansivo, así como la mayor idoneidad del funcionalismo moderado, y habiéndose señalado la posibilidad de aprovechar todos los argumentos dentro de tal corriente del Derecho penal; corresponde al presente acápite, demostrar mediante algunos aspectos circundantes al delito de opinión, la viabilidad del modelo aquí planteado. Así las cosas, concretamente se dirigirá la atención a cuatro fenómenos particulares en los cuales se ha tenido la incidencia del *ius puniendi*. A saber, estos son: el negacionismo y revisionismo histórico, los delitos contra el honor, la desobediencia civil y el Derecho penal del enemigo.

II. El negacionismo y revisionismo del Holocausto.

En aras de una adecuada aproximación al tema, en primer lugar se hará una exposición sintética del concepto, para luego abordar ciertas consideraciones jurídicas con fundamento en el modelo legitimador aquí sostenido.

1. Concepto.

La relación entre negacionismo y revisionismo es de género y especie; por revisionismo se entiende aquella corriente histórica que pretende la reconstrucción de determinados

sucesos que se tienen por veraces en aras de determinar la validez de tal pretensión, y dentro de ella se dan dos usos, uno tenido por respetable en cuanto a las fuentes históricas, y otro comúnmente criticado por la representación falsa que hace de las mismas o por su valoración inadecuada³⁹³. Ahora bien, no todo revisionismo, habría de resultar relevante para la libertad de expresión en la modernidad, su importancia radicaría en la pretensión de algunos por desestimar la veracidad del holocausto acaecido durante el régimen nacionalsocialista tudesco. Dentro de esa línea de pensamiento se encuentra ya un pabellón de hombres no tan ilustres como los descritos en el capítulo anterior, encabezados por ERNST ZUNDEL y DAVID IRVING³⁹⁴. En los Estados europeos, la tendencia ha sido a penalizar la negación o revisión histórica del holocausto³⁹⁵, mas dadas las similitudes en cuanto a modelo de Estado, se abordará su estudio a partir del caso español en el cual fue declarado inconstitucional tal punible por incidir en el ámbito de la libertad de expresión e investigación científica³⁹⁶. Para bien o para mal, con el presente tipo penal, se está diciendo que caminos no son transitables para los historiadores, sin distinción de la pertinencia o no de los argumentos que fundamentan sus opiniones.

En Sentencia 235/2007, el Tribunal Constitucional español, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, determinó que el bien jurídico cuya protección penal se buscaba consistía en la evitación de crímenes de odio y/o apología al genocidio como fines constitucionales válidos, pero que la negación en sentido estricto, es decir, como simple expresión de ideas no implica ni siquiera un peligro potencial en la

³⁹³ Ver “*Revisionism –revisionism in the Socialist movement, Marxist definition of revisionism, Historical revisionism, Territorial revisionism and Fictional revisionism.*”. En “*Cambridge Encyclopedia.*”. Vol. 62. Recurso electrónico disponible en: <http://encyclopedia.stateuniversity.com/pages/18506/revisionism.html>

³⁹⁴ Ver “*Revisionism...*”. En “*Cambridge Encyclopedia.*”. Obra citada. Asimismo ver el siguiente artículo en: <http://www.cbc.ca/news/background/zundel/> . Advierte el presente texto que son pocas las referencias objetivas a este tipo de revisionistas; es abundante el número de páginas adscritas a su línea de pensamiento.

³⁹⁵ Ver artículo 130, numeral 3 del Código Penal Alemán. Trad. Por Prof. Michael Bohlander. Recurso electrónico disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#StGB_000P130 Asimismo, ver en Francia la ley *Gayssot*, del 24 de febrero de 2004, artículo noveno. Recurso electrónico disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000532990&dateTexte=>

³⁹⁶ Tribunal Constitucional de España, Sentencia del 7 de noviembre de 2007, STC 235/2007. Presidido por: MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE. La pregunta sobre inconstitucionalidad nace con ocasión del caso de Pedro Varela ante la Audiencia Provincial de Barcelona. Ver particularmente los fundamentos de Derecho (II) numerales 6 a 9. En tal Sentencia se declaró la inconstitucionalidad del negacionismo, mas se aceptó la constitucionalidad del delito de justificación pública de genocidio bajo el entendido que puede hacerse de forma indirecta. Recurso electrónico disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2007/STC2007-235.html>

generación de ambientes hostiles; ello significa la validez constitucional del delito sólo si se le diese la interpretación restrictiva de que en él estuviese envuelta justificación del odio o genocidio, mas ello excedería las competencias del órgano judicial, y aún así, se trataría de peligros que ya se encuentran solventados mediante los tipos de incitación al odio y justificación pública de genocidio³⁹⁷. En virtud de lo anterior se emitió fallo de inconstitucionalidad respecto al delito de negacionismo, fallo que habría de beneficiar a PEDRO VARELA, propietario de la librería EUROPA, comercializadora de publicaciones de ese corte, así como apologéticas del holocausto³⁹⁸. La *ratio decidendi* del fallo constitucional da la impresión que reformulado legalmente se tuviese la validez del punible, mas ello no resulta así si se considera, tal como señala el mismo tribunal, la inexistencia de un peligro potencial meritorio del grado intenso de protección del Derecho penal. Incluso, una vez concretado el peligro, queda claro que ya hay tipos penales dirigidos a su evitación.

³⁹⁷ *“La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente —como sugiere el Ministerio Fiscal— puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12), la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión.”* *Ibidem*. Fundamentos de Derecho, Numeral 8.

³⁹⁸ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, Sentencia del 5 de marzo de 2008. Rollo No. 24/1999. Procedimiento Abreviado No. 102/1998. Juzgado de lo Penal No. 3 de Barcelona. Apelante: Pedro Varela. Magistrado Ponente: JOSÉ GRAU GASSO. La sentencia lo absolvería del delito de incitación a la violencia u odio racial, dado que ésta debe ser directa mientras que lo condenaría por el delito de genocidio previsto en el artículo 607.2 del Código Penal Español en tanto eliminados los textos de tipo negacionista, aún persiste en el contenido de la literatura suministrada, *“una voluntad inequívoca de denigrar a la comunidad judía tildándola de genéticamente mentirosa, incitando, aunque sea de forma indirecta, a la discriminación, al odio y a la violencia contra dicha comunidad, que como ha dicho el Tribunal Constitucional, es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública de genocidio.”*. Fundamentos de Derecho, Cuarto y Quinto. La noticia de la sentencia aparece en el Diario *“El País”*, en el sitio electrónico referido aparece un enlace al texto completo del fallo. Ver:

http://www.elpais.com/articulo/espana/librero/Pedro/Varela/condenado/meses/prision/justificar/Holocausto/elpepuesp/20080305elpepunac_23/Tes

En ese orden de ideas, no parecen satisfechas las cargas constitucionales respecto los criterios de necesidad y proporcionalidad. Incluso el de determinación del bien jurídico queda entredicho pues de lo dicho se palpa que más bien se trata de gestores atípicos de la moral que pretenden dar a la memoria del Holocausto, vía la apología al odio, la apariencia de un bien jurídico. En opinión del autor del presente texto, quizás en el único lugar donde racionalmente se estimase necesaria la imposición de tal medida sería en Alemania, mas incluso aquí es debatible. Queda claro que los argumentos centrales para determinar la legitimidad del presente delito surgen de la ponderación del texto constitucional en armonía con lo dispuesto por el sistema internacional.

2. Consideraciones respecto al modelo planteado.

La sentencia del tribunal constitucional español demuestra de un tajo la relación entre capacidades auto-restrictivas de sistema penal y modelo constitucional. Ahora bien, el mismo fallo permite su adecuación a lo postulado en el presente texto respecto a sistema legítimo de Derecho penal. La construcción de la *ratio descidendi* a partir de la Carta Política y la jurisprudencia regional refuerza lo ya dicho en tanto la importancia de las garantías.

Ya se ha dicho que el fin primordial del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, y que para ello se vale de la norma así como de las funciones especiales y generales de la sanción; dentro de todas ellas es fundamental la construcción jurídico-empírica, es decir, la ponderación entre instituciones jurídicas y realidades sociales, o entre ambas de igual categoría. A partir de ahí, es sostenible que como medida abstracta la norma debe tener una finalidad definida, bien jurídico en sentido constitucional, así como ser necesaria y proporcional en la consecución de tal fin. De igual forma, se recuerda que al referirse al criterio de legalidad de la medida, se ha dicho que en materia penal se trata de legalidad en sentido estricto. Así, la valoración jurídica quedaría principalmente concretada en la determinación del bien jurídico como uno constitucional, al igual que en la determinación de los límites impuestos por las garantías, mientras la empírica en su

necesidad y proporcionalidad. No obstante, debe acotarse que se trata de elementos en constante traslape. Queda claro que el presente examen se hace respecto la medida, similar habrá de hacerse en cada caso concreto, quedando los criterios referidos al bien jurídico hasta la culpabilidad, y aquellos concernientes a la función mediata de la pena en la responsabilidad; incluso aquí, en todos debe hacerse una valoración jurídico-empírica.

Por mucho que indigne la pretensión negacionista del holocausto, queda claro que el movimiento revisionista como corriente histórica en general puede tener un fin legítimo, y su validez se irá determinando conforme al estudio y valoración de fuentes; los argumentos para definir qué ocurrió se encuentran dentro de la ciencia histórica como subsistema y sus argumentos le bastan. Con el anterior argumento sistémico, no hay duda que las construcciones jurídicas no pueden pretender la verdad científica o prohibir el discurso hipotético y argumentado por muy descabellada que parezca, caras lecciones deja el caso de GALILEO, y aunque es imposible el parangón equilibrado, si hay una semejanza: el escudo de la libertad científica conforme a la dignidad del ser humano. Ahora, es posible decir que en el movimiento revisionista del holocausto no hay particular interés científico sino racista, este texto sostiene que ello sólo puede determinarse a partir del caso concreto, y de ser así, el argumento descalificador no se encontrará en la ley penal sino en la ciencia. El efecto de enfriamiento que causa una medida como la anterior en el debate histórico es potencialmente más peligroso que el que pretende evitar; de por sí ya hay suficientes normas penales para sancionar la apología al genocidio y el odio racial, entre otras. Ello significa que frente a este tipo de publicaciones el operador jurídico únicamente debe valorar si en ellas existe incitación directa al odio racial, o justificación de conductas genocidas que inciten de forma directa o indirecta a su comisión. Así las cosas, se procede al siguiente aspecto por desarrollar.

III. Los delitos contra el honor.

Sobre la protección penal del honor, o la integridad moral tal como señala CÓRDOBA ANGULO con arreglo a nuestra legislación³⁹⁹, ya se ha derramado suficiente tinta como para tornar el presente acápite en una reconstrucción de tales planteamientos doctrinarios. En virtud de lo anterior, tiene por innecesario el presente texto que se desarrolle conceptualmente lo anterior; queda claro para el lector que aquí se hace referencia a los delitos de injuria y calumnia bajo las limitaciones constitucionales e internacionales ya tratadas en materia de libertad de expresión en sentido lato. Entendidas tales limitaciones, también resulta que este aspecto es de los tratados el más lejano al delito de opinión, pues precisamente el contenido que se sanciona es aquel que se presenta como verdad aunque sí exista protección respecto ciertas opiniones en materia constitucional⁴⁰⁰. No obstante lo anterior, de la aplicación del modelo suscrito por este texto, inspirado por los requisitos para limitar las aristas de la libertad de expresión, y entre ellas la libertad de información, surgen algunas consideraciones valiosas. Así las cosas, se procede a su estudio en concreto en aras de determinar si es legítimo o no, el recurso a la legislación penal.

1. Consideraciones respecto al modelo planteado.

Se ha dicho a través del texto que los requisitos para limitar mediante responsabilidad ulterior el ejercicio de la libertad de expresión sea en sentido estricto o lato son los siguientes: 1) existencia de una finalidad taxativa; 2) seguimiento del principio de legalidad, y 3) necesidad de la medida, así como que entendida a partir de su proporcionalidad. En el caso concreto de la libertad de expresión y la protección penal del honor, se tiene que tal finalidad consiste en la preservación y protección de los derechos de los demás, y que ello es equiparable al concepto de bien jurídico protegido por la Constitución. Precisamente a lo anterior alude LOMBANA VILLALBA al hablar del concepto jurisprudencial del honor en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁰¹. Así las cosas,

³⁹⁹ CÓRDOBA Angulo, Miguel. “*Delitos contra la integridad moral*”. En “*Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*.”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Página

⁴⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia del 1 de diciembre de 2001. Sentencia T-1319/01. Magistrado Ponente: RODRIGO UPRIMNY YEPES. Expediente: T-357702. Particularmente, numeral 17 de consideraciones jurídicas.

⁴⁰¹ Para ello se fundamenta el catedrático del Claustro en un concepto puramente normativo, o inherente a la persona en materia de injuria y uno objetivo-subjetivo, así como normativo en materia de calumnia. En virtud de lo anterior se dice que el concepto de honor será abstracto en materia de injuria, y referido en concreto al

queda claro que el primer requisito estaría cumplido. Similar cosa habrá de señalarse en cuanto al seguimiento del requisito de legalidad mediante Ley 599 de 2000.

Ahora bien, del carácter intrusivo de los medios de comunicación y lo indispensable que resulta la información veraz para la democracia, cuando menos parece necesaria alguna medida en aras de acometer tal finalidad aunque resta la pregunta sobre su proporcionalidad. En efecto, este tema toca con la naturaleza subsidiaria del Derecho penal. Tanto OCALLAGHAN como LOMBANA VILLALBA sostienen que sólo se dará tal subsidiariedad si logra distinguirse al momento de desatar jurisdicción en cuanto lesiones dignas de protección constitucional, civil o penal entendidas como parece hacerlo el catedrático del Rosario con fundamento en lo dicho por la Corte Suprema y la Corte Constitucional, en tanto control débil, estricto y extremo respectivamente⁴⁰². Al respecto, se distancia el presente texto de tal apreciación en tanto la diferenciación entre control estricto y extremo parece darse más en la relación de grave a más grave en vez de moderado a

buen nombre o reputación en cuanto a calumnia, razón por la cual en el primer la *exceptio veritatis* constituye eximente de responsabilidad, y en el segundo es causal de atipicidad. No obstante esta diferenciación que es de construcción legal-doctrinaria, ha de señalarse que la Corte Constitucional ha privilegiado el modelo objetivo-subjetivo dentro de su línea jurisprudencial, particularmente al señalar: “*El derecho a la honra es esencialmente un derecho de valor y gira alrededor de la conducta que observe la persona en su desempeño dentro de la sociedad. La persona es juzgada por la sociedad que la rodea, ante la cual debe presentar un comportamiento limpio, cristalino y sus actuaciones llevadas a cabalidad y en forma legal, puesto que la buena calificación al actuar correcto la suministra el resto del conglomerado en cuyo medio se convive.*”. Ver Corte Constitucional. Sentencia del 5 de febrero de 1993. T-050/93. Magistrado Ponente: SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Citada por LOMBANA Villalba, Jaime. “*Injuria, calumnia y medios de comunicación.*”. Biblioteca Jurídica *Diké*. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2009. Página 29. Respecto la distinción con que se abre el presente pie de página se remite a las páginas 34 a 36 del texto ya citado.

⁴⁰² “*En la medida en que el agravio a los mencionados derechos puede manifestarse en un daño susceptible de estimación pecuniaria, también se provee a su protección a través de los mecanismos mediante los cuales es posible derivar la responsabilidad civil del agresor*”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de junio de 2002. Magistrado Ponente: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE. Radicado: 14029’02. Citada por LOMBANA Villalba, Jaime. “*Injuria, calumnia y medios de comunicación.*”. Obra citada. Página 254. Ello lo argumenta en conjunto con lo siguiente: “*En resumen, el control débil se activa cuando, existiendo un genuino interés en generar opinión, no se ofrece oportunidad alguna de contradicción, en cuyo caso es necesario garantizar un equilibrio entre las opiniones, necesario para el proceso deliberativo (equilibrio informativo/opinión). El control estricto, por su parte, se aplicará en el evento en que el propósito de la opinión es la persecución individual y con fines personales del comunicador y, finalmente, el control extremo, por conducto del aparato penal, cuando el comunicador únicamente busca el insulto.*”. Corte Constitucional. Sentencia de diciembre de 2001. T-139/01. Magistrado Ponente: RODRIGO UPRIMNY YEPES. Citada por LOMBANA Villalba, Jaime. “*Injuria, calumnia y medios de comunicación.*”. Página 256. Sobre los argumentos tanto de LOMBANA como los que reconstruye de OCALLAGHAN ver páginas 253 y subsiguientes.

grave⁴⁰³, así como en la dificultad que presenta la constatación fáctica de ambas. Si se considera que el recurso exclusivo a la protección constitucional y a la responsabilidad civil no es ajeno al Estado Social de Derecho dentro de un sistema continental, como apunta la reciente despenalización de los delitos contra el honor en México, queda cuando menos la duda si es en verdad la tipificación de estas conductas la medida menos lesiva⁴⁰⁴.

Medidas como la anterior parecen haber sido inspiradas por la opinión concurrente del Juez GARCÍA RAMÍREZ en el caso de MAURICIO HERRERA ULLOA ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se señaló por un lado la efectividad de la jurisdicción civil en la reparación de la víctima de forma pecuniaria, moral y comunicativa mediante sentencia condenatoria del ilícito, y por otro lado, que en todo caso habrán de mantenerse las causales de inexistencia de responsabilidad en sentido genérico y no penal siempre y cuando se encuentren fundamentadas en el seguimiento de los deberes correlativos a la libertad de información conforme ha señalado la jurisprudencia regional⁴⁰⁵. La diferencia fundamental con la jurisdicción penal radicaría en la capacidad intimidatoria, o de prevención general negativa, lo cual se torna en disuasivo para la labor periodística; aquí se está de nuevo ante la teoría del efecto de enfriamiento que causa la medida sobre la libertad de expresión⁴⁰⁶. Incluso LOMBANA VILLALBA señala el constante recurso en

⁴⁰³ Se trata de una aplicación del modelo triádico. ALEXANDER, Robert. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Páginas 77 y subsiguientes.

⁴⁰⁴ Respecto la noticia se presenta el siguiente artículo del Diario *“El Universal”* de México, disponible en siguiente recurso electrónico: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/410689.html>. Ahora bien, en cuanto a la vigencia del modelo social y democrático de Derecho dentro de la Constitución federal mexicana como concepto, aunque guardadas las distancias frente al caso español que se toma como modelo, ver GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *“Estado Democrático y Social de Derecho”*. En *“Boletín Mexicano de Derecho Comparado”*. Número 98. Biblioteca Jurídica Virtual. Páginas 595 a 653. Recurso electrónico disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/98/art/art4.htm>

⁴⁰⁵ Entre ellas la existencia de dolo de comunicar informaciones falsas o con negligencia grave a la verdad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *“Mauricio Herrera Ulloa”*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Opinión concurrente del Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. Ver numeral tercero, párrafos 17 a 20 en tanto el recurso a la jurisdicción civil, y particularmente el párrafo 19 en cuanto al mantenimiento de las causales de irresponsabilidad, entendida ésta en sentido genérico, a partir del seguimiento de los deberes impuestos por el ejercicio recto de la libertad de información. Recurso electrónico disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_ing.pdf

⁴⁰⁶ *“Obviously, the civil solution does not pose the same problems that the criminal law solution poses vis à vis domestic and international human rights standards, nor does the civil law solutions have the intimidating effect that the criminal law solution has. As the Court has pointed out, the criminal law solution can ultimately inhibit the exercise of freedom of expression.”* Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *“Mauricio Herrera Ulloa”*. Caso citado. Opinión concurrente del juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. Ver numeral tercero, párrafo 19.

nuestro país a la justicia penal con el único fin de amedrentar la labor del periodismo investigativo⁴⁰⁷, lo cual hace aún más difícil sostener que se trata de un control extremo a las conductas lesivas y no a la expresión como tal.

Por otro lado, si hay quienes dicen que la modernización del Derecho penal consiste en la inclusión de las conductas de los poderosos dentro del discurso de la criminalidad, correlato necesario habrá de ser la despenalización de aquellas conductas que los poderosos incluyeron en su beneficio. Lo anterior adquiere mayor relevancia entendida la reflexión de MUÑOZ MACHADO sobre la preferencia de los medios de comunicación a que tales conductas se ventilen a partir de la jurisdicción penal en la medida en que las penas privativas de la libertad impuestas a sus periodistas son menos peligrosas a su subsistencia que una condena económica, así como por los altos estándares de condena en un juicio penal que dificultarían la realización de un reproche a la credibilidad del medio y la información suministrada⁴⁰⁸. Ello en cuanto a los medios, pero asimismo, a partir de la función intimidatoria del Derecho penal se entrevé que en la tipificación de los delitos contra el honor por lo general va envuelto el deseo de quienes detentan altas esferas de influencia en el poder por sustraerse mediante la intimidación del control Político-social que ejerce la prensa dentro de las sociedades democráticas⁴⁰⁹.

No es tanto que considere el presente texto a la jurisdicción civil como la panacea universal en materia de protección del honor, incluso existen razones, tal como señala LOMBANA VILLALBA, que parecen dar preferencia al Derecho penal⁴¹⁰. En todo caso, se recuerda que este bien jurídico también se encuentra salvaguardado por el recurso a la

⁴⁰⁷ LOMBANA Villalba, Jaime. “*Injuria, calumnia y medios de comunicación*.”. Obra citada. Página 255.

⁴⁰⁸ Ante por qué no protestaban los periodistas no protestaran generalmente a que se usase contra ellos leyes penales en vez de civiles responde MUÑOZ MÁCHADO: “*La conclusión pudiera ser que las empresas prefieran que sus periodistas acaben en la cárcel, si hace al caso, antes que sufrir ellas condenas económicas que puedan hacer peligrosas la subsistencia del medio de comunicación, sobre todo si, como no es infrecuente, la empresa periodística no nada en la abundancia*.”. MUÑOZ Machado, Santiago. “*Libertad de prensa y procesos por difamación*.”. Ariel. Barcelona. 1987. Página 16. Citado por LOMBANA Villalba, Jaime. “*Injuria, calumnia y medios de comunicación*.”. Página 255. Ver en misma página respecto del argumento sobre la reprobación a la credibilidad de medio e información.

⁴⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Mauricio Herrera Ulloa.”. Caso citado. Opinión concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ. Numeral cuarto, párrafo 27.

⁴¹⁰ Entre ellas, la necesidad de un elemento subjetivo y la dinámica del error como elemento defensivo. LOMBANA Villalba, Jaime. “*Injuria, calumnia y medios de comunicación*.”. Obra citada. Página 254 a 255.

jurisdicción constitucional. No obstante lo anterior, si se considera que existe una carga probatoria respecto los requisitos de la medida, las dudas aquí sembradas permiten cuando menos concluir la necesidad de mayores elucubraciones sobre la problemática dentro de nuestra doctrina nacional con arreglo a criterios de funcionalidad empírico-jurídica, así como sistémica en cuanto a Derecho y no *ius puniendi*, bajo el raso de la dignidad humana. Por tanto, se sostiene que en nuestra actualidad no parece demostrada como razonablemente proporcional la necesidad de recurrir al Derecho penal en aras de proteger el bien jurídico en comento. La gravedad de la conducta no basta en sí para que sea sancionada por el Derecho penal, el concepto de *ultima ratio* equiparado al sub-criterio de proporcionalidad necesariamente implica que se demuestre que el cometido de la medida no puede ser logrado por otra de menor impacto al ejercicio del derecho restringido. Así las cosas, es posición del presente texto que deben despenalizarse los delitos de injuria y calumnia en nuestro país. A lo anterior se añade una convicción Política, ineludible en cualquier consideración jurídica aunque no deba ser central, y es que no hay cabida para tales conductas en el Derecho penal de las democracias modernas. En el caso concreto se palpa que existe cierta tensión por el ejercicio de una libertad conexas a la dignidad humana que puede vulnerar al mismo concepto respecto la perspectiva de otros sujetos del mismo derecho-principio, y que la norma sistémica con la que se le pretenda dar solución en aras de evitar el amedrentamiento de una en beneficio de la otra, se adecua de mejor manera mediante el criterio de proporcionalidad como mecanismo de equilibrio constitucional. ¿No es acaso tal la función de la ponderación? Cabe recalcar, se trata de mecanismo y fines de los cuales se nutre el modelo aquí planteado.

Se ha dicho en anterior acápite que el criterio de bien jurídico es asimilable al de finalidad de la medida, guardadas las distancias ya que en materia de libertad de expresión se trata de fines taxativos, así como se ha señalado que en materia del criterio de necesidad es donde se realizará por lo general la primera ponderación jurídico-empírica, es pertinente concluir el presente acápite expresando que por proporcionalidad ha de entenderse *ultima ratio* subsidiaria y menos restrictiva. Dicho lo anterior, se procede al siguiente aspecto.

IV. La desobediencia civil.

Desde que THOREAU introdujera por vez primera el concepto incitando públicamente a la evasión de impuestos, ya que con ellos se sufragaba la guerra contra México y se mantenía el sistema esclavista⁴¹¹, mucha tela se ha cortado en materia de desobediencia civil. En virtud de lo anterior se harán unas breves precisiones del concepto para luego proceder a una toma de postura, y su coherencia con la aplicación del modelo aquí planteado.

1. El concepto de desobediencia civil.

Acorde con FERNÁNDEZ BUEY, puede decirse que se entiende por acto de desobediencia civil aquel que motivado en principios de justicia o convicciones de conciencia incumple un mandato que el Estado había impuesto al agente con total aquiescencia sobre las consecuencias jurídicas que ello implique⁴¹². Esta definición ha de complementarse con lo dicho por BEDAU acerca del carácter público, no violento y teleológico del acto de desobediencia⁴¹³. A lo anterior se añade que su realización puede ser directa si se viola la misma ley considerada injusta, o indirecta si se viola otra válida en aras de llamar la atención sobre un asunto injusto que no puede ser violado directamente⁴¹⁴. Rechaza el presente la apreciación de quienes sostienen que el pacifismo no constituye un elemento esencial de la desobediencia civil; puede que en casos extremos haya legitimidad en la resistencia armada, mas precisamente en ella no existe nada de civil⁴¹⁵.

⁴¹¹ THOREAU, Henry David. “Desobediencia civil.”. En “Desobediencia civil y otros escritos.”. Pronunciado en 1848 y publicado en 1849. El título más usado es “Sobre el deber de la desobediencia civil.”. Estudio preliminar y notas de COY, Juan José. Traducido por M^a Eugenia Díaz. Editorial Tecnos. Madrid. 1987. Página 29, 30 y 55.

⁴¹² FERNÁNDEZ Buey, Francisco. “Desobediencia civil.”. Ediciones Bajo Cero. Madrid. 2005. Publicada bajo licencia Creative Commons 2.1 Página 14. Recurso electrónico disponible en: <http://www.bajocero.org/ediciones/pdf/pfdez.pdf>.

⁴¹³ “Alguien comete un acto de desobediencia civil, si y sólo sí, sus actos son ilegales, públicos, no violentos, conscientes, realizados con la intención de frustrar leyes –al menos una-, programas o decisiones de gobierno.”. BEDAU, Hugo Adam. “On Civil Disobedience.”. Citado por MAGALONI, Beatriz. “La desobediencia civil en la democracia constitucional.”. En Revista Estudios. Filosofía-Historia-Letras. Otoño 1990. 22. Biblioteca ITAM. Página 1. Recurso electrónico disponible en: http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras22/textos2/sec_1.html

⁴¹⁴ MAGALONI, Beatriz. “La desobediencia civil en la democracia constitucional.”. Obra citada. Página 1.

⁴¹⁵ MAGALONI, Beatriz. “La desobediencia civil en la democracia constitucional.”. Obra citada. Página 1. Contrastar con lo dicho por ZINN. Dentro de estos casos, se alude a violencia defensiva frente a la violencia

Queda clara la forma como se desenvuelve el acto desobediente, mayor discusión existe en cuanto a sus fundamentos dado que en los principales referentes histórico-filosóficos en la materia existe apelación a principios pre-jurídicos o meta-jurídicos, es decir, se ataca la ley por injusta ante Dios o el Derecho natural⁴¹⁶; mientras que en las actuales construcciones se ha querido que ésta se desenvuelva conforme a principios rectores de la vida social con particular énfasis en la Constitución, tal como ocurre en las obras de RAWLS y HABERMAS⁴¹⁷. Lo anterior no deja de presentar sus particularidades, dado que la dignidad humana en su corriente *iusnaturalista* constituye principio constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, aunque se compartan las características señaladas, si hay algunas que varían, particularmente en cuanto al uso de la desobediencia civil como último recurso. Una visión fundamentada en los principios constitucionales y por tanto en la democracia, es respetuosa de los conductos en ella establecidos para solventar situaciones de injusticia, máxime si la caracterización de injusticia se da conforme a criterios rectores de la vida social; por otro lado, resuena el desprecio revolucionario de THOREAU por esos mecanismos⁴¹⁸.

estructural del Estado. Asimismo, FERNÁNDEZ BUEY, Fernando. “*Desobediencia civil*.”. Obra citada. Páginas 61 a 62.

⁴¹⁶ “*En Thoreau, Tolstoi, Einstein, Gandhi, y Martin Luther King, hay poca teoría sobre la justificación de la desobediencia civil. La defendieron como una actitud práctica suficientemente justificada, desde el punto de vista moral frente a situaciones de injusticia que denunciaban.*”. FERNÁNDEZ Buey, Francisco. “*Desobediencia civil*.”. Obra citada. Página 18. Basta con dejar aquí sólo unos apartes del texto de THOREAU, aunque se lamenta no poder realizar, por términos de economía académica, el contraste de la lectura de los autores citados. Así: “*Hay leyes injustas: ¿Nos contentaremos con obedecerlas o intentaremos corregirlas y las obedeceremos hasta conseguirlo? ¿O las transgrediremos desde ahora mismo... Si la injusticia forma parte de la necesaria máquina del gobierno, dejadla así, dejadla. Quizás desaparezca con el tiempo; lo que si es cierto es que la máquina acabará por romperse. Si la injusticia tiene un muelle o una polea o una cuerda exclusivamente para ella, entonces tal vez debáis considerar si el remedio no será peor que la enfermedad; pero si es de tal naturaleza que os obliga a ser agentes de la injusticia, entonces os digo, quebrantad la ley. Que vuestra vida sea un freno que detenga la máquina. Lo que tengo que asegurarme es que no me presto a hacer el daño que yo mismo condeno.*”. THOREAU, Henry David. “*Desobediencia civil*.”. Obra citada. Páginas 40 y 41.

⁴¹⁷ MAGALONI, Beatriz. “*La desobediencia civil en la democracia constitucional*.”. Obra citada. Página 1.

⁴¹⁸ “*En cuanto a adoptar los medios que el Estado aporta para remediar el mal, yo no conozco tales medios. Requieren demasiado tiempo y se invertiría toda la vida. Tengo otros asuntos que atender. No vine al mundo para hacer de él un buen lugar para vivir, sólo para vivir en él, sea bueno o malo. Un hombre no tiene que hacerlo todo, sino algo, y debido a que no puede hacerlo todo, no es necesario que haga algo mal. No es asunto mío interpelar al gobierno o a la Asamblea Legislativa, como tampoco el de ellos interpelarme a mí; y si no quieren escuchar mis súplicas, ¿qué debo hacer yo?*”. THOREAU, Henry David. “*Desobediencia civil*.”. Obra citada. Página 41.

2. Consideraciones sobre el modelo planteado.

Ahora bien, la problemática de los mecanismos viene precisamente a ser el *quid* del asunto en materia de desobediencia civil por cuanto ellos permiten en las democracias modernas con mayor o meno éxito, la reconducción de ciertas normas o directrices hacia criterios de justicia inspirados tanto en la vida social, como en algunos casos en nociones privadas. Se acepta que en aquellos Estados donde el control constitucional de las leyes sea concreto, sea común el recurso a la desobediencia civil pues en éste se entrevé que la finalidad es llevar el asunto hacia los tribunales, mas en un modelo como el nuestro existen mecanismos directos que hacen prescindible su necesidad, desde las acciones públicas de inconstitucionalidad hasta la objeción de conciencia. Si hasta para el caso en que se precisan las violaciones indirectas, los permisos para organizar marchas y protestas pacíficas están al alcance del ciudadano. Al respecto, comparte el presente texto las objeciones formuladas por RAZ y MAGALONI en tanto la desobediencia civil constituye una actitud jurídicamente reprobable existiendo canales regulares para la consecución de sus fines⁴¹⁹. Ello quiere decir que en medida alguna la conducta ilícita, sea cualquiera su naturaleza, esté avalada a la luz del Derecho; siempre habrá lugar a la consecuente responsabilidad tanto para aquellos actos fundamentados en principios constitucionales como en aquellos anteriores a los mismos. Cosa distinta es que conforme a valoraciones sobre la función mediata que cumple la sanción en la jurisdicción penal se estime ésta innecesaria o disfuncional. La aceptación de la condena es lo que vendrá a definir como tal al verdadero desobediente civil, pues éste se encuentra dispuesto a afrontar las últimas consecuencias por sus actos en virtud del principio que motiva su visión de justicia, así como porque ella en sí resaltaré con mayor énfasis la injusticia que se combate. En vano no son las siguientes palabras del pensador estadounidense si se tiene en cuenta que la esclavitud era constitucionalmente admitida en ese entonces:

“Bajo un gobierno que encarcela injustamente, el lugar que debe ocupar el justo es también la prisión...Ahí es donde el esclavo negro furtivo y el prisionero mejicano en

⁴¹⁹ MAGALONI, Beatriz. “*La desobediencia civil en la democracia constitucional.*”. Obra citada. Páginas 1 y 2.

*libertad condicional y el indio que viene a interceder por los daños infligidos a su raza deberían encontrarlos; en ese lugar separado, pero más libre y honorable, donde el Estado sitúa a los que no están con él sino contra él: ésta es la única casa, en un Estado con esclavos, donde el hombre libre puede permanecer con honor.*⁴²⁰.

En medida alguna se desprestigia aquí el recurso a la desobediencia civil como generador de cambios, de hecho se cree que tal es el deber del ciudadano si los mecanismos establecidos fallan en generarlos. Incluso, se cree como HABERMAS que la permisión de ésta dentro del texto constitucional como última forma de participación comunicativa del ciudadano es síntoma de madurez de una democracia⁴²¹, mas se señala que nuestra democracia constitucional es todo menos madura o aquiescente a ello, y que hasta entonces, no hay cabida para ella en nuestro actual modelo.

Quizás sea éste de los casos en que se da con mayor relieve la tensión entre Derecho natural y norma sistémica, la solución individualista de THOREAU es la más tajante de todas las vertientes en este conflicto; mientras la norma y su aplicación estén en arreglo con los principios fundacionales del Estado Social de Derecho, verbigracia la dignidad humana y el interés general, queda claro que se está ante una solución equilibrada de la misma. Dentro del estudio de los principios invocados al desatar los mecanismos de reconducción vital importancia tendrá el bloque de constitucionalidad.

Ahora, de las reflexiones sobre la libertad de expresión queda claro el deber de los Estados por sancionar la incitación al delito. Es posición del presente texto que dentro de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, todo llamado a la desobediencia civil mientras involucre la comisión de un delito sancionado por la ley penal o una omisión correlativa, constituye incitación al delito y por tanto se encuentra por fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión. No obstante, como el modelo propuesto precisamente lo que hace es adecuar los requisitos de las limitaciones de contenidos dentro del ámbito al sistema penal en general, se tiene que el bien jurídico o fin último de la norma

⁴²⁰THOREAU, Henry David. “Desobediencia civil.”. Obra citada. Página 43.

⁴²¹MAGALONI, Beatriz. “La desobediencia civil en la democracia constitucional.”. Obra citada. Página 1. Asimismo FERNÁNDEZ Buey, Francisco. “Desobediencia civil.”. Obra citada. Página 26.

consiste en la protección de la eficacia y autoridad de las disposiciones penales desarrollados para la mejor configuración social posible con arreglo al texto constitucional; se trata de un delito en contra de la seguridad y el orden público⁴²².

A todas luces resulta el bien jurídico digno de protección penal, así como su proporcionalidad si se entiende que el llamamiento a realizar una conducta sancionada debe sancionarse por la misma jurisdicción que lo hace respecto la conducta, mas ¿puede haber medidas menos lesivas, ya no para la libertad de expresión sino en términos generales? La respuesta es negativa, la sola naturaleza de la conducta imbuida en el Derecho penal obliga a que desde allí se resuelva. Más aún, se trata de una obligación que surge de la interpretación de los textos constitucionales e internacionales. Ante cierto tipo de conductas, el Estado no puede plantear soluciones con considerable menor intensidad que los efectos producidos por las mismas; no tienen que ser las mismas pues se estaría fundamentando aquí una moderna ley del talión, pero si constitucionalmente equiparables, principalmente en cuanto a su contenido comunicativo habida cuenta las funciones mediata y última del Derecho penal. En ese orden de ideas, el sub-criterio de proporcionalidad y *última ratio* menos lesiva no sólo habrá de valerse de elementos empíricos sobre la eficacia social de la norma, sino que asimismo deberá ponderar qué derecho se está restringiendo y su fundamento en caso de haberlo, y la importancia del bien jurídico penalmente tutelado conforme a la Constitución; entre más cercanos estén los primeros elementos a los principios fundacionales del Estado Social de Derecho, mayores serán las exigencias del examen, mientras que en caso de cercanía de los segundos ocurrirá cosa contraria, si ambos confluyen, pues de eso se trata la ponderación constitucional en concreto.

El llamado a la desobediencia civil es un delito y el desobediente civil un delincuente, quizás no uno común, es probable que hasta sea uno romántico y moralmente correcto, pero lo es al fin y al cabo. Cuando los mecanismos son utilizados conforme a la Constitución y no se obtiene el fin perseguido deben acatarse los fallos que por su naturaleza irán a la máxima autoridad en su jurisdicción, salvo que en ella sea evidente el desconocimiento de

⁴²² CRUZ Bolívar, Leonardo. “*Delitos contra la seguridad pública*.”. En “*Lecciones de Derecho penal. Parte especial*.”. Obra citada. Página 438.

los preceptos que ella misma deba velar. En tal caso la noción de democracia apenas sería nominal. Señalado lo anterior, se abordará en el siguiente acápite un aspecto que parece colindar con el actual, y que tanto se ha prometido.

V. El Derecho penal del Enemigo⁴²³.

En los tres escenarios anteriores, el examen del modelo planteado se ha realizado a partir del aspecto cuantitativo de la expansión del Derecho penal, corresponde ahora someterlo al aspecto cualitativo en su arista de mayor intensidad. Para ello, en primer lugar se reconstruirá el concepto a partir de anterior investigación, y luego se procederá a su valoración conforme los planteamientos aquí sostenidos sobre legitimidad.

1. Concepto.

Por Derecho penal del Enemigo se entiende aquél fenómeno caracterizado por la confluencia de todas las aristas cualitativas de la expansión, es decir, intensificación en el ámbito punitivo y circunstancias de ejecución de pena⁴²⁴; relajación de garantías Político-criminales y de imputación hasta el punto que se le suele referir como un sistema basado en el autor y no en el acto⁴²⁵, igual situación ocurre en materia procesal⁴²⁶. Claro que lo anterior no se refiere al sistema penal en su integridad, su teorización por parte de la doctrina y aplicación en las legislaciones nacionales se predica únicamente conforme a ciertos supuestos, o más bien, sujetos. Muchas han sido las líneas de pensamiento sobre el Enemigo, mas en la actualidad predomina aquella esbozada por el funcionalismo radical y

⁴²³ Dado que hasta antes no se había querido dar un concepto claro de esta tendencia, se había usado indistintamente la expresión en mayúsculas y minúsculas. De ahora en adelante se abordará en mayúsculas dada las características esenciales que a continuación se abordarán.

⁴²⁴ CANCIO Meliá, Manuel. “De nuevo ¿”derecho penal del enemigo”?”. En “*Memorias XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología.*”. Editorial Leyer. Universidad Nacional de Colombia. Página 489. Asimismo, FENG Jun. “*Pena de muerte...*”. Obra citada. Páginas 91 y subsiguientes.

⁴²⁵ CALLEGARI, André Luis y REINDOLFF DA MOTTA, Cristina. “*Estado y Política Criminal...*”. Obra citada. Página 617. De igual forma, CANCIO Meliá, Manuel. “De nuevo ¿”derecho penal del enemigo”?”. Obra citada. Página 496.

⁴²⁶ CANCIO Meliá, Manuel. “De nuevo, ¿”derecho penal del enemigo”?”. Obra citada. Página 489. CALLEGARI, André Luis y REINDOLFF DA MOTTA, Cristina. “*Estado y Política Criminal...*”. Obra citada. Página 619.

que es de carácter negativa; se trata del no-ciudadano por cuanto el mismo sujeto se excluye del ordenamiento jurídico y las garantías que lo conforman al *“manifestar una oposición frontal, duradera y seria a los demás como personas en Derecho, desacreditando netamente la vigencia de la norma que define y describe a los demás como sujetos fieles a la norma.”*⁴²⁷.

Lo dicho hasta ahora significa una confrontación entre el yo y el otro, su satanización, lo cual implica que en este escenario la pena es incompatible con la función de prevención general; aquí su cometido es simplemente la lucha⁴²⁸. Es aquí donde se palpa la relación con la libertad de expresión, pues para CANCIO MELIÁ se ha llegado al punto en que la vinculación ideológica se confunde con la vinculación criminal⁴²⁹. Por último, cabe aclarar que tal concepción no se limita a su fenómeno más común, el terrorismo, sino que se extiende también a la criminalidad del Estado o a la delincuencia organizada; es decir, se quiere limitar a situaciones de gravedad excepcional⁴³⁰.

Así las cosas, se procede a una lectura del Derecho penal del Enemigo a partir del modelo aquí sostenido.

2. Consideraciones respecto al modelo planteado.

Las características del Derecho penal del Enemigo obligan a su excepcionalidad conforme a las disposiciones internacionales y regionales en materia de derechos humanos, disposiciones que conforme a una visión sistémica constituyen expectativas normativas en tal orden y cuya protección se da mediante la aplicación de sanciones por responsabilidad internacional; ello en el caso concreto de Colombia implica la imposibilidad de imponer pena de muerte, llevar a cabo actos de tortura o las llamadas técnicas altamente coercitivas de interrogación, renunciar al principio de legalidad o juez natural, incomunicar al acusado,

⁴²⁷ POLAINO Orts, Miguel. *“Un paseo de varios siglos por el devenir histórico-filosófico del derecho penal del enemigo.”*. En *“El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo.”*. Obra citada. Página 684.

⁴²⁸ CANCIO Meliá, Manuel. *“De nuevo, ¿”derecho penal del enemigo”?”*. Obra citada. Página 496.

⁴²⁹ *“...mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que “estar ahí” de algún modo, “formar parte” de alguna manera, “ser uno de ellos” aunque se sólo en espíritu es suficiente.”*. CANCIO Meliá, Manuel. *“De nuevo, ¿”derecho penal del enemigo”?”*. Obra citada. Página 497.

⁴³⁰ PARMA, Carlos. *“El Espejo del Derecho Penal.”*. Obra citada. Página 45.

así como excluirlo de los medios probatorios salvo ponderaciones estrictas referidas a los derechos de las víctimas, testigos, o situaciones en que se vea amenazada la seguridad nacional⁴³¹.

Tales limitaciones de entrada impiden la satanización del otro por su opinión en materia de libertad de expresión salvo que se cumplan los requisitos para su limitación. En todo caso, los conceptos de legalidad, responsabilidad ulterior, necesidad y proporcionalidad terminan desarticulando las connotaciones arbitrarias dentro del fenómeno dado que ésta conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos constituye un derecho que no puede ser suspendido en Estados de excepción⁴³². Ello es igualmente predicable en toda circunstancia frente al principio de legalidad, personalidad jurídica. Incluso, es obligación preservar ciertas garantías que no estando en el listado de las Convenciones, permiten la realización de aquellas que sí están tal como es la revisión judicial de sentencias o el *habeas corpus*⁴³³. Necesario es tener en cuenta que el control internacional opera de forma subsidiaria, el primer examen se da en sede de constitucionalidad, donde se aspira que incluso las exigencias sean superiores en consideración a la cláusula Estado Social de Derecho. En armonía con lo anterior resultan las disposiciones constitucionales y estatutarias en la materia⁴³⁴.

No obstante lo cierto que resulta lo dicho en párrafos anteriores, debe considerarse la familiaridad y facilidad con que se ha invocado el estado de excepción en nuestros tiempos, al punto que se le ha considerado sempiterno⁴³⁵. Ello significa una fundamental objeción que sólo podrá solventarse mediante el seguimiento del llamado bloque de constitucionalidad en armonía con la dignidad del individuo, y la honestidad intelectual en su examen, es decir, que se llame a las cosas como son⁴³⁶.

⁴³¹ ESCOBAR Beltrán, Samuel Augusto. “*Derecho Penal del Enemigo*.”. Obra citada. Páginas 7 y subsiguientes. Frente a los límites concretos ver página 11 a 16.

⁴³² Ver artículo 4 del instrumento internacional.

⁴³³ ESCOBAR Beltrán, Samuel Augusto. Obra citada. Páginas 14 y 15.

⁴³⁴ Artículo 214 numeral segundo de la Constitución. Asimismo, Artículo 4 de la Ley 137 de 1994.

⁴³⁵ PARMA, Carlos. “*El Espejo del Derecho Penal*.”. Obra citada. Página 56 y subsiguientes.

⁴³⁶ Aquí se le concede la razón a SCHMITT y a PAWLIK en cuanto a la función de los teóricos del Derecho. PARMA, Carlos. “*El Espejo del Derecho Penal*.”. Obra citada. Páginas 48 y 49.

Bien cabe recalcar que conforme a nuestra jurisprudencia constitucional el hecho que motive la declaratoria de excepción debe estar suficientemente probado más allá de la discrecionalidad ejecutiva, y que al apreciarse la conveniencia de la misma debe haber un vínculo racional con el hecho, vínculo que ha de mantenerse como criterio de validez respecto actos jurídicos posteriores dentro del estado de excepción⁴³⁷. Aunque es cierto como señala CIFUENTES MUÑOZ que nuestro tribunal constitucional no siempre ha estado a la altura, particularmente al declarar la constitucionalidad del estado de conmoción por cuanto era inminente la obtención de libertad de numerosos sindicatos de delitos de terrorismo, subversión o secuestro con fundamento en el peligro que ello pudiese representar⁴³⁸, o en otra ocasión al señalar que la ostentación de poderío económico, militar o territorial justificaba la excepción así haya sido un fenómeno prolongado en el tiempo⁴³⁹; desde el año 93 se ha exigido incluso para los supuestos de terrorismo o narcotráfico, que las normas expedidas sigan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁴⁰, y que tales hechos deben ser sobrevinientes tanto cuantitativa como cualitativamente.⁴⁴¹

Así, queda claro que **“la asamblea nacional constituyente reaccionó contra el abuso de esta salvaguarda excepcional del Estado de derecho, como puede inferirse de su regulación detallada, de la prohibición de que durante su vigencia se suspendan derechos y libertades fundamentales, de la necesidad de ceñirse al derecho internacional humanitario, de la existencia de una ley estatutaria para regular los**

⁴³⁷ CIFUENTES Muñoz, Eduardo. “*Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia*.”. Revista *Ius et Praxis*. Volumen 8. Número 1. Talca. 2002. Páginas 117-146. Recurso electrónico disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000100009&script=sci_arttext Ver conclusiones.

⁴³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-552 de 1996. Analizada por CIFUENTES Muñoz, Eduardo. “*Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia*.”. Obra citada. Numeral 4.2.3

⁴³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 1993. Analizada por CIFUENTES Muñoz, Eduardo. “*Los Estados De Excepción Constitucional en Colombia*.”. Obra citada. Numeral 4.2.4

⁴⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1993. Analizada por CIFUENTES Muñoz, Eduardo. “*Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia*.”. Obra citada. Numeral 4.2.5

⁴⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-66 de 1995. Analizada por CIFUENTES Muñoz, Eduardo. “*Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia*.”. Obra citada. Numeral 4.2.7. Por sobreviniente se entiende “**una necesidad importante y extraordinaria e improrrogable en el tiempo...con aptitud para erigirse en amenaza grave e inminente del orden social. La necesidad extraordinaria es aquella que no puede ser satisfecha, en un tiempo razonable, a través de los medios de legislación ordinaria...su solución reviste carácter de urgencia y da respuesta a un interés vital para la sociedad, cuya negación puede y tiene la aptitud para afectar la tensión social normal y desplazarla hacia un nivel crítico.**”. Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 1992. Citada por CIFUENTES Muñoz en texto ya referido. Ver numeral 4.2.1

poderes excepcionales y, en fin, de la consagración de un sistema automático de control constitucional.⁴⁴²».

Más aún, es difícilmente aceptable que el Estado luche contra sujetos mediante la pena pero incluso dado el supuesto hipotético que lo fuese, el mismo principio de dignidad humana limita las formas de lucha en beneficio del individuo. Para ello debe quedar claro y sin lugar a dudas que conforme a las disposiciones internacionales y constitucionales es jurídicamente imposible separar al ser humano del concepto de persona haga lo que haga.

Sin más rodeos, aquí se afirma que si la piedra angular del Estado en cuanto a fines se encuentra en la dignidad humana, no puede éste por justificado que esté dentro del ordenamiento el fin perseguido, socavar su fin último y principio fundacional. La primacía de tal concepto otorga primacía a la libertad, su armonización con las disposiciones internacionales obliga a suponer que si para las situaciones excepcionales prevalecen en su esencia las garantías, para aquellos supuestos corrientes resulta imposible la relajación de las mismas. No puede prescindirse de ellas toda vez que se trata de coyunturas comunes y ordinarias que deben dirigirse mediante Políticas estables, y que cuando ellas se comportan conforme al Derecho penal, en él van intrínsecas todas sus garantías, precisamente, sin excepción alguna. Con lo dicho hasta ahora, queda demostrada la idoneidad del modelo aquí planteado respecto al Derecho penal del Enemigo, y presunta respecto relajaciones más leves y moderadas que no han podido ser tratadas dado que el debate se ha enfocado a partir de la libertad de expresión, y se trataría de suposiciones más fantasiosas que hipotéticas. No obstante lo anterior, las razones ya esbozadas que fundamentan tal presunción constituyen constatación jurídica en sí. Si los derechos humanos, libertades fundamentales y garantías judiciales correlativas no pueden ser suspendidos siquiera bajo estados de excepción es porque su esencia pertenece al actual modelo de Estado, de allí que tal núcleo deba permanecer incólume

⁴⁴² CIFUENTES Muñoz, Eduardo. "Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia.". Obra citada. Conclusiones. Numeral 1.

Los escenarios hasta aquí estudiados han permitido demostrar las premisas en que se fundamenta el modelo planteado, así como sus capacidades auto-restrictivas frente ambas aristas del proceso expansivo del Derecho penal. No obstante lo anterior, se reconoce que el enfoque y la misma solución generan problemas concretos que necesitan ser señalados a la hora de concluir el presente texto.

CONCLUSIONES

I. Conclusiones extraídas de la investigación.

1. A través del texto se ha resaltado la necesidad de legitimar el estado actual del Derecho penal, y que en tales contenidos dada la jerarquía de derechos y sus fundamentos, deberá haber similitud con aquellos referidos a la libertad de expresión o mayor intensidad.
2. Al contrastar lo expresado sobre la aplicación jurisprudencial del derecho escogido como pretexto con los planteamientos auto-restrictivos de los sistemas modernos del delito junto a las causas y elementos del proceso expansivo del Derecho penal, se tiene que todos resultan útiles mas en ellos se ve privilegiada la propuesta de ROXIN dada su cercanía al modelo Social de Derecho.
3. El modelo propuesto por el funcionalismo moderado es capaz de asimilar los planteamientos del finalismo y funcionalismo radical en cuanto a legitimidad dada su vinculación al Estado Social de Derecho en la medida que en éste se resuelven las tensiones entre *iusnaturalismo* y normativismo sistémico. En aras de lo anterior, debe entenderse a la propuesta sistémica como la abstracción, a la dignidad humana como principio motor tanto cognitivo como normativo, y a la cláusula constitucional, así como sus consecuencias normativas, interpretativas y ponderativas, como la concreción. La cláusula necesariamente debe ser armonizada con el bloque de constitucionalidad.
4. La asimilación de tales planteamientos teóricamente conlleva cambios en la función de la pena, es decir, la aceptación de la prevención general positiva bajo el entendido que se trata de una protección mediata junto a la llevada a cabo por la prevención general negativa de aquellos bienes jurídicos de orden constitucional.

No obstante, no se ha demostrado en el presente texto si empíricamente la pena cumple alguna función, o es apenas autopoiética como señala PARMA⁴⁴³.

5. A partir de las reflexiones históricas y contemporáneas sobre el delito de opinión se demostró la tensión mencionada y su solución a partir del modelo constitucional actual. Mediante el estudio sobre sus aspectos limítrofes ha podido determinarse la idoneidad de la adaptación propuesta en materia de confluencia de argumentos sobre legitimidad. Frente a la arista cuantitativa del fenómeno expansivo se sostiene que es imprescindible la determinación del bien jurídico cuyo fin es proteger directamente por conducto de la norma e indirectamente vía sanción penal, así como que tal medida resulte necesaria, lo cual implica su carácter último como medio proporcional y menos lesivo. Ahora bien, en lo atinente a su ámbito cualitativo con el modelo planteado se han dado a conocer límites concretos a su fenómeno de mayor intensidad a partir del Derecho internacional, su acoplamiento a la Constitución, así como lo dispuesto en ella sobre estados de excepción y dignidad humana. Dado el enfoque puesto en la libertad de expresión no se han probado las capacidades auto-restrictivas frente a supuestos leves o moderados de este último aspecto.
6. Esta solución es similar a la propuesta que elabora el profesor SILVA SÁNCHEZ sin distinción del tipo de relajación en cuanto sostiene el mantenimiento de las garantías en tanto el delito sea privativo de la libertad, admitiendo su variación cuando no se trate de este tipo de sanciones penales. En efecto, la ponderación usada por el catedrático de Barcelona parte de una visión constitucional dentro del funcionalismo moderado y su solución es idéntica a la aquí sostenida en materia de primera velocidad: siempre que la libertad esté en juego corresponde al Derecho penal obrar al cien por ciento en sus argumentos sobre legitimidad dada la relación intrínseca entre ésta y la dignidad humana. Ahora bien, con ello se quiere decir que se ha dado respuesta a la primera y tercera velocidad del proceso expansivo satisfactoriamente. En el aire pareciera quedar la segunda velocidad, aquella en que por ser la pena distinta a la privativa de la libertad se admiten relajaciones en las

⁴⁴³ PARMA, Carlos. “*El Espejo del Derecho Penal*.”. Obra citada. Página 208.

garantías, mas de la lectura del modelo planteado existen dos argumentos que cuando menos permiten desestimar en teoría tal solución: en primer lugar, que las disposiciones constitucionales al referirse a garantías penales no distinguen entre los diversos tipos de sanción penal; y en segundo lugar, que la otra sanción principal que funciona dentro de nuestro ordenamiento es la multa, es decir, se hace referencia al patrimonio económico. A partir de la conexidad entre derechos fundamentales, puede aseverarse con mayor razón en nuestra coyuntura económica actual que salvo se trate de sujetos con alto poder adquisitivo, una sanción de este corte implica en cierta medida un menoscabo a las condiciones de vida digna del sujeto, y por tanto justifican la necesidad del mantenimiento integral de las garantías. Determinar que en el caso concreto se vería afectada la vida del sujeto como criterio para aceptar tal relajación dividiría el Derecho penal en dos, uno para poderosos y otro para los desprotegidos. Por muy altruista que suene, se trata de una desigualdad que no compete al legislador o interprete constitucional; aquí no cabe la regla de trato igual entre iguales y desigual entre desiguales, pues el origen de las garantías no surge del patrimonio económico sino de la personalidad jurídica reconocida al sujeto de Derecho.

A continuación se describirán los problemas suscitados por el enfoque escogido, así como uno que surge de la solución planteada y su comparación con el problema trazado.

II. Problemas encontrados o la necesidad de trabajos posteriores

1. Queda en el aire la cuestión sobre las funciones de la pena, para ello será necesario una investigación a partir de sus fundamentos constitucionales concretos y consideraciones criminológicas, así como su comparación con las condiciones de ejecución penal y aseguramiento en nuestro país.
2. Es imperativo que se estudie si el concepto de bien jurídico constitucional excede los fines taxativos previstos para limitar la libertad de expresión, así como las posibles adaptaciones a la dogmática del funcionalismo moderado a partir de la influencia de finalismo y funcionalismo radical en los

planteamientos sobre su legitimidad. Asimismo deberá determinarse la incidencia de éstos en los estrictos criterios de legitimación ajenos a la teoría del bien jurídico que acorde con HEFENDEHL tienen que aceptarse en áreas reducidas⁴⁴⁴. El punto de partida necesario consistirá en la legitimidad constitucional con la que se han fundamentado tales áreas.

3. Comoquiera que se ha presentado una solución preliminar mas no constatada a las relajaciones moderadas y leves que presenta el aspecto cualitativo de la expansión, es un deber académico corroborar lo anterior frente a sus concreciones más curtidas en el Derecho penal económico, de la empresa y el medioambiente. Este escenario es el que también resulta más propicio para indagar sobre las posibilidades constitucionales de la llamada segunda velocidad del Derecho penal. Los problemas anteriormente descritos surgen con ocasión de haber sometido la discusión bajo la óptica de la libre expresión.
4. Ahora bien, de lo que se ha demostrado de la solución planteada se concluye la prevalencia y continua referencia a conceptos como legalidad, bien jurídico, necesidad, proporcionalidad, última ratio, garantías y dignidad del individuo. No obstante lo anterior, al estudiar el proceso expansivo y circunscribirlo al problema de la legitimidad se ha dicho precisamente lo contrario, que su vigencia se ve amenazada por tal fenómeno. Parece que se ha dado un ciclo, y el problema sigue igual. Aquí se sostiene cosa contraria a continuación.

III. Consideración final.

Se ha admitido que hay supuestos razonables e irrazonables del proceso expansivo, indagar sobre la legitimidad no es otra cosa que intentar discernir e identificar los criterios sobre los cuales ella se basa. En los Estados constitucionales tal razonabilidad se encuentra circunscrita a los principios constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos. Con lo anterior se quiere decir que el fenómeno expansivo como negación de lo expuesto en materia de requisitos constitucionales debe presumirse ilegítimo en abstracto, y

⁴⁴⁴ HEFENDEHL, Roland. “*Las jornadas desde las perspectiva de un partidario del bien jurídico.*”. En “*La Teoría del Bien Jurídico...*”. Obra citada. Página 414.

necesario de ponderación en concreto conforme al imperativo de superar las cargas de definición, argumentación y demostración respecto los mismos. Bajo tal entendimiento, la solución aquí propuesta si bien no logra cerrar la problemática, ofrece un punto de partida mucho más adecuado que aquellas exclusivamente referidas a consideraciones dogmáticas del sistema penal. Después de todo, cualquier Derecho penal que no corresponda al modelo constitucional es ilegítimo. Ello basta para dar mayor asidero a las propuestas del funcionalismo moderado, pero incluso uno más idóneo si se tiene en cuenta que dentro de la ponderación tienen cabida tanto planteamientos *iusnaturalistas* como sistémicos. Si el Derecho penal liberal se caracterizó por la limitación del poder punitivo, nuestro actual sistema debe velar por tal limitación consciente que el fin último del Estado es la dignidad del hombre.

BILBIOGRAFÍA

1. AGUDELO Betancur, Nodier. “*Curso de Derecho Penal: Esquemas del Delito.*”. Editorial Temis. Tercera Edición. Bogotá. 2004.
2. AGUDELO Betancur, Nodier. “*El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara.*”. Serie Grandes Corrientes del Derecho Penal: Escuela Clásica. Reimpresión Segunda Edición. Editorial Linotipia Bolívar. Bogotá. 1996.
3. ALBRECHT, Peter-Alexis. “*El Derecho Penal en la Intervención Política Populista*”. En “*La insostenible situación del Derecho Penal.*”. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu-Fabra (Ed. Española). Editorial Comares. Granada. 2000.
4. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “*¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito.*”. Editorial Atelier. Serie Mayor. Barcelona. 2003.
5. ALEXY, Robert. “*Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.*”. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Número 28.
6. ARANGO Olaya, Mónica. “*El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional.*”. Artículo académico en revista Precedente administrada por Universidad ICESI, 2004 disponible en siguiente recurso electrónico: <http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>
7. BECCARIA, Cesare. “*De los delitos y las penas.*”. Editorial Leyer. Bogotá. 2005.
8. BERNATE Ochoa, Francisco. “*La Legitimidad del Derecho Penal*”. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2007.
9. BRECHT, Bertolt. “*Vida de Galileo.*”. (Teatro completo, 7). Biblioteca Brecht. Alianza Editorial. Traducción de Miguel Sáenz. Madrid. 2007.
10. BUTLER, Brian Edgar. “*Legal Pragmatism.*”. En “*The Internet Encyclopedia of Philosophy.*” 2006. Recurso electrónico disponible en: <http://www.iep.utm.edu/1/leglprag.htm#H4>
11. CALLEGARI, André Luís y REINDOLFF DA MOTTA, Cristina. “*Estado y Política Criminal: La contaminación del derecho penal ordinario por el derecho*”

- penal del enemigo o la tercera velocidad del derecho penal.*” En “*El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo.*”. Libro homenaje al Profesor Gunther Jakobs en su 70 aniversario. Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John, editores. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.
12. CANCIO Meliá, Manuel. “*De nuevo ¿”derecho penal del enemigo”?*”. En “*Memorias XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología.*”. Editorial Leyer. Universidad Nacional de Colombia.
13. CECCO, Elda E. y MANSILLA, Angélica. “*El libro como embajador del exiliado. Intertextualidad entre Ovidio y Marcial*”. Recurso electrónico disponible en: http://bdigital.uncu.edu.ar/bdigital/objetos_digitales/2572/ceccomansillaexiliado.pdf
14. CIFUENTES Muñoz, Eduardo. “*Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia.*”. Revista *Ius et Praxis*. Volumen 8. Número 1. Talca. 2002. Recurso electrónico disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000100009&script=sci_arttext
15. CÓRDOBA Angulo, Miguel. “*Delitos contra la integridad moral*”. En “*Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial.*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.
16. CRUZ Bolívar, Leonardo. “*Delitos contra la seguridad pública.*”. En “*Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial.*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.
17. DEMANDT, Alexander. “*Sócrates ante el tribunal popular de Atenas (399 a.C.)*”. En “*Los grades procesos. Derecho y poder en la historia.*”. DEMANDT, Alexander, editor. Trad. Por Enrique Gavilán. Editorial Crítica. Barcelona 1993.
18. ESCOBAR Beltrán, Samuel Augusto. “*Derecho Penal del Enemigo: un análisis de sus límites sistémicos en el derecho internacional público.*”. Ponencia presentada al Simposio de Estudiantes de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y al Congreso del Colegio de Abogados de la Universidad del Rosario en Santa Marta. Recurso electrónico disponible en: <http://www.forerorodriguez.com/> dentro del link: artículos.

19. FAYOS Gardo, Antonio. “*El nuevo mercado de las ideas. (Sobre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso Internet)*”. Revista de Administración Pública. Número 144. Septiembre-diciembre de 1997.
20. FAYOS Gardo, Antonio. “*Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión: de Holmes a la sentencia del caso internet.*”. Artículo académico en *Revista de Administración Pública*. Número 141. Septiembre-diciembre de 1996.
21. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “*Retribución y prevención general. Un estudio sobre las teorías de la pena y la función del Derecho penal.*”. Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2007.
22. FENG, Jun. “*Pena de muerte. Delincuentes comunes (individuos) y enemigos.*” en “*El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo.*”. Libro homenaje al Profesor Gunther Jakobs en su 70 aniversario. Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John, editores. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.
23. FERNÁNDEZ Buey, Francisco. “*Desobediencia civil.*”. Ediciones Bajo Cero. Madrid. 2005. Publicada bajo licencia Creative Commons 2.1 Recurso electrónico disponible en: <http://www.bajo-cero.org/ediciones/pdf/pfdez.pdf>.
24. FERNÁNDEZ Segado, Francisco. “*La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*” En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Número 70. Octubre-diciembre. 1990.
25. FERRAJOLI, Luigi. “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.*”. Traducción de Andrés Ibáñez, Ruíz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Andrés. Editorial Trotta. Quinta Edición. 1995.
26. FOUCAULT, Michel. “*El orden del discurso.*”. Segunda Edición. Tusquets Editores. Barcelona. 1980.
27. FUKUYAMA, Francis. “*El Fin del Hombre: Consecuencias de la revolución biotecnológica.*”. SINE QUA NON. Ediciones B. Traducción de Paco Reina. 2002. Barcelona España. 2002.
28. GÓMEZ Dávila, Nicolás. “*Escolios a un Texto Implícito: Selección.*”. Villegas Editores. Bogotá 2001.

29. GRACIA Martín, Luís. *“Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia.”*. Editorial Tirant Lo Blanch, Alternativa. Valencia. 2006.
30. GRIER Stephenson Jr., Donald; MASON, Thomas Alpheus. *“American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases”*. Prentice Hall. Décima Edición. Nueva Jersey.
31. GUNTHER, Klaus. *“De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un <<cambio de paradigma>> en el Derecho penal?”*. En *“La insostenible situación del Derecho Penal.”*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu-Fabra (Ed. Española). Editorial Comares. Granada. 2000.
32. HABERMAS, Jurgen. *“Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.”*. Editorial Trotta. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2005. Madrid.
33. HAMMOND, Mason. *“Plato and Ovid’s exile.”*. Artículo en *“Harvard Studies in Classical Philology.”* Vol. 63, 1958. Página 348. Recurso electrónico disponible en base de datos JSTOR.
34. HEFENDEHL, Roland. *“Las jornadas desde las perspectiva de un partidario del bien jurídico.”*. En *“La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?”*. HEFENDEHL, Ronald. Editor. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Edición española a cargo de Rafael Alcacer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid y Barcelona. 2007.
35. JAKOBS, Gunther. *“¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En *“El funcionalismo en derecho penal.”*. Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003.
36. LARIOS Martínez, Heriberto. *“Para entender el totalitarismo.”*. Artículo electrónico disponible en <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/060419151515.pdf>

37. LOCKE, John. "*The Second Treatise of Government*.". The Library of Liberal Arts Press Inc. United States of America. 1952.
38. LOMBANA Villalba, Jaime. "*Injuria, calumnia y medios de comunicación*". Biblioteca Jurídica *Diké*. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2009.
39. LUHMANN, Niklas. "*Organización y decisión, autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*". Universidad Iberoamericana. Editorial Anthropos. Barcelona. 2005.
40. MAGALONI, Beatriz. "*La desobediencia civil en la democracia constitucional*". En Revista Estudios. Filosofía-Historia-Letras. Otoño 1990. 22. Biblioteca ITAM. Recurso electrónico disponible en: http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras22/textos2/sec_1.html
41. MELVIN J, Edward. "*The Constitution and the Declaration of Independence: Natural Law in American History*" en *31 Catholic Lawyer*. 1987-1988. No. 1.
42. MEYER, Klaus. "*La gran purga. Los simulacros judiciales de Stalin 1936-1938*". En "*Los grandes procesos. Derecho y poder en la historia*". DEMANDT, Alexander, editor. Trad. Por Enrique Gavilán. Editorial Crítica. Barcelona 1993.
43. MORALES Fermín. "*Pornografía infantil e internet*". Ponencia para las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal en Internet. UOC. Recurso electrónico disponible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/index.html>
44. NAUCKE, Wolfgang. "*La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*". En "*La insostenible situación del derecho penal*". Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu-Fabra (Ed. Española). Editorial Comares. Granada. 2000.
45. NAVIA, Boris. "*Las últimas horas de Víctor Jara*". Recuento de un testigo para el diario *El Siglo* de Chile. Recurso electrónico disponible en: <http://www.panoramacultural.net/Suecia/mPaginas/pSelectRecord.cfm?paginaID=107&categoriaID=9>
46. OVIDIO NASÓN, "*El arte de amar*". Ediciones Austral. Poesía. Trad. Por Antonio Ramírez de Verger. 2007. Madrid. Libro Segundo.
47. OSPINA, William. "*Ese hombre que escribía sobre la tierra*". En "*La decadencia de los dragones*". Alfaguara. Bogotá. 2002.

48. PARMA, Carlos. “*El Espejo del Derecho Penal.*”. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2009
49. PIÑA Rochefort, Juan Ignacio. “*Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal.*”. J.M Bosch Editor. Barcelona. 2008.
50. PIZARRO, Martínez María José. “*Ovidio y el exilio.*”. En ALVAR Esguerra, A. “*Exilio y elegía latina entre la Antigüedad y el Renacimiento.*”. Universidad de Huelva, 1997. Recurso electrónico disponible en http://www.ual.es/Universidad/Depar/Filesla/latin/trabajos/ov_pizarro.pdf
51. POE, Edgar Allan. “*El Poder de las Palabras.*”. Recurso electrónico disponible en: <http://www.ababolia.com/lecturas/relatos/relatos-filosoficos/edgar-allan-poe/el-poder-de-las-palabras.htm>
52. POLAINO Navarrete, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. “*Cometer Delitos con Palabras: Teoría de los Actos de Habla y Funcionalismo Jurídico-Penal.*” Editorial Dykinson. Madrid. 2006.
53. POLAINO Orts, Miguel. “*Un paseo de varios siglos por el devenir histórico-filosófico del derecho penal del enemigo.*”. En “*El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo.*”. Libro homenaje al Profesor Gunther Jakobs en su 70 aniversario. Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John, editores. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.
54. PRITTWITZ, Cornelius. “*El Derecho Penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última Ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal.*”. En “*La insostenible situación del Derecho Penal.*”. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu-Fabra (Ed. Española). Editorial Comares. Granada. 2000.
55. QUERALT, Joan J. “*Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación.*” en “*Política criminal y nuevo Derecho Penal.*”. Libro homenaje a Claus Roxin. J.M Silva Sánchez, editor. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. 1997.
56. RICH, Anthony. “*The Roman Section*” Artículo enciclopédico respecto al exilio. En SMITH, William. “*A Dictionary of Greek and Roman Antiquities.*”. John Murray,

- editor. Lóndres. 1875. Recurso electrónico disponible en: http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Exsiliu.html
57. ROSEN, Klaus. “*Roma y los judíos en el proceso de Jesús. (c. 30 d.C.)*.”. En “*Los grandes procesos. Derecho y poder en la historia*.”. DEMANDT, Alexander, editor. Trad. Por Enrique Gavilán. Editorial Crítica. Barcelona. 1993.
58. ROXIN, Claus. “*Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito*.”. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Pena et al. Editorial Civitas. Madrid. 1997.
59. ROXIN, Claus. “*Dogmática Penal y Política Criminal*”. Traducido por Manuel A. Abanto Vásquez. Editorial IDEMSA. Lima. 1998.
60. ROXIN Claus, “*Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*”. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Bosch. Barcelona. 1972.
61. SAN JUAN, Evangelio según en “*La Biblia en internet*.”. Recurso electrónico disponible en: <http://www.biblija.net/biblija.cgi?biblia=biblia&m=Jn+1%2C1-18&id22=1&pos=0&set=13&l=es>
62. SAN MATEO, Evangelio. En “*Biblia Reina Valera*.”. Recurso electrónico disponible en: <http://www.biblegateway.com/passage/?search=Mateo5:3-12;&version=61;>
63. SILVA Sánchez, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*.”. Segunda Edición. Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2006.
64. SILVA Sánchez, Jesús María. “*Política Criminal en la Dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites*.” en “*Política Criminal y nuevo Derecho Penal*.”. Libro homenaje a Claus Roxin. J.M Silva Sánchez, editor. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. 1997.
65. SCHÜTT, Hans-Werner. “*El proceso contra Galileo (1633). Tragedia de los errores*.”. En “*Los grandes procesos. Derecho y poder en la historia*.”. DEMANDT, Alexander, editor. Trad. Por Enrique Gavilán. Editorial Crítica. Barcelona 1993.

66. TICEHURST, Rupert. “*La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados.*”. Revista Internacional de la Cruz Roja. Volumen No. 140. 1997. Recurso electrónico disponible en <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDLCY>
67. THOREAU, Henry David. “*Desobediencia civil.*”. En “*Desobediencia civil y otros escritos.*”. Estudio preliminar y notas de COY, Juan José. Traducido por M^a Eugenia Díaz. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.
68. URBANO Martínez, José Joaquín. “*La Legitimidad del Derecho Penal: Equilibrio entre Fines, Funciones y Consecuencias.*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.
69. WELZEL, Hans. “*Derecho Penal Alemán: Parte General*”. Trad. Por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11^a edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1970.
70. ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*”. Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid. 2007-
71. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*”. Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá. 1990.
72. ZWEIG, Stefan. “*Erasmus de Rotterdam*”. Biografías. Tomo III. Obras Completas. Clásicos y Modernos. Editorial Juventud. Barcelona. 1961.

OTRAS REFERENCIAS SIN AUTOR.

73. Biografía de Oliver Cromwell. BBC History. Recurso electrónico disponible en http://www.bbc.co.uk/history/historic_figures/cromwell_oliver.shtml
74. *Concilio de Trento*. Texto completo disponible en siguiente recurso electrónico: <http://multimedios.org/docs/d000436/p000001.htm#0-p0.1>
75. “*The Columbia Encyclopedia.*”. Sexta Edición. 2007. Recurso electrónico disponible en: <http://www.bartleby.com/65/to/totalita.html>

76. “*The Holocaust Encyclopedia*.”. Manejado por el USHMM (UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM). Recurso electrónico disponible en:
<http://www.ushmm.org/wlc/en/>
77. La revolución cultural china. Arte e Historia. Servicio proporcionado por Junta de Castilla y León. Recurso electrónico disponible en:
<http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/3242.htm>
78. “*The Cambridge Encyclopedia*.”. Vol. 62. Recurso electrónico disponible en:
<http://encyclopedia.stateuniversity.com/pages/18506/revisionism.html>

