

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA CULTURA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

Danilo Castellano

1. Introducción

La cuestión es compleja. Su complejidad favorece su «lectura» ideológica (que –es bueno destacarlo– no es filosófica) tanto en el nivel teórico como en sus aplicaciones prácticas. En otras palabras, hay un riesgo –particularmente difundido en la sociedad occidental– de interpretar el derecho a la libertad de expresión tan sólo a la luz de la doctrina liberal-radical. De ahí que se imponga una aproximación crítica.

2. Las «fuentes» de la libertad de expresión

Si se trata de identificar las llamadas «fuentes» del derecho a la libertad de expresión, generalmente se encuentran referencias a documentos o normas que, a su vez, están ligadas estrictamente a la doctrina liberal-radical. Ya se invocan Declaraciones (por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948) o Cartas (por ejemplo la Carta Europea de Niza de 2000); ya se apele a normas –sobre todo constitucionales– o a la jurisprudencia de las Cortes constitucionales, que tienen en la mayor parte de los países eficacia *erga omnes* y, por tanto, el mismo valor que las normas constitucionales. Tanto las Constituciones hechas en serie –para usar una expresión feliz de Boris Mirkin-Guétzevitch– como la jurisprudencia de las Cortes constitucionales –calcadas unas de otras de las Cortes constitucionales– evidencian que sólo hay un modo de leer el derecho a la libertad de expresión: el que se identifica con

el derecho a la absoluta autodeterminación del individuo. El artículo 19 de la citada Declaración de la ONU expresa a este respecto: «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión». El artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 es más explícito todavía y prescribe en efecto que «no se puede establecer censura alguna». La garantía de este derecho, sobre todo en lo que respecta a la libertad de prensa e información, debe ser absoluta. Lo que se reconoce sustancialmente en los mismos términos por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ratificada por Italia con la Ley 848/1955, de 4 de agosto. Por su parte, el artículo 21 de la Constitución de la República Italiana de 1948 codifica el derecho a la libre manifestación del pensamiento en cualquier forma y con los límites establecidos por el ordenamiento, sobre todo bajo el ángulo penal y, en general, con el límite, de las «buenas costumbres». Fórmula ésta considerada generalmente (aunque parece que erróneamente) más amplia que lo que establecía el artículo 28 del Estatuto Albertino de 1848: «La prensa será libre, pero la ley reprime sus abusos». Este precepto, en vigor aunque con modificaciones relevantes hasta la entrada en vigor de la Constitución republicana, recogía tal cual en su formulación lapidaria el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa: «Puesto que la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, excepto cuando tenga que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley». Francia ha permanecido fiel a él y lo ha conservado si bien regulando su ejercicio a través de la Ley de Prensa de 1881, modificada sólo en el cercano 2014.

3. La matriz racionalista de la libertad de expresión y su evolución

En Europa, en la Europa occidental ciertamente, el derecho a la libertad de expresión está asociado a los derechos humanos racionalistas, esto es, los elaborados por la Ilustración y codificados primeramente por las Constituciones francesas de fines del siglo XVIII, que acogieron íntegramente la Declaración de 1789 (1). Fueron acogidos después, sucesiva aunque gradualmente, en las Constituciones decimonónicas, mientras que las del siglo XX hicieron de ellos su bandera. Los derechos humanos racionalistas tal como se encuentran en las Constituciones son, en realidad, pretensiones transformadas en derechos, aunque en una primera fase (en el siglo XIX) no se llegara a subordinar el propio ordenamiento jurídico a la voluntad y los proyectos individuales, para lo que habría de esperarse a la segunda mitad del siglo XX con la aplicación de la doctrina del personalismo en oposición a la experiencia de los regímenes totalitarios. El derecho a la autodeterminación absoluta, aun presente *in nuce* desde el origen, no fue reconocido entonces formal y explícitamente. Se reconoció en un principio la «responsabilidad», se habló todavía de «abuso» de la libertad, se advirtió la necesidad de regular por ley el ejercicio de los «derechos humanos» y de reprimir con las normas todo «abuso». Entendámonos: todo era funcional a preservar la convivencia y a salvaguardar el orden público. Se creyó oportuno recurrir –para aplicarlo, mantenerlo y más aún para justificarlo– al llamado principio enseñado sobre todo por Kant según el cual la libertad de cada uno termina donde empieza la de los demás. Principio falso, cuyo carác-

(1) Pueden señalarse, entre la vasta literatura sobre los derechos humanos, para la comprensión de su definición racionalista, Miguel AYUSO, *La cabeza de la gorgona*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Hispanidad, 2001, sobre todo págs. 85 y sigs.; Juan Fernando SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004; Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

ter absurdo Kant no llegó a advertir, y que se reveló inadecuado no sólo en la estación del primer liberalismo sino que ha explotado en mil contradicciones con su aplicación integral (o casi integral) por la democracia moderna y por la doctrina del radicalismo que animan las Constituciones contemporáneas.

4. La evolución del derecho a la libertad de expresión

Se dice que el constitucionalismo europeo se caracteriza por su consideración de la «dignidad humana», a diferencia de otras de sus formas que, a veces, por exigencias prácticas han privilegiado otros aspectos de la doctrina liberal. Ahí residiría su núcleo y su mayor mérito. El constitucionalismo europeo, por tanto, invocaría la libertad y, en particular, el derecho a la libertad de expresión no como simple libertad de oponerse, esto es, como libertad que se manifiesta en virtud de un obstáculo, sino como «libertad humana» y, por lo mismo, «positivamente». Más aún, tomando las palabras del constitucionalista español Francisco Fernández Segado, debería decirse que la principal característica del constitucionalismo europeo de después de la II Guerra Mundial, es haber elevado la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico de la Constitución y, por ello, a valor jurídico supremo del ordenamiento (2). El constitucionalismo europeo representaría, así, el paso del derecho a la libertad de expresión del liberalismo (considerado *stricto sensu*) a la de la democracia (esto es, al liberalismo *difundido*), esto es, como doctrina que debe aplicarse universalmente porque

(2) Fernández Segado expresa una convicción difundida y una orientación que anima los ordenamientos constitucionales vigentes. La cuestión es compleja. Véase para algunas consideraciones al respecto, Miguel AYUSO, *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, CriterioLibros, 2000, págs. 95-154 sobre todo. Y también a Danilo CASTELLANO, *Quale diritto?*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, págs. 65 y sigs. principalmente. Para la cuestión del personalismo político-jurídico contemporáneo se reenvía, además, a Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche italiane, 2007.

así lo exige la dignidad humana, más aún la naturaleza humana identificada erróneamente con la libertad. No hay duda de que la libertad es una característica natural del ser humano. Es, sin embargo, una característica de la subjetividad, pero no la subjetividad en sí misma. El ser humano, por tanto, no puede reivindicar el derecho a la libertad como liberación, vale decir, a una libertad superior al orden de la naturaleza y de su naturaleza. La libertad como realidad última y suprema, entendida pues como ausencia absoluta de «interferencias», como sostenía por ejemplo Locke (3), es propiamente pretensión de soberanía sobre sí mismos y sobre las cosas. El «contenido» del derecho a la libertad de expresión es así definido por el individuo, *rectius* por su voluntad, en los aspectos que considera subjetivamente más importantes para él. En otras palabras, los derechos de libertad (libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, de expresión, de identidad sexual, etc.) son derechos «anárquicos», en cuanto dependen de la voluntad/poder de la persona, que sólo por razones de convivencia puede admitir «límites» a su ejercicio.

La definición de estos «límites» es, en todo caso, provisional: depende de hecho de las relaciones de fuerzas contingentes que permiten establecer el confín entre lo «público» y lo «privado» en cada caso. En la perspectiva del constitucionalismo europeo contemporáneo éstos tienden a disolverse puesto que el sujeto «privado» pretende obtener del «público» todo lo que es útil para su expresión, esto es, para su «realización» conforme a su proyecto.

Se debe, en todo caso, reconocer que en las sociedades occidentales actualmente el derecho a la libertad de expresión no se considera como un problema para el ordenamiento jurídico en cuanto a su fundamento. Desde este ángulo se considera como una aserción aproblemática, ya que su «reconocimiento» positivo sigue coherentemente de

(3) John Locke, en el *Segundo Tratado* (2, 4), es muy claro a este propósito. Escribe, en efecto, que «el estado de perfecta libertad [es aquel en el que todos pueden] regular las propias acciones y disponer de las propias posesiones y de las propias personas como [...] mejor cree [...], sin pedir permiso o depender de la voluntad de ningún otro».

la *Weltanschauung* relativista. Esto es, se deriva de la aserción dogmática del pluralismo de los valores y de su reconocimiento sociológico que impide cualquier valoración desde el ángulo de la justicia, tanto para lo que toca a la ética como para lo que lo hace al derecho y los derechos subjetivos.

El derecho a la libertad de expresión es, sin embargo, un problema para las sociedades occidentales en el plano práctico, esto es, en cuanto a la posibilidad de satisfacer las reclamaciones subjetivas: si toda pretensión del individuo es un derecho resulta difícil otorgar reconocimiento íntegro y universal al derecho a la libertad de expresión. Es imposible, en efecto, asegurar todos los medios necesarios para la «realización» de la persona humana de acuerdo con su proyecto.

Este «límite», que impone la realidad, conduce a la limitación y, por tanto, al no reconocimiento integral del derecho a la libertad de expresión. Supone una primera derrota de la utopía del liberalismo *difundido*, o sea, de la democracia relativista contemporánea, la que Kelsen llama democracia de Pilato (4).

Ha de observarse, además, que la libertad como liberación postulada por la doctrina del constitucionalismo europeo contemporáneo y presupuesta por el derecho a la libertad de expresión moderno es una pretensión que transforma gradualmente la «iniciativa privada» en «espera social». El Estado se transforma de garante de la «libertad negativa» en asegurador de la realización de cualquier deseo, de cualquier proyecto, de cualquier reclamación del individuo. Del Estado policía se paso al Estado providencia para garantizar y asegurar el derecho a la libertad de expresión, entendida –como se ha precisado– como «desarrollo» efectivo de la personalidad. La libertad de expresión viene así a coincidir con la realización de la autodeterminación. Por tanto, son reconocidos de modo absurdo (aunque cohe-

(4) Para Kelsen la «democracia de Pilato» debe considerarse como la única forma verdadera de democracia. La que postula la expulsión de la verdad y requiere la aceptación integral del escepticismo y del indiferentismo (cfr. H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1934).

rente) como «derechos», a los que se garantiza la plena disponibilidad y el pleno goce, las «cosas» más diversas: del aborto procurado a cargo de los sistemas sanitarios nacionales a la fecundación artificial, del «derecho» a la pornografía al incesto, del cambio de sexo al suicidio asistido... Podrían multiplicarse los ejemplos. La libertad de expresión como realización libre y absoluta del proyecto –de cualquier proyecto– individual, con la ayuda del Estado, parece no plantear la vieja cuestión de los «límites». Pero sólo aparentemente. Antes de considerar este problema es oportuno detenerse sobre uno que evidencia otra necesidad y al mismo tiempo otra contradicción intrínseca de la teoría en la que se apoya el derecho moderno a la libertad de expresión.

5. El derecho moderno a la libertad y sus contradicciones

El derecho a la libertad de expresión es considerado un «derecho humano». Y –entendámonos– lo es. Es un derecho humano, sin embargo, que algunos fundan en la naturaleza humana (y en este caso es ejercicio responsable, y en ocasiones debido, de la libertad); mientras otros (a saber, las doctrinas racionalistas modernas) identifican con la «libertad negativa», esto es, con el ejercicio de la libertad como absoluta autodeterminación del querer del individuo (5). Esta segunda es la interpretación ilustrada, tanto la ofrecida por las doctrinas europeas continentales (en particular por la Revolución Francesa) como por la americana (las Declaraciones y la Constitución de los Estados Unidos de América). Es, en todo caso, un derecho que incluso en estos casos va «antes» del derecho positivo, aun cuando su precedencia no sea necesariamente temporal, sino más bien –por decirlo así– axiológica. Si la expresión no fuese equívoca debería

(5) Hegel ofrece una definición magistral de la «libertad negativa». Para el pensador alemán es el puro autodeterminarse del querer. Cfr. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, vol. IV, trad. italiana, de G. Calogero y C. Fatta, Florencia, La Nuova Italia, 1941, 1967 (V), págs. 197-198.

decirse que es un derecho natural. Trascendente y, en algunos aspectos, legitimador por tanto del derecho positivo. En el curso de los dos siglos que nos separan de la Revolución Francesa y de la Americana han entendido que esta era la única «lectura» posible y la han propuesto reiteradamente con la intención de afirmar los derechos de la libertad.

Debe notarse, sin embargo, que ya las primeras Constituciones francesas post-revolucionarias prescribieron que los derechos del hombre, todos los derechos del hombre proclamados pocos años antes, esto es, en 1789, eran sólo del hombre en sociedad (6). Los derechos del hombre, pues, también y sobre todo los racionalistas, debían entenderse derechos «civiles»; esto es, derechos cuya existencia dependía de su «posición». También sostiene la misma tesis el constitucionalismo europeo. Se sitúa en una relación de continuidad con las teorías del positivismo jurídico de fines del siglo XVIII y del XIX, aun «asumiendo» el llamado principio «personalista» como valor fundamental de los ordenamientos jurídicos. La Corte Constitucional italiana, por ejemplo, por encima de la vieja cuestión acerca de la «apertura» o la «clausura» del ordenamiento constitucional respecto del derecho natural, sentenció que los derechos, comprendidos los fundamentales e inviolables, eran (y son) sólo los «reconocidos», esto es los «puestos», por y con el texto constitucional, aun cuando sean interpretables como tipos abiertos (Sentencia 98/1979).

Debe considerarse también una segunda cuestión sobre la libertad de expresión. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como se ha apuntado, afirma que se castiga el abuso de la libertad. Por su parte, la Constitución italiana de 1948 –una de las Constituciones

(6) La Constitución francesa de 1795 (llamada Constitución del año III) resulta clara a este respecto: proclama y prescribe en el artículo I que «los derechos del hombre en sociedad son la libertad, la igualdad, la seguridad y la libertad. La expresión no debe entenderse en el sentido de que el hombre es social por su naturaleza, esto es, que necesariamente «está en sociedad» y es titular, en cuanto sujeto, de los derechos enumerados. Más bien debe leerse en el sentido de que solamente si el hombre «entra» en sociedad es titular de los derechos que ésta «reconoce», que en el caso *de quo* son la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad.

hechas en serie, que puede tomarse como ejemplo para el problema que nos interesa— prohíbe todas las manifestaciones de la libertad contrarias a las «buenas costumbres». Por una parte, pues, el derecho a la libertad de expresión no se entiende absoluto ni siquiera por los ordenamientos liberales y democráticos: su ejercicio —se afirma— no puede constituir ocasión para abusar de la libertad. Por otra parte, encuentra un límite en el orden público y, en particular, en las «buenas costumbres». Las expresiones de principio (Declaración de la Revolución Francesa) y las disposiciones normativas parecen claras y de fácil interpretación. Parecerían dictadas por el sentido común sobre la base de las exigencias del orden ético y de la justicia. Y, sin embargo, no es así. Estas afirmaciones y estas disposiciones han puesto en dificultad a las propias Cortes Constitucionales y, antes aún, a la doctrina jurídica y a la filosófica: han creado incertidumbres y oscilaciones en los jueces de instancia y en los tribunales de casación (7); han llevado a hablar en plural de los derechos de libertad de expresión más que del derecho a la libertad de expresión en singular. Levantando con ello censuras fundadas, sobre todo por parte de juristas de orientación liberal, ya que —como observó, por ejemplo, Jemolo— la fragmentación del derecho a la libertad de expresión debilita aquel ordenamiento que negase uno solo de sus pedazos (8). A la luz de esta observación debería decirse que desde su origen el derecho moderno a la libertad de expresión se revela no sólo «frágil» sino sobre todo incierto y, a veces, ni siquiera un verdadero derecho tal y como se define por la doctrina liberal: no sería un derecho que reconocer necesariamente.

Vamos por partes. En primer lugar, su ejercicio, en la medida en que sea reconocido el derecho, siempre es regu-

(7) Para las contradicciones de los jueces sobre el fondo basta considerar lo que escribe Pietro Giuseppe GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*, Padua, CEDAM, 2002, *passim*. La Corte de Casación italiana también ha revelado indecisiones. Bastaría considerar, por ejemplo, las Sentencias de la Sala Penal núm. 5838/1995 y núm. 1239/1997.

(8) Arturo Carlo JEMOLO, voz «Libertà (Aspetti giuridici)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. xxiv, Milán, Giuffrè, 1974, págs. 268 y sigs.

lado por la norma positiva. Tanto cuando ésta dispone positivamente como cuando lo hace negativamente. Lo que significa negar, en último término, que sea un «derecho natural», sea en el sentido clásico o en el moderno. ¿Quién, en efecto, determina cuándo y si se está en presencia de un abuso y, sobre todo, sobre qué bases se define éste? Debería responderse que se determina sobre la normativa positiva vigente. El «abuso», en otras palabras, no sería detectable en sí mismo (como hecho), sino tan sólo en presencia del tipo que lo constituye como tal. Lo que permite a todos los regímenes, incluso a los totalitarios, afirmar que el ordenamiento «jurídico» reconoce siempre el derecho a la libertad de expresión, tanto se ejercite en ausencia de norma como en conformidad con la misma. El derecho a la libertad de expresión, en otras palabras, sería un derecho ignorado (pero, de hecho, permitido) por el ordenamiento jurídico en el primer caso (silencio de la ley), así como sería un derecho «reconocido» (en cuanto «regulado» y, por tanto, «constituido») en el segundo caso. En el primero su contenido dependería de la voluntad/poder del individuo y en el segundo de la voluntad/poder del Estado. En ambos casos el derecho vendría a depender del poder.

Esta dependencia resulta evidente incluso en presencia del criterio del orden público y de las «buenas costumbres». La Corte Constitucional italiana, por ejemplo, ha definido las «buenas costumbres» como lo que «resulta de un conjunto de preceptos que imponen un determinado comportamiento en la vida social de relación, cuya inobservancia lleva consigo en particular la violación del pudor sexual [...], de la dignidad personal que se conjuga con él y del sentimiento moral de los jóvenes, abriendo el camino a lo contrario de las buenas costumbres, a las malas costumbres, que puede llevar consigo la perversión de las costumbres, esto es, el prevalecer de las reglas y de los comportamientos contrarios y opuestos» (Sentencia 9/1965). En sentencia posterior precisó, sin embargo, que «las costumbres varían notablemente según las condiciones históricas del ambiente y de la cultura» (Sentencia 191/1970); precisión que se repite a la letra en otra sentencia en la que la Corte Constitucional afirma

que «las buenas costumbres están dotadas de relatividad histórica debida al hecho de que varían notablemente, según condiciones históricas del ambiente y de la cultura» (Sentencia 368/1992). Las «buenas costumbres», pues, no dependerían de normas éticas, y ni siquiera jurídicas, sino de normas sociales que serían los parámetros de lectura de las mismas disposiciones normativas. El derecho a la libertad de expresión estaría condicionado por las costumbres sociales. La praxis social sería el criterio de su interpretación y de su contenido. La sociedad, *rectius* sus modalidades de vida contingentes y efectivas, sería/serían regla para el derecho y no éste regla para la sociedad. La incertidumbre del derecho sería así grande y el contenido de la libertad de expresión variable. Aunque por otro camino distinto del individualismo se llegaría a la misma conclusión: el «contenido» del derecho a la libertad de expresión se definiría cada vez por la sociedad según aspectos considerados importantes de modo contingente.

6. El problema de los «límites» del derecho a la libertad de expresión

La otra cuestión, la que hemos apuntado al final del epígrafe número 4 y dejada en suspenso, tiene que ver con el problema de la posibilidad y la legitimidad de instituir límites y/o de señalar criterios para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el seno de la doctrina liberal, considerada *lato sensu*, «alma» de los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos. Es una cuestión de la que se ha ocupado en nuestros días, por ejemplo, el constitucionalista estadounidense Weiler (9). Es una cuestión que también han considerado atentamente diversos comunitaristas

(9) Weiler considera algunos problemas planteados por el pluralismo y el agnosticismo a los ordenamientos jurídicos contemporáneos, en particular a la llamada Constitución europea. Problemas cuya solución es tanto más necesaria cuanto mayor es la radicalización y la aplicación del llamado «principio de neutralidad» (cfr. J. H. H. WEILER, *Una Europa cristiana*, Madrid, Encuentro, 2003).

estadounidenses contemporáneos (Taylor por ejemplo) con el propósito de encontrar una solución al problema planteado por las minorías y/o el disidente. Las minorías o el disidente, en efecto, suscitan la cuestión de la legitimidad de la imposición (aun por ley) del mandato y, sobre todo, la del derecho a la libertad de expresión y eventualmente los «límites» del mismo. Esta cuestión no puede encontrar solución recurriendo a ficciones: considerando, por ejemplo, el querer de la mayoría como voluntad racional en sí misma. Es preciso aportar argumentos, pues no son suficientes las *motivaciones puramente funcionales* para la limitación del derecho a la libertad de expresión. Esto es, no basta afirmar que los exige la convivencia, entendida reductivamente, esto es, como el simple estar al lado unos de otros.

La cuestión se torna todavía más grave si el ejercicio de la libertad de expresión se reivindica sobre la base del cumplimiento de un deber: para respetar, por ejemplo, sobre la base de razones de conciencia o por respeto a la propia fe religiosa, mandatos que no derivan del querer subjetivo sino del orden (verdadero o presunto) de la creación o de la Divinidad. El citado Weiler ofrece a este respecto ejemplos tomados de la vida práctica, de la experiencia cotidiana, aunque suponen cuestiones teóricas. Consideremos los problemas cotidianos a través de un solo ejemplo. El modo de sacrificar los animales según los ritos impuestos por la religión judía o la fe mahometana se considera, por ejemplo, por quien no es ni judío ni mahometano, maltrato animal, que diversos ordenamientos jurídicos estatales contemporáneos tipifican como delito. ¿Es legítima la tipificación de este delito que niega no sólo el derecho a la libertad de expresión como absoluta autodeterminación (esto es, como lo define la *modernidad jurídica*) sino también como acción impuesta por la conciencia y/o por la religión? El ejemplo ofrecido parece evidenciar una dificultad objetiva y plantea un interrogante que es necesario responder para legitimar el propio ordenamiento jurídico. Obsérvese, primeramente, que el primado de la democracia sobre la filosofía, afirmado por algunas teorías (por ejemplo Rorty), agrava la cuestión: el ordenamiento público no puede, en efecto, sostener ni

garantizar el derecho a la libertad de expresión como ejercicio de la anarquía. Caería necesariamente en una aporía. Por lo demás, la «cosa» ha sido evidenciada por la jurisprudencia estadounidense, que –al afirmar la «cláusula de la supremacía de la Constitución», la llamada *supremacy clause*– ha impuesto límites, y grandes, al ejercicio del derecho a la libertad de expresión que han suscitado muchas discusiones. Bastará pensar en la destitución del juez de Alabama Ray Moore, que en 2003 había erigido (lejos del Tribunal de la ciudad de Montgomery) una lápida con los Diez Mandamientos, o más recientemente (2015) en la del doctor Paul Church, médico de Boston, por haber criticado el pensamiento único hegemónico en Occidente sobre la homosexualidad en ciencia y conciencia.

7. Conclusión

Puede decirse, para concluir, que al considerar el derecho a la libertad de expresión aparecen al menos ante dos dificultades: una *interna* a la doctrina liberal que ha generado el moderno derecho a la libertad de expresión (que caracteriza la civilización occidental), y otra *externa* a esta doctrina, que impone una indagación filosófica y jurídica de la cuestión.

En lo que respecta a la *interna*, debe subrayarse para empezar la heterogénesis de los fines en que incurre necesariamente la doctrina gnóstica liberal, pues no puede no concluir en el positivismo jurídico, que –como se ha observado– de hecho funda en el poder el derecho a la libertad de expresión. Éste se torna, así, incierto, puesto que está sujeto a continuos cambios en su «contenido» y a reglas siempre distintas para su ejercicio, dependiente del Estado, o de las costumbres sociales, o del arbitrio de las mayorías contingentes o de otros poderes. Termina no obstante en un auténtico absurdo, ya que la reivindicación del derecho a la autodeterminación absoluta es la negación de la humanidad y de la juridicidad: el hombre, en efecto, no puede pretender obrar solamente sobre la base de su voluntad, al ser

racional por naturaleza, y no puede pretender «crear» la justicia que naturalmente anhela, al no poder ser producto de su capricho. El derecho a la libertad de expresión no puede consistir, por esto, en la pretensión a la afirmación del vitalismo o en la pretensión, transformada de modo nominalista en derecho, al «desarrollo» de la propia personalidad según cualesquiera proyectos no sujetos a valoración racional y, por lo mismo, absolutamente arbitrarios, con frecuencia incluso inhumanos.

La modernidad jurídica no puede evitar, por tanto, considerar el problema del fundamento. Que, en cambio, como han sugerido autores de orientación diversa, del «católico» francés Maritain al «laico» italiano Bobbio, ignora o descuida. Afrontar el problema del fundamento significa plantear el problema de la verdad del derecho, más concretamente de la verdad de los «derechos humanos» y todavía más en concreto el problema de la verdad del derecho a la libertad de expresión. Significa, en otras palabras, tomar conciencia en primer lugar de que el relativismo (se aplique en el nivel individual o social) concluye necesariamente en el conflicto de las voluntades sin posibilidad de encontrar una vía de salida, representando la muerte de la razón y el final de la auténtica civilización jurídica. El relativismo abusa de las definiciones que nunca llegan a convertirse en conceptos; abusa también, por esto, de la definición del derecho, convertido en ocasiones en instrumento de violencia, y del derecho a la libertad de expresión, usado como facultad brutal de barbarie de la que el constitucionalismo con frecuencia se hace garante. En el respeto y quizá en virtud de procedimientos que permiten cualquier cosa y que hacen del relativismo pluralista la razón de su existencia.

8. Coda

El derecho a la libertad de expresión es ciertamente un bien precioso. Pero sólo a condición de que no se identifique con la autodeterminación absoluta y anárquica, esto es, con la sola autodeterminación del querer. La anarquía del

liberalismo –conviene destacarlo– no se evita, como han tratado de hacer algunas doctrinas modernas de los derechos y del ordenamiento jurídico, optando por la anarquía del Estado. El hombre tiene ciertamente derecho a la libertad, pero la libertad sólo lo es de verdad si es «responsable», es decir, si el hombre la ejerce sobre la base y con la guía de la razón, que no es ni «cálculo» para obrar (como, por ejemplo, quería Hobbes), ni instrumento para la «justificación» de la efectividad (como, por ejemplo, entendía Hegel), sino capacidad de captar la esencia de las cosas: la esencia y el fin de éstas son, en efecto, las verdaderas reglas de la libertad. El derecho a la libertad de expresión, por tanto, solamente lo es cuando reconoce y eventualmente reivindica el derecho de cumplir un deber o la facultad de ejercitar opciones conformes al bien y al orden de las «cosas». Esto es, sin embargo, lo que rechaza la doctrina del constitucionalismo contemporáneo.