

Sobre las condiciones de una libertad sensible: la libertad de expresión

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG*

On the Conditions of Sensible Freedom: Freedom of Speech

Abstract: The historical perspective is useful when analyzing the meaning of freedom of expression in our societies and the challenges that condition its exercise. In this sense, the conditioned nature of freedom of expression, both from a theoretical and practical point of view, allows us to understand the central character of that freedom in constitutional systems.

Keywords: Freedom of speech, History, Fundamental rights, Democracy.

Comienzo estas líneas agradeciendo a Thomas Casadei, Giulia Labriola y Marco Cuniberti el interés y atención con el que han leído el libro. La lectura de sus amables comentarios me permite recordar una circunstancia de la que se es consciente cuando se tiene alguna experiencia en las tareas investigadoras. Me refiero al carácter inacabado de cualquier investigación, al menos en el ámbito de las ciencias humanas y sociales. Los temas de los que nos ocupamos, en este caso el proceso de formación de la primera filosofía de la libertad de expresión y su articulación política y posterior plasmación jurídica, pueden ser incesantemente complementados y siempre es posible encontrar perfiles nuevos y posibilidades de ulteriores desarrollos. El haberme recordado esto es algo que les agradezco. Pero hay otra cuestión, esta ya más específica de la libertad de expresión, que también se puede concluir (más o menos explícitamente) a partir de sus comentarios. Me refiero al carácter central de la libertad de expresión en la definición y caracterización del modelo jurídico-político. En realidad, todos los derechos son importantes a la hora de identificar y diferenciar un modelo jurídico-político: es más, son la seña de identidad del mismo (“elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”, tal y como señaló el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 14 de julio de 1981), que permiten hablar en nuestros días del modelo del constitucionalismo democrático. No obstante, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos es compatible con el reconocimiento de que ciertos derechos, y entre ellos de manera esencial la libertad de expresión, ocupan un lugar central en el sistema. Es esa

* Catedrático de Filosofía del derecho, Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. ORCID: 0000-0002-6899-2857.

“preferred position” identificada por la Corte Suprema de Estados Unidos a partir de la interpretación de los derechos y libertades que se incluyen en la Primera Enmienda a la Constitución.

A partir de los comentarios de Casadei, Labriola y Cuniberti, aprovecho la oportunidad de subrayar alguno de los elementos y dimensiones que dan sentido al relato incluido en el libro, profundizando en algunos desarrollos que se pueden derivar del mismo.

El discurso de los derechos necesita estar respaldado por una determinada teoría de los derechos. En este sentido, la investigación que se lleva a cabo en el libro puede entenderse como la aplicación de una determinada teoría a un caso concreto, el de la libertad de expresión. La teoría es la teoría dualista, que considera que el concepto de derecho fundamental es el resultado de la traducción jurídica de un determinado discurso moral. Una de las ventajas de dicha teoría es que permite reconocer la relevancia de la historia. Relevancia que se percibe cuando nos percatamos del hecho de que ese discurso moral se fragua y desarrolla en el marco de un proceso prolongado en el tiempo, de perfiles en ocasiones difusos, y en el que concurren elementos no sólo teóricos o ideales. Y que, por otra parte, nos permite entender las circunstancias en las que se produce la positivación de ese discurso moral. Pues bien, en el caso de la libertad de expresión, observamos la elaboración de un fundamento, en el que concurren figuras como Spinoza, Milton, Locke, que terminará por constituir la inicial propuesta liberal que se personifica en Mill. En ese proceso de fermentación, se van configurando los argumentos de la defensa clásica (liberal) de la libertad de expresión (mercado de las ideas, diversidad y su valor moral, componente estructural de la democracia), a los que se refiere Casadei. Y el resultado es una propuesta en la que se perciben las contradicciones propias del modelo liberal; contradicciones que son las que se producen entre las afirmaciones de libertad e igualdad en derechos y la primacía del derecho de propiedad.

Pues bien, lo interesante de la perspectiva histórica es que permite constatar que la historia de los derechos es la de un proceso en que en muchas ocasiones se reproducen relaciones y estructuras, con perfiles nuevos. Y es que, en realidad, alguna de esas contradicciones se repiten en cierta manera en el ámbito social y político en el que hoy se ejerce la libertad de expresión: me refiero a internet y a las redes sociales entendidas como la auténtica esfera pública de nuestros días, el ágora digital. Estamos en un escenario en el que, en última instancia, la propiedad no deja de condicionar el ejercicio de un derecho que se concibe en teoría como uno de los que representa mejor la idea de autonomía o no interferencia. En efecto, la nueva esfera pública no es tan pública como podríamos pensar en un primer momento, sino que por el contrario es un espacio dominado por los propietarios de las plataformas y de las redes en donde se produce la discusión pública. En definitiva, parece difícil deslizar la efectividad de la libertad de expresión respecto a la propiedad. Y de ello se derivan consecuencias importantes que tienen que ver no sólo con la existencia de una auténtica opinión pública a la que se refiere Cuniberti, sino también con la efectividad del ejercicio de un derecho básico para la articulación de la participación sin la cual no es posible hablar de ciudadanía.

La perspectiva histórica pone de relieve el carácter contextual del proceso de surgimiento y desarrollo del discurso justificatorio de los derechos y el hecho de que dicho discurso no es perfectamente teórico sino que, más bien, su carácter ideal se ve condicionado por elementos de distinto tipo. Me parece que esto es especialmente explícito en el caso de la libertad de expresión.

En efecto, estamos en presencia de una libertad condicionada técnicamente. Nos encontramos con un elemento particularmente distintivo de la libertad de expresión, cuya eficacia exige publicidad y difusión de la expresión y del pensamiento. Por eso, no estamos sólo frente a una simple libertad de palabra, sino que la libertad de expresión, de manifestación del pensamiento, va adoptando diversas formas a lo largo de la historia en función de los medios y estrategias técnicas mediante las cuales se logra la difusión del pensamiento. Por eso, se ha hablado de la libertad de imprenta, de la libertad de prensa, hasta llegar a un contexto en el que el ámbito en el que lleva a cabo esa difusión es el constituido por las redes sociales e internet. De ello se derivan distintas consecuencias, de las que subrayo dos en este momento. Por una parte, las formas de ejercicio varían, de la misma manera que también de transforman los modos de violación y las estrategias de regulación. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, esto es sumamente interesante, ya que nos obliga a reflexionar no sólo sobre el problema de los límites de esta libertad, sino también – y desde un punto de vista más general – sobre la cuestión de si la intervención jurídica es la mejor forma de normatividad a través de la cual regular algo de tanta trascendencia intersubjetiva como la libre expresión y su publicidad. El tema es de enorme trascendencia en términos de teoría del Derecho, ya que implica plantear el problema de la mayor o menor operatividad relativa, y también el de los ámbitos de regulación que corresponden a los distintos sistemas normativos, en donde observamos las insuficiencias del Derecho como mecanismo de control social. Pero, por otra parte, la dependencia de los medios técnicos se transforma también en dependencia económica. Es en este momento en el que nos encontramos – ya me he referido a ello – con el lugar que ocupa el derecho de propiedad en la teoría liberal de los derechos, que introduce elementos de desigualdad en un contexto que, al menos en teoría, debía ser caracterizado por una situación de competencia perfecta. Y de la misma manera que en el siglo XIX y en gran parte del XX el acceso al mercado de las ideas en la práctica implicaba ingresar en el mismo a través de unos medios de comunicación que se encontraban en manos privadas, hoy, cuando internet nos hace pensar en un escenario más libre y menos controlado, nos seguimos encontrando con que las vías de acceso a la nueva esfera pública sigue estando en manos privadas.

En definitiva, estamos frente a una libertad sensible. La sensibilidad de la libertad de expresión se debe a diversas circunstancias. En primer lugar, por la importancia que tiene en la configuración del sistema político democrático. Si la democracia es el régimen de la deliberación, no hay democracia sin libertad de expresión. Pero tampoco hay democracia sin una opinión pública libre que de alguna manera se presenta como la expresión contemporánea de la dimensión pública de esas dos vertientes de la razón ilustrada a las que se ha referido Labriola: la demoledora o crítica y la reconstructora. Sin libertad de expresión no hay opinión pública libre, con lo cual desaparece una

de las dimensiones limitadoras (si bien con menos nivel de institucionalización que otras) a las que el poder está sometido en el marco del constitucionalismo. Esa opinión pública exige, para ser genuina, recibir información veraz. La libertad de información, genéticamente emparentada con la libertad de expresión, se encuentra con el límite de la veracidad de la información. A partir de ahí podemos comprender los perniciosos efectos, en términos de legitimidad democrática, del recurso a la mentira en la discusión pública, favorecido por un determinado empleo de las redes sociales. Pero, además, la sensibilidad de la libertad de expresión tiene que ver con su conexión con las dimensiones más individuales y personales del sujeto y con la capacidad que los ataques a la libertad de expresión tienen a la hora de generar daño individual; daño que, al mismo tiempo, puede producirse como consecuencia de los excesos en el ejercicio de esta libertad. Por eso la intervención del Derecho debe ser muy cuidadosa. Eso no quiere decir que sea una libertad absoluta (la coexistencia social es incompatible con la existencia de libertades absolutas), sino que la operatividad del Derecho tiene sus límites. Hay cosas que el Derecho no puede hacer y cosas que el Derecho no debe hacer: y aquí hay que recurrir a la cortesía, a la educación, al buen gusto, al civismo en definitiva.

Por último, el ejercicio de la libertad de expresión está condicionado por circunstancias sociales que, en nuestros días, tienen que ver con el pluralismo. El hecho de que, cuanto más plurales son las sociedades más importante es el reconocimiento de las formas de ejercicio de las libertades y más problemática es la identificación de los límites, es algo sin lo cual no podemos entender la realidad de la libertad de expresión en nuestras sociedades. Realidad que sólo puede ser entendida si se tienen bien presentes las enseñanzas que nos ofrece la evolución histórica de los derechos.

Si he comenzado con un agradecimiento, termino con otro. En este caso a Emilio D'Orazio y a Politeia por la oportunidad de seguir reflexionando sobre la libertad de expresión.