

# LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO

*Miguel Ayuso*

## 1. Introducción

Podríamos poner muchos ejemplos. Pero nos basta con dos.

El primero se remonta a enero de 2015: el asesinato a manos de terroristas mahometanos de los periodistas del semanario francés *Charlie Hebdo* (1), que habían escarnecido en sus páginas el Corán y la figura de Mahoma, aunque no menos que las verdades de la religión católica y, en concreto, las personas de la Santísima Trinidad, presentadas en una portada sodomizándose entre sí. Se llegó a hablar entonces, en el seno de una libertad de expresión sacralizada y llevada al paroxismo, de «derecho a la blasfemia», incluso en «medios [de comunicación] católicos» (2). Y a los asesinados se les calificó –de nuevo en «medios católicos»– de «compañeros» (3), y en círculos más amplios incluso de «mártires de la libertad de expresión» (4).

---

(1) Véase Philippe MAXENCE (ed.), *Face à la fièvre Charlie*, París, Éditions de L'Homme Nouveau, 2015.

(2) En su editorial de 7 de enero de 2015, Alfredo Urdaci, responsable de informativos de 13TV, propiedad del Episcopado español, afirmó que «hoy es un día para recordar que existe un cierto derecho a la blasfemia, sí, que debemos defender, por mucho que pensemos que el ataque se dirige a algo que consideramos sagrado. Derecho que está contenido en ese derecho a la libertad de expresión que reconocen todas las Constituciones de occidente».

(3) El portavoz de la Conferencia Episcopal española, José María Gil Tamayo, por su parte, declaró lo siguiente: «Como periodista me duele enormemente este atentado a compañeros que lo que hacen es ejercer un servicio, en este caso desde el humor satírico, pero necesario también en las sociedades democráticas y libres en la libertad de expresión y el derecho a la información».

(4) Así David Brooks, en la edición del *New York Times* de 8 de enero de 2015, pese a titular su columna «I am not Charlie Hebdo».

Mario Vargas Llosa, de un lado, explayaba en el diario EL PAÍS la vulgata de la corrección cultural: «No poder ejercer esa libertad de expresión que significa usar el humor de una manera irreverente y crítica significaría pura y simplemente la desaparición de la libertad de expresión, es decir, de uno de los pilares de lo que es la cultura de la libertad. Creo que Occidente, Europa, el mundo libre deben tomar nota de que hay una guerra que tiene lugar en su propio territorio y que esa guerra debemos ganarla si no queremos que la barbarie reemplace a la civilización» (5). El contrapunto lo hallamos en el escritor Juan Manuel de Prada, que en cambio dejó escrito en las páginas del ABC de Madrid: «Debemos recordar que las religiones fundan las civilizaciones, que a su vez mueren cuando apostatan de la religión que las fundó; y también que el laicismo es un delirio de la razón que sólo logrará que el islamismo erija su culto impío sobre los escombros de la civilización cristiana. Ocurrió en el norte de África en el siglo VII; y ocurrirá en Europa en el siglo XXI, a poco que sigamos defendiendo las aberraciones de las que alardea el pasquín Charlie Hebdo. Ninguna persona que conserve una brizna de sentido común, así como un mínimo temor de Dios, puede mostrarse solidaria con tales aberraciones, que nos han conducido al abismo» (6).

Vamos al segundo ejemplo. Anterior en el tiempo aunque más cercano a nosotros el hecho que me lleva a elegirlo para nuestra reflexión. El 10 de marzo de 2011, un grupo de unos setenta estudiantes irrumpieron en la capilla de la Facultad de Psicología de la Universidad Complutense de Madrid profiriendo gritos contra la Iglesia, el Papa o la Conferencia Episcopal tales como «Vamos a quemar la Conferencia Episcopal» o «Contra el Vaticano poder clitoriano». Al mismo tiempo, algunas de las jóvenes participantes se desnudaron de cintura para arriba.

Una de aquellas jóvenes fue elegida en 2015 concejal del Ayuntamiento de Madrid y el pasado 18 de febrero de

---

(5) Mario VARGAS LLOSA, «Je suis Charlie Hebdo», *El País* de 9 de enero de 2015.

(6) Juan Manuel DE PRADA, «Yo no soy Charlie Hebdo», *ABC* de 11 de enero de 2015.

2016 fue juzgada como presunta autora de un delito contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos. La alcaldesa de Madrid, de cuyo equipo de gobierno forma parte, preguntada por los hechos ha respondido lo siguiente: «Son actividades que iban encaminadas a una reivindicación feminista de la laicidad, de lo que yo creo que es el núcleo duro de la libertad de expresión» (7).

Si lo pensamos bien, ambos ejemplos, de una parte, serían la demostración en los hechos de lo que se ha ilustrado en los trabajos anteriores de este mismo cuaderno (8). La libertad de expresión, que en sus orígenes se llamó «libertad de imprenta», es consecuencia inmediata de la libertad de conciencia y religión. Que se halla en los orígenes del derecho constitucional: recuérdese la tesis de Carl Schmitt de que la raíz del derecho constitucional reside en el derecho al error religioso derivado de la Reforma protestante (9). Que procede del ateísmo y el estatismo: recuérdese respecto de lo primero la afirmación de León XIII de que viene del ateísmo que el Estado conceda iguales derechos a todas las religiones (10); así como, en cuanto a lo segundo, la

(7) Cfr. *ABC* de 7 de enero de 2016.

(8) Véase, en esta misma sede, los anteriores Juan Fernando SEGOVIA, «La libertad de expresión: de la Reforma al constitucionalismo», y Danilo CASTELLANO, «El derecho a la libertad de expresión en la cultura jurídica contemporánea».

(9) Carl SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlín, Duncker&Humblot, 1991, pág. 6. Se trata de una anotación correspondiente al día 29 de agosto de 1947. Puede verse también Pietro Giuseppe GRASSO, «Stato moderno e diritto costituzionale prodotti della secolarizzazione», en Danilo CASTELLANO y Giovanni CORDINI (eds.), *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Milán, Giuffré, 1994, págs. 321 y sigs.

(10) LEÓN XIII, *Inmortale Dei* (1885), § 10: «Queda en silencio el dominio divino, como si Dios no existiese o no se preocupase del género humano, o como si los hombres, ya aislados, ya asociados, no debiesen nada a Dios, o como si fuera posible imaginar un poder político cuyo principio, fuerza y autoridad toda para gobernar no se apoyaran en Dios mismo. De este modo, como es evidente, el Estado no es otra cosa que la multitud dueña y gobernadora de sí misma. Y como se afirma que el pueblo es en sí mismo fuente de todo derecho y de toda seguridad, se sigue lógicamente que el Estado no se juzgará obligado ante Dios por ningún deber; no profesará públicamente religión alguna, ni deberá buscar entre tantas religiones la única verdadera, ni elegirá una de ellas ni la favorecerá principalmente, sino que concederá igualdad de derechos a todas las

intención profunda de la concesión, por el Estado liberal, del derecho que propugnaba Spinoza de dejar a cada uno pensar lo que quiera y decir lo que piensa como camino para que el poder político se constituya en única fuente de ideas morales (11).

## 2. Panorama general de las libertades de expresión e información

Hemos de advertir para empezar que en lo que sigue se va a tomar sobre todo el ejemplo español (12), por ser la Constitución de 1978 el último exponente del denominado «constitucionalismo racionalizado» (concretado en las llamadas «constituciones hechas en serie»), así como principalmente al Convenio Europeo de 1950 por el que se instituyó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, piezas centrales en el conocido como sistema regional europeo.

Tomemos como base para nuestro análisis, pues, el artículo 20 de la Constitución española y el artículo 10 del Convenio europeo.

El segundo previene:

*«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.»*

---

religiones, con tal que la disciplina del Estado no quede por ellas perjudicada. Se sigue también de estos principios que en materia religiosa todo queda al arbitrio de los particulares y que es lícito a cada individuo seguir la religión que prefiera o rechazarlas todas si ninguna le agrada. De aquí nacen una libertad ilimitada de conciencia, una libertad absoluta de cultos, una libertad total de pensamiento y una libertad desmedida de expresión».

(11) Baruch SPINOZA, *Tractatus theologicus-politicus* (1670), prefacio. El capítulo XX, incluso en el título, desarrolla la conclusión. Cfr. Francisco CANALS, «Por qué descristianiza el liberalismo», *Verbo* (Madrid), núm. 439-440 (2005), págs. 439 y sigs.

(12) Cfr. Miguel AYUSO, «Derecho a la información: sujeto, objeto y límites», *Verbo* (Madrid), núm. 391-392 (2001), págs. 85 y sigs.

*El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

*2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».*

El primero, por su parte, reza así:

*«1. Se reconocen y protegen los derechos:*

*a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*

*b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*

*c) A la libertad de cátedra.*

*d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

*2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.*

*3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.*

*4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos*

*reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

*5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial».*

Ha de observarse, en primer término, que el viejo planteamiento liberal clásico venía caracterizado en lo que toca a este campo por ser individualista y unilateral (13). El individualismo se dejaba notar en la atención a la capacidad del hombre para comunicarse con sus semejantes, capacidad protegida como una esfera de autonomía personal frente al Estado, fundada en la «dignidad» de la persona como ser abstracto al margen de su situación social. La unilateralidad se advertía en una visión de la comunicación ajena a la dialéctica entre opinión individual, opinión pública y medios de comunicación, atenta a la situación jurídica del emisor del pensamiento mientras permanecía ajena a los derechos del sujeto receptor.

Hoy estos planteamientos han sido completados a través de la atención a los condicionamientos sociales de la personalidad que inciden sobre la «libertad de pensamiento» –si es que puede hablarse así (14)–, poniendo en conexión dia-

---

(13) Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA, «Comentario sistemático al artículo 20 de la Constitución», en Óscar ALZAGA (dir.), *Comentario a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, tomo II, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1984, págs. 489 y sigs.

(14) Michele Federico SCIACCA, *Filosofía e Metafísica*, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Milán, Marzorati, 1962, págs. 240-241. Cfr. la glosa de Danilo CASTELLANO, «Qué es el liberalismo», *Verbo* (Madrid), núm. 489-490 (2010), págs. 731: «El filósofo italiano subrayó la diferencia que media entre la libertad de pensamiento (relativista y, en último término, nihilista) y la libertad del pensamiento (que nadie tiene el poder de encadenar y menos aún de limitar). La segunda es la única verdadera libertad, puesto que en el pensamiento debe emerger el ser (lo que es), ya que de lo contrario el pensamiento se transforma en fantasía, sueño, utopía. La misma observación debe hacerse para la libertad de conciencia y la libertad de la conciencia. Distinción, ésta, hoy olvidada puesto que la hegemonía cultural liberal no admite (coherentemente) sino la libertad de...».

léctica –de un lado– lo individual con lo colectivo, la opinión individual con la opinión pública, y –de otro– la capacidad abstracta de ser libre con las situaciones concretas que lo hacen posible, dificultan o impiden. La «libertad de expresión», completada si acaso por la «libertad de imprenta» (luego «de prensa»), es desbordada por el «derecho a la información». Esto, que se observa en los textos (constitucional e internacional) que hemos escogido como referencias, tiene su antecedente en el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn.

### 3. El fundamento de la libertad de expresión e información

La justificación de la libertad de expresión se ha prendido fundar de tres maneras: la búsqueda de la verdad, la autorrealización personal y la participación democrática (15).

Aunque la primera admite a su vez muchas modalidades, *el horror metaphysicae* hace que con frecuencia se presente bajo las argumentaciones utilitaristas del llamado (por Oliver Wendell Holmes) «mercado de las ideas»: «Cuando los hombres se dan cuenta de que el tiempo ha arrumbado muchas de las ideas en liza, pueden alcanzar a entender –más aún de lo que creen en los cimientos de su propia conducta– que se alcanza mejor el deseado bien supremo por medio del libre intercambio de ideas, de que la mejor prueba para la verdad reside en el poder del pensamiento para hacerse aceptar entre la competencia del mercado y de que la verdad es el único terreno sobre el que se pueden construir con seguridad sus deseos. Esta es, en todo caso, la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, como en la vida todo es un experimento. Cada año, cuando no cada día, deberemos apostar nuestra salvación a alguna profecía fundada en un conocimiento imperfecto. Y en cuanto el experimento forma parte de nuestro sistema, habremos de

---

(15) Miguel CARBONELL, «El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional», en María Paz ÁVILA, Ramiro ÁVILA y Gustavo GÓMEZ GERMANO (eds.), *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, UNESCO, 2011, págs. 87 y sigs.

estar siempre vigilantes contra los intentos de frenar la expresión de opiniones que detestamos o que creemos están cargadas de muerte, a menos que amenacen de manera inminente con una interferencia inmediata las finalidades apremiantes y legítimas del derecho que se imponga un freno inmediato para salvar el país [...]. Sólo la situación de grave e inmediata emergencia hace que no se pueda dejar al tiempo la rectificación de quienes incitan el mal» (16). Las aporías del relativismo (*rectius* nihilismo) se hacen patentes tanto en la falta de un concepto de verdad como en la funcionalidad de los límites de la libertad de expresión considerada en principio salutífera para la sociedad por el juego de la oferta y la demanda.

La segunda apunta a un llamado desarrollo personal, el libre desarrollo de la personalidad (17), concebido en términos de lo que se ha denominado «libertad negativa», esto es, la libertad sin regla o sin otra regla que la propia liber-

---

(16) *Abrams vs. US*, 250 U.S. 616, 630 (1919), voto disidente de Oliver Wendell Holes: «But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas — that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country [...]. Only the emergency that makes it immediately dangerous to leave the correction of evil counsels to time warrants». Para una amplia consideración del asunto, cfr. Pablo SALVADOR CODERCH (dir.), *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

(17) Que un ilustre autor colombiano, como es sabido, ha bautizado como «libre desarrollo de la animalidad»: Alejandro ORDÓÑEZ, *Hacia el libre desarrollo de la animalidad*, Bucaramanga, Universidad Santo Tomás, 2003. Véase también, del mismo autor, «Personalismo, libre desarrollo de la personalidad y disolución del bien común», en Miguel AYUSO (ed.), *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Madrid, Itinerarios, 2013, págs. 91 y sigs.



tad (18). No obstante lo cual se afirma de inmediato que tampoco puede ser utilizado de manera aislada para justificar cualquier ejercicio de la libertad de expresión (19). Se ha escrito a este respecto: «La libertad de expresión nos permite forjar nuestros propios planes de vida, al allegarnos de información útil para establecer prioridades vitales o para descartar formas de conducta que consideramos equivocadas. Este tipo de argumento nos permite distinguir entre aquella información que es relevante para configurar nuestras ideas morales y políticas, y aquella otra que es de carácter técnico y que, en ciertos supuestos, puede ser dañina para los demás. Así por ejemplo, cualquier sistema democrático aceptaría que es una limitación adecuada a la libertad de expresión que se impida dar a conocer por intermedio de Internet la manera en que se puede fabricar una bomba nuclear. Ese tipo de información puede ser relevante para ciertos sujetos (e incluso para su autorrealización como personas), pero no puede ser permitida en virtud de su potencial de daño hacia otros derechos relevantes y hacia la autorrealización de los ideales de vida de otras personas» (20). También aquí nos damos de bruces con las aporías de los derechos humanos racionalistas, particularmente de nuevo con la cuestión de sus límites, contemplados desde la óptica kantiana de la colisión con los derechos de los demás (21).

---

(18) Danilo CASTELLANO, *Orden ético y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011, cap. III. Sobre el pensamiento del profesor Castellano, y en particular sobre su concepción de la libertad negativa, cfr. Miguel AYUSO (ed.), *La inteligencia de la política. Un primer homenaje hispánico a Danilo Castellano*, Madrid, Itinerarios, 2015.

(19) Eric BARENDT, *Freedom of speech*, 2.<sup>a</sup> ed., Nueva York, Oxford University Press, 2007, págs. 13 y sigs.

(20) Miguel CARBONELL, *loc. cit.*, pág. 91.

(21) Immanuel KANT, *Acercas de la relación entre la teoría y la práctica en el derecho político (contra Hobbes)*, Buenos Aires, Nova, 1964, pág. 159: «Nadie me puede obligar a ser feliz según su propio criterio de felicidad (tal como se imagina el bienestar de otros hombres), sino que cada cual debe buscar esa condición por el camino que se le ocurre, siempre que al aspirar a semejante fin no perjudique la libertad de los demás, para lograr así que su libertad coexista con la de los otros, según una posible ley universal (es decir con el derecho de los demás)».

La democracia –y es la tercera de los razones– se funda en la participación y ésta sólo puede ser tal en la medida en que se base en un verdadero debate público. El juez William Brennan en la sentencia *New York Times versus Sullivan* lo califica de «abierto, desinhibido y robusto» (22). Mientras que la democracia deliberativa se asienta en la teoría de la acción comunicativa (23). De ahí deriva lo que se denomina papel estructural de la libertad de expresión en el sistema democrático, particularmente en el ámbito de los asuntos con relevancia política, permitiendo a las posturas en un momento minoritarias acceder a la mayoría e incluso protegiendo el discurso que propugna la abolición del propio régimen democrático y de sus instituciones: «La disidencia radical, la disidencia anti-democrática, merece ser protegida y debe tener un lugar dentro del debate público contemporáneo. Sofocar ese tipo de discursos, aunque existan evidentes razones para demostrar su falsedad o impertinencia, nos acercaría a un terreno que ninguna democracia debe permitir, salvo casos excepcionales: el de la censura previa por razones de contenido del discurso. Bajo el paraguas de la

---

(22) *New York Times vs. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Cfr. Ignacio VILLAVÉRDE, «Hacia un nuevo paradigma constitucional de la libertades de expresión e información», en Miguel CARBONELL (ed.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Ciudad de México, Porrúa, 2004, págs. 1 y sigs. Véase del mismo Miguel CARBONELL, «El caso “New York Times versus Sullivan” (1964)», [www.miguelcarbonell.com/articulos](http://www.miguelcarbonell.com/articulos)

(23) La democracia deliberativa, de la que Jürgen Habermas es hoy su mayor expositor, se ha convertido en el modelo normativo y en el desarrollo empírico de las democracias existentes, como paradigma de conversión de las transformaciones modernas en unas renovadas democracias posmodernas. Véase Juan Fernando SEGOVIA, *Habermas y la democracia deliberativa. Una utopía tardomoderna*, Madrid, Marcial Pons, 2008, donde se ofrece un examen analítico y crítico de la propuesta habermasiana a partir de la teoría de la acción comunicativa como continuación del discurso filosófico político de la modernidad y como prototipo ético-político de la liberación del poder discursivo de la autonomía personal y comunitaria, síntesis dialéctica de los derechos liberales y la soberanía popular de raíz republicana. El autor examina la capacidad de la democracia deliberativa para reconciliar el Estado social de derecho con las demandas de la sociedad cosmopolita y la ciudadanía global, concluyendo que las pretensiones de Habermas no pasan de ser una utopía con rastros pragmáticos que acaban en un utilitarismo democrático auto-satisfecho.

democracia deben caber todos los discursos y todos los interlocutores, por equivocados que sean sus argumentos, y salvo los límites que señalaremos más adelante» (24). La protección se extiende finalmente incluso a ciertas modalidades expresivas que no guardan relación con la democracia y con la participación política, pero que se consideran merecedoras de protección jurídica: los discursos artísticos, las novelas, la poesía, el material con contenidos sexualmente explícitos o la publicidad comercial. Todo ello está protegido, con independencia de que sea relevante para la participación democrática de los ciudadanos.

A las debilidades que hemos ido subrayando de cada una de las justificaciones debe añadirse una general que el autor a quien hemos venido siguiendo consigna con carácter previo (25) y cuyo influjo se extiende sobre las tres: el conocido argumento, que atribuye a Bobbio, y que se encuentra antes en Maritain, según el cual no hay que preguntarse tanto por el fundamento de los derechos como por su efectiva aplicación (26), aunque relativizado en este caso por razones políticas en su aplicación al continente hispanoamericano, esconde un absurdo. Pues –como se ha observado con tino– no se pueden eludir los problemas de la cultura contemporánea, de manera que se hace necesario afrontar el problema filosófico (que se querría dejar de lado) para dar respuesta satisfactoria a los problemas políticos y jurídicos que plantean los derechos humanos (27).

---

(24) Miguel CARBONELL, «El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional», *loc. cit.*, pág. 92.

(25) *Ibid.*, pág. 87.

(26) Jacques MARITAIN, «Introduction» a *Autour de la nouvelle Déclaration universelle des droits de l'homme. Textes réunis par l'UNESCO*, París, Sagittaire, 1949, pág. 11; Norberto BOBBIO, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990, pág. 16.

(27) Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la modernidad*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 107.

#### 4. El objeto y el contenido de la libertad de expresión e información

A) Una primera consideración nos lleva a la distinción entre expresión e información. La primera se refiere a opiniones y encierra juicios de valor (28). La segunda se refiere a una noticia y encierra constataciones de hechos (29). De ahí se arrastra igualmente una diferencia de la piedra de toque para contrastar su legitimidad constitucional, que en el primer caso reside en la pertinencia (que excluye el derecho al insulto), mientras en el segundo consiste en la veracidad (que supone contraste diligente de la información), con los problemas conocidos de las «cartas al director» y del conocido como «reportaje neutral» (30). Sin embargo esta disyunción rara vez se presenta tan tajante y con frecuencia aparecen engarzadas pues las opiniones se expresan respecto de hechos y los hechos no se comunican sin alguna valoración. Lo relevante, a efectos constitucionales, es indagar qué aspecto predomina, en razón de los diferentes criterios que las caracterizan (31).

B) Una segunda nos conduce a qué mensajes constituyen expresión o información. De lo dicho se desprende que el paradigma de la expresión e información viene dado por el mensaje verbal (oral o escrito) sobre asuntos públicos (*rectius* políticos). Cuando, en cambio, la forma del mensaje no es verbal o el contenido no es político nos alejamos del núcleo central de las libertades y se convierte en más dudosa su garantía (32). En algún caso, como el español, la inclusión de un derecho a la libertad de creación artística o

---

(28) STC 235/2007.

(29) STC 29/2009.

(30) STC 336/1993 y STC 76/2002, respectivamente.

(31) Cfr. Rafael BUSTOS, «El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión», *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), núm. 85 (1994), págs. 261 y sigs.

(32) Seguimos a Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003, págs. 285 y sigs.

científica, abre otro campo de protección, al margen de la libertad de expresión e información, lo que evita una serie de casos problemáticos, aunque crea otros en ese ámbito (33). Que quedan reducidos a dos: la expresión simbólica (*symbolic speech*) y la expresión con ánimo de lucro (*commercial speech*).

La expresión simbólica se concreta en imágenes, signos o gestos en vez de palabras. No es lo mismo pedir que no se compre un libro racista a organizar piquetes, por más que pacíficos, para evitar que se pueda acceder a las librerías que lo venden. Como no lo es firmar un manifiesto contra la incorporación a filas para ir a la guerra que quemar las cartillas militares de los llamados (34).

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, así, sostuvo que cabe la restricción de la expresión simbólica siempre que esté en juego un bien jurídico que resulte constitucionalmente digno de protección al margen de la sola represión de opiniones y que la restricción no exceda de lo indispensable (35). Sin embargo, aun con esto, en el caso de la quema de banderas, terminó amparando estas conductas. En efecto, en 1968, cuando las protestas contra la guerra de Vietnam, cuarenta y ocho de los cincuenta Estados norteamericanos aprobaron una ley llamada de forma genérica *Flag Protection Act* para condenar cualquier acto de ofensa –por lo general quemarla– a la bandera de los Estados Unidos. En 1989 todas estas leyes fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo (36).

---

(33) Cfr. Ricardo CHUECA, «El derecho fundamental a la investigación científica», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja* (Logroño), núm. 6 (2008), págs. 5 y sigs.

(34) Luis María Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 286.

(35) *United States vs. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968). La ponencia fue del presidente Warren. Véase sobre su significado en la historia judicial estadounidense Brent BOZELL, *The Warren Revolution*, Nueva York, Arlington, 1966.

(36) *Texas vs. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). La ponencia volvió a ser del juez William Brennan. En este caso se juzgó a Gregory Lee Johnson, miembro de un grupo comunista, que había quemado una bandera americana a las puertas de la convención del Partido Republicano que se celebraba en Dallas. El Tribunal Supremo absolvió a Johnson al entender que su conducta estaba protegida por la Primera Enmienda que consagra la

En Alemania, por su parte, el Tribunal Constitucional Federal anuló una condena penal a un librero que había vendido un folleto que incluía la representación gráfica de un soldado orinando sobre la bandera nacional. Afirmó en primer lugar que la protección de un símbolo del Estado puede llevar a castigar penalmente a quien lo ultraja, habida cuenta de su relevancia. Si bien, en segundo término, rechazó la punición en el caso (que entendió era el de autos) en que el supuesto ultraje tuviera una manifestación artística y primariamente se tratar de un vehículo para la transmisión de ideas (aquí el antimilitarismo y el rechazo al servicio militar) (37).

La publicidad comercial se protegió en Europa principalmente en un primer momento a través de la libertad de empresa más que a través de la de expresión e información. A diferencia de lo ocurrido en los Estados Unidos, donde se tuteló desde el ángulo de la información precisamente: la de los consumidores. Sin embargo, a partir de la STEDH Coca contra España (1994) se protegió la publicidad de los profesionales liberales hasta entonces tradicionalmente prohibida en España. Aunque el test que debe superar para el establecimiento de limitaciones sigue siendo netamente menor que para el núcleo antes visto (38).

---

defensa de la libertad de expresión: el derecho a expresar la opinión de un ciudadano (incluso quemando la bandera) estaba por encima de los valores patrióticos más íntimamente sentidos por la mayoría de los norteamericanos. Ya que el modo de oponerse a esa rechazable conducta ofensiva a la bandera no podía ser otro que el de la tolerancia de la crítica: no se consagra a la bandera castigando su ultraje en el Código Penal, pues de hacerse así se diluiría la libertad que ese símbolo precisamente representa y debe representar. Esta sentencia fue confirmada por la del caso *United States vs. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

(37) *Bundesflagge*, BverfGE 81, 278 (1990). Podríamos seguir con distintos ejemplos, algunos españoles, como la quema de fotos del Jefe del Estado o los silbidos al himno nacional en un campo de fútbol. Véase Joaquín BRAGE, «El himno como símbolo del Estado: dimensión jurídico-política», en Miguel CARBONELL, Héctor FIX-FIERRO, Luis GONZÁLEZ PÉREZ y Diego VALADÉS (eds.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de Méjico, UNAM, tomo IV, vol. 1 (Estado constitucional), 2015, págs. 327 y sigs.

(38) Luis María Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 286-287.

Si se repara en lo anterior, sin embargo, se ve que en todos los casos anteriores (tanto de lenguaje simbólico como comercial) en los que se ha admitido una limitación de la libertad de existe una cierta incitación a la acción. Lo que desborda la expresión o la información y que permite precisamente la limitación de la libertad. El ejemplo que se suele citar en este caso es el que puso, nuevamente, Oliver Wendell Holmes en el caso Schenk (39), cuando dijo que si alguien grita «¡Fuego!» en un teatro abarrotado no está ejerciendo su libertad de expresión solamente, sino que está poniendo en peligro la integridad física de quienes se encuentran en su interior, pues es probable que al escuchar dicha expresión la gente se levante y comience a correr hacia la salida.

C) Un tercer orden de consideraciones se refiere al aspecto pasivo de la libertad de información (40). La libertad de comunicar noticias sirve de poco si se obstaculizara la libertad de recibirlas. Lo que no es particularmente litigioso. Y que se contrae a hechos y noticias de carácter general, pero no a datos de personas concretas que obran en los registros públicos (41).

## 5. Límites de la libertad de expresión e información

Al tratar del objeto han aparecido los límites. Límites en buena medida intrínsecos, pero también extrínsecos. Conviene ahora tratar de éstos, que derivan de la colisión con otros derechos constitucionales y en particular el honor, la intimidad y la propia imagen. Aunque también debe repararse en la cláusula general del artículo 10.2 del CEDH, que permite la limitación de la libertad de expresión a) para salvaguardar ciertos bienes jurídicos (seguridad nacional, pro-

---

(39) *Schenck vs. United States*, 249 U.S. 47 (1919),

(40) Ignacio VILLAVARDE, *Los derechos del público, El derecho a recibir información del artículo 20.1 d) de la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 1995.

(41) STEDH *Lingens contra Austria*, 8 de julio de 1986.

tección de la moral, reputación de las personas, etc.); b) que se establezca por ley; y c) que se trate (según la conocida cláusula del Convenio europeo) de medidas «necesarias en una sociedad democrática».

La tercera condición, examinada a la luz de la primera, conduce a un juicio de proporcionalidad (42). Mientras que la segunda no presenta en principio particulares problemas cuando se trata de establecer limitaciones de carácter general: la necesidad de ley. Aunque no impide que, en ausencia de ley, pueda el juez en un caso concreto hacer una ponderación con otros valores constitucionales. Pues no se trata tanto de restricciones a la libertad de expresión e informaciones como de delimitar el exacto contenido del propio derecho fundamental.

Aparte de la consideración general que acabamos de abocetar, nos encontramos con un conjunto de colisiones típicas, que nos limitamos a enumerar con una ilustración mínima (43):

A) Los personajes públicos (esto es, quienes ocupan cargos públicos), respecto de los que la libertad de expresión e información ocupa una posición preferente, alcanzando su grado máximo, pues deben someterse al escrutinio de la opinión pública, lo que otorga a los medios de comunicación una función estructural que determina su primacía en la colisión con los derechos al honor o la intimidad de la persona constituida en autoridad (44).

B) Los personajes con relevancia pública, respecto de los que hay plena libertad de expresión e información en el ámbito al que se contrae su notoriedad (por ejemplo las críticas sobre la actividad profesional de un cirujano famoso), pero no más allá del mismo (45).

---

(42) Cfr. Miguel CARBONELL (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

(43) Luis María Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 291 y sigs., en cuanto al elenco de casos.

(44) Véanse, por todas, STC 148/2001 y SSTEDH *Sunday Times contra Reino Unido*, 26 de abril y 1979, y *Worm contra Austria*, 29 de agosto de 1997.

(45) STEDH *Bergens contra Noruega*, 2 de mayo de 2000.



C) Los «famosos», que son personajes con relevancia pública pero cuya relevancia no es otra que la de comparecer con frecuencia en los medios, presentan grandes problemas, pues se borra la frontera entre los aspectos públicos y los privados. La explosión de la prensa llamada «del corazón» en los últimos decenios y la correlativa del fenómeno de los famosos ha puesto en apuros con frecuencia a los altos tribunales, que venían utilizando una concepción material del honor y la intimidad (esto es, determinada por estándares objetivos acordes con las pautas socialmente extendidas), y que –contradiciéndose– han debido ceder en ocasiones a otra de tipo formal (esto es, determinada por la decisión del sujeto), pues no puede prescindirse absolutamente del comportamiento de quien entiende luego haber sufrido un menoscabo en sus bienes de la personalidad (46).

D) Las materias legalmente caracterizadas como secretos, y en particular los secretos oficiales, que están exceptuados por ley de la publicidad del funcionamiento de los poderes públicos, y el secreto profesional. En cuanto a los primeros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido limitación del derecho a la información por causa de la clasificación como secreto de Estado por motivos de seguridad nacional, siempre sea una injerencia prevista por la ley, sea legítima, necesaria y suficiente, así como que para su mantenimiento se haya actuado con cuidado y finalmente sea proporcional al fin legítimo perseguido (47). Respecto al segundo, que permite al informador silenciar sus fuentes, su configuración choca con varias confusiones, entre las que destacan la de las dimensiones diferentes de deber y derecho que contiene, que arrastra la de los bienes jurídicos que ambas instituciones respectivamente protegen (48).

---

(46) Véase STC 143/1994, como ejemplo de la concepción material, y 115/2000, del giro hacia la formal. Luis María Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 255, crítica esta evolución jurisprudencial.

(47) Véase STEDH *Observer y Guardian contra el Reino Unido*, 26 de noviembre de 1991. Cfr. Luis María Díez-PICAZO, *Sobre secretos oficiales*, Madrid, Civitas, 1998, y Susana SÁNCHEZ FERRO, *El secreto de Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

(48) SSTC 15/1993, 123/1993, 172/1990 y 21/2000; SSTDH

E) La actividad de la Administración de Justicia, respecto de la que hay plena libertad de información, de manera que las restricciones tendrán carácter excepcional y han de justificarse por la necesidad de salvaguardar bienes jurídicos distintos de la propia Administración de Justicia: así el secreto en los procesos relativos a menores (49). Si bien, con carácter general, se halla la defensa de la autoridad e imparcialidad de los jueces, a que se refiere expresamente el artículo 10.2 del Convenio Europeo. Así, es lícito formular críticas a los jueces, pero deben ir acompañadas de una justificación pertinente, toda vez que los jueces tienen un deber de reserva que les impide reaccionar (50). Entre otras muchas cuestiones, finalmente, aparece la de los «juicios paralelos», aunque se trata de evitar la influencia abusiva de la prensa, y siempre sobre la base de la veracidad, se suele proclamar la preeminencia de la libertad de expresión e información (51).

F) Las llamadas «expresiones de odio» (*hate speech*), que se concretan en diversas conductas (apología del terrorismo, racismo, xenofobia, negación del «Holocausto», etc.), dan lugar con frecuencia a normas penales que resultan problemáticas desde el punto de vista de la libertad de expresión. Una vez más el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, ya en 1919, condensaba en la fórmula «*clear and present danger*» la respuesta a la colisión: las expresiones que pueden ser reprimidas son sólo las que comportan un riesgo claro e inminente para un bien jurídico que el Estado puede o debe tutelar (52).

G) La libertad de expresión de los trabajadores y funcionarios en asuntos referidos al giro o tráfico de las respecti-

---

*Goodwin contra el Reino Unido*, de 27 de marzo de 1996, y *Roemen y Scharit contra Luxemburgo*, de 25 de febrero de 2003. Cfr. Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA, *El secreto profesional de los informadores*, Madrid, Tecnos, 1990.

(49) STC 36/1991,

(50) STEDH *Prager y Oberschliek contra Austria*, 26 de abril de 1995.

(51) STEDH *Haes et Gijssels contra Bélgica*, 24 de febrero de 1997; STC 6/1996.

(52) Es la sentencia, ya citada, *Schenk vs. United States*, con ponencia de Oliver Wendell Holmes.

vas organizaciones viene presidida por el deber de lealtad hacia el empleador o la Administración, que no es –en cambio– genérico o incondicionado, sino modulada por la buena fe contractual que se concreta en la ausencia de intención de perjudicar y en el deber de reserva sobre los datos conocidos por razón del puesto de trabajo que se desempeña (53).

## 6. Algunas consideraciones problemáticas

Al hilo de la exposición de los datos anteriores, sobre todo en la primera parte, se han ido entreverando algunas observaciones críticas. Que es procedente, para concluir, tratar de sistematizar.

A) En primer término vuelven a evidenciarse las aporías de la ideología de los derechos humanos. Nacidos al menos «virtualmente» abiertos a la trascendencia, aunque fuera afirmada sobre bases racionalistas, se han transformado en meras «pretensiones», levantadas al principio contra el ordenamiento, codificadas al tiempo que limitadas luego por el ordenamiento, y afirmadas finalmente indiscriminadamente con la ayuda del ordenamiento (54).

---

(53) STC 232/2002 y STEDH *Palomo Sánchez y otros contra España*, 12 de septiembre de 2011.

(54) Danilo CASTELLANO, «El derecho y los derechos en las constituciones y declaraciones contemporáneas», *Verbo* (Madrid), núm. 533-534 (2015), pág. 326. Donde ilustra así el proceso: «Los derechos humanos proclamados solemnemente por las Declaraciones de fines del siglo XVIII, eran reivindicaciones (legítimas o ilegítimas, poco importa a efectos de esta consideración) “contra” los ordenamientos jurídicos entonces vigentes. Su génesis, por tanto, venía dictada por una oposición al ordenamiento jurídico positivo. Se planteaban como criterio trascendente al ordenamiento. Pero no pasó mucho tiempo antes de que perdieran su función. En efecto, sólo cuatro años después de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de la Revolución Francesa de 1789 se transformaron en derechos inmanentes al ordenamiento jurídico positivo. La Constitución francesa de 1793 estableció que los derechos del hombre son los derechos del hombre en sociedad, esto es, los derechos puestos en y por el ordenamiento. Cosa afirmada también por algunas constituciones contemporáneas, que establecen que los derechos son los codificados por ella y sólo los codificados por

Así pues, frente al *human rights talk* surgido de esa ideología se impone la tarea de valorar jurídicamente las distintas facultades y libertades en juego, para determinar correctamente el derecho. Tomemos un ejemplo distinto del ámbito a que se han contraído estas páginas: el de los derechos laborales. Si los presentamos como no basados en la voluntad de los hombres ni pactados con independencia de un orden superior, sino como dimanantes de la naturaleza del hombre, concluimos que son objetivos, no absolutos y que deben concretarse a cada situación, al depender de una relación jurídicamente exigible bien por justicia conmutativa (en general del llamado empresario directo, como por ejemplo el salario justo), bien distributiva (normalmente del empresario indirecto, por ejemplo el subsidio de desempleo), bien legal (también del empresario indirecto, del Estado, por ejemplo la regulación de la propiedad o el establecimiento de condiciones generales mínimas de trabajo), ordenándose finalmente al bien común, como se expresa con toda claridad al tratar de los sindicatos o del derecho de huelga (55).

Eso conduce a una reinterpretación de los derechos subjetivos y a la necesidad de una tónica de los mismos. En todos los tiempos los jurisconsultos y moralistas han invocado ciertos principios formales a fin de conformar la sustancia o materia de lo que hoy reclamamos como derechos humanos, sea a efectos morales o jurídicos. Así, la doctrina jurídica alemana de este siglo desembocó en una *Vertungsjurisprudenz*, que tanto en autores neokantianos, como hegelianos o neoexistencialistas moderados, ha procedido conjugando dialéc-

ella, interpretables a lo sumo como «tipos abiertos», como sentenció por ejemplo la Corte Constitucional (cfr. Sentencia núm. 98, de 1 de agosto de 1979). Con posterioridad, en los decenios siguientes a la segunda guerra mundial, el ordenamiento jurídico asumió (a la luz de la doctrina del personalismo contemporáneo) la función de garantizar la realización de cualquier pretensión individual. Esto es, se transformó en virtual instrumento de anarquía aplicando el “principio” de neutralidad que la doctrina iuspublicista y la jurisprudencia constitucional llaman también laicidad. Cualquier pretensión (a la pornografía, al suicidio asistido, etc.) fue considerada “derecho subjetivo”, al que se subordinó el derecho».

(55) Estanislao CANTERO, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Madrid, Speiro, 1990, págs. 91-92.

ticamente, de una parte, la idea de derecho y los valores dimanantes de ella, con –de otra– la llamada *Natur der Sache*: autores como Welzel, Coing, Engisch o los Kaufman, pese a los esfuerzos realizados, no han logrado salir del piélagos que relativiza los valores. La concepción clásica de la *rerum natura*, en cambio, obliga a tener en cuenta la prelación de los deberes para con Dios impuestos a la persona; la estimación del hombre concreto, en la dimensión plena, creado por Dios y destinado a él, por lo que sus derechos no deben referirse sólo a los bienes naturales sino también a los espirituales; la objetividad determinada por el bien común; y la inherencia a los derechos de los deberes consiguientes de su mismo sujeto. Requisitos que muestran cómo los derechos humanos, dotados de unos límites y una configuración, no pueden considerarse unilateralmente y han de conjugarse con las expresadas estimaciones. En cuanto a su contenido, no debe olvidarse que no estamos ante normas de aplicación inmediata y directa, sino que son principios ético-jurídicos y ético-políticos, más o menos positivizados, que pueden entrar en contradicción con otros, en general, y especialmente con los que actúan concurrentemente en favor de otras personas: «Por ello, el paso de los derechos naturales universalmente expresados, como primeros principios, a sus concreciones próximas, aun generales, no puede efectuarse por medio de deducciones lógicas, sino de juicios comparativos. En éstos debe jugar nuestra experiencia, mediante la razón operativa, razonadora y discursiva, guiada por la prudencia política basada en la capacidad para penetrar sagazmente en la realidad y de prever cuantas consecuencias puedan dimanar para unos y otros sujetos, y específicamente para el bien común, de las formulaciones que vayan efectuándose por grados, escalonadamente» (56).

---

(56) Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Esbozo de una metodología de los derechos humanos», *Verbo* (Madrid), núm. 311-312 (1993), págs. 11 y sigs., 33. Cfr., para su obra metodológica, *Metodología jurídica*, Madrid, Civitas, 1988; *Metodología de las leyes*, Madrid, EDERSA, 1991; *Metodología de la determinación del derecho*, 2 vols., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994 y 1996; *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, 3 vols., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, 2002 y 2003.

Finalmente, en lo que toca a su concreta aplicación, surge el problema de la actuación respecto de los tales derechos de los poderes públicos, que para proteger uno no deben perturbar otro, y que pueden desembocar en tensiones entre la libertad y la igualdad, entre la protección de las masas y el riesgo de incrementar la masificación, entre –en suma– el abuso del más fuerte y el totalitarismo estatal.

No es fácil, en verdad, aplicar algunos de los matices introducidos en los párrafos anteriores al juego de las libertades informativas en colisión con el honor y la intimidad de las personas, y aun de los propios límites del derecho a la información en una sociedad sana. Pero quizá pueda afirmarse que el *balancing* –en la terminología de la jurisprudencia anglosajona– que hemos visto realizar al Tribunal Constitucional páginas atrás constituya una ponderación errónea al venir lastrada por estimaciones viciadas (57). Porque a lo que se llama derecho a la información otros podrían oponer los derechos a la intimidad, al honor, a la propia imagen, a la verdad... y, el Estado, el de todos al secreto necesario para la seguridad nacional y el interés general. Todos implican además una serie de deberes consiguientes. Pues bien, «sopesando todos esos pretendidos derechos y los consecuentes deberes, existe en cada caso un punto que determina el fiel de la balanza de la justicia; y, en ese punto exacto, y sólo en él, está el derecho, propiamente dicho, que debe ser reconocido y tutelado». Ahí reside el *quid* jurídico –puede concluirse– frente a la impropiedad de la terminología que hoy se emplea y que, a su vez, favorece la incorrección con la que se pretende la aplicación del concepto mal expresado: «De ahí que se invoque de un modo unilateral, abstractamente, a contrapelo, a favor de unos y en contra de otros; pero nunca en su punto justo, donde realmente es derecho, y siempre en contra de alguien [...]. Y es que la palabra derecho se emplea con imprecisión».

---

(57) Cfr. Débora RANIERI DE CECHINI, «El neoconstitucionalismo en la reforma del Código Civil y de Comercio: el protagonismo del juez en el Estado de derecho y el problema del método de ponderación», *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional* (Buenos Aires), 2013, págs. 155 y sigs.

sión jurídica, y no acierta con el método adecuado para determinarlo» (58).

B) Pero no es menos cierto que en esa verdadera valoración jurídica de las libertades informativas que acabamos de postular el contexto moral adquiere gran relevancia. En concreto, si acudimos al todavía reciente *Catecismo de la Iglesia Católica*, hallamos una exposición moral atenta a las transformaciones modernas de la información (59). En concreto, en la explicación del octavo mandamiento de la Ley de Dios, se abordan temas clásicos en la doctrina moral, tales como el falso testimonio, el perjurio o la mentira, pero al mismo tiempo hallamos interesantes aplicaciones objetivas (como la consideración del acto informativo como un acto de justicia) y subjetivas (al referirse los temas anteriores en forma diferente a los que podrían llamarse sujeto universal, al sujeto cualificado o profesional y al sujeto organizado).

La aporía realmente presente, en sede moral, pero también en sede política y jurídica, como veíamos al principio de estas páginas, es la de la libertad de conciencia y su corolario la libertad de expresión. En este sentido me parece muy digno de ser atendido el desarrollo crítico respecto del personalismo contemporáneo que, bien alejado de la concepción clásica de la persona, ha invertido la posición del totalitarismo fuerte, pero no ha salido del nihilismo que es el fundamento tanto del totalitarismo fuerte como del débil. Reivindicando los derechos de la persona contra el Estado ha hecho de éste un simple instrumento para la realización de los deseos de los individuos. Y habiendo erigido la libertad negativa como supremo valor ha contribuido a disolver la comunidad política y a revelar la realidad inhumana que está en el fondo de los derechos humanos, esto es, la capacidad de

---

(58) Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Introducción al derecho y a los denominados derechos humanos», *Verbo* (Madrid), núm. 259-260 (1987), págs. 1022-1023.

(59) *Catecismo de la Iglesia Católica*, (§ 2493-2499). El epígrafe se titula «El uso de los medios de comunicación social».

ejercer una presión que, en última instancia, puede no ser sino simple violencia (60).

Y es que, en el plano del constitucionalismo y de las declaraciones de derechos, la libertad de conciencia se convierte en un derecho ilimitado, expresión de la característica doctrina protestante de la autonomía del espíritu, autoconciencia absoluta. Ciertamente que la conciencia sólo puede «relajarse» donde la constitución o la legislación le garantizan un espacio libre, de modo que sólo en tales casos puede sobreponerse a la ley general (61). Así pues, el derecho positivo vendría a convertirse en la fuente del reconocimiento de ese espacio que se deja libre a la conciencia, en una solución coherente con la lógica de la soberanía, por más que ésta se presente regulada en su ejercicio por una constitución que es, ella misma, fruto de aquélla, en la doctrina conocida como del Estado de derecho. Cuestión ciertamente grave, y que ni la filosofía jurídica o el derecho público contemporáneos aciertan a resolver, la de la compatibilidad entre la libertad de conciencia y el derecho, sobre todo cuando éste «solicita» la conciencia preceptuando o prohibiendo alguna cosa. Sin embargo, el reconocimiento de la libertad de conciencia –diferente de la libertad *de la* conciencia– como derecho ilimitado es una de las vías que transitan de modo creciente la legislación y la jurisprudencia hodiernas con base en el principio personalista (62). Como la libertad de expresión, en este punto, no es sino un corolario de la libertad de conciencia, buena parte de la experiencia presente a propósito de la misma es presa de idéntica aporía (63).

---

(60) Danilo CASTELLANO, *L'ordine político-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

(61) Cfr. Heinrich SCHOLLER, «La persona umana nella problematica giuridica europea», en el vol. AA.VV., *La crise dell'identità nella cultura europea contemporanea*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, págs. 137 y sigs.; «Ambivalenza nel rapporto fra diritto e coscienza», *Bebemoth* (Roma), núm. 8 (1990), págs. 25-27.

(62) Cfr. Miguel AYUSO (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

(63) Puede verse a este respecto el capítulo III de mi *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, Criterio, 2000.



C) En este contexto se comprenderá mejor el rechazo frontal de la censura (previa) en los ordenamientos jurídicos actuales. En Roma los «censores» tenían encomendadas varias funciones de orden público, a comenzar por la confección de la lista de los ciudadanos (que todavía hoy llamamos el «censo»), con lo que asumían el control de cierta ética de la convivencia urbana, emitiendo la «nota censoria», que implicaba la descalificación de ciertas personas en razón de su mala conducta o de la mala reputación de ciertas profesiones (64). Hoy la palabra viene referida solamente al control oficial de la publicación de mensajes, y en concreto en la prensa y otros medios de comunicación social. Sin hacer contrariamente una defensa indiscriminada de la misma, se ha recordado que en toda sociedad civil libre debe existir opinión pública; que la opinión pública no puede existir con una censura previa habitual y universal; que el ciudadano moderno tiene necesidad de manifestar su sentir sobre la cosa pública; que suprimir la censura pública no es provocar necesariamente el libertinaje; que no obstante lo anterior a ciertos sectores es útil aplicar alguna previa censura (65).

No es fácil hallar hoy defensores de la censura, siquiera en términos tan moderados como los que acabamos de exponer. Se ha sostenido, en cambio, no hace mucho, que la censura es «un medio de defensa de lo público frente al posible abuso de la publicidad por parte de los particulares» (66). Es

(64) Cfr. Eduardo REIGADAS, *Censura y «res publica»*. *Aportación constitucional y protagonismo político*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2000.

(65) Cfr. Eustaquio GUERRERO, S.J., *Reflexiones sobre la previa censura civil*, Madrid, Studium, 1958, págs. 17 y sigs. Así pues, el ilustre moralista jesuita, con tesis entrelazadas extraídas del magisterio de Pío XII, a la sazón reinante, no se mostraba en absoluto simplificador y oscurantista al abordar el tema de la censura, cuando estaba establecida en España, ejercida por el gobierno y con importante influencia de los criterios eclesiásticos. Sólo señalaba con cautela la conveniencia de «alguna» –tal es la expresión que utilizaba– censura, «naturalmente bien organizada» –añadía–, en el ámbito del cine y el teatro, por razones morales a causa de la intensidad de la impresión audiovisual, y en el de las informaciones de agencias extranjeras, por razones políticas (págs. 31-32).

(66) Cfr. Alvaro D'ORS, «Prohibido prohibir», en el vol. *Estudios de comunicación y derecho. Homenaje al profesor Manuel Fernández Areal*, Santiago de Compostela, Editorial Compostela, 2000, págs. 171 y sigs.

cierto –continúa el autor– que el control de la publicidad por un censor oficial viene a reforzar el poder de quien gobierna una comunidad, así como que puede resultar abusivo por falta de objetividad indiscutible. Mientras que la censura –en los términos de su bien conocida distinción– de una instancia de «autoridad», es decir, de saber socialmente reconocido, no sólo independiente sino también carente de poder, podría tener cierto efecto erosivo para la aceptación del poder constituido, siempre lento, desde luego, y desde luego sin fuerza ejecutiva en cuanto a impedir la publicación de lo censurado. Ciertamente es que, además de la posibilidad de la censura, preventiva, por el poder o por una instancia de autoridad, se abre la posibilidad de la represión de las conductas que infrinjan los criterios aparentemente objetivos sobre la licitud o no de lo que se pretende publicar. Criterios fijados por una ley y necesariamente sometidos a la interpretación de los jueces habida cuenta de su carácter casuístico. Cada uno de los términos de esta disyunción, censura previa y juicio represivo, viene abonado por diversas razones. Así, se alega en contra de la censura previa que restringe, en lugar de favorecer, el acceso de información al público. Sin embargo, no es menos cierto que el aumento de información indiscriminada no es siempre un bien, pues su exceso llega a estragar la sensibilidad, y la capacidad crítica no siempre está extendida. Con todo –se me ocurre añadir– no se trata sólo en este punto de una censura (podríamos decir) moral, sino de los mismos excesos de la publicidad comercial y aun de otras limitaciones como, por ejemplo, la del horario televisivo. La selección de la información lleva a la censura, aunque ya se entiende que una selección de esa naturaleza por fuerza ha de ser parcial y aun sospechosa. Por contra, la paz y organización sociales compensan tales riesgos, situando al gobierno en su responsabilidad de defensor del orden. Todo ello al margen de la censura «social», tan presente en nuestros días, que puede resultar más gravosa para un autor independiente –piénsese en la famosa «corrección política» (67)– que la propia censura oficial.

---

(67) Cfr. Thomas MOLNAR, «Political correctness», *Verbo* (Madrid), núm. 327-328 (1994), págs. 795 y sigs.