

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.



UNIVERSIDAD DE CHILE

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO
A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS PRINCIPIOS DE JOHN
STUART MILL.

TRABAJO FINAL DE SEMINARIO DE GRADO

LICENCIATURA EN FILOSOFÍA

ALUMNO JAROSLAV BREJCHA AVILA

PROFESOR GUÍA ÍÑIGO MARÍA ÁLVAREZ

MARZO DE 2018

Agradecimientos

Existe algo de riesgoso en escribir párrafos que tienen pretensión de eternidad. Este es uno de esos. El presente ensayo es la culminación, espero, a cinco años de carrera universitaria que más de una vez me hizo dudar respecto al valor de su utilidad... me terminó convenciendo que sería una de las mejores opciones que se pueden tomar dentro de lo mal desarrollada que puedo tener la facultad de juicio y razón.

Si bien es cierto que la prédica social actual se plaga de la evangelización de la competitividad, es a través de la cooperación que he llegado hasta el punto en que me siento a escribir esto. Después de la lectura de Spinoza, no puedo negar eventos y personas que se han conjugado de manera especial y única para dar con el momento presente. Cada uno fue necesario, y a cada uno he de agradecer.

Siguiendo el orden natural, agradezco a mi familia por su ayuda incondicional en todo lo que he necesitado hasta este punto. Mi madre sobre todo ha sido un motor desde una lejanía cercana, a la vez que mi tía me ha mantenido como un hijo más en su hogar mientras con una sonrisa daba a entender que siempre todo puede estar bien. Demás está decir que no hay espacio suficiente en una tesis para agradecer a cada personaje familiar, pero a cada uno agradeceré cuando llegue el momento oportuno. A mis amigos agradezco, tanto de la universidad como externos. El soñar con terminar y lanzarme a la aventura ha tenido siempre el sabor de una junta para desarticular la contingencia actual, o para tratar vagamente de doctrinas éticas que a medias hemos podido conocer.

Agradezco sobre todo a Alicia Henríquez, mi pareja, mi compañera y amiga, que me reconfortó durante un año entero durante aquellos momentos, tan esporádicos como viles, en que todo parecía nublarse a la vista y los objetivos se escondían en el horizonte. Siempre estuviste para reconfortarme. Siempre me despertaste del sopor del estrés y la ansiedad. Esta tesis es tanto tuya como mía.

Finalmente, agradezco a la universidad y a mi profesor guía Íñigo Álvarez, que con paciencia y disposición estuvo siempre para tenderme la mano y ser no sólo una guía sino también un soporte para seguir avanzando.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
I. John Stuart Mill: Utilitarismo	7
II. Mill y el principio de Libertad	9
III. El valor de la Individualidad en la sociedad según Mill	17
IV. The Harm Principle	21
V. Decir o no decir: el humor y su valor social	24
VI. Aplicaciones	30
VII. Una reflexión final	34
APÉNDICE I	
Derechos subjetivos: historia y concepto	37
APÉNDICE II	
Derechos Humanos: historia, concepto, elementos	47
BIBLIOGRAFÍA	59

INTRODUCCIÓN

El tema de la libertad de expresión y cuándo se ha caído en su abuso es un tema recurrente de la contingencia actual. Vivimos en la aldea global, y aquello que antes nos parecía lejano y dissociado ahora parece cercano y sensible. Interconectados como nos encontramos, la capacidad discursiva entre unos y otros se ha vuelto un tema principal. Es en este contexto que se comienza a considerar aquello que puede decirse y aquello que no, tanto a un grupo de personas como a individuos particulares. El ejercicio de la libertad personal, el derecho subjetivo de expresarse, es entonces un asunto a discutir largamente.

Pero el concepto de tener un derecho tiene su historia y progresión. Este es el concepto de derecho subjetivo, que recién comienzan a aparecer en el siglo VII y que no tienen expresión antes de este. Es así que mientras comienza a defenderse la idea de que el ciudadano posee un poder frente al Estado, comienza a la par a desarrollarse la idea de dignidad humana, por la cual cada uno tiene derechos a base de esta dignidad. Si bien este valor no aparece explícitamente hasta la positivación internacional de los derechos humanos, la noción de que por corresponder a la naturaleza se debe contar con derechos especiales se ha mantenido desde sus albores¹.

Ahora bien, una expresión anterior a la positivación internacional puede encontrarse en las constituciones y declaraciones de independencias de los países influenciados por las doctrinas de la época moderna y herederos de la ilustración. En el desarrollo natural de la exigencia por garantías constitucionales, la libertad de sostener las creencias propias proviene de los debates por la tolerancia que tomaron lugar en Europa en el contexto de la aparición de protestantismo. Esto sentó bases para defender la libertad de conciencia, la que no puede distanciarse mucho de la libertad de expresión².

Mientras antes se defendían derechos que mantuvieran en control la capacidad de tiranizar al pueblo por el soberano, al momento en que John Stuart Mill la preocupación era otra: que el pueblo no se tiranizara a sí mismo. Los movimientos sociales, desde la revolución

¹ Con esto me refiere a su aparición en el derecho positivo, no en la historia de la filosofía.

² John Stuart Mill, al que nos referiremos ampliamente en el presente trabajo, las considera incluso inseparables.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

francesa a los avances socialistas, presentaban el riesgo latente de hacer sucumbir a los ciudadanos a la gran masa social. Esto, sin juzgarlo en sí como algo perjudicial, sí era visto por Mill como un camino que debía transitarse con precaución. Es por tal que en su ensayo *On Liberty* el autor inglés defiende una dimensión que pertenezca al individuo propia y directamente, y nada es más propio que las opiniones e ideas con las que se deje guiar un hombre en su vida.

Mill propone un principio que se nos presenta de manera bastante simple: la única razón legítima para violar la libertad de un individuo es para proteger o impedir la violación a los derechos de los demás. Es así, que aquello que no concierne a los demás y no implique daño directo y en primera instancia, o peligro de éste, no puede responderse sino con consejos y opiniones. De interceder por considerar conductas como inmorales o aberrantes se actúa de manera ilegítima y se hace un daño aún mayor en no dejar que los individuos se gobiernen a sí mismos. Es de notar que la defensa del espacio individual no se hace para el individuo, sino para la sociedad: el derecho que existe en expresar y sostener ideas propias por las que dejarse conducir no es tanto para con uno como de uno para con el resto.

Es así, que la sociedad no puede interceder en aquellos asuntos que competen exclusivamente al individuo sin caer en un proceder ilegítimo y contra lo justo, que en lo que a Mill respecta, no puede ser otra cosa que causar lo contrario a la maximización de la felicidad del mayor número. Es así que la doctrina moral utilitarista sostiene los argumentos esgrimidos por Mill y es a través de ésta que se apunta hacia una progresión social.

Una manera de poder expresar las ideas propias es a través del humor. El causar risa en otro o en uno mismo se sigue de la reflexión particular respecto a una idea, y siguiendo la teoría de la incongruencia, cómo ésta puede expresarse de una manera que signifique una incoherencia respecto a lo que de ella manejamos o estamos acostumbrados a comprender. Dentro de los géneros del humor, la sátira tiene ciertas características esenciales que pueden ser defendidas como deseables para el proyecto social de Mill. Principalmente, que desarticulando las ideas sostenidas respecto a personajes que ostenten poder social, pudiendo abrir el camino al cuestionamiento de las opiniones que tales figuras expresen o representen. De esta manera, el individuo puede comenzar la liberación del despotismo de la costumbre.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

Pudiendo ser defendida la utilidad o conveniencia de tal fenómeno para un progreso social que radique en la conformación de caracteres individuales fuertes, considero que si no existen garantías particulares para aquellos que hagan uso del humor para satirizar personajes o eventos históricos, por lo menos se debe proponer una flexibilidad a la hora de estimar si existe daño moral en su actuar. Si bien es cierto que en innumerables ocasiones se ha utilizado al derecho a la libre expresión como escape a los castigos legales que pueden aplicarse a ciertos dichos, no puede desestimarse las argumentaciones a su favor por tales casos particulares. En el contexto de la sociedad democrática, en la época de la political correctness, la libertad de expresión no puede ser defendida con menos fuerza, pero deben ciertas cosas esclarecerse para entender qué realmente es lo que implica. Sobre todo, debe comprenderse que es una libertad individual de servicio social, y que es un derecho de naturaleza relativa u no absoluta. Una vez que se comprenda tal, y que puede hacerse siguiendo los postulados de Mill, se podrá comenzar a discutir propiamente lo que tal derecho significa., y esto va para sus críticos tanto como para sus defensores.

Distintos casos han levantado la duda respecto a si censurar o prohibir la expresión satírica de ideas han sido de ayuda para promover un avance en los sentimientos morales. Quizás estamos en momento de dejar de preguntarnos si puede o no decirse, y mejor pensar en cómo pueden decirse las cosas de tal manera de no violar los principios sociales. Puede que la única esperanza que quede para que un racista y una persona de color se acerquen, es generando complicidades que el humor es capaz de crear. No me refiero a que uno haga mofa del otro, sino cada uno a sí mismo y a lo que él representa. Por el momento, se debe discutir respecto al valor del humor en la sociedad democrática actual, y analizar cómo podemos comenzar a hablar sobre este seriamente.

Se ha tachado a Mill de incongruente y poco claro. Aparentemente, apoyar la ética utilitarista heredada de su padre y de Bentham a la vez que llamar por la protección de las libertades individuales son dos momentos incoherentes del pensador inglés. Más la protección de las libertades mencionadas se ve tan sólo dibujada; dibujada, pues los principios que expone no dan cuenta, por ejemplo, de la verdadera demarcación de lo que constituye una ofensa, o una incitación al odio. Sin embargo, mi apreciación es que esto no es un accidente o producto de confusiones del autor: estas preguntas deben quedar abiertas a la discusión pública, y por tanto establecer lo que se ha de determinar tras debates tanto sobre posibles interpretaciones como sobre los postulados antes de debatirse es fútil. Como dice Mill:

“The principles asserted [...] must be more generally admitted as the basis for discussion of details, before a consistent application of them to all the various departments of government and morals can be attempted with any prospect of advantage” (On liberty, Cap. V, p. 181).

Los principios propuestos por Mill se articulan de acuerdo a su utilitarismo, doctrina que ha sido tan vilipendiada como incomprendida. La misma noción de una ética basada en la conveniencia⁴, en la utilidad que se desprenda de algo, causa repulsión a la mayoría de los lectores. Esto puede asociarse con la propuesta de una ética basada en la experiencia, contraria a la propuesta kantiana o a los postulados cristianos. No es mi intención realizar un diagnóstico sobre la animosidad hacia el utilitarismo, pues este problema puede derivarse por contraposiciones ideológicas con el liberalismo, desacuerdos con las argumentaciones del autor, malas lecturas o lecturas secundarias tendenciosas, etc. Basta

³ En la sección final se podrá encontrar una aproximación a los conceptos, elementos, procesos históricos, de tanto los derechos subjetivos como los derechos fundamentales. Para tener una mejor perspectiva y noción del contexto político y legal de la época sugiero la lectura de ambos apéndices.

⁴ Un Principio de Conveniencia no es defendido explícitamente por Mill. *“Por ejemplo, un acto es conveniente si produce un beneficio de utilidad neto y es completamente conveniente si produce una utilidad mayor que la de cualquier alternativa disponible. Un utilitario declarado viola la coherencia si actúa inconvenientemente en forma intencional, pero la teoría de Mill acerca de la moralidad y de la obligación moral insiste en que el hombre que actúa en forma inconveniente no necesariamente comete un mal moral por tal comportamiento inconveniente.”* Gray, J. John Stuart Mill: interpretaciones tradicionales y revisionistas. P. 8.

decir que ha sido una doctrina ampliamente rechazada, a la vez que resulta una de las teorías éticas predominantes (junto con la kantiana) durante el siglo XX al menos.

Mill no postuló el principio de utilidad⁵, pero sí le dio nuevos vuelcos. A diferencia de Bentham, Mill propone una distinción cualitativa de los placeres. De tal manera, los placeres intelectuales serían intrínsecamente distintos a los corporales o sensuales. Esta es la respuesta hacia el criticismo hecho a Bentham de que se puede ser feliz cultivando los placeres animales⁶.

“Es del todo compatible con el principio de utilidad el reconocer que algunos tipos de placeres son más deseables y valiosos que otros” (El Utilitarismo. P. 52).

La distinción entre los distintos placeres y cuáles son más valiosos es dejada a aquellos que hayan experimentado placeres de ambas naturalezas. Tal es la naturaleza del hombre sabio, aquel que a través de la experiencia ha determinado el valor superior de ciertos valores frente a otros. Según Mill, aquel que se guíe de tal manera no podrá optar por lo valores inferiores, y aquellos que lo hagan *“se aficianan a placeres inferiores no porque los prefieran deliberadamente, sino porque o ya bien son los únicos a los que tiene acceso, o bien los únicos para los que les queda la capacidad de goce”*⁷.

Podemos separar también la doctrina de Mill de la de Bentham en el peso que le atribuía a las sanciones internas. Para Mill el sentimiento de sanción interna era la sanción última para un hombre cultivado moralmente. Que algunos no sintieran tal sentimiento no podía ser un problema específico de la doctrina utilitarista, pues ninguna otra doctrina ética ha estado a salvo de este problema tampoco⁸.

El utilitarismo de Mill se verá invocado continuamente, explícita o implícitamente, en la siguiente sección. Respecto al principio de maximización de la felicidad para el mayor

⁵ *“Las acciones son correctas en la medida en que tienden a promover la felicidad, incorrectas en cuanto tienden a producir lo contrario a la felicidad. Por felicidad se entiende el placer y la ausencia de dolor; por infelicidad el dolor y la falta de placer”.* El Utilitarismo, p. 50.

⁶ Bentham distinguió cuantitativamente los placeres en cuanto intensidad (*intensity*), duración (*duration*), extensión (*extent*), proximidad (*propinquity or remoteness*), fecundidad (*fecundity*), pureza (*purity*), mayor o menor posibilidad (*certainty o uncertainty*).

⁷ En adelante, Me referiré al texto On Liberty con la abreviatura OL.

⁸ Aunque aquí no tenga espacio para dedicarle a este tema, es una parte interesante que merece su propia investigación de por sí.

número de personas se expresa en las máximas propuestas en el ensayo *On Liberty*. Distintas características del principio moral serán mencionadas en la articulación de la argumentación que trataré a continuación. Las teorías revisionistas sobre Mill me parece que derivan de una lectura más detenida y acabada de lo que el autor inglés decía y pretendía decir, y es por tal que considero que mi propia lectura, si la he hecho con cuidado, no ha de necesitar agentes externos para apoyarse. Afortunadamente, Mill tenía un dominio de su idioma y era un estilista excepcional⁹.

II

El ensayo sobre la libertad, publicado en 1859, es mejor leído como aplicación del sistema ético utilitarista¹⁰. Se hace patente en este ensayo, concebido originalmente como un texto breve, la influencia de Harriet Taylor¹¹, que murió poco antes de la publicación, y del filósofo alemán Wilhelm von Humboldt¹².

El objeto del ensayo es la libertad civil o social. En palabras del propio autor:

“The subject of this essay is [...] Civil, or Social Liberty: the nature and limits of the power which can be legitimately exercised by society over the individual” (On Liberty, p. 7).

Inmediatamente se debe notar que la pregunta que se trata de responder guarda relación con la legitimidad que tiene el estado de ejercer poderes, no respecto a si tiene o no esos poderes. Se puede apreciar, junto con lo anterior, la expresión del intento por delimitar una zona donde el poder estatal no pueda penetrar (al menos de manera legítima), como

⁹ Respecto a las teorías revisionistas, léase *John Stuart Mill: Interpretaciones Revisionistas y Tradicionales* (1979) de John Gray.

¹⁰ Debe ser ley que siempre se lea El Utilitarismo de la mano con Sobre La Libertad. Sólo tal lectura puede habilitar una comprensión lo más acabada o esclarecedora posible del pensamiento milliano.

¹¹ Harriet Taylor Mill (Londres, 8 de octubre de 1807 – Avignon, 3 de Noviembre de 1858). Esposa de Mill e influyente pensadora respecto a los derechos de las mujeres. Luego de su muerte, Mill no hizo cambio alguno al texto original.

¹² Friedrich Wilhelm Christian Karl Ferdinand von Humboldt (Prusia, 22 de Junio de 1767 – 8 de Abril de 1835). Fue filósofo, lingüista, funcionario de gobierno, diplomático, y fundador de la Universidad Humboldt de Berlín.

respuesta al miedo de dejar sucumbir al individuo al control estatal¹³, algo común en pensadores burgueses de la época ante el avance de los derechos sociales.

En la introducción a la obra, Mill ya levanta una de las preguntas que pueden hacer eco hasta el día de hoy: ¿puede el pueblo tiranizarse a sí mismo? La respuesta es breve y tajante: sí, en tanto el “pueblo” corresponda a una parte determinada de la ciudadanía y que cuente con el apoyo de la Ley. Esta es una primera advertencia que refiere a aquel gobierno que es gobierno del pueblo:

“The ‘people’ who exercise the power, are not always the same people with those over whom it is exercised [...] The will of the people, moreover, practically means, the will of the most numerous or the most active part of the people; the majority, or those who succeed in making themselves accepted as the majority” (OL, págs. 12-13).

La tiranía de la mayoría se torna el peor enemigo de la libertad, en tanto se enmascara la opresión de la minoría o de aquellos “menos activos” con el antifaz del poder otorgado a la gente de determinarse libremente. La autodeterminación no es algo con lo que Mill esté en contra, como se verá cuando tratemos respecto a la necesidad de la individualidad humana, pero para darse tal debe establecerse algún principio que la permita prosperar.

La norma que puede imponer la mayoría puede resultar incluso más tiránica y opresora que la impuesta por la Ley. Esto pues: 1) es más difícil evadirla, y 2) elimina la posibilidad del surgimiento de personalidades excéntricas. Esta norma es basada en la costumbre de un pueblo y es tomada como ley; cualquier variación de la costumbre es vista como criminal. Este es un grave error que entraña el reconocimiento de la costumbre como auto-justificada y auto-evidente. Tal es lo que sucede con las conductas que se aceptan como apropiadas en el contexto social, que más que provenir de razones parecen provenir de preferencias personales¹⁴.

La relación de la moral con la costumbre es algo que normalmente pasa desapercibido. Mencioné que aquello considerado correcto o incorrecto, apropiado o inapropiado, se

¹³ El autor mismo reconoce el proceso histórico que ha sufrido la libertad (véase las páginas 8 y 9 de *OL*). En los apéndices podrá encontrarse un recuento de los procesos históricos que han sufrido los derechos subjetivos.

¹⁴ Según el autor, las “razones” son normalmente conflictos de interés tanto legítimos como ilegítimos (*OL*, p. 16).

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

asume como auto-justificado y auto-evidente. Esto es demostradamente equívoco, según Mill, como puede apreciarse en el cambio de normas de conducta entre generación y generación, o de pueblo en pueblo. Dentro de un mismo pueblo, importantemente, la distinción de clases juega un gran papel determinante de los sentimientos morales¹⁵. La clase dominante puede imponer sus *preferencias* como normas morales (ya sea una clase prevaleciente o ascendiente)¹⁶.

En resumen,

*“the likings and dislikings of society, or of some powerful portion of it, are thus the main thing which has practically determined the rules laid down for general observance, under the penalties of law or opinion”*¹⁷.

Ninguna creencia es mantenida más a pecho que la religiosa. Es por esto que Mill señala el debate por la tolerancia como un paso decisivo hacia la constitución de la libertad de conciencia, algo que vimos en páginas anteriores. Eventos como este fueron los que impulsaron al cuestionamiento respecto a la interferencia en tópicos o asuntos que pertenecen más bien al individuo. Es la lucha por impedir la tendencia asimiladora social.

Frente a tal escenario, el proyecto consiste en:

“assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used by physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not sufficient warrant”. (OL, p. 23)

Con esto ya se ha dicho mucho. El principio propone como único fin legítimo a la coerción de la libertad de otro la defensa propia; la única razón, impedir el perjudicar a otros. El bien

¹⁵ Whenever there is an ascendant class, a large portion of the morality of the country emanates from its class superiority. (OL, p. 17)

¹⁶ En El Utilitarismo Mill escribe: “Sólo la moral establecida, aquella que la educación y la opinión pública han consagrado, es la única que se presenta ante la mente siendo en sí misma obligatoria” (p. 81)

¹⁷ OL, p. 18.

del propio individuo para el autor no es razón suficiente para interceder en su libertad. Esto, sin embargo, es sólo aplicable a aquellas sociedades que cuentan con una cierta madurez, algo que debe tenerse permanente en mente durante la lectura de la obra. La posibilidad de generar algún tipo de discusión es lo que señala que, como pueblo o como sociedad, se ha llegado a tal madurez, momento en que las discusiones pueden mantenerse de manera abierta, libre, y de igual a igual.

Desde aquí podemos tornarnos a la libertad de expresión y opinión¹⁸. Como una de las ramas en que se aplica el principio defendido por Mill, es la que lo ha mantenido vivo en la discusión colectiva, incluso cuando no se reconoce la mano del autor¹⁹. La discusión como única vía posible en una sociedad democrática para poder experimentar algún progreso, es una doctrina que encuentra su defensor más fuerte en Mill.

Ahora, en primer lugar la posibilidad de que un gobierno que esté a una con el pueblo es lo que causa mayor preocupación al autor. El poder de coerción estatal si ha de utilizarse para coartar la libertad de un sujeto cuyas opiniones o creencias resultan contrarias a lo convenido por la mayoría, será utilizado de manera ilegítima²⁰. En la época moderna, el avance de los derechos sociales, sin ser juzgados, fue visto con preocupación por algunos filósofos. Von Humboldt, de quien toma gran inspiración Mill, no veía con buenos ojos la tendencia con que se privilegiaba la igualdad de situaciones frente a la libertad. Es un tema aparte el enfrentamiento entre libertad e igualdad en los pensadores liberales, pero se escapa a las actuales intenciones del trabajo.

Para tratar sobre la censura de una opinión, Mill nos pone ante los casos en que la opinión sostenida sea verdadera, falsa, o tenga partes de verdad. Debe establecerse que para Mill

¹⁸ Mill no defiende la libertad por sí, sino tres categorías de libertades: libertad de conciencia y expresión; de gusto, objetivos (*pursuits*) y planes de vida; y libertades de asociación. Esto va de acuerdo a la importancia que coloca en el deliberar y el elegir.

¹⁹ Tras tantas discusiones respecto al absolutismo y relativismo del derecho subjetivo que es la libertad de expresión, se me ha generado la creciente impresión de que son dos versiones de Mill que se enfrentan en una misma disputa. Se defienden unos tras la coraza liberal de Mill, donde se defiende la posibilidad de escuchar y decir las opiniones aberrantes y peligrosas incluso, mientras otros levantan el daño al prójimo como pieza que no puede no tomarse en cuenta para un principio que aspira a su aplicación social.

²⁰ Legitimidad, entonces, no significa que se emplee de acuerdo con la Ley, sino de acuerdo a aquello que es conveniente para el progreso de una sociedad, ligándose con la concepción utilitarista de justicia. La conveniencia mencioné anteriormente parece ser un principio tácito utilizado por Mill. Lo conveniente está en acuerdo con lo útil. Es así que se puede apreciar cómo el principio ético utilitarista se pone en acción.

debe defenderse tanto la libertad de sostener una opinión a puertas cerradas, como sostenerla a puertas abiertas. Aunque la posibilidad de *expresar* una idea a simple vista no se conecte con el de *creerla*, en tanto que una parece pertenecer a la esfera personal y otra a la pública, Mill escribe “*being almost of as much importance as the liberty of thought itself [la libertad de expresión], and resting in great part on the same reasons, is practically inseparable from it*” (OL, p. 28).

Imaginemos por un momento que se desea callar una opinión falsa. Ante todo, no tenemos cómo saber realmente si una opinión es falsa o no, ni hasta qué punto. El sostener que se sabe que la opinión sostenida es falsa es asumir la infalibilidad propia²¹, y aquellos que no creen en la infalibilidad propia, creen en la de los demás.

“[...] *in proportion to a man’s want of confidence in his own solitary judgment, does he usually repose, with implicit trust, on the infallibility of the ‘world’ in general. And the world, to each individual, means a part of it with which he comes in contact; his party, his sect, his church, his class of society*” (OL, p. 37).

Sabiendo que aquel mundo referido ha resultado cambiante en sus costumbres, opiniones, modas, etc., parecería esto que nos incita a desconfiar de la capacidad de juicio. Pero el autor reconforta al lector indicando que por una que otra equivocación en el juicio no puede implicarse la abstención absoluta. Nuestros deberes y quehaceres exigen que confiemos del juicio del resto y el propio. Si bien no existe certeza respecto a todo lo que ha de necesitar o pensar el hombre, alguna certeza existe respecto a lo que necesita para vivir una buena vida.

Si estamos asumiendo que una opinión es falsa, lo hacemos en confrontación con otra que se asume verdadera²². Puede asumirse que es verdadera por falta de refutación o por no tener intenciones de verla refutada, pero algo es claro: Es gracias a la posibilidad de refutación que puede encontrarse lo que de verdadera tenga una opinión. La corregibilidad,

²¹ No dejar de conocer una opinión, porque se está seguro de su falsedad, es como afirmar que la propia certeza es la certeza absoluta.

²² La expresión de opiniones no tiene otra naturaleza que la de nacer para el enfrentarse con otras.

según el autor, de los errores es la razón por la que se ha podido avanzar desde la continua falibilidad. La rectificación se produciría gracias a la experiencia y la discusión²³.

De no ser por la puesta en duda de las teorías, opiniones, doctrinas, no se podría: 1) llegar a una posiblemente mejor, y 2) conocer la certeza de lo sostenido. De no conocerse la verdad en el momento actual, Mill confía en que cuando se esté listo se podrá cada vez acercar más a ella²⁴.

Ahora, de ser callada una opinión por ser considerada por juicio privado como inmoral o por el miedo a causar posible perjuicio, se asume infalibilidad²⁵. El callarla, es impedir que pueda defenderse.

Doctrinas han sido expuestas y opiniones se han vociferado en la historia que se han asumido erróneas, ya sea por considerarlas impías o inmorales. El ejemplo de Sócrates es mencionado: Ejecutado por negar a los dioses reconocidos por el Estado (impiedad) y por corromper a la juventud (inmoral). Otro ejemplo citado es la persecución de la cristiandad durante su época temprana en el imperio romano²⁶. Estos son ejemplos de opiniones o doctrinas que por ser consideradas como perniciosas, y que pensadores modernos consideraban como conteniendo cierto grado de verdad en sus postulados morales, se las intentó censurar. A partir de esto, Mill propone que la verdad tiene una ventaja: sin importar cuántas veces se le pueda intentar callar, siempre existirá el momento, tal vez más tarde que temprano, de volver a aparecer. Esto no significa que su persecución es una parte inherente del surgimiento de las verdades. La persecución si no alcanza a apagar las llamas, por lo menos impide que brillen por un buen tiempo. En esto, las penas legales han reforzado al estigma social; el estigma social se traduce en intolerancia. El rechazo social que se vive, como se dijo anteriormente, resulta incluso más duro que las penas legales. No poder trabajar donde se desee, o estudiar donde se desee, y mucho más, son fenómenos que

²³ Siguiendo la naturaleza empírica y utilitarista de la doctrina de Mill, la discusión no brinda un bien de por sí, sino porque es necesaria para la interpretación de la experiencia.

²⁴ Mill considera que tal avance es normal y es parte de la expresión verdadera de la certeza.

²⁵ Sentirse seguro se una creencia no es pretensión de infalibilidad. Sentirse seguro y no permitir que se exprese la opinión contraria, decidiendo lo que los demás deben escuchar o no, es pretensión de infalibilidad.

²⁶ Mill reflexiona respecto a la posibilidad de que Marco Aurelio acogiera la doctrina cristiana. Movidio por el temor a una doctrina que podría comenzar la disolución socia, se vio movido a destruirla.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

se viven diariamente donde el estigma social alcanza un suficiente poder. Estos eran situaciones que afectaban personas declaradamente ateas en una época donde la era más tolerable profesar una religión opuesta que no profesar ninguna.

Finalmente, lo que se pierde al silenciar opiniones es lo que Mill reconoce como *coraje moral*, una pérdida que sucede cuando toda expresión sea adaptada para el gusto de los espectadores. Las sociedades donde habite el coraje moral, podrán aspirar a tener ciudadanos involucrados en los problemas que les competan, mientras den el espacio para discutirlos. Esta es una defensa del valor de la excentricidad, la cual resulta útil en tanto los ciudadanos pueden inspirarse en los personajes que la ostenten, y vislumbren lo que pueden alcanzar.

Imaginemos ahora que la opinión es verdadera. Supongamos que sabemos que lo expresado es verdad y ya se ha tomado por tal. Si se reconoce su verdad, ¿significa que ya no debe discutirse ni defenderse? Para responder tal pregunta, Mill hace uso de dos creencias comunes respecto a la capacidad intelectual humana. La primera siendo que la inteligencia y el juicio deben ser cultivados; y la segunda que el entendimiento debe ocuparse de una cosa más que otra, y si ha de preocuparse sobre todo de una debiese ser de sus propias opiniones y juicios -esto se aplica para los temas aptos de ser discutidos, donde no entrarían las verdades matemáticas. En los niveles de asuntos, tales verdades serían simples, y las discutibles, complejas. Son en tales complejidades donde conocer la postura contraria se hace imprescindible. Mill llega a afirmar que aquel que sólo conoce sus propias opiniones puede decirse que sabe tanto, pues es característico del hombre sabio el conocer y ansiar conocer la mayor cantidad de opiniones, y en la mayoría de sus formas. Aquel hombre comprende el valor en entender y saber articular las posiciones contrarias, el cual no es otro que el conocer por qué la opinión tenida por verdadera es tal. No saber reconocerlo, es no saber realmente ni la opinión propia ni lo que es decisivo para alzarla como verdadera. Tan vital llega a ser la existencia de las opiniones contrarias que no se asumen necesarias de estudiar, que el autor inglés escribe brillantemente:

“So essential is this discipline to a real understanding of moral and human subjects, that if opponents of all important truths do not exist, it is indispensable to imagine

them, and supply them with the strongest arguments which the most skillful devil's advocate can conjure up" (OL, p. 73).

Y las discusiones mismas deben mantenerse al alcance del ciudadano. Si se llega a confiar que las autoridades pertinentes (una élite) sean las únicas capaces de defender las doctrinas, sin que se discutan en el espacio público, se cometen dos errores. Primero, se acepta públicamente que ya se ha respondido a las posibles objeciones; segundo, se juzga conveniente que se mantenga en puertas cerradas y no se comparta con el resto. En respuesta a lo primero, Mill nota que se contestadas objeciones que ni siquiera tienen la posibilidad de conocerse; en el segundo, se nos quita la posibilidad de hacernos competentes en los temas.

Esto, más aún, lleva a la muerte de la opinión original. De lo que en un principio se sostuvo con vigor y fuerza sólo queda una cáscara vacía. Mill vuelve a utilizar al cristianismo como ejemplo. De tal doctrina, que luchó frente a otras sopesando argumentos y sin temer el combate, sólo queda una doctrina heredada. Máximas morales a las que el creyente debe rendirle culto, y juicios y prácticas a las que debe obediencia²⁷. La manera de hacerla resucitar, es reabriendo la discusión respecto a su verdad²⁸.

En un tercer ejercicio imaginativo, pensemos que las opiniones recibidas tiene una porción de verdad. Hemos considerado el enfrentamiento entre ideas en que una se tenga por falsa y otra en que se sepa verdadera. Pero la tercera posibilidad es que se enfrenten dos opiniones que contengan granos de verdad cada una. La manera de sacar provecho de ambas no es otra que hacerlas enfrentarse de manera abierta y libre. No hay otra manera de sacar frutos.

Silenciar la expresión de ideas es perjudicial para el bienestar intelectual humano, por las razones anteriormente expuestas. El bienestar intelectual, para Mill, es vital para todo el resto de los bienestares.

Respecto a la ofensa, me referiré más adelante. Mientras tanto, es necesario establecer la necesidad de la individualidad como elemento del bienestar.

²⁷ OL, p. 81.

²⁸ Mill considera si la muerte de la doctrina corresponde al momento cuando se le acepta unánimemente. Si bien tiene una ventaja especial el que una verdad se asuma unánimemente, no todas las consecuencias pueden ser beneficiosas, y la falta de las opiniones contrarias es un efecto que no puede ser despreciado.

III

Ya se ha argumentado respecto a la libertad de mantener y expresar ideas propias. Hay que verificar si las mismas razones que defiende la libertad de expresión y conciencia se pueden extender a una delimitación del espacio individual. El terreno que se debe defender es aquel que concierne directa y primariamente al individuo o sujeto de derecho.

Para hablar de la individualidad debe primero caracterizarse. Un signo de individualidad es la espontaneidad. Para Mill, quienes consideren perjudicial la espontaneidad, no han sabido reconocer su necesidad (necesidad que debe entenderse dentro de los márgenes utilitaristas). Los reformadores sociales son vistos por Mill como aplanadores sociales que intentan eliminar tal rasgo, como a un bulto en el camino.

Mill defiende la espontaneidad, pero considera que debe ser precedida por una cierta madurez de las facultades intelectuales. E incluso tal madurez²⁹ debe ser puesta constantemente en duda, pues no se puede nunca estar seguro de si la interpretación de las experiencias es también la correcta.

Entendiendo las facultades morales e intelectuales de manera muscular, el autor propone que deben ejercitarse para saber cómo elegir ni discernir lo que puede ser mejor o peor. El ejercicio se basa en la continua capacidad de elegir, tomando un lugar privilegiado la facultad de juicio. Como los músculos, no elegir es dejar que las facultades del espíritu (para utilizar una fórmula moderna) se debiliten.

Debemos ejercitar la razón pues nos pertenece y es un bien social el cultivarla. Pero Mill llega un paso más allá. Los deseos mismos, los cuales la tradición trató como inclinaciones perniciosas para los fines morales, deben de cultivarse. Aquí encontramos una propuesta respecto a la raíz del error humano: entre los motivos que gobiernen o dirijan el quehacer humano, práctico o intelectual, debe haber un equilibrio. No debe suprimirse los deseos porque sean fuertes. El error consiste en el desequilibrio de la balanza de los motivos. Donde se acentúan unos, es porque faltan otros. La pérdida de fuerza y peso de ciertos propósitos es lo que Milla identifica con “debilidad de conciencia”.

²⁹ La madurez de la que se habla se alcanza a través de la experiencia entre su carácter personal y las distintas circunstancias enfrentadas.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

Si se ha de defender la individualidad y el coraje moral, se debe defender las pasiones fuertes en los individuos. Esto es fortaleza de carácter. La necesidad de naturalezas fuertes es la misma necesidad de hacer brotar espontaneidad y excentricidad. Teniendo conciencia de la individualidad, el paso siguiente es valorarla y cultivarla.

Mill junto con reconocer tales facultades que radican exclusivamente en el individuo y lo que hace hacia él mismo, valora y privilegia las facultades sociales³⁰. Vivir en sociedad implica cierta empatía con los intereses del resto, y no puede desarrollarse si no se establecen límites a las acciones individuales que provoquen la consideración de las consecuencias que puedan causar.

Pero se ha asumido hasta el momento que los individuos sabios son buenos o útiles sin realmente explicar por qué son tales. Se dijo que la excentricidad tiene valor pues incita a los individuos a buscarla o inspirarse en ella. Resta entonces determinar por qué aquella incitación a la aparición de estos sabios, con espontaneidad, excentricidad, resulta conveniente para una sociedad democrática.

Por un lado se sostiene que los excéntricos son necesarios para que los ciudadanos se inspiren en ellos, y por otro porque son considerados como la sal de la tierra. Apareciendo siempre en minoría, han de necesitar una atmósfera especial para nacer y desarrollarse: rodeados de libertad. Entonces, más libertad nos conducirá a un mayor progreso³¹.

El énfasis en los genios radica en la percepción de que en general:

³⁰ Esto no es un punto menor. Como gran pensador y rostro del liberalismo, se ha atacado a Mill de caer en una suerte de individualismo. Sin embargo, el fundamento de los principios expuestos por Mill tanto en el utilitarismo como en el ensayo que tratamos aquí radica en el aspecto social. La individualidad y libertad que expone Mill, según lo veo, no es una fuerza que emana en contra de las presiones sociales y que sale a enfrentarlas. Más bien parece ser el espacio que va quedando luego que las imposiciones legales y morales se han establecido. Si bien puede parecer algo muy insignificante, es realmente lo que ha fallado al interpretar la defensa que se expone. Las restricciones a la libertad absoluta las ve como ayuda para desarrollar la empatía hacia los intereses del resto. Quizás esta es la conexión que falla en hacerse cuando se juzga de inconsistente a Mill. El principio utilitarista de maximizar la felicidad en el mayor número va de la mano con el desarrollo de individualidades fuertes, ambas apuntado hacia la mismo blanco: el desarrollo y progreso social en tanto sociedad compuesta de individuos.

³¹ Una de las críticas más justas hacia Mill es aquella que apela a su no distinción entre libertad negativa y positiva, propuesta por Isaiah Berlin (*Dos Conceptos de Libertad*). La libertad que trata Mill es tan sólo negativa, pues se basa en el no molestado en el ejercicio de sus derechos, más no la posibilidad de hacer o no algo.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

“People think genius a fine thing if it enables a man to write an exciting poem, or paint a picture. But in its true sense, that of originality in thought and action, though no one says that it is not a thing to be admired, nearly all, at heart, think that they can do very well without it” (OL, p. 126).

Mill quiere una sociedad plagada de gente distinta, y para esto debe terminar con la noción del genio, del individuo de carácter, como prescindible. En esto se puede ver nuevamente el principio utilitarista en acción. Ante la permanente tendencia a la mediocridad en una sociedad dividida por clases, es la genialidad la que nos puede hacer avanzar hacia lo distinto. La fuerza social dominante comúnmente resulta ser una masa definida, que se deja guiar por la prensa destinada a esa clase en particular y por el resto de sus compañeros de esa misma clase. Esta masa destruye las personalidades excepcionales³². La tiranía de la opinión que se forma sólo puede equilibrarse con aquellos que tengan lo que de vigor y genio le falta a la masa completa. El despotismo de la costumbre es lo que no permite a una sociedad avanzar. Progresar, en pocas palabras, es ir en *contra* de la costumbre. Y para que esto se produzca deben aparecer personas que opinen y se dejen llevar por ideas fuera de lo acostumbrado³³, y no por ser un bien en sí mismo el modo de dejar llevarse, *“but because it is his own mode”*. Es así que la tendencia asimiladora de la tiranía de la opinión debe ser combatida. Para hacer tal, se debe volver a valorar y permitir nacer la excentricidad, lo cual sólo puede suceder en un ambiente de libertad, condicionado por los límites de los derechos de los otros.

The demand that all other people shall resemble ourselves, grows by what it feeds on. If resistance waits till life is reduced nearly to one uniform type, all deviations from that type will come to be considered impious, immoral, even monstrous and contrary to nature. Mankind speedily becomes unable to conceive diversity, when they have been for some time unaccustomed to see it. (OL, p. 143)

Ahora., si de algo ha de servir la defensa por la individualidad es para situarla como necesaria para el progreso y protegerla de los poderes de la autoridad. No dejaré de repetir

³² *“In this age the mere example of non-conformity, the mere refusal to bend the knee, is itself a service.” (OL, p. 129)*

³³ Personas con sus facultades sanas y maduras, con sentido común y experiencia.. En adelante se asumirá que el individuo del que se trata y del cual su libertad individual se defiende comprende tales características.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

que no debe pensarse en el individuo aislado que sale al encuentro de la sociedad. Es en el contexto de lo social que el individuo debe tomar forma, y siempre tomándolo en cuenta.

“I am the last person to undervalue the self-regarding virtues; they are only second in importance, if even second, to the social. It is equally the business of education to cultivate both.”(OL, p.146)

Las virtudes sociales, más aún, son las únicas que pueden obligarse (*compulsion*) mientras las individuales sólo pueden educarse por medio de la convicción (*conviction*) y la persuasión (*persuasion*). El interés de la sociedad en los asuntos que al individuo competen *“is fractional, and altogether indirect”*. Cualquier principio que justifique la intervención en la esfera o dimensión estrictamente personal corre el riesgo de ser erróneo y mal aplicado. Y con respecto a la conducta hacia los semejantes:

“...it is necessary that general rules should for the most part be observed, in order that people may know what they have to expect”.

A Mill incluso la cortesía le molesta hasta un cierto punto. El incentivar no decir las cosas como son resulta más perjudicial que beneficioso³⁴. No significa esto que es pernicioso el deber para con el otro, pues también considera que si un individuo presenta una influencia o comportamiento pernicioso, debe de hacérselo notar a él y al resto. Lo único que debe evitarse es la imposición de cómo dejarse guiar. Recordando la distinción cualitativa de placeres, aquellos que se acercaran más a los placeres inferiores serán juzgados por la opinión pública. Cualquier tipo de conducta que no implique una violación de los derechos de otro, cualquier vicio moral que involucre sólo el propio bien del individuo, sólo puede responderse con opiniones desfavorables y no debe aspirarse a más³⁵. Tales acciones que impliquen algún tipo de vicio moral *“are only a subject of moral reprobation when they involve a breach of duty to others, for whose sake the individual is bound to have care for*

³⁴ Cuando nos refiramos al principio de daño y a la ofensa, volveremos a tocar el punto respecto a la cortesía en el marco de la famosa Political Correctness.

³⁵ *A person who shows rashness, obstinacy, self-conceit – who cannot live within moderate means – who cannot restrain himself from hurtful indulgences – who pursues animal pleasures at the expense of those of feeling and intellect – must expect to be lowered in the opinion of others, and to have a less share of their favorable sentiments; but of this he has no right to complain, unless he has merited their favor by special excellence in his social relations, and has thus established a title to their good offices, which is not affected by the demerits towards himself. (OL, p. 150)*

himself". Es decir, los deberes para con nosotros mismos solo constituyen obligación moral si, por las circunstancias, se tornan deberes hacia lo demás.

Mill distingue entre descrédito (*the loss of consideration*) y reprobación (*moral reprobation*). En el primer caso un personaje nos puede parecer desagradable, mas exige comprensión y compasión y no "*anger and resentment*". La reprobación, en cambio, corresponde al ser violadas normas de conducta para con los semejantes. En este último caso nos encontraríamos con un enemigo del proyecto social, y por tanto podría aplicarse un justo castigo.

IV

Hasta este punto me he abstenido de mencionar el principio de daño o *Harm Principle*, es cual es pieza central de la obra. Aunque se ha visto que la única restricción legítima al ejercicio de las libertades defendidas por Mill es el daño a los demás, no hemos tratado aquello que es considerado daño. Ante todo, Mill distingue entre la mera ofensa y el daño. La ofensa se entiende como un fenómeno efímero y que no interfiere en los derechos de los demás.

"Whenever, in short, there is a definite damage, or a definite risk of damage, either to an individual or to the public, the case is taken out of liberty, and placed in that of morality or law" (OL, p. 158)

Es el daño hacia otros, o el impedimento en el ejercicio libre de sus derechos, lo que llama a una intervención legítima. Esto es apoyado en El Utilitarismo igualmente cuando se menciona que una sociedad entre iguales sólo es posible cuando se consideran los intereses del resto (EU, Cap. III), y las acciones que intercedan en los derechos de otros deben castigarse o enjuiciarse de palabra y de hecho (EU, Cap. V). Debe recordarse que el daño que sólo afecte al individuo debe ser tolerado, pues se haría más daño en restringir su libertad que en permitirle actuar de acuerdo a sus motivos y convicciones. De ser pernicioso, el resto podrá ver en él los efectos de tales acciones³⁶. Si la opinión pública

³⁶ Es aquí que puede desprenderse que Mill no tiene una respuesta respecto al suicidio.

determina que la intervención es necesaria por considerar que sus acciones son aberrantes u ofensivas, hay que tener en cuenta que 1) aquella opinión pública no suele ser sino un puñado de hombres que desea legislar y normar sobre el resto, y 2) que existe siempre una disparidad entre el ofendido y el supuesto ofensor. Para Mill, este proceder se basaría en el llamado a determinar lo correcto de acuerdo a cómo se sienta en el espíritu³⁷.

Para Mill, proponer un principio de ofensa no parece ser algo practicable. En ese sentido, es categórica su aproximación a que daño es violación de derechos de otro en primera y directa instancia. Es evitar el daño propiamente tal el que debe evitarse, pero no el ofender³⁸.

Tanto el discurso de odio como los dichos que signifiquen daño moral demostrable a otros han de ser regulados legislativamente. Esto es algo claro en la doctrina de Mill. Sin embargo, aquello que constituye daño sólo nos deja con un saco vacío. Si bien el principio del daño no ha estado falto de críticas, creo que se debe a que Mill tuvo la intención de que así fuera. Mejor dicho: que se discuta qué es lo que constituye daño o meramente ofensa, debe quedar en manos del público por discutir y debatir. Los principios postulados por Mill tienen la característica de ser tan sólo trazados o dibujados a medias: completar el cuadro corresponde a las generaciones que han de leer tales principios. Debe en ante todo demostrarse que en el ejercicio de la libertad del otro se ha violado tu propio derecho.

El ejemplo de los corn dealers que utiliza Mill puede resultar esclarecedor. Si una persona quiere expresar la opinión de que los vendedores causan la hambruna de los pobres, hay una diferencia entre hacerlo escrito o frente a una turba reunida fuera la casa de un

³⁷ These teach [las doctrinas racionales, idealistas, religiosas] that things are right because they are right; because we feel them to be so. They tell us to search in our own minds and hearts for laws of conduct binding on ourselves and on all others. (*OL*, p. 163).

³⁸ Para Stanley Fish (*There's no Such Thing as Free Speech, and it's a Good Thing Too*: 1994), siempre que se hace una defensa por la libertad de expresión existe un implícito apego a una ideología que realmente favorece ciertos discursos sobre otros. Fish señala la importancia de poner en la balanza los posibles resultados del ejercicio del derecho. El punto es que libertad de expresión como ejercicio ilimitado no es algo ni factible, ni existente, ni deseable. Así, la pregunta por la ofensa no debiese surgir en primer lugar si lo que la libertad de expresión significa se ha entendido correctamente.

Según Joel Feinberg (*Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*: 1984) el principio del daño ha puesto la vara demasiado alta, y un principio de ofensa debiese proponerse. Sin embargo, tal principio puede de inmediato ponerse en cuestión por el hecho de que distintas personas se sienten ofendidas en distintos grados.

vendedor. La diferencia es que en el segundo caso sí puede incitarse a la violencia y la violación de derechos del vendedor: existe una demostrable utilización abusiva de un derecho, pues causa o tiende a causar daño directamente a otro.

Entrando a la era de la *political correctness*³⁹, nos encontramos en un lío dónde a cada momento se debe estar pensando qué es lo admisible por decir y qué no. Tanto por evitar líos legales, como por evitar la desaprobación pública, nos hemos encontrado en una situación donde las opiniones no son expresadas, pero no por reconocer su inmoralidad o su error. Mill consideraría que éste proceder no puede ser otro que el que impone la tiranía de la mayoría. Continuos casos, que hasta el momento que escribo esto siguen apareciendo, provocan en la gente la sensación de que ciertas cosas no pueden decirse sin esperar una reacción, pero a la vez tal reacción debe mantenerse dentro de ciertos límites que nunca han sido realmente tratados. Es más, cualquier tipo de opinión desfavorable hacia un individuo que ejerce su libertad de expresión, se tacha de intolerancia de inmediato. Por un lado, aquellos que ejercen la defensa de su libre expresión no esperan ninguna reacción desfavorable al hacerlo. Por el otro, se asume que el mismo concepto de libertad de expresión comprende un derecho absoluto que ha de ser atacado en sí y sólo puede ser producto de una comprensión individualista de la persona en sociedad. Ambos casos pueden desestimarse desde una lectura más detenida de lo expuesto por Mill, en una obra que se ha transformado en un evangelio del liberalismo, y uno realmente poco leído. Pareciera que la defensa de la libertad que preocupó a Mill ha caído en lo que temió: un dogma muerto. Esto no porque no se discuta al respecto, sino porque los argumentos utilizados y en su versión más fuerte han quedado en la oscuridad más profunda.

En cuanto al principio del daño, mi propia inclinación es que debe mantenerse, y es una pieza fundamental para comprender los códigos legales herederos del pensamiento moderno.

Según lo veo, nos damos vueltas en discusiones que realmente no atacan ni las piezas centrales ni las más remotas. Siendo como sea, mi intención no es otra que la de proponer una tercera salida. La discusión común ha rondado en: 1) aquello que se puede decir y 2)

³⁹ Political correctness podría definirse como el conjunto de prácticas que no tiene otro fin que el de evitar el sentimiento de ofensa a un grupo determinado.

aquello que no puede decirse. Pero aún no se ha reflexionado respecto a si hay maneras de decir aquello que supuestamente no puede decirse. Es decir, entre tantos temas que no pueden tratarse del todo, y otros de los que se pueden decir ciertas cosas, debiésemos volver el interés a cómo pueden decirse o tratarse los temas tabú. Si las expresiones no causaran daño u ofensa simplemente y primariamente causaran otra cosa, ¿podríamos generar una nueva discusión?

V

Si bien es cierto utilizo argumentos utilitaristas para levantar mi caso quiero dejar ciertas cosas en claro antes de continuar. En mi corta experiencia filosófica, he aprendido a no esperar encontrar un texto que de inicio a fin me parezca completamente aceptable. Utilizo los argumentos de Mill pues según veo puedo realizar una defensa del humor sin escapar de la corriente moderna que es ancestro de las constituciones actuales, ideológicamente hablando. Los principios utilitaristas no pueden desecharse completamente. Deben considerarse como modelos de acción moral. Ciertamente los principios éticos propuestos por pensadores modernos como Kant y Mill pueden considerarse como naciendo de una concepción ética burguesa⁴⁰. Pero esto no debe implicar la desestimación de su valor ético-filosófico. Si Mill y Kant dejan de lado la importancia de las condiciones materiales que afectan a cada ciudadano, puede creerse, como creía el profesor Roderick⁴¹, que es porque así lo pretendían⁴². Sea como sea, el principio de libertad de Mill debe ser lectura obligatoria estos días, y esa es mi postura.

Por un buen tiempo ya, los comediantes se ha adjudicado la potestad de tratar los temas más delicados y sin otra intención que la de causar risa. Evidentemente podemos encontrar casos y casos donde su derecho de expresarse se ha hecho con intenciones distintas de la de

⁴⁰ Sobre esto puede leerse *The Bourgeois Virtues: Ethics for an Age of Commerce* de Deirdre McCloskey (University of Chicago Press, 2006).

⁴¹ Rick Roderick, lecturas *Philosophy and Human Values* (1990).

⁴² No puede negarse la asociación de Mill con las prácticas imperialistas inglesas. No me parece que tal relación quite algo a los argumentos que señalan el peligro inminente en la censura de opiniones o que establecen el principio del daño. No obstante, sí puede cuestionarse si la pregunta por la igualdad debe relegarse por la de la libertad. Respecto a la relación entre Mill y el capitalismo imperialista léase *Liberalism's Limits* (2002) de David Goldberg.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

causar solamente risa, pero este es un tema que se escapa a los intereses presentes. Me parece que aquellas cosas que se han vuelto tabú actualmente puede intentar superarse desde el humor, ya sea a través de comediantes o entre sujetos.

El humor entre personas es un tema especial y que merece su propio trabajo aparte, pues nos llevaría a tratar temas como el bullying, que con justa razón tan en boca de todos se encuentra. Aquí me quiero enfocar en aquel humor que busca satirizar a personajes, situaciones, que se han transformado, y se han asumido, intocables o inalcanzables: los personajes públicos y los momentos históricos.

Por humor, me refiero a aquello que produzca risa. Una filosofía del humor no se ha hecho, aunque suena algo extraño, seriamente. Hasta el siglo XIX el humor tenía la característica de ser solamente “la risa”. El “humor” provenía de los humores griegos, que nada tenían que ver con el acto de producir risa en otra persona.

Si lo analizáramos desde Mill, tal acto de por sí no constituye un mal. Sólo constituye un mal si produce lo contrario a la felicidad del mayor número, o tiende a hacerlo. ¿Podría defenderse una utilidad del humor satírico para el proyecto social de Mill? Propongo los siguientes argumentos para apoyar la tesis de que el humor es capaz de ser una vía por donde se puede volver a “encender la llama” del coraje moral por decirlo de algún modo.

Primero, satirizar permite desarticular la noción que tiene la opinión pública de una persona o situación. Rompiendo con el despotismo de la costumbre, el satirizar señala aspectos que pueden ser analizados con mayor detención, anunciando las incongruencias o aparentes prácticas ridículas en que puede caerse.

Segundo, reconocer tales características desapercibidas a simple vista impulsa al propio sujeto a detenerse a reflexionar respecto a sus ideas propias. Ver a alguien mofándose del caminar del presidente impulsa a aquellos que se ríen a reflexionar respecto al altar o la posición elevada en que lo sitúan.

Tercero, desarticular las opiniones que se manejan a nivel público y empoderar al individuo a romper el hechizo o el sopor, llevarían la cultivación del coraje moral al que tanto añora Mill.

Y cuarto, si los dichos de un sujeto que busca causar risa son desaprobados por el público, la opinión desfavorable hacia el sujeto puede aplicarse; pero en materia legal, una *flexibilidad* debiese defenderse.

Volvamos a lo primero. Satirizar es definido en la Real Academia Española como “Críticar o ridiculizar algo o a alguien.”⁴³. Esta es una acotada visión de lo que puede considerarse sátira, pero esta definición me basta para levantar el caso. Imaginemos a un comediante mofándose de la vestimenta que porta un político. Si bien para algunos sería un actuar reprehensible moralmente (siempre dependiendo tanto del público como del personaje sobre el que se bromea) el ridiculizar a alguien por algo tan accesorio como las prendas de vestir, también crea la sensación de que tal personaje se encuentra lejos de ser un personaje intocable o semi-divino. Los personajes públicos, actores, políticos, escritores, etc., son posicionados en un altar donde el público tiende sólo a mirar desde abajo⁴⁴. Llegar hasta donde ellos se encuentran (se nos dice), es a través de esfuerzo y astucia, cuando a todos les deja la sensación que es más un poco de *suerte* y un algo de *soledad*. Suerte que las condiciones se dieron de tal manera que pudo llegarse hasta donde se llegó. La cantidad de factores que se conjugan para encontrarse como figura de una campaña social, como rostro de una marca, no será muy difícil de reconocer como algo alejados para la persona

⁴³ Aunque una definición como la de Megan LaBoeuf me parece bastante atractiva: *Satire is a powerful art form which has the ability to point out the deficiencies in certain human behaviors and the social issues which result from them in such a way that they become absurd, even hilarious, which is therefore entertaining and reaches a wide audience. Satire also has the ability to protect its creator from culpability for criticism, because it is implied rather than overtly stated; in this way, it becomes a powerful tool for dissenters in difficult or oppressive political and social periods* (The Power of Ridicule: An Analysis of Satire: 2007).

⁴⁴ Trataré exclusivamente del humor hacia personajes que ostenten ciertas características de reconocimiento público que les otorgan posiciones privilegiadas de poder mediático., tanto como momentos históricos que se encuentren bajo el sello del tabú. Si bien estos últimos no los trataré de manera propia, pues es mi intención seguir mis investigaciones posteriores respecto a esto, sí creo que mis argumentos pueden ser válidos para tales casos igualmente. Personajes, momentos, textos, de naturaleza religiosa no caerán dentro de tales casos, pues en el contexto actual pertenecen a una dimensión muy distinta a lo que me interesa para esta tesis.

promedio que los ha de reconocer y, si es de su agrado, apoyar⁴⁵. Este es un rasgo curioso: se ven desde una distancia remota, a la vez que se nos dice que todos pueden cruzar tal distancia y llegar a donde ellos se encuentra. Pero el sentimiento general es el mismo: estos personajes están dotados de ciertas cualidades especiales que no todos poseen, y han sido rodeados de factores que no son repetibles para el sujeto promedio.

Pero el aspecto de su *soledad* es uno incluso más curioso. La competencia por lograr el éxito se dibuja de tal manera que el camino a la cima se compone de los cuerpos de los derrotados. Algunos tendrán que caer en el camino. La idea del genio no es ya la que tenía en mente Mill, como un excéntrico que ha de pensar fuera de la costumbre para ser la sal de la tierra donde crezca el progreso. El genio actual es el empresario que busca prosperar dentro de la costumbre misma. No hay una maximización de la felicidad para mayor número, donde los placeres elevados y las facultades sociales se cultiven. La maximización de la felicidad se ha hecho para aquellos que buscan decidir por la mayoría, mientras a esta misma mayoría se le nutre e incentiva a buscar los placeres inferiores⁴⁶. No me ampliaré más respecto a este tema, sólo busco que especificar que aquella soledad a la que me refiero tiene relación a las personalidades despiadadas que se reconocen en lo personajes exitosos.

Pero hay una manera de mostrar su humanidad: riéndose de ellos. Aunque esta propuesta parezca un tanto violenta, considero que no puede negarse el poder de la risa para provocar un descenso de los dioses del monte Olimpo. Riéndose de aquellos que ostenten poder, o a los que se les otorgue, se abre la puerta de la complicidad. Aquel que hace la broma genera un sentimiento empático con el receptor, al que se le conforta indicándole que de alguna manera, el personaje del que se ríen no tiene menos de absurdo que el resto de los mortales.

Esta complicidad es la mayor fortaleza de la comedia⁴⁷. Los compañeros de trabajo que se ríen de su jefe son capaces de crear una relación distinta de la que el mismo trabajo puede

⁴⁵ Puede ser discutido que algo así pueda llamarse suerte. Si un sistema como el actual neoliberalista, que incentiva el desarrollo individual sin enseñar el compromiso con los intereses del resto, que mantiene el poder en los pocos que lo poseen, aquellos que tienen las posibilidades de llegar a lo que han denominado éxito, ¿fue por suerte? Es decir, ¿hay acaso accidentes en este tipo de situaciones, o acaso son tan sólo precedentes que llevan a que las cosas se den dentro del marco determinado?

⁴⁶ “se aficionan a placeres inferiores no porque los prefieran deliberadamente, sino porque o ya bien son los únicos a los que tienen acceso, o bien los únicos para los que tiene capacidad de goce” (EU, p. 56).

⁴⁷ Por supuesto que puede resultar nociva y perjudicial también, pero esto es verdad de cualquier herramienta que pueda esgrimirse con fuerza: son armas de doble filo. No debe olvidarse que esta tesis

crear, y junto con esto identifican mutuamente cualidades irrisorias de la autoridad. Los personajes con esta clase de poder, como mencioné anteriormente, se reconocen con ciertas características especiales que son las que conlleva una persona en tal posición (“sino, ¿por qué estarían ahí?”). Pero los rasgos que son capaces de mostrar su aspecto humano mundano son opacados y escondidos al ojo público. Es quitando el velo que comienza a desarticularse el personaje, que comienza la caída del ídolo. Una vez que vemos las incoherencias en el actuar y pensar de un sujeto, somos capaces de revelar sus características más humanas⁴⁸.

Una vez que comenzamos a mirar con estos nuevos ojos, somos capaces de mirarnos a nosotros mismo de una manera renovada. Cuando se satiriza a personajes que promueven una cierta ideología, y que son tenidos como autoridades, ¿no incitará esto a reconsiderar las opiniones que ellos mismos profesan? Nadie negaría que una apelación a la autoridad es no sólo recurrente sino incluso necesaria en el sustentar cualquier postura. Es normal, siempre hay personas más calificadas o certificadas que uno respecto a temas de los que, siendo la vida corta, no tenemos la posibilidad de aprender a cabalidad. Pero siempre debe hacerse un alcance en estas apelaciones a autoridades. Incluso Mill aceptaba que las apelaciones a los especialistas, cuando se hace de una manera extremada, darían cuenta de una sociedad que deja a una elite discutir los temas que a todos conciernen y donde se ha asumido que todas las objeciones han sido contestadas. Siendo tal el estado actual de las cosas, se ha hecho progresivamente necesario reflexionar respecto a las autoridades de las que nos basamos. No es que se trate de desestimar simplemente las opiniones que esgrimen con un argumento *ad hominem*, sino de liberar a aquellos que se nutren de tales opiniones del idolatrar en que caen respecto a estos personajes. Cuando se cae en esto, se está dispuesto a pensar en línea con lo que la autoridad exponga.

Una vez que se libere, aunque sea en una pequeña porción, de tal yugo, comienza el verdadero juego. Es el momento de decidir qué es lo que estoy dispuesto a reconocer como correcto y qué como erróneo; a quién he de escuchar y qué de él puedo valerme. La

recorre las tierras utilitaristas de Mill, por lo que cualquier defensa que se haga asume ante todo que las facultades morales deben de cultivarse tanto como las intelectuales, que han tomado el lugar privilegiado.

⁴⁸ Las incoherencias que muestran son capaces de mostrarse a través de muchas formas, pero a través del fenómeno de la risa la persona es capaz de responder de manera física a la crítica. Es por esto que mi interés va dirigido específicamente a ésta.

elección vuelve a caer en las manos del individuo, y con ella debe saber qué hacer. Como se vio en páginas anteriores, a través de la cultivación de la facultad de juicio es que se puede llegar a aquello que se necesita para lograr las cosas grandes: el coraje moral⁴⁹. Este es aquel que ha de ser necesario para que cada cual opte por la mejor manera de dejarse guiar en su vida, dimensión propia del individuo. Es esto lo que llamo “romper el hechizo”: liberar de las cadenas de la autoridad y de la costumbre, y depositando el elegir y reflexionar nuevamente en el individuo.

En lo anterior pueden encontrarse los primeros tres argumentos propuestos. El cuarto corresponde propiamente a la respuesta que puede tener el público hacia el que realice las bromas. Es lo que a humor respecta, la ofensa siempre ha tenido un lugar especial. Hoy en día, la noción por parte de comediantes de que deben ser ácidos y picaros ha ido creciendo. Se ha tornado en algo como una responsabilidad social. Hace pocos días escuchaba una entrevista hecha al comediante inglés Ricky Gervais sobre su irreverencia en los Globos de Oro, que animó dos años consecutivos. A través ridiculizaciones y críticas duras a los personajes más poderosos de Hollywood, se le condenaba de haber ido demasiado lejos, a lo que él respondía que si no es a los personajes más poderosos, ¿de quién entonces hemos de burlarnos? Ciertamente poner en cuestión la capacidad de librarse del alcoholismo de un actor que ha pasado años batallándolo puede considerarse ofensivo, ¿pero caerá dentro del principio del daño de Mill? Creo que para sostener algo así se debe ser muy cuidadoso. El mismo principio del daño ha sido puesto en cuestión por su vaguedad. Sin embargo, considero que, siendo la intención o el efecto el causar risa en un grupo humano, no puede caerse dentro del principio del daño, pero ciertamente sí en la ofensa. Ante tal, con justicia puede opinarse desfavorablemente de él, responder con una fuerza igual que la violencia que sus dichos puedan traer incluso, pues queda en el público responder, dentro de lo civilizado que se puede pedir⁵⁰.

⁴⁹ “*With small men no great thing can really be accomplished*” (OL, p. 223).

⁵⁰ Es un tema delicado entrar en los actos violentos ante la expresión de ideas que prediquen la intolerancia. Que la tolerancia no debe aplicarse a los tolerantes como propone Popper es algo que no estoy completamente dispuesto a sostener. Creo que hay mejores salidas ante situaciones tales, y una puede ser el humor. Habiendo dicho esto, es indudable que ciertas expresiones traerán consecuencias en determinadas circunstancias, pero queda a juicio del opinante si ha de utilizar su derecho en tales situaciones o no. Parte de la libertad de expresarse es la consideración respecto a los otros, pero mientras la Ley no se crea legítima en el interceder, nada dice que el público no ha de responder.

Pero más allá de la respuesta del público, se debe reflexionar a cómo ha de responder la Ley. Si bien se ha aceptado la libertad de expresión como un derecho constitucional, una gran cantidad de Estados ha puesto leyes paternalistas para que no se ejerza irrestrictamente. Pero cuando se presentan las demandas por los dichos de un humorista, creo que los argumentos que he dado pueden prestarse para una reflexión respecto a la severidad de la penalización, o si ésta ha de existir del todo. Debiese existir una flexibilidad en el caso del humor.

Siendo que el Estado no puede interferir, y por lo tanto sanciones legales por ofensa no pueden ser defendidos según el principio de la libertad que subyace en la discusión, no puede permitirse que aquellos que ejerzan un cierto abuso de derecho no se hagan responsables de sus dichos. Como en el caso del ataque a Charlie Hebdo en 2015, mientras que es cierto que debe condenarse el uso de violencia por parte de fanáticos religiosos, eso no implica que las víctimas del ataque deban considerarse como héroes o mártires de la libertad de expresión. El juicio público que debe acarrear la expresión de opiniones que abiertamente causan ofensa es lo que se terminó perdiendo cuando se utilizó el caso como herramienta política⁵¹.

En Chile, tal flexibilidad se ha dado recurrentemente. Casos de comediantes demandados por sus dichos que no han terminado en penalización legal alguna se han dado, y se siguen dando, con cierta normalidad. Es por tal que el objetivo de mi tesis no es intentar defender a los comediantes de penalidades que de todas maneras en nuestro país y en nuestra época no se les han aplicado. El objetivo es proveer de una argumentación desde la doctrina de Mill para tales defensas. A continuación se revisarán tres casos de humor controversial, uno en Alemania, otro en España, y el tercero y último en Chile, donde espero se pueda aplicar los argumentos aquí defendidos⁵².

⁵¹ Tim Wise lo advirtió de manera inmediata en su columna *Not Just a Joke: Reflections on Free Speech, Violence and Mislabeled Heroism*, que puede encontrarse en su página oficial www.timwise.org.

⁵² Es algo irónico caer que en mi último capítulo intente buscar aplicaciones, y el último capítulo de *On Liberty* se llame aplicaciones, pero probablemente no sea algo accidental. Digo probablemente porque después de leer y estudiar tanto el texto, la misma fórmula de exponer puede haber permeado en mi propia fórmula, sólo que sin la maestría del lenguaje en que expongo.

V

El pasado lunes 5 de Abril Mark Meechan fue condenado por violar el Acta de Comunicaciones de 2003. Su crimen: enseñarle a su perro a responder con el saludo nazi. El perro al escuchar a su amo decir “Seig Heil” levanta su pata derecha. Meechan, escocés, subió el video a la página Youtube en Abril de 2016 so pretexto de que intentaba molestar a su novia. Lo que significa este hecho para las autoridades escocesas es una incitación a la normalización del nazismo, a la vez que se realizan actitudes ofensivas y anti-semitas. El video aún puede encontrarse en Youtube y se ha vuelto aún más viral en la última semana⁵³.

Veamos cómo podemos defender al señor Meechan a través de los principios expuestos. En primer lugar no se puede negar la sensibilidad de un tema como el holocausto a manos de los nacional-socialistas alemanes bajo el poder de Hitler. Es más, la declaración de los derechos humanos brota debido a sus consecuencias. Sin embargo, no pareciera ser que mantener las ideas de aquella desafortunada época bajo la oscuridad haya ayudado mucho en extirpar del mundo el sentimiento o el fenómeno nazi. No creo tampoco que el humor logre hacerlo tampoco, pero sí puede desarticular el tabú de tal momento histórico para empezar a mirar la historia desde otro prisma. Se ha tornado la tiranía de la opinión a la que tanto temía Mill, no en cuanto se juzgue a aquel que toque el tema, sino que tal juicio venga apoyado por el Estado. Las penalizaciones a la que se arriesga una persona por el miedo a causar ofensa por sus dichos, sin siquiera necesariamente que se pronuncie un ofendido, ha puesto una barrera en la libertad de expresar dichos que no causan daño a nadie ni han de implicar un peligro de daño tampoco. Esto puede ser discutido sin duda, pues las autoridades creyeron de otra manera. Pero la sátira que se realiza no puede sino motivar a replantear y romper el hechizo de la costumbre, del despotismo que intenta suprimir cualquier opinión.

Probablemente se indique de una manera más casual que el amo del perro “*sólo intentaba hacer reír*”, pero este hacer reír espero que a este punto pueda comprenderse como una

⁵³ Esto sucedió cuando ya tenía gran parte del presente trabajo terminado, pero debido a su contingencia no pude dejarlo fuera. Fuente: <https://www.mirror.co.uk/news/uk-news/man-convicted-dog-nazi-salute-12220187>

manera de despertar del sopor en que se mantiene a los individuos insertos en una sociedad con tales paternalismos. Una opinión en línea con los ideales de la doctrina nazi, si no se ha de poner en mesa a discutir y bromear al respecto, sólo crecerá en las penumbras hasta que la luz les alcance. Siempre parecen sorprenderse de que barbaridades se expresen hasta el día de hoy. Pero esto no es accidental, no es algo de lo que realmente debemos sorprendernos. Nadie es capaz de entablar una relación con tales sujetos en que puedan discutirse sus ideas pues tales ideas se restringen del todo. Puede que bromear no sólo sea una solución, sino que quizás sea la última que nos va quedando⁵⁴. Más detalles respecto a cuándo será dictada la sentencia aún están por actualizarse durante los próximos días.

De la mano del caso anterior, revisemos el encarcelamiento de Cassandra Vera en España. La tuitera española fue condenada por 13 tuits publicados entre 2013 y 2016, en los que hacía bromas sobre la manera en que murió el presidente de gobierno de la dictadura franquista Luis Carrero Blanco y que la Audiencia Nacional determinó como constituyendo desprecio, deshonor y burla a las víctimas del terrorismo y a sus familias⁵⁵. El tribunal la condenó a un año de prisión, con accesoria de inhabilitación de un año para el ejercicio del derecho a sufragio pasivo y siete años de inhabilitación absoluta, además del abono de las costas procesales y la retirada de los mensajes por humillación a las víctimas y enaltecimiento del terrorismo. Si bien la fiscalía impugnó todos los puntos, el Tribunal Supremo el 26 de Febrero del presente año concluyó que se trataba de *“chistes ya conocidos [...] en los que se juega, en clave de humor, con la forma singular en que se perpetró el atentado [...] sobre el hecho de que el vehículo surcara el espacio y acabara cayendo dentro de un edificio [...] no contienen ningún comentario ácido contra la víctima del atentado ni expresan frases o comentarios hirientes, lacerante o ultrajantes contra su persona, [...] en un contexto muy especial [...] por la circunstancia relevante de que el atentado objeto de mofa o burla ha tenido lugar hace ya 44 años, tiempo más que suficiente para considerarlo como un suceso histórico. [...] De tal forma que [...] no parece que estemos ante un caso que requiera una respuesta del sistema penal, al no*

⁵⁴ ¿Hay algún límite respecto de lo que se pueda bromear o no? Según mi parecer, no hay verdaderos límites. No es respecto a lo que puedo o no bromearse, sino el cómo puede encontrarse algo gracioso, pero esto hay que dejárselo a los humoristas.

⁵⁵ *Un año de prisión para Cassandra por mofarse de Carrero Blanco*. Huffington Post. 29 de Marzo de 2017.

*estimarla aquí como una reacción adecuada y proporcionada*⁵⁶. Quizás algo de la jurisprudencia española podría prestarse en el caso de la presente resolución para el caso que vimos anteriormente.

Si bien la desestimación de una ofensa a la víctimas del terrorismo de la ETA y sus familiares es sobre lo que se basó la anulación de la Ley, los principios defendidos en la presente tesis podrían prestar un apoyo distinto a favor de su indulto. Bromas respecto a momentos históricos tales, intocables como se asumen, vuelven a colocar en manos del individuo el poder de su individualidad. Cassandra Vera, sabiéndolo o no, presentó el gran coraje moral. Sólo nos queda al resto aprender de ella e inspirarnos a tener un grado de irreverencia que nos desprenda de la vestimenta de borregos con que se nos disfrazan... y que puede terminar siendo nuestra verdadera vestimenta.

Un tercer caso no trae a nuestra tierra. Daniel Alcaíno y su personaje Yerko Puchento con el paso de los años se ha vuelto el rey de la sátira ácida (y un tanto aburrida) y ha sido blanco de variadas controversias. No obstante fue su disputa legal con Cecilia Pérez la que trataré aquí, y la cual impulsó el proyecto de esta tesis. El comediante a través de un programa televisivo comparó a la ex secretaria de Estado con La Monga, un personaje ficticio que asemeja la combinación de un simio con una persona. Los comentarios fueron tratados de misóginos, y una queja formal fue hecha ante el Consejo Nacional de Televisión.

Este es un caso ejemplar para los propósitos de este trabajo. Cecilia Pérez es un personaje mediático que ostenta poder y privilegios. Lo que ella representa ha sido asociado con ideas intolerantes, ofensivas, y retrógradas. Sea como sea, cuando un comediante se mofa de su apariencia física, no es un simple ataque a lo que ella parece sino a lo que ella representa. Las opiniones o ideas que ella expresa, pierden vigor cuando le quitan el velo de poder que se le otorga en el espacio mediático, y tanto el comediante como ella lo saben. Es esta desacreditación a la que tanto teme. ¿Resulta ofensiva que se le compare con La Monga? Muy probablemente, pero tal ofensa no puede llegar a levantarse como argumento para censurar a un comediante que, según interpretó, está prestando un servicio al público sin

⁵⁶ El Supremo absuelve a Cassandra Vera por sus tuits con chistes sobre Carrero Blanco. El País. 1 de Marzo de 2018.

siquiera saberlo o aspirarlo. Quizás Daniel Alcaíno sólo buscaba causar un par de risas fáciles, pero “el motivo no tiene nada que ver con la moralidad de la acción, aunque sí mucho con el mérito del agente” como diría Mill (El Utilitarismo, p. 68). Ya sea del partido que sea, traer a tierra a este tipo de personajes cuestiona su posición de autoridad en las mentes de los ciudadanos. La desacreditación en estos personajes, como he postulado, resulta en dos cosas: 1) hacer recapitular al ciudadano las opiniones que tenía en orden con las del personaje mencionado; 2) motiva a los ciudadanos a presentar tales actitudes y opiniones extravagantes que el comediante presenta.

Esto abre toda una nueva vía de investigación que no alcanzo a desarrollar aquí, pero dejaré dicho un par de cosas, Los comediantes o humorista siempre han sido representados y reconocidos con un halo de extravagancia, un pedazo de locura si se quiere. Este rasgo fuera de la costumbre puede encontrarse en cierta comunión con el deseo de una sociedad plagada de gente distinta y extravagante, para las cuales el comediante pueda servir de inspiración. Las personalidades excéntricas deben ser cultivadas y han de prosperar rodeadas de libertad según nos dice Mill, y la existencia de los comediantes y el derecho a una flexibilidad ante la Ley y ante los organismos que los intenten censurar cobran una importancia vital en este punto. Ya sea por la ropa que portan, el personaje que interpretan, o la forma en que se refieren a los asuntos públicos o personales; son fuente de inspiración y de reflexión para todos aquellos que puedan disfrutar u odiar sus rutinas.

VI

El derecho a la libertad de expresión se enmarca en el contexto social en que estamos todos situados. Los postulados de Mill no sólo toman esto en consideración, sino que es a través de ésta condición en que pueden ser esgrimidos. Que cada uno pueda opinar y expresar sus ideas libremente es algo más que sólo un derecho: es un deber. Mas tal deber es para con el resto, no con uno mismo. Es por esto que la ética utilitarista es la que permite trazar todas las líneas con que se dibujan sus máximas. El discurso que genere o incite al odio es repudiado no menos por Mill, y penas legales debiesen aplicarse ante tales casos. Sin embargo, los casos de ofensa sólo pueden caer dentro de lo que corresponde al público. Si

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

este público surge como una mayoría que exige la censura de ciertos personajes, en el momento que el derecho positivo se pone de su lado y legisla de acuerdo a lo exigido, cae en la tiranización, aquella del pueblo hacia el pueblo. Los argumentos de Mill me han servido como modelo de acción moral, y así los he pretendido utilizar desde el inicio.

Repito, el derecho a la libertad de expresión no es *absoluto*, y ninguna legislación así lo concibe ni debiese concebirlo, y ciertamente Mill lo desearía así. Pero es en casos de humor donde una defensa puede realizarse a través de una lectura de lo postulado en *On Liberty*. Ante la ley, una flexibilidad debe permitirse, pues el humor sí brinda un beneficio para un proyecto progresivo social; en lo que al público corresponde, el alejamiento, la opinión desfavorable, y todo lo que quepa dentro de la humana convivencia ha de permitirse. Que se increpe a personas por sus comentarios, según el principio de la libertad, es algo necesario. El único límite a la libertad de expresión de cada uno siempre será donde comienzan los derechos del otro. Pero, en el caso de los personajes públicos, no es ya a la persona en cuanto persona a la que se critica sino a lo que ésta representa en el ojo público. De nuevo, no intento promover la burla irrestricta a todo y sobre todos, pero sí quiero presentar un argumento a favor que permita una discusión un tanto renovada y con desde un nuevo prisma. Según lo veo, es tiempo de que el humor se conciba con cierta seriedad.

Si quizás se me acuse de vaguedad en lo expuesto, puedo decir que no intento responder a cada una de las preguntas que se alcen tras la lectura de la presente investigación. Es mi más profundo anhelo poder ampliar las ideas expuestas aquí, y acentuar la rigurosidad de la que pueda acusarse falta. Esta vaguedad que pueda acusarse ya se me ha hecho un tanto natural:

“A pesar de la extremada generalidad de los principios del método que he establecido (generalidad que, confío, no es en este caso sinónimo de vaguedad), he abrigado la esperanza de que a alguno de aquellos a los que corresponderá la tarea de llevar las ciencias más importantes a un estado más satisfactorio, estas observaciones puedan serles de utilidad, tanto para evitar el error como para esclarecer la verdadera concepción de los medios con los que, en temas de un grado tan elevado de complejidad, puede obtenerse verdad. Si esta esperanza se ve defraudada, se habrá adelantado en alguna medida lo que,

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

probablemente, ha de constituir el gran logro intelectual de las dos o tres próximas generaciones de pensadores” (Mill, Un Sistema de la Lógica, Libro VI).

APÉNDICE I

Se ha dicho que se tiene la libertad de expresar las ideas propias, pero la noción misma de tener un derecho tiene su propia historia y fundamento. Los derechos que se esgrimen de tal manera son los llamados derechos subjetivos, y si se ha de tratar de las libertades constitucionales respaldadas como derechos humanos, la seriedad académica exige que empecemos del principio. Para tal, me baso en el texto Teoría del Derecho del profesor Máximo Pacheco⁵⁷. Esto me permitirá posteriormente tratar sobre los derechos humanos, y contextualizará en cuanto a derecho se refiere.

El Derecho Objetivo es el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular la conducta del hombre en sociedad, que tienen por fin “establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana”⁵⁸.

“Si examinamos la actuación de las personas como titulares de ciertas facultades, vemos que ellas son dueñas de exigir ciertas conductas a los otros. Estas facultades se pueden manifestar de diversas maneras: como una imposición a los demás de hacer algo, de abstenerse de hacer algo, etc. Son estas facultades que tienen los hombres, de determinar normativamente la conducta de los otros, las que constituyen los derechos subjetivos”⁵⁹.

El jurista italiano Nicolás Coviello entiende la noción de derecho subjetivo como implícitamente contenido en el Derecho Objetivo⁶⁰. La distinción entre derecho subjetivo y Derecho Objetivo sería tan sólo aparente, pues si se mira al Derecho en sí, como norma, siempre puede llamársele objetivo. Ahora, si lo vemos en relación al hombre actor (el titular del derecho), se le llama subjetivo. En efecto, no son dos conceptos que podamos llamar antagónicos, dos caras de una misma idea, caras que se presuponen y complementan entre sí. Esto es así porque la norma de obrar envuelve poder de obrar según la norma. Por su parte, el poder de obrar funciona presuponiendo una norma que tanto lo limite como lo garantice.

⁵⁷ Máximo Pacheco G., Teoría del Derecho (cuarta edición). Editorial Jurídica de Chile. 1990, Santiago.

⁵⁸ Pacheco, ob. cit., p.127

⁵⁹ Coviello, N. Doctrina General del Derecho Civil, págs. 3 y 4.

⁶⁰ Coviello, N. Doctrina General del Derecho Civil, págs. 3 y 4.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

Es así como Coviello implica la definición de derecho subjetivo desde la definición de Derecho Objetivo. Derecho subjetivo, tener un derecho, es estar garantizado por el Ley para realizar una acción, movido por intereses personales. Dicho de otra manera, es la facultad que tiene un sujeto para ejecutar determinada conducta o abstenerse de ella o para exigir de otro sujeto el cumplimiento de su deber, siguiendo la fórmula del profesor Pacheco.

Como toda investigación, se debe volver a los orígenes históricos del concepto para comprenderlo a cabalidad. Durante su historia, los derechos subjetivos no han sido siempre lo que son ahora.

Para los romanos, los derechos subjetivos, como son entendidos ahora, no tenían un término que los designara: no existía interés que motivara a encontrar uno, como sostiene el filósofo e historiador del Derecho Michel Villey⁶¹. Hugo Grocio (1583-1645) en su obra “Del Derecho de la Guerra y de la Paz” (1625) sostiene la nueva noción de derecho como ‘poder’. En su obra, caracteriza al derecho como una cualidad moral para poseer algo u obrar de manera injusta. Cristián Tomasio (1655-1728) y Samuel Puffendorf (1632-1694) inspirándose en esta nueva concepción postulan teorías que ya se encuentran dentro de el mismo espíritu: el primero estableció que el Derecho tiene por principio lo justo y postulándolo como el ‘no hacer lo que no quieres que te hagan a ti’, y el segundo dio una consideración especial a los derechos del hombre sobre sus deberes.

Siendo este el escenario que se encuentra, se afirma que los derechos subjetivos como tales aparecen recién en el siglo XVII, en que los pensadores modernos se habrían puesto en contra del Derecho Natural aristotélico, concepción predominante hasta entonces. Esto así, porque el pensamiento griego habría reconocido un orden natural que está por sobre los ordenamientos humanos, mientras que el pensamiento moderno considera al hombre no ya como parte de un todo armónico, sino como un ser racional libre. Villey postula al pensamiento griego como el antecesor temporal y lógico del planteamiento moderno⁶².

Siguiendo la interpretación de Michel Villey, el derecho subjetivo se compone de dos elementos. El primer elemento es interno y corresponde a la posibilidad misma de querer y

⁶¹ Villey, M. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, 1976.

⁶² Villey, ob. cit., págs., 40 y 41.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

obrar, de acuerdo a la norma que lo limita y garantiza. Obrar de una manera u otra tiene un impacto insalvable en aquellos que me rodean y que junto conmigo conforman el grupo social al que las normas se aplican. Es desde aquí que podemos vislumbrar el segundo elemento del derecho subjetivo: el externo. Este segundo elemento está constituido por la imposibilidad de todo impedimento ajeno y por la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste, según el mismo orden de imperativos del cual depende la primera delimitación. Entonces, concluyendo, el derecho subjetivo comprende un elemento interno (el de tener la facultad para obrar) y uno externo (que nadie pueda impedir la expresión de mi derecho), ambos circunscribiéndose a lo prescrito por la Ley.

El derecho subjetivo se manifiesta de las cuatro siguientes maneras: como derecho de libertad jurídica, como poder de creación de derechos y deberes (poder jurídico), como derecho a demandar el cumplimiento del deber de parte de otro, y como derecho de cumplir el propio deber.

Considerando a los derechos subjetivos existentes⁶³, los elementos fundamentales no han sido reconocidos con unanimidad. Se ha postulado a la voluntad como principal, en tanto el derecho subjetivo se entiende como poder concedido a la voluntad por el ordenamiento jurídico positivo, ya sea sólo en la realización o creación de tal derecho⁶⁴. Ahora, la voluntad podría ser simplemente el objeto del derecho subjetivo, siendo realmente el elemento fundamental el interés y su satisfacción o ciertos fines que el individuo desea alcanzar. Una tercera forma de verlo, es considerar que ambos por sí solos, interés y voluntad, son insuficientes. Ambos elementos, el beneficio o interés y la voluntad, pueden ser fundamentales de todo derecho. Es decir, el goce, interés o provecho junto con el poder de actuar, son básicos en cada derecho subjetivo. El poder obrar no puede disociarse del fin

⁶³ Las discusiones respecto a la existencia de los derechos no lo estimo conveniente para mi presente exposición, y asumo como existente a tales derechos en tanto están conceptualmente determinados y separados de los derechos objetivos, incluso si no pueden desprenderse completamente de estos últimos.

⁶⁴ El jurista alemán Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) fue el primero en formular la teoría de la voluntad. Sin embargo, el principal defensor de esta teoría es Bernhard Windscheid (1817-1892). Windscheid concibe en dos nociones a los derechos subjetivos: los derechos concedidos por el Derecho objetivo y que la voluntad sólo se dedica a realizar, y derechos que la voluntad del individuo hace nacer. En el primer caso, el Derecho objetivo concede la facultad de obrar, acción u omisión, a un sujeto o a una colectividad. En el segundo caso, el individuo no solo efectúa un derecho, sino que es capaz de crearlo, donde la voluntad es clave para el nacimiento, modificación o aniquilación del derecho. Ejemplos de esta segunda noción es el derecho a vender que tiene un dueño sobre aquello que le pertenece, o el derecho que tiene el acreedor a ceder su crédito, etc.

con que se emplea, y para ser derechos, se circunscriben dentro del marco de la ley, ya sea como limitante o protectora.

Escuetamente trataré sobre las clasificaciones de derechos subjetivos, para poder terminar con el abuso de derecho⁶⁵.

En primera instancia encontramos la distinción entre derechos subjetivos privados y derechos subjetivos públicos. La diferencia brota desde la norma del Derecho objetivo de que emerge el derecho subjetivo en cuestión. Es decir, si la norma en la que se fundamenta será o de Derecho objetivo privado, o de Derecho objetivo público. Los derechos subjetivos públicos pueden pertenecer al Estado y demás comunidades de orden político y también a los particulares; y los derechos subjetivos privados a su vez pertenecen fundamentalmente a los particulares, pero también pueden pertenecer al Estado

Una segunda clasificación es la que hace alusión a la eficacia y naturaleza de los derechos subjetivos. Esta clasificación, a su vez, se puede dividir entre derechos subjetivos absolutos y relativos, originarios y derivados, puros y simples y sujetos a modalidades, y transmisibles e intransmisibles. Los derechos son absolutos o relativos dependiendo de su eficacia y de la cantidad de individuos que se encuentren obligadas. En el caso de derecho absoluto, el derecho del titular se hace valer ante cualquier individuo. Respecto a los derechos relativos, estos obligan tan sólo a un grupo de personas determinado. La obligación a que nos referimos en estos casos normalmente se entiende como un deber negativo. Ejemplos de derechos subjetivos absolutos son los derechos reales. Los derechos reales son definidos por el Código Civil chileno como aquellos “que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona” (artículo 577). Ejemplos de derechos relativos son los derechos de obligación y los derechos personales.

Los derechos originarios y derivados son distinguidos a partir de la forma en que el sujeto adquiere un derecho subjetivo. Un derecho originario, es aquel que el titular de derecho ostenta independiente “de la actividad encaminada a adquirirlos”. Por su lado, los derivados son en virtud de un hecho específico que se obtienen. Es decir, a partir de un acto en particular es que se hace un sujeto titular de un derecho. Los derechos originarios son de

⁶⁵ Esta clasificación es la propuesta por el profesor Pacheco en la obra ya mencionada.

especial importancia para la presente tesis, pues los ejemplos clásicos de estos son los derechos propios de la persona humana. Sin embargo, esto lo trataré más adelante.

Continuando con una tercera categoría dentro de los derechos subjetivos considerados desde su eficacia y naturaleza, se encuentran los derechos puros y simples y los sujetos a modalidades. La diferencia entre ambos radica en si están o no sujetos a lo que se conoce en derecho como 'modalidades'. Las modalidades pueden ser de plazo, condición y modo. Es así que los derechos puros y simples no dependen de una cierta cantidad de tiempo para hacerse valer, ni tampoco de una cierta condición particular: "nacen enseguida y cuya ejecución puede exigirse de inmediato"⁶⁶. Por su parte, los derechos sujetos a modalidades dependen, para su existencia o ejecución, de modalidades de plazo y condición.

A partir del concepto de modalidad, se pueden comprender los derechos eventuales y las meras expectativas. Los derechos eventuales tienen la particularidad de estar compuestos de un elemento futuro. Este elemento o hecho futuro es vital para el derecho, pues sin este no puede ser concebido. Las meras expectativas no pueden ser consideradas derecho como tal, sino más bien intereses. El ordenamiento jurídico positivo decide proteger estos intereses sólo si tiene la seguridad o confianza total de que en algún momento serán derechos. La mayor parte de las expectativas no son resguardadas por la Ley.

Existe también la caracterización entre transmisibles e intransmisibles, que conforman una cuarta categoría. Que sean transmisibles simplemente significa que pueden transferirse de un sujeto a otro. Ahora bien, si el traspaso de derecho se hace entre vivos, se le denomina transferencia de derechos. Por otro lado, si se traspasa como un acto de última voluntad, se le llama transmisión propiamente tal.

Aunque generalmente los derechos son transferibles, existen algunos que de ser transferidos serían desnaturalizados. Estos son los derechos personalísimos. En los derechos personalísimos se puede nombrar a los que forman el contenido de la personalidad, los derechos del Estado, los de familia, etc.

Hasta el párrafo anterior me referí a la distinción de los derechos subjetivos a raíz de su naturaleza y eficacia. Ahora, y terminando la clasificación de derechos subjetivos,

⁶⁶ Pacheco, ob. cit., p.140

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

trataremos la distinción que brota al atender al objeto y contenido de los derechos: “Es esta la clasificación más importante de los derechos subjetivos. Distingue entre derechos subjetivos patrimoniales y derechos subjetivos extrapatrimoniales. Los derechos patrimoniales, a su vez, se dividen en derechos reales y personales, llamados también derechos de crédito y derechos de obligaciones. Los derechos extrapatrimoniales se dividen en derechos de la personalidad y derechos de familia.

Debemos entender patrimonio como los derechos y obligaciones evaluables en dinero, que pertenecen a una persona jurídica. Me valgo de esta definición para referirme a los derechos patrimoniales como aquellos derechos pecuniarios que pueden ser avaluados en dinero.

En los derechos patrimoniales, se encuentran los derechos reales y los derechos personales. El Código Civil define los derechos reales de la siguiente manera:

Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales. (Código Civil de Chile, artículo 577).

Los derechos personales o créditos son definidos así:

Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales. (Código Civil de Chile, artículo 578).

Entre ambos podemos encontrar ciertas diferencias claves. Entre estas diferencias, encontramos las siguientes tres que considero como principales:

En primer lugar, el derecho real es absoluto. Esto quiere decir que se hace valer ante cualquier sujeto o un sujeto pasivo universal. El derecho personal no es absoluto, y por tanto sólo se hace efectivo frente a las personas que involucre.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

En segundo lugar, el derecho real es imperecedero. Esto se indica mejor en contraste con el derecho personal, el cual es sólo temporal y, por lo tanto, desaparecerá en algún momento.

En tercer lugar, y finalmente, el derecho personal puede ser un hecho o una cosa, mientras que en derecho real sólo es una cosa.

En su condición de individualidad excluyente (no considerado en calidad de integrante de un grupo familiar), un sujeto tiene derechos que se refieren a su individualidad física y derechos referidos a la individualidad moral. Respecto de la primera, diremos que no hay consenso en autores respecto a la existencia de tal. Académicos como Winscheid han postulado que a la vez que el ordenamiento jurídico considera la voluntad del titular como elemento fundamental en el derecho subjetivo, así también la integridad física y moral serán esenciales, en tanto poderes que el hombre tiene sobre sí mismo.

Comprenden los derechos que se refieren a la individualidad moral el honor, el derecho al nombre y el derecho sobre la actividad intelectual. Respecto al honor, el Código Penal de Chile (artículos 412 a 431]) un sujeto que sea víctima de un ataque en contra de su honor, ofendido por dichos injuriosos, puede exigir una indemnización de parte del autor de tales dicho y perseguirlo por la Ley. Esto nos lleva a la pregunta por el abuso de derecho, pues se dibujan límites que en práctica pueden resultar confusos.

La pregunta que se debe hacer a continuación es: ¿Son los derechos subjetivos, en lo que respecta a su ejercicio, absolutos o relativos? Para aquellos que postulan el absolutismo de los derechos subjetivos, el titular de derecho no tiene que por obligación tomar en cuenta los daños colaterales o directos que el ejercicio de su derecho conlleve. Esta noción individualista del derecho considera que la ley reconoce derechos en el individuo y éste tiene la libertad de ejercerlos como le plazca (un acto no puede ser lícito e ilícito a la vez). La comunidad, entonces, queda fuera de toda consideración. Esto es de gran importancia para el objeto de mi presente trabajo. John Stuart Mill ha sido acusado de una noción tal del ejercicio de las libertades individuales. Una crítica tal sólo puede surgir de una mala lectura o de no haberse realizado lectura del todo. Veremos más adelante que Mill no concibe el espacio individual y su expresión libre como una fuerza que emana violentamente y choca en contra de las leyes impuestas por el derecho positivo. Según mi propia lectura, no se

produce tal enfrentamiento en Mill, o al menos no es lo que caracteriza a la libertad, y es más cercano a una aproximación relativista del ejercicio de los derechos subjetivos.

El relativismo pone en mesa el tema más importante en cuestión: a los derechos de unos se oponen los derechos de otros. El derecho subjetivo se postula en un contexto social que no puede perderse nunca de vista. Según el profesor Pacheco "...cada derecho existe porque hay una razón que condiciona su existencia, de la cual no puede desligarse. Si los titulares de derechos se desentienden de su objeto, no ejercitan un derecho adecuadamente y abusan de él. Concebido de esta manera el ejercicio de los derechos, la máxima debería ser: 'El ejercicio de un derecho no debe lesionar a otro derecho'".⁶⁷

Para referirse a una utilización inmoral del derecho, se ha postulado la teoría del abuso de derecho. Así como de un derecho subjetivo se puede hacer un uso o desuso, también puede haber abuso. En pocas palabras, el abuso de derecho se produce cuando el titular al hacer valer su derecho, lo hace en contra de sí mismo o de otros. Es decir, cuando el titular de derecho utiliza su derecho de manera inmoral, se produce abuso. Jurídicamente, se puede decir que se abusa del derecho cuando se utiliza inmoralmemente, provocando que el *summun ius* del derecho positivo se cambie entonces en la *summa iniuria* de la moral (mientras más justo, más al pie de la letra, se aplique el derecho, más daño se provoca a la moral).

*"Sólo en este plano puede mantenerse la idea del abuso sin contradicción: sólo en este plano puede encontrar su justificación y su criterio distintivo. Al recoger la noción de abuso, el derecho legal se abre sobre la moralidad, que viene a airearle, a humanizarle e individualizarle también en lo que tiene de demasiado abstracto y demasiado técnico. En una palabra, la teoría del abuso representa el correctivo de moralidad que postula la legalidad"*⁶⁸

La moralidad que entra a corregir al derecho es aquella que tiene que ver con los deberes con el resto. Al Derecho sólo le importa aquellos deberes para con los demás. Ahora, no todos los deberes sociales son los que se consideran: las conductas poco altruistas no son

⁶⁷ Pacheco, ob. cit., p. 146.

⁶⁸ J. Dabin, *El derecho subjetivo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955. P. 366 y 367.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

parte del deber ante la Ley. Un jurista no puede sancionar el uso de un derecho que se haga de manera egoísta o avara.

No es fácil determinar cuándo se produce el abuso de derecho. Se han postulado varias teorías para atacar este problema.

Para Raymond Saleilles y Francois Géný, el abuso se produce cuando el derecho no se vincula a su función social. Es decir, si al hacer valer un derecho propio se deja de lado el aspecto social, desviándose de su función y de su finalidad específica, se puede hablar de abuso.

La postura anterior se refiere a la finalidad con que se hace operar un derecho. De igual manera, para Louis Josserand el abuso se determina dependiendo de la intención del titular: los motivos o razones que lo mueven. Si estos motivos están en acuerdo con el espíritu del Derecho, entonces es un derecho legítimo y de ejercicio correcto. Sin embargo, si las razones que llevan a un sujeto a hacer ejercicio de su derecho subjetivo son contrarias al sentido del Derecho, entonces se produce abuso. La finalidad o sentido del Derecho es su función social, y al desviarse de esta es que nace el abuso. Josserand, Saleilles y Géný concuerdan en este punto.

Henri Capitant, George Ripert y otros, presentan una tercera postura. Para estos, la determinación del abuso de derecho se hace considerando los principios que se aplican en su llevar a cabo. Si estos principios aplicados son los mismos que rigen la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, entonces hay abuso. Es decir, al producirse un tipo de acto ilícito: “Debe, por lo tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito: habrá abuso del derecho cuando su titular lo ejerce dolosa o culpablemente, es decir, con intención de dañar, o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios”⁶⁹.

⁶⁹ Pacheco, ob. cit., p. 148

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

Según la perspectiva de Máximo Pacheco, esta última posición es la que se ha acogido Chile. Así la jurisprudencia chilena declara que para determinar la existencia del abuso, se ha remitir a si el acto de abuso se ha hecho con dolo o culpa.

En el contexto del presente ensayo, nos encontramos con una jurisprudencia chilena que se inclina hacia una doctrina respecto al abuso de derecho, mientras que el autor sobre el que se tratará mayormente se asocia más a la primeras dos. Creo que puede ser ampliamente aceptado que el abuso de derecho para Mill tendría por característica fundamental el violar los derechos del otro, yendo en sentido contrario del fin social propuesto: maximizar la felicidad del mayor número. Esto puede desprenderse en gran parte de su doctrina utilitarista.

Dejando de lado por un momento a Mill, hay que mencionar que existen excepciones a la teoría del abuso del derecho. Estas excepciones son escasas, pues la gran mayoría de los derechos son de carácter relativo, cayendo en la posibilidad de ejercerse con abuso. Los derechos absolutos no corren peligro en ese sentido. El titular de derecho puede hacer valer su derecho con los motivos que le plazcan, de la manera que desee, sin temer represalia alguna. En la legislación chilena se pueden encontrar ejemplos tales como, en el matrimonio, "si la persona que debe prestar este consentimiento (para casarse) lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio de los menores de 21 años" (Código Civil de Chile, artículo 112); o el de un testador para disponer de los bienes que son de libre disposición (artículo 1184, Código Civil de Chile).

La sanción para los casos de abuso consiste en el cese del acto de abuso en conjunto con una indemnización por el daño causado por éste. Evidentemente la indemnización por sí sola no sirve si no se acompaña con la prevención del ejercicio abusivo del derecho en situaciones futuras.

APÉNDICE II

Entonces, ya somos capaces de reconocer a los derechos subjetivos. Se tiene el derecho a expresarse libremente. Se verá a continuación el concepto, fundamentación e historia de los derechos humanos, gran categoría de derechos a la que pertenece. Siguiendo a Agustín Squella⁷⁰, el concepto, fundamentación y denominación de lo tratado no puede encontrarse desligado uno de otro. Esto quiere decir que una línea de fundamentación nos guía a una determinada manera de conceptualizarlos, lo que a la vez nos deja una determinada denominación. Por lo tanto, cada parte a analizar se encontrará profundamente ligada a la próxima.

Una forma de llamar a estos derechos es la mencionada en el párrafo anterior: Derechos Humanos. Para Adela Cortina, esta denominación resalta la calidad universal en términos de validez para todas las personas. Cortina la considera preferible por mostrar tanto el fundamento como la extensión de estos derechos, y a la vez separa al hombre como ser vivo del resto de los animales.

Ahora, hay dos denominaciones particulares que recalcan el estado existente previo a la formación del Estado de los derechos aquí tratados. Derechos Morales alude al fundamento ético, y Derechos Naturales alude a la fundamentación iusnaturalista, ambos unidos en que estos derechos son previos a los ordenamientos jurídicos “dotados de realidad histórica que los consagran y garantizan”.

Derechos del Ciudadano es como aparece en la Declaración de 1789⁷¹. Tal denominación hace caso al carácter ontológico de los derechos de la persona como ciudadanos del Estado. Entendiendo la cercanía con el ordenamiento jurídico, una denominación que haga caso a la positivación y consagración de tales derechos es la de Derechos Constitucionales. Con

⁷⁰ Squella, A. Introducción al Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.

⁷¹ En 1789, la Asamblea Nacional Constituyente de Francia aprobó la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano". En su preámbulo se establece que los representantes del pueblo francés "considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta Declaración, teniéndola siempre presente todos los miembros del cuerpo social, les recuerde constantemente sus derechos y deberes ..." (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Reproducida por Jorge Iván Hubner. Panorama de los derechos humanos. Págs. 169 y 170.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

Derechos Constitucionales, como lo ve Squella, se proponen a esta porción de derechos personales como consagrados por la Constitución de cada Estado.

Libertades Públicas que nos sirve para hacer notar una corriente de pensamiento que normalmente no se detecta: los derechos se basan en el valor de la libertad. Esto, sin embargo, es una denominación mezquina que podría resultar un tanto mezquina, pues otros derechos se basan también en los valores de solidaridad e igualdad.

Derechos Fundamentales es otra denominación usual, y con esta se destacan las características típicas atribuidas. Fundamentales indica la perentoriedad, inviolabilidad e inalienabilidad, mientras limita la porción de derechos personales a las que se refieren. Ahora, por Derechos Fundamentales se sugiere que podría tratarse de derechos tenidos por tal (fundamentales) y positivados por casa sistema jurídico, que no obstante no han sido legitimados por órdenes o sistemas jurídicos internacionales. De ser positivados y reconocidos internacionalmente, y estando relacionados a los conceptos de dignidad, igualdad y libertad, podrían llamarse Derechos Humanos. Así, se podrían entender como exigencias básicas que no han sido positivadas. De esta manera, Derechos Humanos es la denominación más abarcadora. Es con Derechos Humanos donde se encuentra una mayor connotación prescriptiva y deontológica; Derechos Fundamentales es una denominación más precisa y estricta. Es necesario separar ambos, pues una confusión puede dejarnos con el siguiente caso: Si un Estado pisotea ciertos derechos considerados fundamentales que no han sido positivados por el derecho interno, al confundir los derechos fundamentales con los derechos humanos, no podría decirse que tal estado esté violando los derechos humanos de una persona, pues hace caso a los derechos fundamentales consagrados por el derecho interno.

Hasta aquí ya hemos tratado el problema de la denominación. El siguiente tema a tratar, aunque siempre de manera breve, es el problema del concepto. Como propone el profesor Squella, un distinto fundamentar lleva a un distinto conceptualizar, lo que encerraría un primer problema en la conceptualización. Un segundo problema nace del crecimiento en

número de la lista de derechos que entran en la casilla de Humanos⁷². La expansión y diversificación, en pocas palabras, ha hecho más difícil la tarea de abarcarlos con un sólo concepto.

Respecto a la ampliación de los Derechos Humanos se han formado distintas actitudes. Francisco Laporta, por ejemplo, considera perjudicial tal ampliación para la conceptualización y el uso serio de la expresión. Sea como sea, la ampliación se ha debido a la intención de concretar las exigencias derivadas del concepto de dignidad. Es esta idea la que ha causado que hoy se asuman necesidades humanas, de todo hombre. Siendo esto así, se puede alegar junto a Luis Prieta Sanchís que existiría una zona de incertidumbre y una de certeza. De certeza en tanto podemos delimitar a grandes rasgos a qué nos referimos por Derechos Humanos; de incertidumbre en tanto es bastante extensa el área a cubrir, que intenta abarcar distintas concepciones y formas ideológicas de sustentarlos. Sin entrar demasiado en lo propuesto por Prieto, es preciso mencionar respecto al núcleo de certeza propuesto por el autor dos elementos que lo componen: 1) la apelación a los valores, considerándolos como una expresión normativa de los valores, funcionando entonces como vehículo de ciertas aspiraciones importantes para el hombre; 2) Los Derechos del Hombre sirven para determinar la aceptabilidad y justificación de distintas formas de organización política. Es así que se debe hacer caso a los Derechos Humanos para su aceptación moral. Este núcleo de certeza permite proponer a las distintas fundamentaciones como argumentos a favor de los Derechos Humanos, en tanto este núcleo se mantiene.

Se ha dicho anteriormente que la fundamentación lleva a determinadas formas de conceptualización. Una fundamentación usual viene del Iusnaturalismo. Según esta doctrina, todo ser humano es persona, naturaleza dotada de razón y voluntad. Es desde esta naturaleza que emanan derechos y deberes. Así visto, los Derechos Humanos serían prerrogativas inherentes o, como dice Jorge Iván Hubner, “un conjunto de atributos inherentes al hombre por su condición como tal”. De proponer a los Derechos Humanos como traducción de ciertas exigencias básicas morales, nos encontramos con una fundamentación ética como la de Nino, donde se entienden como Derechos Morales que

⁷² Los procesos históricos por los que han pasado los Derecho Humanos serán tratados más adelante con detención. Mientras tanto, cabe recalcar que la expansión y diversificación de los estos derechos han dejado distintas generaciones de derechos, y sus tres momentos históricos serán tratados en las próximas páginas.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

son obtenidos por el sólo hecho de nacer humano, no por particularidades externas o especiales atributos. Si se entienden los Derechos Humanos como basados en la dignidad del hombre y en valores como la libertad y la igualdad, las cuales se han logrado positivizar en los ordenamientos jurídicos, nos encontramos con el concepto que nace de la fundamentación historicista. Dino Pasini considera que implican tal reconocimiento jurídico del hombre como individuo, ciudadano y trabajador. Por tanto, los derechos incluirán derechos sociales, económicos y culturales. Finalmente, una fundamentación racional nos llevaría a un concepto de Derecho Pragmático, donde aquel ser que sea capaz de comunicarse y que tal capacidad lo sitúe como fuerza en la toma de decisiones que afectan al resto. Es esta capacidad discursiva la parte vital de la concepción pragmática, pues el discurso pragmático presupone la existencia de aquellos derechos que permiten la participación en las decisiones que afecten al resto, tanto como la protegen al evitar la coacción a ejercer tales derechos.

Hemos hablado anteriormente de la fundamentación. Brevemente repasaré las fundamentaciones resumidas en las mencionadas a continuación.

La primera mencionada es la fundamentación iusnaturalista. El argumentar de la doctrina iusnaturalista se basa en la concepción de naturaleza humana, aquella condición del hombre dotado de atributos inherentes. Por su condición de inherentes a la condición humana, son por tanto anteriores a la formación del Estado y al derecho positivo. De esta manera, el derecho natural se separa del positivo. La “sede” de tales derechos naturales sería la Ley Natural. Tal Ley Natural puede ya ser derivada de Dios, o hallarse inscrita en la naturaleza racional del hombre. Es así considerados que nacieron los Derechos Humanos, como anteriores a los ordenamientos jurídicos positivos, dotados de realidad y vigencia histórica.

La teoría historicista dice otra cosa. La fundamentación historicista comprende a los derechos del hombre como fruto de las continuas luchas sociales, y comienzan a tratarse como tales en los albores del mundo moderno. Ya sea Derechos del Hombre o Derechos Humanos, hay un momento histórico determinado desde el cual han sido extendidos, cambiados y aceptados. Esta revisión histórica indicaría la existencia de tales normas a partir de la materialidad, y no como inherentes o inmodificables en el hombre. Los valores en los que se fundan son resultado de un proceso histórico dinámico. Por tanto, los

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

Derechos Humanos no fueron descubiertos, sino conquistados. A partir de esto, se puede dar cuenta de la aparición histórica del concepto, pero aún quedaría en el tintero el fundamentar la declaración y protección de los derechos de manera perenne.

Una tercera línea argumentativa la encontramos en la fundamentación ética. Los Derechos Humanos son propuestos como Derechos Morales, y por tanto como anteriores a la formación del Estado. El ser humano es condición necesaria y suficiente para ser poseedor de derechos, lo que se encuentra cercano a la fundamentación iusnaturalista (para Peces-Barba, Derechos Naturales y Derechos Morales cumplen incluso la misma función ideológica: superar la argumentación historicista).

Finalmente, la fundamentación racional intenta hermanar los polos historicista e iusnaturalista procurando no ser encerrada en ninguno. Para poder conjugar ambos, se acepta que las exigencias que proponen tales derechos superan los contextos determinados en los que aparecen, pero sólo en sociedades que puedan acudir es que se positivizan.

Ahora, después de ver el problema de la fundamentación, podemos decir ciertas cosas. Cabe decir, que en esta parte, fundamentar ha sido reconocido como el dar razón de algo u ofrecer una base de sustentación cierta y absoluta. Por tal, la fundamentación historicista aparece como una fundamentación débil en tanto se limita simplemente a explicar o dar cuenta de la aparición histórica. Las fundamentaciones racionalista y ética serían fundamentaciones fuertes, pues es su labor el de dar la base que el fundamentar historicista debe desechar para posicionar a los derechos como expresión positiva de un determinado momento histórico. Finalmente, el iusnaturalismo tiene la fortaleza de cimentar los Derechos Humanos en la Ley Natural, Eterna y Universal, y por tanto se puede considerar que es una fundamentación fortísima.

Pertinente con el propósito del ensayo, Squella propone la siguiente conclusión:

1. Cada argumentación, en vez de desecharse, puede ser valorada en base a lo que se dijo anteriormente: una fundamentación puede ser considerada como un argumento a favor.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

2. Un fundamento único, como se ha podido apreciar, es un tema profundamente difícil, intentando abarcar desde derechos subjetivos hasta aspiraciones de carácter colectivo) y que se complica cada vez más, lo que nos lleva al siguiente punto.
3. El proceso expansivo de los Derechos Humanos dan cuenta de la ampliación de las exigencias y el nacimiento de nuevas generaciones de derechos. Esto pone una dificultad en tanto se intenta conceptualizar un objeto de estudio que sigue cambiando y evolucionando.
4. Las fundamentaciones no necesariamente son exclusivas. Pueden convivir o desarticularse para tomar lo aplicable o simplemente interesante de la argumentación para formar nuevas fundamentaciones o nuevas aproximaciones.
5. Siguiendo a Bobbio, lo importante en este punto es protegerlos más que lograr dar una fundamentación satisfactoria. Ya se ha llegado a un punto de declaración de derechos fundamentales de la persona, y por lo tanto ya se les asume como existentes y relacionados unos con otros.

Toca ahora hacer un repaso histórico para poder contextualizarnos de mejor manera en nuestro tema. Sabemos que la idea de dignidad humana es central para la noción de derecho humano, tanto como los valores de igualdad y libertad. Sin embargo, estas ideas ya existían con anterioridad. Pero como las semillas que esperan el cambio de estación para germinar, se necesitó de nuevas situaciones para que un nuevo concepto las articulara unas con otras y las fortaleciera.

En el paso a la modernidad, las estructuras del medioevo comienzan a desaparecer o adaptarse. En el plano económico, surge el capitalismo; en el aspecto social aparecen las clases burguesas caracterizadas por su individualismo; en lo político, emerge el Estado como poder centralizado que maneja el monopolio del poder. Es así que los Derechos Humanos son el intento por limitar el poder estatal, y a la vez asegurar la participación económica y política de la burguesía.

Históricamente, se deben notar momentos claves de su génesis, que nos permitirán esclarecer algunos temas que volverán a aparecer más adelante, principalmente el debate sobre la tolerancia.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

En el momento de su aparición, el protestantismo entró rompiendo la unidad religiosa de la época. A raíz de esto, los países centralizados realizaron coloquios que si bien no sirvieron para declarar a una religión como imperante, sí sentaron bases para un respeto y tolerancia hacia las creencias opuestas. Esto pues si ya se tiene conciencia de la variedad de credos, sólo queda determinar que la creencia en uno o varios de éstos correspondería a cada cual. Trazando una línea consecutiva, encontramos en primera instancia la tolerancia religiosa, la cual conlleva a la libertad religiosa, que finalmente termina en la libertad de conciencia. Es decir, el tolerar los varios credos, lleva a aceptar la libertad de asumir un credo, lo cual implica que cada cual elije a partir de su propia conciencia, reconociéndose su autonomía⁷³.

Los debates continuos son parte de una actitud pasiva de tolerancia. Mientras pasivamente se puede aceptar la existencia y hasta un cierto punto la convivencia con ideas contrarias a las propias, la actitud activa tiene otra aproximación. Activamente, la tolerancia se abre a la discusión, al diálogo con los otros, posibilitando la corrección de las ideas propias o la comprensión más acabada de sus fortalezas y debilidades, la aceptación de ideas nuevas. Es este tipo de actitud tan vital la que notaremos en la concepción libertaria en cuanto a expresión de ideas a la que se refiere Mill.

El debate sobre la tolerancia abrió el camino a la discusión respecto a cómo ha de llevarse una vida particular o colectiva. Políticamente, se comienza a discutir acerca de los límites del poder estatal. Con apariciones como el pacto social de Rousseau, se cuestiona cuánto poder se le ha de otorgar al soberano. La relación entre gobernante y gobernado se seculariza a la vez que la justificación divina del poder se abandona.

La humanización del derecho penal es un factor reconocido. Este movimiento reformador abarca desde los procedimientos judiciales y ejecuciones hasta la independencia de los tribunales y la impugnación de la tortura y castigos físicos innecesarios. Lo anterior se refleja en el Habeas Corpus de 1679 o en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

⁷³ El profesor Squella hace una reflexión interesante: Conceptualmente, esta línea se vería invertida. Si cada ser es autónomo, cada cual es capaz de elegir de acuerdo a su propio criterio, y por tanto debe existir tolerancia entre y hacia distintos credos.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

Se reconocen cinco procesos históricos por los que han transitado los Derechos Humanos para llegar a lo que son hoy en día. En una etapa prehistórica, los textos de aquella etapa sólo limitan el poder de los monarcas y reconocen derechos a determinados segmentos o estamentos. Los derechos no tenían aún las características que se reconocerían posteriormente⁷⁴.

Es en los textos del siglo XVI donde se puede tratar de la historia propiamente tal de los Derechos Humanos. Los textos son varios, pero por mencionar dos encontramos el Edicto de Nantes, donde Enrique IV en 1598 concede los mismos derechos a los protestantes que a los cristianos, o la petición de derechos de 1628, donde el parlamento inglés garantiza el libre ejercicio de la libertad o costumbre. No mencionaré la gran gama de textos que forman la historia de los Derechos Humanos, pero sí trataré sobre los procesos históricos que vivieron.

El primero, que ya mencionamos anteriormente, es la positivación. Este es el paso en que se incorporan los derechos a las normas de los sistemas jurídicos de cada nación, usualmente por el medio constitucional. Iniciando en el siglo XVII, se comienza a asumir que todo estado democrático debe consagrar ciertos derechos fundamentales que a la vez que se atribuyan se protejan. Al brindarles esta realidad jurídica, ciertamente no ayuda al problema del fundamento ni a explicarlos ontológicamente, pero sí a la especificación y efectividad.

Es preciso mencionar que el positivar los Derechos Humanos, les quita el sustento que brinda el iusnaturalismo. Esto podría significar un peligro político en tanto los deja a disposición del legislador. Es por esto que deben asegurarse constitucionalmente, para que tengan vigencia.

En segundo lugar, los Derechos Humanos se les atribuye a todos los hombres. Esto es un paso de Generalización. Si bien en textos como la Carta Magna Inglesa o los Decretos de la Curia de León se encuentran piezas vitales de lo que conformarían los derechos

⁷⁴ Para Peces-Barba, los derechos fundamentales en su modelo clásico aparecen como expresión de racionalidad. (Asís Roig, R. La concepción dualista de los Derechos Fundamentales. Entre la ética, la política y el derecho: Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I, 2008, p.391-406).

fundamentales, sí hacían distinción en estamentos. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano otorgaba el derecho a sufragio sólo a los ciudadanos activos⁷⁵.

Tercero, el proceso de expansión. Progresivamente ha ido en aumento el listado de derechos que se atribuyen fundamentales para el hombre. Mencionamos anteriormente las generaciones de derechos como muestra del proceso expansivo y las mencionaremos a continuación: primero, para garantizar la autonomía del ciudadano, y el respeto al espacio personal frente a la intervención ilegítima, nace una primera generación de derechos cuyo fin es limitar el poder del soberano; segundo, derechos políticos surgen para asegurar la participación política de los ciudadanos, que los permite participar a través del sufragio en la toma de decisiones y tener la posibilidad de ser elegidos para cargos públicos⁷⁶; la tercera generación consiste en aquellos derechos económicos, culturales y sociales que apuntan a la calidad mínima de condiciones materiales con que ha de vivir un sujeto, apuntando hacia un estándar de vida que permita disfrutar de las libertades que brinda el Estado ; por último, una cuarta generación brota desde la solidaridad global, como la esperanza de paz, el cuidado al medio ambiente, el desarrollo económico sustentable, etc.

Cada nueva generación no ha aparecido para sepultar la anterior. El ejercicio postergado de brindar al hombre los elementos necesarios para asegurar una pasar digno, ha permitido ganar terreno ampliando o redefiniendo los derechos fundamentales según ha demandado el contexto histórico.

Los derechos que tratamos han sido positivados, expandidos, generalizados, y también internacionalizados. La internacionalización de los Derechos Humanos se inicia en el siglo XX en respuestas a las atrocidades que tomaron lugar en Europa a inicios de siglo. A través de pactos y tratados, los derechos dejan de pertenecer a órdenes jurídicos de cada Estado y se positivaban en el Derecho Internacional. Este proceso va de la mano con el proceso de positivación, dándole sustento objetivo solidificado en el plano internacional. Cada Estado

⁷⁵ En la Constitución *Neminem Captivabimus* de 1430, por ejemplo, el rey Wadislav Jagiello de Polonia jura “no castigar a un noble de ninguna forma cualquiera sea el crimen o la falta que haya cometido, a no ser que haya sido primero justamente condenado por los tribunales de justicia y haya sido puesto en manos por los jueces de su propia provincia”. (Citado por Squella, ob. cit., p. 181).

⁷⁶ Se les conoce como Derechos de Promoción. Estos derechos demandan recursos del Estado, y por tal razón se avanza muy lentamente en este campo. Sin embargo, es una exigencia moral el apuntar hacia una igualdad social, pues tal valor no puede ir desligado de la libertad misma y su goce.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

termina cediendo un pedazo de soberanía al acatar las decisiones tomadas por el ordenamiento jurídico internacional o ajustándolas a las leyes internas, estableciéndose una primacía de los pactos y tratados. Las violaciones a los Derechos Humanos se transforman en un problema internacional, donde soberanía, autodeterminación y el no intervencionismo extranjero, se dejan de lado para permitir la interferencia de los organismos internacionales. El problema entonces radicaría en establecer órganos internacionales que puedan vincularse con los poderes nacionales, y compatibilizar el poder internacional con el respeto a otras culturas.

Por último, tenemos el proceso de especificación. En este último proceso se especifican los titulares de derecho, donde se otorgan prerrogativas tomando en consideración a aquellas personas o grupos que se encuentren en desventaja frente al resto o en situación de vulnerabilidad.

Hasta este punto podemos hacer un recuento. Los Derechos Humanos se conforman en el tránsito al mundo moderno, al surgir la necesidad de limitar el poder del Estado Absoluto y enfrentarse a la ruptura de la unidad religiosa. Intolerancia e imposición de credos, monarcas no establecidos por el pueblo, la situación del derecho penal y procesal, son tres dimensiones que desencadena una reacción. Son estos los impulsores del proceso histórico, que para cualquier fundamentación racional no pueden perderse de vista.

En los párrafos anteriores hemos mencionado el valor de la libertad. Siendo este ensayo sobre la libertad de expresión, necesitamos decir un par de cosas antes de seguir. Primero, dignidad es el valor propio del hombre, por la cual merece un trato correspondiente a ésta. Si bien el concepto es antiguo, su incorporación al derecho positivo se produce después del holocausto. La relación entre derechos humanos y dignidad no es nueva. Habermas propone a la dignidad no como un concepto que aunque se incorpora tardíamente a la constitución de los derechos humanos, es “fuente moral de la que se nutren”⁷⁷. Los hombres, entonces, cuentan con una dignidad inherente por la sola calidad de humanos. Compartimos nuestra naturaleza humana, y es que cada uno es igualmente humano y digno de un trato como tal.

⁷⁷ Habermas, J. The Idea of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2010, págs. 105-121.

Es en esto que se fundaría el valor de la igualdad. Ciertamente cada persona tiene características que le son propias, y es por tal que la igualdad se base en aquello que subyace al accidente, postulando la sustancialidad de la naturaleza humana, tal como advierte Máximo Pacheco “esta igualdad no dice relación con las calidades accidentales de cada individuo, en virtud de las cuales cada hombre es distinto de los demás por un variado conjunto de caracteres físicos y espirituales, específicos y concretos, que, sin alterar su esencia de ser humano, se agregan a ella para constituir la condición propia, única e intransferible de cada persona humana. Los hombres son, por tanto, iguales y desiguales a la vez, vale decir, iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros”⁷⁸.

La naturaleza humana es considerada como conformada por racionalidad y voluntad. La capacidad de raciocinio nos separaría de los animales y es en lo que se basaría el poder autodeterminarse. En esto consiste el valor de la libertad humana: la posibilidad de “conducirse en la vida según sus opiniones, sin que los demás se lo impidan física o moralmente, y siempre que sea a costa de su exclusivo riesgo y peligro”⁷⁹, para utilizar la fórmula de Mill. No obstante el derecho sólo garantiza tal libertad moral. La libertad física debe distinguirse de la anterior, pues el ordenamiento jurídico no otorga al sujeto de derecho la potestad de realizar acciones irrestrictamente. Siendo la libertad moral sólo una herramienta para la consecución de un fin, las libertades pueden clasificarse respecto a los distintos fines con que se empleen. El poder establecerse en un lugar, o trasladarse de un país a otro, dentro de lo impuesto por el ordenamiento jurídico, se calificaría como una libertad individual. El poder otorgar enseñanza o aprender entraría en la clasificación de libertad de enseñanza. Trabajar donde se desee y empeñar su capacidades laborales; reunirse con las personas que se desee de acuerdo a fines comunes; asociarse permanentemente a un grupo; corresponden a libertades de trabajo, reunión y asociación, respectivamente. La libertad de conciencia y de culto es una que se encuentra fuertemente ligada aquella libertad que es el objeto del presente trabajo: la libertad de opinión y expresión.

⁷⁸ Pacheco, M. Ob. Cit, P. 183.

⁷⁹ Mill, *On Liberty*, p. 69.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

La declaración de los Derechos Humanos⁸⁰ en el artículo 19 señala que “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”.

La Constitución Política de Chile garantiza a todos los habitantes de la República: " La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deber ser de quórum calificado" (Artículo 10 No 12). La Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo de 2001 en el artículo 1 reconoce la “libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley”.

La libertad de expresar las opiniones propias ha estado permanentemente en discusión debido a los avances en las exigencias de los derechos sociales. A la vez que se debe defender la libertad de poder expresarse y mantener opiniones propias, también debe hacerse un alcance en los que respecta a su uso absoluto. Se ha utilizado ampliamente ya sirviendo de apoyo o de blanco de críticas la argumentación de Mill. Un revisionismo de los postulados de Mill no sólo nos sirve para esclarecer lo que se dice y lo que no se dice sobre la relación de la libertad del ciudadano frente a la sus pares, sino también para rescatar lo que se ha perdido y que nos servirá tanto en discusiones actuales como venideras.

⁸⁰ En 1946 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas acordó la creación de la Comisión de Derechos Humanos, la que fue presidida por la señora Eleonora Roosevelt, viuda del ex Presidente norteamericano Franklin Délano Roosevelt. "La Comisión celebró numerosas sesiones durante cerca de dos años, en las que sus miembros, que representaban a distintos Estados, plantearon puntos de vista muy diversos e incluso divergentes, inspirados en el humanismo occidental, en el marxismo y en la filosofía china. Finalmente, no obstante las notables discrepancias de opiniones existentes entre los delegados, se llegó a un acuerdo práctico sobre un Proyecto de Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual, después de prolongados debates, fue aprobado el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París. La aprobación se produjo, sin ningún sufragio en contra, por 48 votos a favor y 8 abstenciones, correspondientes a la Unión Soviética, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Yugoslavia, la Unión Sud-Africana y Arabia Saudita". Hubner, J. I. Panorama de los derechos humanos. Págs. 58- 59.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

SOPORTE BIBLIOGRÁFICO

Anderson, L. Racist Humor. *Philosophy Compass* (2015): 1–9, 10.1111/phc3.12240.

Universidad de Memphis.

Asís Roig, R. La concepción dualista de los Derechos Fundamentales. Entre la ética, la política y el derecho: Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I, 2008, p.391-406.

Bergson, H. *La Risa, Ensayo Sobre la Comicidad*. Trad. Rafael Blanco, Ed. Godot, Buenos Aires, 2011.

Brink, D. Mill's Moral and Political Philosophy. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.

Dabin, J. *El Derecho Subjetivo*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.

Debord, G. *La Sociedad del Espectáculo*. Trd. Rodrigo Vicuña Navarro. E. Naufragio, 2005.

Fiss, O. Una Libertad tanto personal como política. Artículo incluido en la edición de *On Liberty* de David Bromwich y George Kateb y traducido al español por Maria Piqué y Victoria Ricciardi. Universidad de Yale, New Haven, 2003.

Gray, j. John Stuart Mill: Interpretaciones tradicionales y revisionistas, Traducido de *Literature of Liberty*, vol. II, N° 2, abril-junio de 1979.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

Habermas, J. The Idea of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 44, 2010, 105-121.

Hieltalahti, J. Humor and Disobedience: Understanding Controversial Humor. *Filosofiska Notiser*, Årgång 3, Nr. 3, 23–44, 2016.

Leboueuf, M. *The Power of Ridicule: An Analysis of Satire*. Versión digital de la Universidad de Rhode Island, 2007.

Macleod, Christopher. John Stuart Mill. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. por Edward N. Zalta, 2018.

Mill, J. S. *El utilitarismo*, trad. Esperanza Guisán. Alianza Editorial, Madrid, 2012.

On Liberty, Boston: Ticknor and Fields, 1963.

Sobre la Libertad, trad. Josefa Sainz Pulido. Aguilar Libera los Libros, versión digital.

Mill, D. Freedom of Speech. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed. por Edward N. Zalta, 2017.

Miró Llinares, F. La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-23, pp. 1-65.

Molina, H. *Instituciones Políticas*, décima edición. Ediciones LexisNexis. Santiago 2008.

Nergelius, J. Derecho y Democracia. Trad. por Mercedes Carreras, *Revista Doxa*- 8, 309-318, 1990.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UN CASO A FAVOR DEL HUMOR DESDE LOS
PRINCIPIOS DE JOHN STUART MILL.

Pacheco, M. Teoría del Derecho (cuarta edición). Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990.

Perez Luño, E. La fundamentación de los Derechos Humanos. Revista de Estudios Políticos Nueva Época, número 35, 1983.

Sánchez Álvarez-Insúa, A. El Chiste y la Risa y su Relación con lo Social. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura, CLXXXIII 723, 103-121 ISSN: 0210-1963, 2007.

Squella, A. Introducción al Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.

Villey, M. Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

Williams, J. Lecciones de Introducción al Derecho, cuarta edición. Ediciones Fundación de Ciencias Humanas. Santiago, 1994.