

Libertad de expresión y discursos de odio en países democráticos¹

GERMÁN M. TERUEL LOZANO*

* Profesor ayudante. Doctor de Derecho constitucional en la Universidad de Murcia, doctor internacional por las universidades de Bolonia y Murcia, y colegial del Real Colegio de España en Bolonia. También ha sido asistente técnico parlamentario en el Congreso de los Diputados y en el Parlamento Europeo.

Contar con un Estado social que no sólo facilite un libre ejercicio del derecho a expresarse y a recibir opiniones e informaciones, sino que también propicie el ejercicio igual de esta libertad, es indispensable; se requiere que exista una intervención pública activa y no sólo censora, ya que el mercado de las ideas no es de competencia perfecta, analiza el autor del presente texto.

La libertad de expresión en los países democráticos: contraste de modelos

El sentido de la libertad de expresión, su razón de ser, es en buena medida contraintuitivo. El fundamento primigenio de la protección de la libertad de expresión reside precisamente en amparar al hereje o al disidente político, a aquellos que se oponían al orden establecido de valores en la sociedad. Ello ha obligado, desde sus propios orígenes, a tener que empeñarse en su justificación. El célebre discurso de John Milton, *Aeropagítica*, sigue siendo un referente y sus argumentos mantienen, con el componente divino o sin él, plena vigencia: las personas somos libres y autónomas para discernir entre el bien y el mal, entre lo bueno y lo malo, por lo que no es aceptable un Estado censor que trate a los ciudadanos como niños –algo que en la actualidad ha advertido notablemente Ronald Dworkin–.² A ello añadía su confianza en que la verdad ha de imponerse en un Estado regido por normas de justicia, idea que sería posteriormente retomada por el juez Oliver Wendell

Holmes en su voto disidente en el caso *Abrams vs. Estados Unidos* –250 U. S. 616, 1919– al formular la tesis del libre mercado de las ideas.

Actualmente se reconoce que la libertad de expresión es un pilar esencial del sistema democrático, pero también es la base para el libre desarrollo de la personalidad. Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que la ha definido como uno de los “fundamentos esenciales de tal sociedad [democrática], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”.³ Ésta se extiende no sólo a informaciones e ideas favorables sino también a otras que pueden resultar ofensivas o impactantes;⁴ sin perjuicio de que se reconozcan sus límites, entre ellos la dignidad humana, que puede justificar la sanción de expresiones que incitan o justifican el odio basado en la intolerancia.⁵

Sin embargo, cuando se trata de dar soluciones a casos concretos surgen entonces las discrepancias y resulta difícil hallar posiciones congruentes dentro de los propios ordenamien-

tos jurídicos y sobre todo respuestas generalizables en el ámbito internacional. Ello en buena medida porque el reconocimiento de la libertad depende de la configuración que de ésta pretenda cada ordenamiento, e incluso exige acercarse a la propia concepción de la democracia.

Descartando sistemas no democráticos, el constitucionalismo liberal de después de la segunda Guerra Mundial no sólo abrió la puerta a una concepción material de la democracia que superara la visión puramente formal de ella, sino que también planteó el problema de la necesidad de su protección frente a los enemigos de la propia democracia, de ahí la contraposición entre democracia abierta y democracia militante. Ahora bien, democracia abierta no tiene que significar democracia neutra o nihilista. Se puede confiar en una democracia abierta y tolerante que reconoce las libertades públicas en su mayor extensión, incluso las de los propios enemigos de la democracia, pero no neutral; es decir, que cuente con un orden de valores propio y que en ese compromiso esté dispuesta a actuar en promoción de éstos, no desde la prohibición y la limitación sino desde el estímulo de políticas que realicen los valores democráticos.

Así las cosas, en relación con el reconocimiento de la libertad de expresión en ordenamientos liberal-democráticos se suelen distinguir dos modelos: uno basado en la concepción de la libertad de expresión como libertad negativa, que es el mantenido preferentemente en Estados Unidos; y otro que la concibe como una libertad positiva en el marco de una democracia militante, el cual se asocia al modelo europeo. Si bien, a mi entender, creo que podría reconocerse un

Los límites a la libertad de expresión ante los discursos de odio y los negacionistas constituyen las diferencias en el tratamiento de los distintos ordenamientos, los cuales suponen el ejercicio de una libertad.

tercer modelo: el latino, *abierto y personalista*, que se da en países como España o Italia y que se basa en un reconocimiento de la libertad como un derecho de defensa de la propia persona para su libre desarrollo, incluso *egoísta*,⁶ limitada únicamente cuando ésta genera un daño relevante contra un bien jurídico constitucional principalmente de carácter individual, pero que al mismo tiempo no desconoce que tal libertad tiene una importancia para el orden democrático y se erige en un valor objetivo. Incluso se asume una posición activa del Estado para la remoción de obstáculos a los efectos de que cualquier ciudadano pueda tener un disfrute efectivo de ella y para estimular en el espacio público aquellos discursos que el Estado considere que contribuyen positivamente a la realización de los valores constitucionales y a la formación de una adecuada opinión pública libre.

Pues bien, precisamente los límites a la libertad de expresión ante los discursos del odio y discursos negacionistas⁷ constituyen uno de los puntos en los cuales se observan más patentes las diferencias en el tratamiento de los distintos ordenamientos de forma que, no siendo posible realizar aquí un estudio exhaustivo de la cuestión, me limitaré a esbozar algunos apuntes orientadores para afrontar en qué medida tales discursos extremos suponen el ejercicio de una libertad o el abuso de un derecho, lo cual se hará a través del prisma axiológico definido por un modelo abierto y personalista.

El daño en el discurso de odio y en el discurso negacionista

No se discute que el discurso de odio y el discurso negacionista, por el propio mensaje que pretenden difundir, resultan execrables y colisionan con los valores que deben sustentar una democracia plural. Son discursos que, movidos normalmente por intenciones espurias, buscan la exclusión y discriminación de personas y/o grupos sociales y rechazan los valores de convivencia democrática; sin embargo tal repudio, en los sistemas democráticos no militantes, no justifica *per se* su exclusión de protección constitucional. Por ello es fundamental indagar en las formas ofensivas de dichos discursos.

A este respecto creo que se hace indispensable afrontar dos cuestiones. La primera es la

necesidad de determinar cuáles son las cualificaciones ofensivas que justifican proscribir este tipo de discursos; es decir, las pautas que en abstracto justifican la limitación de la libertad, en la idea de que no todo daño va a ser suficientemente relevante para justificar un límite a esta libertad fundamental. La segunda cuestión sería identificar los elementos que en concreto permiten valorar que se ha producido ese daño.

Respondiendo a la primera de las cuestiones, considero que en un ordenamiento abierto y personalista los discursos extremos como el de odio o el negacionista pueden limitarse en atención a las siguientes *pautas ofensivas*, que posteriormente deberán ser aplicadas y valoradas en concreto a la luz de las circunstancias de cada caso:

1. *Injuria, humillación o vejación de una persona por su condición sexual, racial, o por cualquier otro aspecto discriminatorio*, aunque la ofensa se concrete a través de expresiones genéricas contra un grupo social, siempre y cuando ésta pueda reputarse atentatoria contra la dignidad de una persona determinada. En este caso el bien jurídico protegido sería la dignidad humana en sentido individual en relación con el honor de la persona. No se trata de proteger la sensibilidad individual y menos aún los sentimientos colectivos ante difamaciones genéricas a grupos sociales; lo que queda proscrito es el insulto, la vejación o la humillación de una persona, aunque ello se realice de forma indirecta denigrando o insultando genéricamente el colectivo al que ésta pertenece.
2. *Amenazas reales* con efecto coactivo suficiente para afectar la libertad individual de una persona. Tampoco han de considerarse amparados aquellos discursos amenazantes; no porque su contenido pueda parecerlo sino porque de forma efectiva, atendidas las circunstancias concretas, reviste tal efecto coactivo sobre una persona o grupo de personas (identificable). Como bien señala el profesor Fernando Rey,⁸ existe un pernicioso racismo líquido en nuestra sociedad al que hay que enfrentarse. E igualmente hay que reconocer

el *efecto silenciador* que puede tener este tipo de discursos, disuadiendo a personas o grupos sociales de que participen en el espacio público de deliberación. Sin embargo, este modo de daños es muy difuso y por ello no considero que tenga sustento suficiente para justificar un límite a la libertad de expresión. Ello no perjudica, por el contrario, que el Estado sí pueda adoptar políticas precisamente para evitar tales efectos nocivos, promoviendo discursos antidiscriminatorios y negando cualquier forma de apoyo público a los discursos de odio.

3. *Provocación que genere un peligro cierto e inminente de acciones prohibidas*. La provocación o la incitación también pueden proscribirse en atención al peligro que generan; pero ha de tratarse de un peligro real, cierto e inminente, siguiendo la clásica formulación de la jurisprudencia estadounidense. Ello implica que no se puede excluir de protección constitucional un discurso por como suene, es decir porque éste tenga forma provocadora, sino por sus efectos. La ofensividad se sitúa por lo tanto en el peligro que se genera, entendido éste como la probabilidad de que se verifique un resultado lesivo prohibido por el ordenamiento; y tal probabilidad debe ser alta (de ahí la exigencia de certeza) y además inminente. En la medida en que nos encontramos con situaciones sociales difícilmente mesurables, hay que exigir la inminencia temporal para dotar de solidez al juicio de peligrosidad. Así las cosas, si no hay certeza e inminencia, el juicio de peligrosidad abre la puerta a la arbitrariedad judicial y permite que se termine castigando un discurso porque *parezca* peligroso.

En cuanto a los resultados lesivos prohibidos por el ordenamiento jurídico debe tenerse en cuenta que odiar no cumpliría con este requisito, de tal suerte que no pueden prohibirse discursos porque infundan o generen odio. Lo que sí está prohibido son los actos violentos o discriminatorios, y por ende puede restringirse la provocación a éstos. En este mismo sentido, la creación



de un clima de hostilidad tampoco constituye en sí mismo un resultado lesivo prohibido; sería, como mucho, un resultado de peligro.

En segundo lugar, una vez definidas las pautas que en abstracto justificarían la imposición de un límite a la libertad, las cuales permiten deslindar aquellas conductas abusivas de las que quedarían amparadas como legítimo ejercicio de la libertad de expresión, faltaría por afrontar la cuestión sobre cuáles son los *criterios* que en el caso en *concreto* permiten realizar el *enjuiciamiento*. En este punto se puede tomar como referencia la Recomendación General núm. 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia para la lucha contra el discurso de odio,⁹ la cual identifica lo siguiente:

- El *contexto general* en que el discurso tiene lugar (por ejemplo, si se produce en un momento de tensiones sociales).
- La *capacidad del emisor del discurso para influir en terceros* (si se trata de un líder religioso o político).
- La *naturaleza y fuerza del lenguaje usado* (si se trata de provocaciones directas o agresivas, entre otras).
- El *contexto específico* de las afirmaciones (por ejemplo, si ha sido un discurso aislado o si se han producido en un debate).
- El *medio* usado (si se ha difundido en directo o en vivo).
- La *naturaleza* de la audiencia (si resultaba más o menos susceptible a acoger este tipo de discursos, etcétera).

Por mi parte, a ellas añadiría la *intención* con la que se difunde el mensaje. No es lo mismo si con un determinado discurso se pretende insultar o provocar, o si únicamente se estaba hablando en términos generales, sin ánimo directamente ofensivo, a un genérico auditorio.

De esta forma quedarían perfilados tanto los cánones y reglas constitucionales que justifican los límites a la libertad de expresión ante discursos de odio y negacionistas como los criterios de los cuales deben valerse los jueces para interpretar y aplicar en el supuesto en concreto tales cánones, valorando la ofensividad efectiva de cada conducta a la luz de las circunstancias del caso.

Conclusiones: propuesta de debate

La libertad de expresión no vive un buen momento en las democracias occidentales. Al tiempo que líderes mundiales se manifestaban reivindicando la libertad de expresión tras los atentados contra la revista *Charlie Hebdo*, se procesaba al humorista francés Dieudonné por hacer apología del terrorismo; y el propio papa Francisco se expresaba advirtiendo que se debe hacer un uso responsable de esta libertad y, aún más, llegaba a afirmar: “si alguien insulta a mi madre, le espera un puño, ¡es normal!”. Observamos también como las redes sociales –y en general el ciberespacio– ofrecen posibilidades excepcionales para expresarse, crean un ágora global en la que todos podemos participar; pero al mismo tiempo se han aprobado legislaciones tendientes a establecer severos límites y se han abierto sonados procesos contra usuarios

de internet por las opiniones o mensajes difundidos a través de este nuevo medio.

Ante dicha realidad quisiera lanzar tres preguntas para orientar el debate jurídico. En relación con el reconocimiento y tutela de la libertad de expresión, las preguntas serían: ¿queremos amparar sólo una libertad de expresión *responsable* desde la perspectiva jurídica?, ¿qué tipos de bienes jurídicos pueden justificar un límite a la libertad y ante qué formas ofensivas?, y ¿cómo podemos valorar y sobre la base de qué elementos de juicio podemos enjuiciar un exceso en el ejercicio de la libertad?

Por lo demás, creo que cuando se habla de la libertad de expresión tiene que entenderse la idea de que, al menos en su sentido contramayoritario, dicha libertad da protección jurídica a mensajes que son dañinos, provocadores e hirientes, por más que ello no suponga una patente de curso absoluta. Es por esto que el que se concluya que un determinado mensaje se encuentra protegido por la libertad de expresión no quiere decir que haya entonces que respetarlo o *santificarlo*. Muy al contrario: puede tratarse de un mensaje deleznable e incluso claramente nocivo, y por lo tanto frente al que haya que reaccionar como sociedad, aunque el amparo constitucional lo inmunice ante sanciones jurídicas. De ahí que en el ámbito de la libertad de expresión sea particular-

mente importante distinguir en el caso concreto la dimensión de ésta como libertad individual de su importancia objetiva para la formación de una opinión pública libre. Habrá mensajes claramente nocivos para la adecuada formación de una opinión pública libre que estarán amparados en tanto que son ejercicio de una libertad individual, pero que no han de beneficiarse de todo aquello que conlleva el reconocimiento a esa dimensión institucional.

Los equilibrios son complejos, pero a mi juicio puede convenirse que la existencia de un libre mercado de las ideas con un espacio público abierto al debate, libre aunque no libérrimo, y con un amplio reconocimiento de la libertad de expresión y de información son presupuestos ineludibles para la consolidación de una sociedad democrática plural y también para el libre desarrollo de la personalidad de cada ciudadano, porque el hombre es un ser locuaz por naturaleza y necesita comunicarse libremente. A esto añadido la necesidad de que, como Estado social, exista una intervención pública activa, no sólo censora, ya que el mercado de las ideas no es de competencia perfecta, de tal suerte que el Estado facilite no sólo un libre ejercicio del derecho a expresarse y a recibir opiniones e informaciones sino también el ejercicio igual de dicha libertad. **D**

NOTAS

- 1 El presente trabajo constituye una síntesis reelaborada de la ponencia impartida en el seminario del proyecto de investigación Protección de las minorías frente a los discursos del odio (DER2015-66189-P/Plan Estatal/Ministerio de Economía y Competitividad), celebrado en Sevilla los días 6 y 7 de octubre de 2016, con el título “Discurso del odio y discurso negacionista: ¿ejercicio de una libertad o abuso de derecho?”, la cual será publicada en una obra colectiva por la editorial Athenaica.
- 2 Ronald Dworkin, “Foreword”, en *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. v y ss.
- 3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Handyside c. Reino Unido*, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, párr. 49, disponible en <<http://bit.ly/2izBinm>>, página consultada el 23 de enero de 2017.
- 4 *Idem*.
- 5 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Erbakan c. Turquía*, Sentencia del 6 julio de 2006, apartado 56, disponible en <<http://bit.ly/2jhVBaT>>, página consultada el 23 de enero de 2017.
- 6 C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milán, Giuffrè, 1958.
- 7 Para una definición de aquello que se entiende por *discurso del odio véanse* la Recomendación R (97) 20 del Consejo de Europa sobre discurso del odio, del 30 de octubre de 1997; y la más reciente Recomendación General núm. 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio, adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia el 8 de diciembre de 2015. En cuanto a la delimitación del discurso negacionista me remito a mi obra Germán M. Teruel Lozano, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Madrid, CEPCC, 2015.
- 8 Fernando Rey (dir.), *Los derechos en América Latina: tendencias judiciales recientes*, Madrid, Editorial Complotense, 2011, 447 pp.
- 9 Recomendación General núm. 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio.