LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DELITOS DE ODIO

El discurso del odio como excusa

Joaquín Urías



Activistas por la libertad de expresión ante un cordón policial en una manifestación en Barcelona. Fotografía: Jordi Borràs

El discurso del odio parece acaparar todo el debate de la libertad de expresión desde que empezó el siglo XXI. Hasta entonces la principal preocupación había sido cómo garantizar el derecho ante los intentos de censura. Últimamente, se manifestaban con especial virulencia bajo la forma de prohibición de la pornografía o la inmoralidad y los estudiosos de la libertad de expresión se esforzaban en asegurar la libertad artística y aumentar las manifestaciones permitidas de crítica al poder. Sin embargo, con el cambio de siglo parece surgir una ola restrictiva y de pronto la mayor preocupación social no es tanto ampliar el espacio para la crítica como proteger a la comunidad frente a los discursos totalitarios o discriminadores.

Este cambio de paradigma es sorprendente. De pronto ha calado en nuestras sociedades una sensación de peligro frente a los excesos del libre discurso y los riesgos de la manipulación mediática e informativa. El público está abierto como nunca antes a prohibir la libre difusión de ideas que le resulten chocantes y perturbadoras. Crece la conciencia sobre los peligros de que cada uno diga lo que quiera; quizás, ignorando los tremendos peligros de atribuir al poder público la legitimidad de controlar qué ideas pueden circular.

Evolución histórica

La noción de discurso de odio es nueva, pero históricamente todos los sistemas jurídicos han establecido mecanismos para perseguir al discurso disidente. Quien se aparta de la verdad oficial raramente ha tenido protección a la hora de exponer y difundir públicamente sus ideas. Ni siquiera en los regímenes más garantistas de la libre expresión: en la Atenas clásica la única excepción al derecho de expresarse libremente en la asamblea eran las expresiones que ponían en duda los principios esenciales de la ciudad. En Francia, tras la Revolución, se aprueba en 1797 la orden de fusilar a quien apoyara públicamente la vuelta de la monarquía. En los Estados Unidos, una vez aprobada la Primera Enmienda entra en vigor la *Sedition Act* de 1798 que condena la apología de potencias extranjeras.

La novedad del advenimiento del discurso del odio como nuevo enemigo es que esta vez la prohibición de contradecir públicamente determinadas ideas fundacionales del sistema político aparece justificada en el respeto a valores vinculados con los derechos humanos y la dignidad.

Jurídicamente, la noción surge a partir de una recomendación del consejo de Europa de 30 de octubre de 1997. Establece que los Estados deben actuar contra “todas las *formas de expresión* que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”. La formulación misma de esta recomendación pone en evidencia lo conflictivo del asunto: la primera vez que se plantea combatir el odio ya se acepta que se ha de hacer impidiendo formular determinadas expresiones. La idea de la necesidad de frenar la propagación del odio racial y la intolerancia nace para limitar la libertad de expresión.

> La noción de discurso de odio es nueva, pero históricamente todos los sistemas jurídicos han establecido mecanismos para perseguir al discurso disidente; la novedad es que esta vez la prohibición de contradecir públicamente determinadas ideas fundacionales del sistema político aparece justificada en el respeto a valores vinculados con los derechos humanos y la dignidad

La expresión ‘discurso del odio’ es una traducción de la inglesa *hate speech*, que no tiene ninguna cabida en la teoría estadounidense de la libertad de expresión. Como se sabe, en los Estados Unidos la interpretación de su primera enmienda constitucional ha dado lugar a un sistema tremendamente permisivo en el que es inimaginable establecer límites apriorísticos a ningún discurso público.

En Europa, sin embargo, algunas de las constituciones aprobadas tras la Segunda Guerra Mundial han mantenido siempre como un límite a la libertad de expresión la propagación de ideas totalitarias, en especial las vinculadas al nazismo, y la negación del Holocausto.

Eso es, notablemente, lo que sucede en Alemania y se explica porque en el momento en que entra en vigor la Ley Fundamental de 1949 la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial está tan reciente como el apogeo del estado nacionalsocialista y el país se encuentra inmerso en un proceso de desnazificación. La Constitución, que se aprueba expresamente como una manera de superar la etapa totalitaria, configura, en esas circunstancias tan concretas, una democracia militante en la que no tiene cabida la libre difusión de ideas contrarias al nuevo modelo democrático.

La intención de superar las experiencias dictatoriales se percibe claramente en Alemania y Austria, pero también en Italia e incluso en Francia. El Consejo de Europa y, sobre todo, el mismo Convenio Europeo de Derechos Humanos surgen como respuesta al nazismo. La defensa del nazismo y sus manifestaciones racistas y antisemitas se imponen como la única excepción a una amplia libertad de expresión.

La paradoja de la tolerancia

La justificación para esta excepción se quiere encontrar en lo que se ha dado en llamar la paradoja de la tolerancia, relativa a la cantidad de libertad de expresión que pueden soportar las sociedades abiertas sin poner en riesgo su *status quo*. Escribiendo en 1945, con la experiencia nazi muy reciente, Karl Popper cree que en principio las concepciones filosóficas intolerantes deben intentar contrarrestarse mediante argumentos racionales expuestos en el libre debate, pero cuando aspiran a imponerse a través de la fuerza, reclama el derecho a no tolerar a los intolerantes. Defiende entonces que los movimientos violentos que predican la intolerancia queden al margen de la ley y se considere delictiva la incitación a la intolerancia.

Con ello, Popper formulaba desde la perspectiva democrática a la tendencia eterna del poder público a prohibir los discursos contrarios al orden establecido. Estas teorías resultan especialmente atractivas en el contexto actual en el que ideas antidemocráticas difundidas de manera populista, mediante la mentira y sin permitir el adecuado contraste, amenazan con resultar convincentes para amplias masas de población.

El riesgo de esta situación es evidente incluso sin necesidad de remontarse al nazismo. La experiencia de las masacres de Bosnia y Ruanda, en la última década del siglo XX, demuestra claramente el poder de la manipulación ideológica sobre parte de la población, que lleva incluso a provocar el intento de aniquilación masiva de otra parte. En todos estos casos los grupos sociales que tenían el poder y el control de los medios de comunicación los usaron deliberadamente para inducir al exterminio físico de sus rivales. Sin embargo, también es importante señalar que la experiencia demuestra que en estos casos hubieran resultado inútiles las medidas constitucionales restrictivas de determinadas ideologías. Este tipo de normas nunca son efectivas frente a quienes tienen el poder, que son precisamente los encargados de aplicarlas. Si el poder político y los jueces deciden qué ideas son antidemocráticas, difícilmente incluirán las entre ellas a las que ellos mismos defienden. Usarán ese poder para cercenar la difusión de ideas alternativas, pero no de las más peligrosas. Un juez nazi verá más peligro en permitir a un judío criticar a los nazis que en el

discurso de quienes piensan como él.

La difusión interesada de ideas discriminatorias es un riesgo cierto para nuestras sociedades, pero su prohibición jurídica no es la solución de nada.

De hecho, los riesgos para el pluralismo de la idea de discurso de odio son muy superiores a sus eventuales beneficios. La definición del Consejo de Europa de 1997 antes citada busca perseguir a quien deliberadamente fomente el racismo y la xenofobia, pero también “toda forma de intolerancia”. Como la intolerancia es un concepto subjetivo (siempre la vemos en el contrario, nunca en las posiciones propias) esta cláusula general permite perseguir cualquier idea que los poderes públicos consideren radical. Algo parecido sucede con la Decisión Marco 2008/913/JHA del Consejo Europeo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, que es la norma fundamental al respecto. La Unión Europea se refiere aquí a la necesidad de castigar “la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”. Al odio racial y la xenofobia se le añade ahora el odio religioso. Esto abre una puerta peligrosa.

> La difusión de ideas discriminatorias es un riesgo para nuestras sociedades, pero su prohibición jurídica no es la solución de nada. Los riesgos para el pluralismo son muy superiores a sus eventuales beneficios

La vinculación entre raza y religión, aunque pueda explicarse en un contexto de crecimiento de la islamofobia y el antisemitismo, supone un cambio cualitativo: si inicialmente se perseguían discursos de rechazo a la naturaleza propia de las personas, definida en su raza u origen, ahora también se combate el rechazo a las creencias ajenas. Sin embargo, mientras que el odio racial niega la esencia del ser humano, la animadversión contra las creencias ajenas puede basarse en una disidencia ideológica. No se puede discrepar de que alguien sea persona por el color de su piel, pero sí es legítimo discrepar en torno a la existencia de determinado dios. El centro de gravedad del discurso del odio deja de estar en la dignidad humana y pasa a integrar una idea difusa de tolerancia por la que no es aceptable ningún discurso extremo. Ya no se trata de combatir la discriminación sino de un supuesto derecho a no ver las propias ideas confrontadas de manera radical.

La situación en España

En España, los fundamentos constitucionales de la libertad de expresión son diferentes al resto de Europa occidental. La transición española a la democracia, sin ruptura jurídica con la dictadura, se construye sobre la base de que en nuestra sociedad tienen cabida todas las ideas, incluso las totalitarias. En nuestro sistema democrático, construido en el último

cuarto del siglo XX, las ideas no pueden calificarse de dañinas. Ha quedado de manifiesto cuando la cuestión se ha planteado ante nuestro Tribunal Constitucional tanto desde la perspectiva de la posibilidad de apología de determinadas ideas -en especial las vinculadas a actos terroristas- como de prohibir el negacionismo o la banalización del Holocausto.

Respecto al terrorismo, concluyó que la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos. Por lo que atañe al espacio disponible para opinar sobre el Holocausto judío se ha limitado a introducir algunas precauciones. No cabe perseguir la mera negación del Holocausto, pero sí afirmaciones con connotación racista y antisemita que supongan una incitación antijudía. En cuanto insultos, constituyen un atentado al honor si se efectúan en descrédito y menosprecio de las víctimas. Por ello, pueden castigarse penalmente mensajes racistas que hacen apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, en cuanto impliquen además insulto o humillación de las víctimas.

> La idea de discurso de odio también ha calado en nuestro sistema bajo la categoría de incitación indirecta, que alude al discurso que provoca el rechazo de determinados grupos creando el peligro de generar un clima de violencia y hostilidad

Así, nuestra Constitución establece una clara distinción entre lo que prohíbe o permite la ley y lo que es digno de respeto para la “moral cívica de una sociedad abierta y democrática”. Hay ideas que no pueden merecer una sanción legal, pero que, aun así, repelen a la moral democrática. Aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos. admite en su artículo 17 excepciones a la libertad de expresión, cuando esta se use contra los valores emanados de los derechos humanos, en el régimen español de 1978 no hay ninguna excepción similar y no cabe limitar la libre expresión por tal motivo. En el mundo de las ideas no es posible prohibir ninguna, en tanto no causan un daño efectivo e inmediato. En cambio, los contenidos comunicativos que se emiten para causar un daño a otra persona -ya sea directamente mediante el insulto o la amenaza, ya mediante la incitación a terceros- no forman parte de la libertad de expresión que se limita a asegurar la libre circulación de ideas relevantes aptas para abrir debates sociales sin incidencia directa sobre la realidad.

En cualquier caso, la idea de discurso de odio ha calado también en nuestro sistema. Lo ha hecho bajo la forma de la categoría ‘incitación indirecta’, que alude al discurso que provoca el rechazo de determinados grupos creando un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación. Con esta idea, España ha desarrollado la decisión marco europea en un artículo del código penal, el 510 bis, que llega a castigar el mero fomentar el odio. Puede, además, dirigirse contra alguien no sólo por su pertenencia a un grupo sino incluso por su ideología o

creencias. En definitiva, se penaliza a quien incrementa el odio contra cualquier otra persona.

Esta formulación ha convertido a nuestro sistema en un perfecto laboratorio sobre los riesgos de la idea de discurso de odio. La decisión acerca de si una idea expresada en público es o no susceptible de crear odio de un modo suficientemente relevante como para merecer el reproche penal sólo puede alcanzarse desde los propios valores ideológicos del juez que lo valore. Una vez que desaparece el enunciado estricto de los motivos y se persigue el mero hecho de fomentar cualquier tipo de odio el juzgador no tiene otro elemento de valoración que la propia ideología de la que difícilmente se puede desprender. Eso vale también para el Tribunal Constitucional.

En 2015, el TC castiga a unos independentistas catalanes por quemar una foto oficial de los reyes. Lo justifica en que "quemar públicamente el retrato de los monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y de odio". Es decir, que utiliza la de delito de odio, surgida inicialmente para proteger a categorías especialmente vulnerables de población acaba utilizándose para limitar la libertad de expresión de quienes expresan su rechazo al sistema político vigente.

Un año después, el TC ampara la condena a un político vasco por colocar, durante un homenaje público, unas flores sobre el retrato de un terrorista fallecido treinta años atrás. Lo justifica en que el mero hecho de participar en el homenaje fue una expresión de odio basado en la intolerancia. Y lo argumenta en que se trataba de un acto de nacionalismo agresivo con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos como demuestra el hecho de que con ambigüedad calculada se habló de un supuesto conflicto con el Estado. En ese punto, el odio se identifica a través de los posicionamientos ideológicos de un Tribunal que no ve ningún conflicto con el estado ni comparte ese nacionalismo que le parece agresivo. En definitiva, el discurso de odio es utilizado en los tribunales para castigar ejercicios ideológicos disidentes de las ideas defendidas por el poder público, antes que para evitar la discriminación de colectivos vulnerables.

> El discurso de odio es utilizado en los tribunales para castigar ejercicios ideológicos disidentes antes que para evitar la discriminación de los colectivos vulnerables

No se trata de un problema anecdótico ni de una peculiaridad española. Ontológicamente, la idea de discurso del odio se sustenta en la persecución del disidente y la imposición de determinados valores como verdad indiscutible. El hecho de que la determinación de cuáles son esos valores corresponda exclusivamente a los poderes del Estado es una consecuencia inexcusable. Gracias a esta figura los poderes públicos pueden decidir qué valores resultan imprescindibles a su parecer para asegurar la convivencia y están legitimados para prohibir las manifestaciones contrarias a ellos.

A estas alturas, sin embargo, la noción ha triunfado de tal manera en nuestras opiniones públicas y legislaciones que resulta difícil acabar con ella radicalmente.

Reducir los límites a la libertad de expresión

Para reconducir la situación en cierto modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está desarrollando una jurisprudencia cada vez más restrictiva de las limitaciones posibles a la libertad de expresión, consciente de los peligros que entraña para la libertad de expresión la tendencia de muchos Estados europeos a calificar como “discurso del odio” cualquier expresión ideológica contraria a las opiniones y los valores mayoritarios.

Ya en 2009 intentató reconducir el concepto reinterpretando que se refiere a formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través de la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante. Es decir que se persiguen sólo los discursos que provocan hostilidad social contra colectivos especialmente vulnerables. En 2015, ante el caso de un líder político turco condenado en Suiza por negar el genocidio armenio y presentarlo como una mentira internacional, el Tribunal señala que supuso un intento de las autoridades suizas de imponer un único modo de pensar y de castigar las opiniones disidentes, pues no se incluían expresiones insultantes y se trataba simplemente de abrir una discusión sobre cuestiones políticas

En 2018, en el asunto de unas cantantes punk condenadas en Rusia por odio religioso a causa de la vestimenta, los pasamontañas, sus movimientos corporales y el violento lenguaje utilizado en una actuación no autorizada en el interior de una catedral. El tribunal acepta entonces que, dado que dicho comportamiento tuvo lugar en una catedral, ciertas personas pudieran haberlo encontrado ofensivo. Sin embargo, entiende que ello no basta para apreciar incitación al odio; sería necesario acreditar que los actos juzgados podían interpretarse como un “llamamiento a la violencia o como justificación de la violencia, el odio o la intolerancia” y constatar que, por ello, “pudieran haber tenido consecuencias perjudiciales”. Ese mismo año desautorizó la sentencia española sobre la quema de retratos reales señalando que se enmarcaba en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés público. Los actos comunicativos eran expresión de un rechazo de la monarquía como institución, lo que se enmarca en el ámbito de la crítica o disidencia política. Intentar restringir la libertad de expresión en casos como este, aplicando de manera extensiva la excepción de discurso del odio, supondría una limitación excesiva que no puede aceptarse en una sociedad democrática.

> No se puede perseguir la mera emisión de ideas distintas de las mayoritarias ni las meras expresiones de odio. Mientras nuestros tribunales no asuman que una idea jamás puede causar un daño en sí misma ni, por tanto, prohibirse, habrá un espacio para que los poderes públicos silencien las opiniones incómodas

Así, se empieza a imponer limitación a la capacidad de los Estados de, bajo la excusa del discurso del odio, limitar la libertad de expresión de quienes defienden ideas disidentes. Esta limitación se sustenta en dos frentes: de una parte, limitar los delitos de odio a aquellos se dirigen contra un sector vulnerable de la población. De otra parte, en esos casos sólo pueden castigarse los discursos con relevancia pública si crean un peligro inminente de discriminación de tales grupos. No se puede perseguir la mera emisión de ideas distintas de las mayoritarias, ni tampoco las meras expresiones de odio. El odio es un sentimiento legítimo, que puede expresarse libremente siempre que no se haga con la intención de provocar inmediatamente la discriminación de un colectivo vulnerable.

Esa parece una línea adecuada para mitigar las amenazas más inmediatas contra la libre expresión. Sin embargo, el sistema europeo sigue pagando el contradictorio peaje de su pecado original. Mientras se mantenga la excepción del nazismo y la negación del Holocausto como ideas prohibidas seguirá existiendo una grieta por la que puede colarse la represión del disidente. Mientras nuestros tribunales y textos jurídicos no asuman que una idea jamás puede causar un daño en sí misma ni, por tanto, prohibirse, habrá un espacio para que los poderes públicos silencien las opiniones incómodas.



Joaquín Urías

Joaquín Urías és professor de Dret Constitucional a la Universitat de Sevilla i exlletrat del Tribunal Constitucional durant el període 2004-2010. Doctor en Dret, les seves línies d'investigació s'han centrat especialment en l'estudi dels drets fonamentals i de la llibertat d'expressió, qüestions sobre les quals ha escrit nombrosos articles i llibres, entre els quals *Jurisprudencia constitucional sobre libertad de información*, *La tutela frente a leyes* o *Lecciones de derecho de la información*. El 2010 va ser nomenat director per la Unió Europea del projecte EURALIUS per a la reforma i consolidació de el sistema judicial d'Albània. Ha participat en nombrosos projectes de cooperació internacional, essencialment amb refugiats, a Indonèsia, Geòrgia, Benín, Mèxic, Costa d'Ivori, Haití o Turquia, entre altres països. Col·labora freqüentment com a articulista i expert en diversos mitjans de comunicació.