



**DISCURSOS
EXTREMOS Y
LIBERTAD**

DE
EXPRESIÓN:
AMPARAR
NO ES
SACRALIZAR

**GERMÁN M.
TERUEL LOZANO**

La libertad de expresión se enfrenta hoy a nuevos enemigos. Por un lado, están aquellos que, con la excusa de proteger la democracia, pretenden eliminar los discursos que no les gustan. Por otro, quienes la utilizan de forma irresponsable para ofender o envilecer el orden democrático.

Porque son los libros semejantes a manjares y viandas: unos de buena, otros de mala calidad; y Dios, con todo, en la visión no apócrifa, dijo sin excepción: Levántate, Pedro, mata y come; a la discreción de cada hombre dejando que eligiere.

Los manjares sanos para un estómago viciado poco o nada difieren de los insanos; y los mejores libros no son inexplorables para la mente perjudicada, a veces son un mal. Difícilmente de manjares malos se derivará buen pedazo, incluso mejor guiso; pero se advierte aquí una diferencia en los libros malos, y es que para el discreto, inteligente lector, servirá en varios modos para recelar, impugnar, ilustrar y prevenir.
John Milton, *Areopagítica*, 1644.

La esencia del fanatismo reside en el deseo de obligar a los demás a cambiar.
Amos Oz, *Contra el fanatismo*, 2003.

¿POR QUÉ PROTEGEMOS DISCURSOS EXTREMOS?

La libertad de expresión se recoge desde las primeras cartas de derechos como una libertad fundamental y, hoy día, su protección se recono-

ce como imprescindible en cualquier sociedad democrática libre. Sin embargo, en un momento de crisis en el que se extienden movimientos políticos con discursos extremos que cuestionan los valores democráticos de convivencia y en el que las sensibilidades identitarias están a flor de piel aparecen dudas sobre hasta dónde debe protegerse la libertad de expresión. Recientemente en España hemos tenido polémicos ejemplos que han terminado judicializados: Willy Toledo, por ofensas a los sentimientos religiosos; los autobuses de HazteOír con sus mensajes discriminatorios; o los tuits de César Strawberry en los que ironizaba con atentados terroristas. De un lado, declaramos la importancia de esta libertad pero, por otro, cuesta justificar que tales discursos extremos merezcan protección constitucional. Y es que quizá la libertad de expresión sea una de las más contraintuitivas, aquella que necesita una mayor explicación sobre su sentido último.

Desde sus orígenes la libertad de expresión se proclamó para amparar a aquellos que se rebelaban frente al orden de valores sociales imperante en cada momento: el hereje o el disidente político, el provocador o el sátiro. Así, los primeros escritos modernos de Locke o Voltaire apelaron a superar la barbarie de

la intolerancia que llevaba a castigar a quienes tuvieran creencias distintas: “a menos dogmas, menos disputas; y a menos disputas, menos desgracias”, escribía Voltaire en el siglo XVIII. O, previamente, en el año 1644 Milton publicaba su discurso contra la censura, donde sostenía que debía dejarse que la verdad se confrontara con la mentira para que aquella demostrara su superioridad. Unas tesis que luego inspirarían al propio John Stuart Mill o al célebre juez O. W. Holmes, que formuló su teoría del libre mercado de las ideas. No han sido las únicas justificaciones que han avalado el reconocimiento de esta libertad: esta también se ha reconocido como esencial para el autogobierno democrático (Alexander Meiklejohn) y se ha destacado su importancia legitimadora de las instituciones políticas (John Rawls). Si bien, como advierte Ronald Dworkin, además de estas justificaciones instrumentales que tratan de demostrar por qué la libertad de expresión es buena para otros fines, habría otra justificación que ve en esta libertad un valor en sí constitutivo y que se relaciona directamente con la autonomía individual: las personas son libres de elegir y de formarse su propio criterio sin interferencias del Estado y han de poder expresar sus ideas, por muy erróneas que sean, sin ningún género de coacción.

Y es precisamente esta última justificación la que pone de relieve la principal dimensión de esta libertad como un derecho de defensa de la persona, para que esta pueda desarrollarse autónomamente sin interferencias ajenas. De ahí que, por mucho que reconozcamos también en esta libertad una dimensión objetiva en relación con el pluralismo y un valor instrumental como presupuesto de la opinión pública libre necesaria en toda democracia, estas facetas no pueden fagocitar a la primera, justificando medidas censoras en aras de proteger a la propia sociedad democrática. Hoy día, precisamente, se da la paradoja de que puedan tornarse en “enemigos” de la libertad de expresión aquellos que buscan proteger la democracia frente a los enemigos de esta: es decir, quienes promueven o aceptan medidas restrictivas antiliberales con la excusa de defender la propia democracia. No quiere decirse con ello que la libertad de expresión sea absoluta, pero sí que debe asumirse que la misma va a amparar discursos aun cuando provoquen un cierto daño u ofensa, aunque no cualquier daño. Por ello conviene explorar con más detenimiento cuáles pueden ser y qué razón tienen los límites a esta libertad.

LOS DIFUSOS CONFINES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

¿Hasta dónde hay que soportar los discursos que nos ofenden o que extienden el virus de pensamientos

antidemocráticos? Resulta difícil dar una respuesta precisa a esta pregunta y menos aún con vocación universal. En general, hay un sustrato común en cualquier ordenamiento democrático que lleva a aceptar que bienes de base personalista como el honor o la intimidad pueden suponer un límite a la libertad de expresión. En particular, la libertad de expresión no puede amparar un “derecho al insulto”, como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional. Al concretar qué se considera insultante y qué no, la jurisprudencia ha advertido que la libertad de expresión comprende la crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una ‘sociedad democrática’” (STC 174/2006, de 5 de junio). Igual que tampoco pueden tolerarse las amenazas, pero para que se tengan por tales no solo deben “sonar” mal, sino que ha de apreciarse un auténtico efecto coactivo.

Más difícil es trazar la línea de la palabra protegida cuando nos encontramos con discursos extremos, aquellos que pretenden extender el virus de pensamientos que repugnan a los valores democráticos: discursos discriminadores, apologetas del terrorismo, fundamentalismos religiosos, negacionistas o justificadores de graves crímenes, o incluso los que atacan a las propias instituciones. A este respecto, en las democracias modernas hay ordenamientos, especialmente los que se construyeron sobre las cenizas de la Segunda Guerra Mundial, que tienen muy presente la necesidad de protegerse frente a sus enemigos. Estas democracias llamadas “militantes” asumen con facilidad poder excluir del ámbito de protección de la libertad de expresión aquellos mensajes que contradigan los pilares básicos del orden democrático. Sin embargo, democracias de corte más liberal e individualista, como la estadounidense, o de signo abierto y personalista, como la española, que reconoce la “libertad” y el “pluralismo político” como valores superiores, deberían ser más reticentes a este tipo de límites. En el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque tiene un signo “militante”, el Tribunal Europeo ha esbozado una línea bastante nítida que sirve como mínimo común denominador: este tipo de discursos solo han de castigarse cuando impliquen una provocación a la violencia o a la hostilidad, valorando toda una serie de elementos (contexto, tenor del mensaje, autor...). Un estándar que ha asumido el Tribunal Constitucional, como demuestra su reciente sentencia en el caso Strawberry, donde ha anulado la condena impuesta por el Supremo, o la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, que declaró

parcialmente inconstitucional el delito de negacionismo del genocidio en la parte que castigaba la pura negación sin que se diera una incitación. La consolidación de esta doctrina supone sin lugar a dudas un avance en la protección de la libertad de expresión, aunque, por mi parte, apostaría por acercarnos aún más al test formulado por la jurisprudencia estadounidense que exige que para restringir la libertad tenga que constatarse un peligro “cierto e inminente” de actos ilícitos como consecuencia de la difusión del correspondiente mensaje.

A mayores, cuando las críticas vayan dirigidas contra instituciones públicas, el Tribunal Europeo obliga a reconocer un margen de protección a la libertad de expresión aún mayor. Una doctrina que tuvo que ser recordada hace poco a los tribunales españoles que habían condenado por la quema de los retratos de los reyes en el caso Stern Taulats y Roura Capellera, resuelto finalmente por el Tribunal Europeo a favor de la libertad de expresión.

Ahora bien, en la proscripción de discursos discriminatorios, más allá de los casos antes mencionados en los que hay una incitación al odio o a la violencia, se trata de buscar también en su carácter degradante o humillante del correspondiente grupo social. Quienes así lo ven entienden que estaría justificado castigar estos discursos porque ofenden la dignidad en abstracto de los grupos afectados, como una suerte de injuria colectiva, e, incluso, hoy día ciertos sectores académicos han formulado tesis que advierten de que la extensión de estos discursos discriminatorios conlleva un “efecto silenciador”, excluyente de los miembros de grupos especialmente vulnerables y que, por ende, la garantía del pluralismo exige limitarlos. Hay que preservar a estos grupos sensibles de la crítica para que no se sustraigan del debate público, se dice. De hecho, resulta llamativa la gran acogida que tienen estas restricciones entre el actual pensamiento de izquierdas, más preocupado por las identidades que por la defensa de la libertad. En sentido similar, con respecto a los sentimientos religiosos, son precisamente los sectores conservadores quienes presentan a estos como un ámbito especialmente íntimo que también se debe proteger con particular intensidad frente a ejercicios mordaces o hirientes de la libertad de expresión. Dos tendencias políticas contrapuestas pero que convergen en su orientación antiliberal. Pues bien, a este respecto, el Tribunal Constitucional ha avalado que se expulsen del ámbito de la libertad de expresión mensajes xenófobos o discriminatorios aunque fueran dirigidos contra un grupo y no se tratara de insultos a una persona concreta (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 12 de enero). En cuanto a los ataques

a los sentimientos religiosos, no hay jurisprudencia constitucional específica pero el Tribunal Europeo ha admitido la necesidad de estos límites cuando las expresiones pudieran herir gravemente los mismos (entre otras, asunto Otto-Preminger-Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994). Por mi parte creo que hay que ser especialmente cauteloso a la hora de legitimar límites a la libertad de expresión basados en la mera ofensa a sentimientos, del tipo que sean, o de admitir el castigo de injurias colectivas para proteger una abstracta dignidad humana que trasciende al honor de las personas, porque abren una peligrosa pendiente resbaladiza.

En cualquier caso, a la luz de lo visto, puede concluirse que existe una doctrina constitucional suficientemente consolidada que afirma con convicción un amplio espacio de protección a la libertad de expresión, lo que contrasta sin embargo con las noticias que de ordinario nos asaltan con juicios en los que se persiguen a tirtios y troyanos por haber manifestado unas opiniones u otras, ora cagándose en los dogmas de una determinada religión, ora por haber cuestionado las sacrosantas creencias de la ideología de género, por ejemplo. Para comprender cómo es posible esto hay que descender a conocer la legislación actual en nuestro país.

UNA “INVOLUCIÓN” LEGISLATIVA Y NUEVOS FANTASMAS

En el año 1995 nació el conocido como Código penal de la democracia. Desde la perspectiva de los delitos de opinión, es decir, aquellos que castigan conductas que a priori pueden ser ejercicio de la libertad de expresión, supuso evidentes avances, pero insuficientes. Como se ha dicho, habría un ámbito de delitos cuya legitimidad en principio no se discute. Serían las injurias y calumnias y las amenazas. Además, el Código de 1995 restringía el castigo de la apología como una forma de auténtica provocación. Sin embargo, todavía se mantenían vestigios poco liberales como los delitos que en aras de proteger el prestigio de las instituciones castigan las calumnias o injurias al rey y a ciertos miembros de su familia (art. 490.3 y 491 Cp.), a los órganos parlamentarios (art. 496 Cp.), al gobierno y a otras instituciones, así como al ejército y a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (art. 504 Cp.), y los ultrajes a España o a las autonomías y sus símbolos (art. 543 Cp.). Es cierto que este tipo de delitos son comunes en el resto de democracias de nuestro entorno, pero la mencionada doctrina del Tribunal Europeo ha ido obligando a su revisión, al menos para rebajar las penas si es que no se quiere apostar por su plena derogación, una tarea todavía pendiente para nuestro Legislador.

Asimismo, tampoco se han reformado los delitos contra los sentimientos religiosos, que también previó el Código de 1995 aunque con una pátina democratizadora para distanciarlos de los antiguos delitos de blasfemia. Ahora el bien jurídico protegido ya no es la religión y sus dogmas en sí, sino los sentimientos de los creyentes (art. 525 Cp.), lo que no deja de presentar dudas de constitucionalidad, como se ha visto en el reciente proceso, finalizado en absolución, a las “cofrades” que organizaron la procesión del “coño insumiso”.

También se incorporaron de nuevo cuño en el año 95 delitos que venían a castigar el conocido como discurso del odio o discriminatorio contra determinados grupos sociales (art. 510 Cp.) y el negacionismo del genocidio (antiguo art. 607.2), que, según se ha dicho, fue declarado parcialmente inconstitucional. Hay que señalar que estos delitos han adquirido gran “prestigio” democrático en los últimos tiempos como mecanismo para combatir la expansión del racismo y la xenofobia. Cuentan, sin embargo, con una estructura que recuerda demasiado a delitos existentes en regímenes fascistas como el antiguo delito de provocación al odio entre clases sociales usado para reprimir a los disidentes marxistas. De hecho, y aunque hayan sido pocas las condenas por estos delitos, son unos de los que más se invocan para tratar de criminalizar a los adversarios. Una prueba evidente de ello fue la tramitación legislativa de su reforma en el año 2015: unos grupos parlamentarios pedían el castigo expreso de la apología del franquismo, otros las expresiones antiespañolistas, igual que también hubo quien predicó castigar la catalanofobia. Un debate que todavía sigue dando juego, y recientemente el gobierno ha vuelto a proponer castigar la apología del franquismo. Si mañana ganara la extrema derecha, ¿castigaría también las loas a los regímenes comunistas?

Así las cosas, a lo largo de estos años, lejos de haberse ido depurando el Código penal de estos delitos, en el año 2000 se introdujo uno nuevo especialmente problemático: el enaltecimiento del terrorismo (art. 578 Cp.), que ha justificado innumerables condenas y cuya aplicación expansiva ha tenido que ser contenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia al caso Strawberry y, previamente, en la STC 112/2016, de 20 de junio.

Aún más, los nuevos fantasmas resultan todavía más preocupantes si se va más allá del Código penal y se observa la legislación administrativa que sanciona discursos discriminatorios. Esta tendencia empezó en el ámbito audiovisual y en el deportivo y ahora se extiende con carácter general, siendo las leyes de protección a los colectivos LGTBI+ un ejemplo de ello.

Se deja en manos de autoridades administrativas o de pretendidos órganos independientes decidir sobre los límites a la libertad de expresión, valiéndose de tipos sancionadores poco determinados y que permiten la imposición de severas multas, con un claro menoscabo de las garantías constitucionales.

Todo ello al tiempo que en el ámbito digital los poderes públicos delegan en las redes sociales para que estas ejerzan una fuerza “censora” que las mantenga limpias de contenidos indeseables. Para que sea ilícito un mensaje ha de ser un juez el que así lo decreta en un proceso con todas las garantías. Pero ¿el formulario para “recurrir” cuando Twitter bloquea una cuenta cumple con los estándares garantistas de la libertad de expresión? ¿En qué posición queda el bloqueado? Recientemente un tribunal italiano ordenaba a Facebook reabrir la página de una asociación filofascista, CasaPound, para salvaguardar el pluralismo político, y en nuestro país ha sido Vox quien anunció que acudiría a los tribunales como “víctima” de bloqueos por redes sociales.

AMODO DE CONCLUSIÓN: AMPARAR NO ES SANTIFICAR

La libertad de expresión se enfrenta hoy a nuevos enemigos. Y si enemigos son de cualquier libertad aquellos que la usan de forma irresponsable para ofender a otros o para envilecer el propio orden democrático de convivencia, también se tornan en enemigos de ella quienes, con un cierto grado de hipocresía, muestran su mayor sensibilidad y reclaman la censura frente a quienes cuestionan el modo de vida o los valores que han elegido compartir de forma individual o como parte de un grupo, mientras que ensalzan el sacrosanto valor de la libertad de expresión cuando son los “propios” quienes con furibundos discursos exponen sus críticas hacia los “otros”. Y, en este punto, son los líderes políticos y las mayorías parlamentarias los que se encuentran especialmente desnortados, recayendo en los jueces la labor de contener la apuesta expansiva por este tipo de restricciones.

En muchos casos parece que no se comprende que la libertad de expresión exige tolerar un cierto nivel de basura, que el odio a un determinado colectivo o hacia un dogma, y su expresión pública, no se pueden censurar jurídicamente. Que el buen o mal gusto de una expresión no es parámetro que nos permita restringir esta libertad. De tal manera que solo cuando hubiera un insulto evidente a una persona o una amenaza auténticamente coactiva, o cuando se provoque a actos ilícitos generando un peligro cierto e inminente, puede estar justificado limitar jurídicamente la libertad de expresión.

Ahora bien, amparar no quiere decir santificar. Significa, desde la perspectiva constitucional, renunciar a su castigo. Pero un Estado social y democrático como el nuestro no tiene que mantenerse equidistante ante discursos que repugnan a su orden de valores. Nuestras democracias no son neutrales axiológicamente. El valor igualdad o la prohibición de discriminación, así como la plena integración de las personas en “la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 de la Constitución española), deben ser salvaguardados por el Estado. Y son muchas las políticas públicas que con tal fin pueden emprenderse sin necesidad de restringir la libertad de expresión. Si se detecta que ciertos colectivos pueden estar “silenciados”, bien pueden los poderes públicos favorecerles importantes altavoces, como son los programas en la televisión pública, por poner un ejemplo.

Del mismo modo, los medios de comunicación son especialmente importantes para garantizar la fortaleza de la opinión pública ya que siguen siendo un filtro fundamental. A ellos corresponde, en lugar de señalar lo patológico o al estridente, apostar por quienes aportan serenidad al debate.

E, igualmente, en un mundo de redes sociales tenemos que asumir que siempre existirán miserias morales y personas que pretendan lanzar al vuelo ideas odiosas, las cuales encontrarán además palmeros que les den impulso. Pero no seamos nosotros quienes colaboremos. En ocasiones, ante un exabrupto no hay mejor respuesta que la mayor indiferencia. El clásico “no ofende el que quiere, sino el que puede”.

De esta manera demuestra una sociedad su madurez, una mayoría de edad que le permite vivir en libertad, capaz de generar sus propios anticuerpos ante estos discursos extremos sin necesidad de recurrir al arma censora del Estado. Porque, al final, como nos enseñara John Stuart Mill en *Sobre la libertad*: “Si la civilización ha prevalecido sobre la barbarie cuando la barbarie dominaba el mundo, es excesivo abrigar el temor de que la barbarie, una vez vencida, pueda revivir y conquistar la civilización. Para que una civilización pueda sucumbir así ante su enemigo vencido necesita haber llegado a un tal grado de degeneración que ni sus propios sacerdotes y maestros, ni nadie, tenga capacidad ni quiera tomarse el trabajo de defenderla. Si esto es así, cuanto antes desaparezca esa civilización mejor. No podría sino ir de mal en peor, hasta ser destruida y regenerada (como el imperio de Occidente) por bárbaros vigorosos.” —