

DE LA TENSION ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DELITOS DE ODIO EN CAMPAÑA ELECTORAL

Por Tania García Sedano

Doctora en Derecho. Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Madrid. Profesora Asociada de la Universidad Carlos III de Madrid



Cada vez es más necesario hacer una reflexión entre las tensiones que en la sociedad actual dimanan de la protección de la libertad de expresión y de la necesidad de luchar contra el discurso de odio. Desde luego, uno de los momentos más delicados son, sin duda, los períodos electorales¹.

La premisa fundamental es que la libertad de expresión debe ser considerada desde su naturaleza de derecho fundamental, vinculado con la dignidad humana, subrayando su protagonismo en la práctica democrática² que debe servir para la protección de las minorías y de los vulnerabilizados.

En ese sentido, la libertad de expresión, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH): "constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona³" y así adquiere singular relevancia durante una campaña electoral.

No podemos olvidar que la libertad de expresión garantiza la libre manifestación de la voluntad popular. Es decir, el ejercicio de la libertad de expresión, el derecho al sufragio activo y al sufragio pasivo son interdependientes en la elección de los poderes del Estado (legislativo y ejecutivo).

1. STEDH Asunto Fábér c. Hungría, de 24 de julio de 2012.

2. STEDH Asunto Lingens c. Austria, de 8 de julio de 1986.

3. STEDH Asunto Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

Es más, la importancia de la libertad de expresión continúa una vez concluido el período electoral pues ésta mantiene su trascendencia en el desarrollo de la actividad propia del sistema político. En ese sentido, el TEDH ha señalado que "preciosa para cada persona, la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario exigen que el Tribunal lleve a cabo uno de los controles más estrictos⁴, aunque también ha señalado que: "la Corte recuerda que es de crucial importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir palabras susceptibles de fomentar la intolerancia"⁵.

Los problemas prácticos surgen cuando se evidencia que la protección de la libertad de expresión no se limita a ideas o informaciones políticamente correctas o colectivamente consensuadas, sino que también ampara discursos odiosos que contienen expresiones de tono ofensivo, procaz o irrespetuoso que no sólo no son compartidas por la mayoría sino que nos generan un profundo rechazo fundamentalmente cuando tienen por destinatarios a los colectivos más vulnerabilizados de nuestras sociedades.

Pero en las sociedades democráticas, la tolerancia y el respeto, desde la más absoluta discrepancia, exigen también que se den cabida a opiniones, informaciones o ideas que "chocan, inquietan u ofenden al Esta-

4. STEDH Asunto Castells c. España, de 23 de abril de 1992.

5. STEDH Asunto Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009.

do o a una fracción cualquiera de la población⁶. Como ha establecido el TEDH: "Es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión"⁷ y ello porque el pluralismo político de las democracias lo exige". En cualquier caso, aunque para la moral cívica de una sociedad democrática no toda idea que se exprese será, por sí misma, digna de respeto⁸, debe ser tolerada y protegida si está dentro de los límites constitucional y legalmente permitidos.

En ese sentido, no puede obviarse el riesgo, indeseable en cualquier Estado que se precie de ser democrático, de que el derecho penal pueda llegar a constituir un factor disuasorio del ejercicio de la libertad de expresión⁹. Por ello, a las normas penales se las acota la posibilidad de invadir el contenido esencial de este derecho fundamental.

Ahora bien, el ejercicio de la libertad de expresión, como el de cualquier derecho, cuenta con límites. El propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 10.2, establece que el ejercicio de la libertad de expresión supone la asunción de "deberes y responsabilidades"¹⁰ y podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática.

6. STEDH Caso Otegui Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011.

7. STEDH Asunto Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

8. STC 235/2007 de 7 de noviembre, FJ 4º.

9. SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; STEDH caso Castells c España, de 23 de abril de 1992. La circunstancia de que alguien pueda ser sospechoso de haber cometido un delito conectado con la libertad de expresión puede llegar a producir lo que el TC y el TEDH denominan *chilling effect* y cuya consecuencia más grave sería la autocensura.

10. Estas limitaciones deberán ser objeto de interpretación restrictiva. En cuanto al contenido de su necesidad, el TEDH lo ha interpretado 6,35 como una necesidad imperiosa y proporcionada al objetivo legítimo perseguido. Por último, los motivos siempre deberán ser pertinentes y suficientes.

Como veremos, pese a la aparente claridad del análisis no es una cuestión sencilla y es que, como ocurre a la hora de valorar cualquier conflicto de derechos, la fijación de los límites a la libertad de expresión requiere aplicar un juicio de proporcionalidad y ponderación en el que se calibren los valores, bienes jurídicos y derechos presentes, como forma indispensable de concluir si es predicable la protección constitucional o no de las expresiones objeto de ponderación y proporcionalidad.

En este caso, además, en atención al especial papel que desempeña esta libertad en período electoral habrá de valorarse "no sólo la sustancia de las ideas y la información expresadas sino también la forma en la que se transmiten"¹¹. En cuanto a qué es un acto de comunicación o expresión, resulta indiscutible que la verbalización de una idea constituye un acto de comunicación amparado por la libertad de expresión. Ahora bien, una fotografía con una comparativa prejuiciosa sobre el importe de determinadas ayudas sociales o la utilización, estereotípica, de determinadas vestimentas o fenotipos considero que no constituiría un acto de expresión porque no constituye una forma

11. STEDH Asunto De Haels y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997.



de incitación idónea a la comisión de actos lesivos a bienes jurídicos protegidos.

No podemos prescindir de que la libertad de expresión en campaña electoral “apenas deja lugar para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y debate político –en las cuales la libertad de expresión reviste la más alta importancia– o de las cuestiones de interés general”¹².

***“El TEDH en relación el discurso de odio ha afirmado que esta categoría de discursos atentan “contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”*”**

El TEDH en relación el discurso de odio ha afirmado que esta categoría de discursos atentan “contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”¹³. Por ello, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido que: “debe considerarse necesario en ciertas sociedades democráticas la sanción o incluso la prevención frente a cualquier expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia”¹⁴.

Aplicando todo lo expuesto, el TEDH¹⁵ ha dictado varias resolucio-

12. STEDH Asunto Otegui Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011.

13. STEDH Asunto Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009.

14. STEDH Asunto Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006.

15. STEDH Asunto Otegui Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011.

nes. En el caso Otegui, por ejemplo, consideró contrarias al Convenio las condenas de los tribunales españoles a Otegui por expresar las siguientes afirmaciones en una conferencia de prensa: “... el Rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia”.

Por el contrario, en Féret contra Bélgica el TEDH¹⁶ concluyó que la conducta del estado belga, al prohibir la difusión de octavillas del partido Front National en las que proponía, básicamente, otorgar preferentemente a los ciudadanos belgas y europeos determinados derechos sociales, no había habido vulneración de la libertad de expresión, fundamentando que “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación (...) son suficientes para que las autoridades prioricen la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable (...). Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”.

16. STEDH Asunto Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009.



Por último, en *Brzeziński c. Polonia*¹⁷, el TEDH entendió que se había vulnerado su derecho a la libertad de expresión: "por los tribunales polacos no se ha cuidado el justo equilibrio entre la libertad de expresión del demandante y el derecho a la reputación de las personas que se sintieron víctimas de las informaciones publicadas en el folleto del señor Brzeziński".

"El rechazo que emocionalmente nos producen determinados mensajes y lo viles que resultan algunas afirmaciones no pueden legitimar su exclusión prima facie del debate político mediante su penalización. Ello tampoco puede traducirse en alentar ese tipo de discursos ni en mantener una injustificada equidistancia, ya que los discursos odiosos deben estar fuera del discurso público porque sean considerados socialmente despreciables"

El rechazo que emocionalmente nos producen determinados mensajes y lo viles que resultan algunas afirmaciones no pueden legitimar su exclusión prima facie del debate político mediante su penalización. Ello tampoco puede traducirse en alentar ese tipo de discursos ni en mantener una injustificada equidistancia, ya que los discursos odiosos deben estar fuera del discurso público porque sean considerados socialmente despreciables.

17. STEDH Asunto *Brzeziński c. Polonia*, de 25 de agosto de 2019.



En el ámbito penal el contenido esencial de la libertad de expresión guiará la interpretación de determinadas conductas típicas, especialmente en cuanto al elemento subjetivo del injusto, y podrá llevar a concluir, desde una mirada dogmática, su atipicidad.

Ahora bien, eso no significa que nos quedemos desarmados frente a la ignominia. El discurso racional, la educación, el silencio que menosprecia, la adopción, implementación y mejora de políticas públicas destinadas a mejorar la vida de aquellos colectivos que suelen ser destinatarios de este tipo de embestidas pueden ser herramientas útiles para hacer frente a la barbarie y el ejercicio del derecho de sufragio de un modo consecuente con el modelo de sociedad en el que queremos vivir.

En síntesis, en este contexto está en juego la consolidación efectiva del Estado Social, la defensa del Estado de Derecho y la vigencia del Estado Democrático. En definitiva, nos jugamos la vigencia de la forma política que más tiempo de paz ha garantizado a nuestro país.