

# LOS CONTEXTOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: PARADIGMAS Y NUEVAS FRONTERAS\*

Francisco Javier Ansuátegui Roig

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid/Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho

**Sumario:** 1. Premisa. Sobre el carácter contextual de las teorías de los derechos. 2. La propuesta liberal de la libertad de expresión. 3. Internet y la reformulación del espacio público. 4. Discurso del odio y modelos de democracia. 5. Recapitulación.

## 1. PREMISA. SOBRE EL CARÁCTER CONTEXTUAL DE LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS

La libertad de expresión constituye un elemento básico en una democracia constitucional, de manera que existe una «relación simbiótica» entre la libertad de expresión y la democracia constitucional (Revenga Sánchez, 2015: 15). Reflexionar y/o discutir sobre esta libertad supone, en realidad, plantearse de nuevo la cuestión de los fundamentos de la democracia. Dada la posición basilar, la posición preferente, de la libertad de expresión en el sistema democrático (STC 6/1981, de 16 de marzo; STC 159/1986, de 16 de diciembre),

pensar sobre ella implica también abordar los aspectos fundamentales de un modelo jurídico y político de organización social.

Mi intención en esta ocasión es plantear una serie de problemas que caracterizan el contexto en el que se desarrolla en la actualidad aquello que podríamos denominar el «discurso de la libertad de expresión». No se trata de hacer un inventario y, por tanto, una presentación completa y detallada de problemas. Al contrario, se identificarán algunas cuestiones que nos van a permitir constatar, de nuevo, el carácter contextual de las condiciones de realización y efectividad de los derechos y, por tanto, la necesidad de adecuación de las argumentaciones justificatorias a esas condiciones. En este sen-

\* Este texto tiene su origen en la ponencia presentada en el III Congreso Internacional El tiempo de los derechos: Los derechos humanos en el siglo XXI, Universidad de Cádiz, 17 y 18 de noviembre de 2016. Versiones anteriores del mismo han sido expuestas también en sendos seminarios en las Universidades de Modena e Reggio Emilia y de Bolonia. Agradezco a los profesores Miguel Revenga, Gianfrancesco Zanetti, Francesco Belvisi, Thomas Casadei, y Marina Lalatta la oportunidad de beneficiarme de un magnífico y fructífero intercambio de ideas.

tido, la presente aportación pretende ser también una aplicación a un caso concreto —la libertad de expresión— de la afirmación general del carácter histórico de los derechos, a partir de la cual podemos afirmar que las condiciones de realización de los derechos condicionan la conceptualización de los mismos y la propuesta en relación con sus límites, por ejemplo. Por otra parte, la forma más fecunda de plantear estas cuestiones consiste en presentarlas en términos aporéticos.

Antes de continuar, conviene extraer algunas consecuencias de la tesis del carácter histórico de los derechos. La afirmación de dicho carácter afecta directamente a su concepto. Es decir, afirmar el carácter histórico de los derechos implica reconocer que el concepto de «derecho humano» surge en determinados contextos históricos gracias a la concurrencia de determinadas circunstancias y evoluciona de acuerdo con la transformación de las mismas (Peces-Barba, 1988).

Hay que tener en cuenta que a la historia se ha recurrido también para subrayar su relevancia en el ámbito de la fundamentación. Así, se ha aludido a una fundamentación histórica o historicista de los derechos (Fernández García, 1984: 100-104). Pero cabe señalar aquí que una cosa es afirmar que la historia constituye el fundamento de los derechos y otra aseverar que la historia constituye el marco, el escenario en el que se produce ese fundamento, y que, por lo tanto, lo condiciona. En este sentido, es importante reconocer esta diferencia. La afirmación del carácter histórico de la fundamentación de los derechos no debería confundirse con la tesis de que la historia constituye el fundamento de los derechos. La historia no ofrece un fundamento. Son los valores —que adquieren sentido en contextos históricos— los que fundamentan.

En todo caso, lo que interesa subrayar en estas reflexiones preliminares es lo que podríamos considerar el carácter contextual de las teorías de los derechos y de sus fundamentaciones. En efecto, sostener que el desarrollo

histórico de los derechos es importante para entender su sentido quiere decir no solo que las circunstancias históricas condicionan los argumentos que respaldan los derechos y también sus condiciones de realización; al mismo tiempo, quiere decir que el ejercicio de los derechos está relacionado también con lo que podría considerarse el «contexto material» y las «condiciones técnicas». Esto me parece especialmente relevante en el caso de la libertad de expresión, cuyo ejercicio ha estado condicionado por la realidad técnica del canal a través del cual se expresa el pensamiento, la opinión. Por eso, a lo largo de la historia se ha hablado de la libertad de palabra, de imprenta, de prensa, de los medios de comunicación, haciendo referencia a los medios técnicos mediante los que se expresa el pensamiento, la opinión y la información.

Pues bien, a la hora de analizar los elementos contextuales que afectan directamente al discurso de la libertad de expresión no solo en lo que se refiere a las condiciones técnicas de realización, sino también a la justificación de esta libertad y a la reflexión sobre sus límites en el marco de un determinado contexto social y político —que es el de nuestros sistemas democráticos—, seguramente podríamos pensar en internet, de un lado, y en el problema del lenguaje del odio, de otro.

Centrar la atención en estas dos cuestiones puede ser relevante porque, por una parte, contribuye a tener presentes aspectos básicos de la transformación de las condiciones en las que se ha ejercido la libertad de expresión, y, por otra, obliga a abordar un elemento esencial de la teoría de la libertad de expresión, como el referido a los límites de la misma. Además, conduce a la comparación entre diversos modelos de democracia. En fin, nos permite reflexionar sobre la capacidad del Derecho a la hora de evitar/gestionar determinados conflictos. Como veremos a continuación, pretendo articular mi reflexión de acuerdo con estos argumentos.

Pero, para poder entender los problemas contemporáneos a los que se enfrenta el dis-

curso de la libertad de expresión, parece útil recordar de dónde venimos.

## 2. LA PROPUESTA LIBERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La teoría contemporánea de la libertad de expresión hunde sus raíces en la primera propuesta liberal (Ansuátegui Roig, 1994). La libertad de expresión se presenta como una manifestación de una teoría de la libertad más general. En efecto, el concepto de libertad del primer liberalismo se refiere a una libertad negativa, cuya reivindicación es la de un ámbito de autonomía en el interior del cual se pretende el reconocimiento del dominio del titular del mismo, considerándose ilegítimas las agresiones e imposiciones por parte de terceros.

Cuando Benjamín Constant pronuncia en 1819 en el Ateneo Real de París su famoso discurso sobre la libertad, el trasfondo intelectual y político es el de la preocupación por la dominación de la libertad por parte del poder colectivo, en una representación de la tensión entre lo público y lo privado propia del liberalismo. Ahí radica el sentido de su famosa distinción entre la libertad de los modernos y la de los antiguos. La primera se identifica con una esfera en la que el sujeto no se va a ver obligado a hacer lo que no quiere y a la vez no es obstaculizado para hacer lo que quiere. La libertad de los antiguos, por su parte, es compatible con la sumisión del individuo a la autoridad del conjunto social, y consiste en «ejercer de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía, en deliberar en la plaza pública, sobre la guerra la paz, en concluir alianzas con los extranjeros, en votar las leyes, en pronunciar sentencias [...]» (Constant, 1989: 260). La libertad de expresión, entendida como ámbito de autonomía, se ha solido identificar siempre con la libertad de los modernos. Sin embargo, también es importante en el marco de la libertad de los antiguos, desde el momento en que su ejercicio supone

la participación en la deliberación pública: sin libertad de expresión no hay opinión pública. El ejemplo de la libertad de expresión, en este sentido, constituye un ejemplo en el que se pone de manifiesto la tensión entre los dos tipos de libertad señalados por Benjamin Constant. Por una parte, la libertad de expresión entendida como un ámbito de autonomía que resiste frente a la intervención de lo público; por otra parte, la libertad de expresión como un elemento sin el cual no se puede conformar una auténtica opinión pública —que, en nuestras sociedades, constituye una de las formas de presión de lo público sobre lo privado—. Cabe recordar, en este sentido, que en los párrafos finales de su conferencia el propio Constant propugna una combinación de la dos libertades, atribuyendo a las instituciones la responsabilidad de completar la educación moral de los ciudadanos, garantizándoles, entre otras cosas, «el derecho de control y vigilancia a través de la manifestación de sus opiniones» (Constant, 1989: 285). Como ya se ha señalado, la distinción de Constant no es sino expresión de diferentes concepciones de la relación entre lo público y lo privado. Así, los modernos reivindican la efectiva defensa de un ámbito de autonomía o independencia, entendido como elemento definidor de estatuto de libertad del individuo frente a la participación en las instituciones.

La propuesta doctrinal en torno a la libertad de expresión se refleja de manera clara en los primeros textos liberales. Es un contexto cultural y social en el que se alude primero a la libertad de imprenta y luego a la libertad de prensa: pensemos, por ejemplo, en el artículo 10 de la Declaración de 1789 («Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi»); o en el artículo 11 del mismo texto («La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi»).

Cabe recordar también el artículo 371 de la Constitución española de 1812: «Todos los españoles tienen la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes»<sup>1</sup>.

Estamos, por tanto, ante la propuesta liberal en torno a la libertad de expresión, que puede considerarse basada en cuatro argumentos principales. Así, la libertad de expresión constituye, en primer lugar, un ámbito en el que no se puede intervenir, ya que constituye una esfera de individualidad y autonomía. Además, en segundo lugar, es una condición necesaria para la ilustración personal y social. En tercer lugar, es un mecanismo a través del cual —mediante el libre intercambio de las ideas— se accede a la verdad. En cuarto y último lugar, se articula como un mecanismo de control del poder, en la medida en que este queda sometido a la crítica.

Estos argumentos adquieren sentido en el marco de un discurso más amplio, en el que el liberalismo reivindica el valor de la individualidad. En efecto, en la inicial propuesta liberal, la libertad de expresión —junto a la libertad de religión y a la libertad de materializar los propios planes de vida— constituye uno de sus componentes básicos. En este contexto, el respeto por la individualidad constituye un principio básico de lo que se puede considerar una buena sociedad. El respeto del individuo es el respeto de las diferencias individuales, que se manifiestan en las preferencias y en las decisiones autónomas. La libertad pierde sentido desde el momento en que se niega la pluralidad y la diversidad y el sujeto queda constreñido por los mismos deseos y opciones de los otros. Así, la libertad que no produce diversidad —y que no se desarrolla en un marco de diversidad— es contradictoria con el ideario liberal. La reivindicación de la diversidad implica el rechazo de la uniformidad como un bien primario básico.

Pero si tuviéramos que encontrar una propuesta que concentra los principales argumen-

tos liberales en pro de la libertad de expresión, posiblemente esa sería la de John Stuart Mill, obra en la que podemos encontrar el mejor ejemplo de teoría liberal de libertad de expresión. Como sabemos, en 1859 Mill publica *On liberty*, en opinión de I. Berlin, «la obra clásica en pro de la libertad individual» (Berlin, 1988: 245).

En Mill, la defensa de la libertad de expresión se enmarca en un discurso genérico sobre la libertad individual y los límites de la intervención de lo público en la esfera privada. En efecto, el problema básico que se plantea Mill es la justificación de la intervención de lo público en lo privado. Así, partiendo de la afirmación del principio general de libertad, afirma que no hay causa que justifique la intervención en la esfera de libertad individual si los actos individuales que se desarrollan en la misma no perjudican a los intereses ajenos. La afectación de esos intereses es la única causa que puede justificar la rendición de cuentas del sujeto frente a la sociedad. A partir de este esquema general, Mill identifica determinados ámbitos de la acción humana en los que la intervención ajena no se encuentra justificada: el ámbito de la conciencia, de la expresión y de la opinión; el de la elección de las preferencias, las inclinaciones y la determinación de estilos y opciones de vida, así como el de la asociación.

Como es sabido, Mill centra su discurso sobre la libertad de expresión en el capítulo II de *On liberty*, en el que parte de un principio básico: «Debe existir la más completa libertad para profesar y discutir, como materia de convicción ética, toda doctrina, por inmoral que pueda ser considerada» (Mill, 1986: 76). Partiendo de esta premisa, Mill desarrolla argumentos que podrían considerarse clásicos en la fundamentación de la libertad de expresión y que ya fueron utilizados en la defensa que de la libertad de opinión y de imprenta hiciera John Milton en *Areopagítica* (1644): a) la afirmación de la falibilidad de las opiniones; b) la importancia del contraste y de la discusión, incluso en presencia de opiniones consideradas verdaderas o compartidas; y c) la negación del monopolio

de la verdad por parte de determinadas opiniones, con la consiguiente reivindicación del valor de la diversidad (Barendt, 1987: 8-23).

En la defensa clásica de la libertad de expresión —y en Mill en particular—, el argumento referido al «mercado de las ideas» es fundamental<sup>2</sup>. La verdad es el resultado del contraste, de la refutación, del libre intercambio de las opiniones diferentes. Se tiene fe en la capacidad de la verdad para imponerse sobre el error. Esta fe es la que tienen autores que precedieron a Mill en este discurso, como Milton, Locke, Voltaire o Jefferson. La confianza en las virtudes del libre encuentro de las ideas implica la deseabilidad de la búsqueda de la verdad y la bondad para la sociedad del avance del conocimiento. Existe un nexo entre libertad de expresión e incremento del conocimiento. En este sentido, la libertad de expresión es un medio y no un fin: tiene una naturaleza instrumental respecto al avance del conocimiento y la búsqueda de la verdad.

El argumento del mercado de las ideas se complementa con el argumento de la diversidad (Berlin, 1988; García Añón, 2004: 39-64), que supone una reivindicación de la riqueza de la diversidad y de su valor moral; lo cual, por otra parte, es especialmente importante en los contextos de las democracias pluralistas y complejas, como las actuales.

El panorama se completa con el argumento de la democracia, de acuerdo con el cual la libertad de expresión es un componente estructural de la misma. Es un elemento configurador de una opinión pública libre y, al mismo tiempo, un mecanismo de control y crítica al poder. Esto es especialmente relevante en un contexto como el del constitucionalismo democrático, construido en torno a la idea de limitación del poder. Estos límites pueden ser formales (los jurídicos) o informales (el desarrollo de una opinión pública libre y la libertad de opinión y de expresión). De la misma manera, podemos distinguir entre una opinión pública «institucionalizada» (la que se manifiesta en el Parlamento) y otra «no institucionalizada» (la que

se manifiesta en la prensa, en la discusión pública). La opinión pública en cualquiera de sus manifestaciones es inconcebible sin la libertad de expresión.

Pero el modelo liberal es un modelo que incluye contradicciones internas (Ansuátegui Roig, 2009: 6-65). Son contradicciones que afectan a los derechos y en particular a la libertad de expresión. Las contradicciones son aquellas que se producen entre las afirmaciones generales referidas a la libertad y a la igualdad, de un lado, y la aplicación práctica de esos principios, de otro.

En realidad, podemos reconocer que el derecho que se constituye en eje de la dimensión desigualitaria del liberalismo es el derecho de propiedad, «inviolable et sacré», de acuerdo con el artículo 17 de la Declaración de 1789. Por cierto, es importante recordar aquí que esos calificativos no acompañan a ninguno de los otros derechos que se incluyen en la Declaración. En efecto, el derecho de propiedad introduce elementos de desigualdad en el efectivo disfrute de las libertades por parte de los individuos al ser un elemento configurador de la noción de soberanía nacional, dado su carácter de elemento definidor de la participación política y de la ciudadanía a través del sufragio censitario. La dimensión desigualitaria del modelo liberal provoca la necesidad de su superación por otro modelo, el de los derechos sociales y el del Estado social, a través del proceso de generalización de los derechos.

¿En qué afecta a la libertad de expresión esta dimensión desigualitaria del liberalismo? Sabemos que la libertad de expresión se configura como una libertad autonomía. Pero en realidad es una libertad condicionada de manera práctica por elementos intrínsecos y extrínsecos. En relación con los elementos intrínsecos, la razón pública, la opinión pública, se configura a partir de la concurrencia de los propietarios (Habermas, 1994). Los propietarios son los individuos cualificados política y jurídicamente a partir de la propiedad. Los elementos extrínsecos tienen que ver con el condicionamiento de

la libertad de prensa por determinados factores materiales y económicos, factores que tienen que ver con la propiedad de los medios de comunicación y con las dificultades de acceso a los mismos. A consecuencia de la confluencia de estos elementos intrínsecos y extrínsecos, la libertad de expresión, en su manifestación de libertad de prensa, se convierte en una auténtica libertad censitaria. Al menos desde el punto de vista teórico, la libertad de imprenta —luego la libertad de prensa— es una libertad igual para todos que exige una competente ausencia de intervenciones ajenas. Pero este esquema no se ajusta a la realidad, ya que estamos frente a unas libertades cuya realización exige determinados medios o, por lo menos, el acceso a los mismos. Son libertades condicionadas materialmente.

Podríamos decir que este condicionamiento ha llegado hasta nuestros días. Pero internet nos obliga a reformular la percepción y comprensión de las condiciones de ejercicio y de efectividad de la libertad de expresión.

### 3. INTERNET Y LA REFORMULACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

El 28 de julio de 2015 se aprobó, en el seno del Parlamento italiano, la Dichiarazione dei diritti in internet<sup>3</sup>. Si traigo a colación este texto es porque en su preámbulo se resume de manera adecuada lo que internet ha supuesto para los derechos. En efecto, ahí se puede leer: «Internet ha contribuito in maniera decisiva a ridefinire lo spazio pubblico e privato, a strutturare i rapporti tra le persone e tra queste e le Istituzioni. Ha cancellato confini e ha costruito modalità nuove di produzione e utilizzazione della conoscenza. Ha ampliato le possibilità di intervento diretto delle persone nella sfera pubblica. Ha modificato l'organizzazione del lavoro. Ha consentito lo sviluppo di una società più aperta e libera. Internet deve essere considerata come una risorsa globale e che risponde al

criterio della universalità». Y más adelante se añade: «Internet si configura come uno spazio sempre più importante per l'autorganizzazione delle persone e dei gruppi e come uno strumento essenziale per promuovere la partecipazione individuale e collettiva ai processi democratici e l'eguaglianza sostanziale».

En sus afirmaciones teóricas y en sus consecuencias prácticas, el discurso de los derechos supone una determinada teoría sobre el espacio público como ámbito en el que afirma su titularidad y su realización. La distinción de Constant entre libertad de los antiguos y libertad de los modernos puede ser interpretada en función de la mayor o menor relevancia del espacio público en la determinación del sentido de los derechos. Pues bien, posiblemente la primera consecuencia de internet para el discurso de los derechos, y específicamente para la libertad de expresión es la que tiene que ver con la reformulación de la idea de espacio público. Es más, internet constituye el espacio público moderno, entendiéndolo por tal «el conjunto de instituciones políticas, prácticas y actividades cuyos participantes intercambian ideas sobre asuntos de interés público» (Arias Maldonado, 2016a: 36).

La relevancia del espacio público en el ejercicio de los derechos es incuestionable, y constituye el ámbito en el que este es factible; se trata del espacio en el que dicho ejercicio expande sus consecuencias; la esfera, en definitiva, en la que los derechos son eficaces en el campo de las relaciones sociales.

Internet constituye un espacio público que escapa a los condicionamientos que tradicionalmente han vinculado las relaciones sociales y políticas. En este sentido, internet es una de las expresiones más claras de la globalización, de acuerdo con una concepto de la misma que la identifica con una superación de los impedimentos y obstáculos temporales y espaciales que han venido condicionando las relaciones humanas. Así, internet es la plaza pública en la que se reivindican y se ejercen los derechos y se controla al poder. Es, en definitiva, cada vez

más el espacio en el que el individuo se presenta como ciudadano. Internet es el espacio público más visitado del mundo, la principal *res publica universalis* (Kaufman, 2015: 18) en la que nos relacionamos con los otros. Es el espacio en el que ejercemos nuestra libertad. Es, en definitiva, nuestra comunidad. Pero es una comunidad que se caracteriza por rasgos que implican una novedad en la misma idea de comunidad, lo cual nos obliga a modificar nuestra comprensión de la misma. En efecto, es una comunidad en la que ni conocemos ni vemos a aquellos con los que nos relacionamos.

El objeto de la libertad de expresión es el discurso. Pero no cualquier tipo de discurso, sino el discurso público. El ejercicio de la libertad de expresión tiene una vocación de publicidad, de trascendencia en la esfera pública. De ahí la «utilidad» de las redes sociales a la hora de aumentar la potencialidad de los efectos de la libertad de expresión. La libertad de expresión es, en esta medida, el requisito básico de la comunicación política en democracia.

Pues bien, esta comunicación política se desarrolla hoy en el entorno privilegiado de las redes sociales, en unas condiciones y con unas consecuencias caracterizadas por dos giros: el giro digital y el giro afectivo. En efecto, Manuel Arias Maldonado ha señalado que existen argumentos suficientes para pensar en la existencia de un giro digital (Clough, Halley, 2007). Así, «i) nuestras vidas están cada vez más medidas por las tecnologías digitales y la propia subjetividad está cambiando en consecuencia; ii) las formas tradicionales de organización política, cultural y económica están transformándose por efecto de la digitalización; iii) la producción y reproducción social del conocimiento se están viendo alteradas y adoptan formas hasta ahora inéditas; y iv) la digitalización produce ideologías propias que modifican nuestra percepción de la realidad y de nosotros mismos, así como novedosas costumbres y formas de interacción» (Arias Maldonado, 2016a: 32). Este giro digital implica una simplificación del discurso político y del mensaje público, que necesariamente ha de adecuarse a las exigencias de

la plataforma digital de turno. El espacio público se articula más a través de eslóganes que de argumentos. Parecería que tiende a desaparecer la necesidad de fundamentar el propio discurso, que debe presentarse apoyado en bases sólidas. El clásico mercado de las ideas se convierte en un «poliálogo» (Arias Maldonado, 2016a: 30) en el que se supera la bilateralidad del diálogo y en el que se quebranta «la confianza en la capacidad civilizadora de la conversación democrática» (Arias Maldonado, 2016b: 172). Por su parte, el giro afectivo (Arias Maldonado, 2016b: 169-184) presenta una dimensión inclusiva, nuevas posibilidades de movilización social —provocadas en muchas ocasiones más por la convergencia emocional que por la deliberación racional—, una multiplicación de las posibilidades de interacción, y una «solidaridad cosmopolita de coste cero»<sup>4</sup>. Pero también implica que las nuevas tecnologías de la información favorecen la creación de redes de comunicación en las que se profundiza más en las dimensiones expresivas y sentimentales que en las deliberativas. En un contexto en el que el sujeto está sometido a «innumerables reclamos afectivos» (Arias Maldonado, 2016b: 91), el mensaje, que en muchas ocasiones se presenta como si fuera un fogonazo, no pretende tanto persuadir como contagiar. La pretensión de racionalidad implícita en la otra metáfora, la del mercado de las ideas, desaparece en el marco de un «desorden conversacional», de una «cacofonía digital» en donde «el ciudadano no haría uso de la razón, sino que se embarcaría en un uso *expresivo* de las redes, satisfaciendo sus necesidades emocionales pero dificultando el debate público racional sobre los asuntos de interés general» (Arias Maldonado, 2016a: 40). Parece evidente que todo ello pone en peligro la dimensión deliberativa y argumentativa de la democracia (Lalatta Costerbossa, 2014: 13-58).

Pero de internet también se derivan consecuencias para la ordenación jurídica de las libertades en general y de la libertad de expresión en particular. Pensemos en alguna de ellas. Por ejemplo en la progresiva irrelevancia de la noción de territorio. En internet el territorio, el

espacio físico en el que se ejercen y reivindican los derechos es en sí mismo una negación de la idea de territorio, que tradicionalmente se ha vinculado a un determinado espacio físico. Estamos frente a una «desterritorialización» de los derechos y de su ejercicio que nos obliga a una reformulación de la idea de confin, de límite, de frontera. Internet nos obliga, por lo menos a los juristas, a repensar la relevancia de conceptos y paradigmas a través de los cuales hemos interpretado la realidad y hemos construido nuestro discurso, comenzando por la relevancia del Estado como marco de ejercicio de la soberanía. El Derecho moderno se ha presentado como un *Diritto sconfinato* (Ferrarese, 2006), poniendo así de relieve la pérdida de vinculación necesaria y excluyente entre el Derecho y la dimensión territorial o espacial. En relación con la libertad de expresión, el referente físico (libro, texto, periódico, plaza en la que se habla) desaparece. Internet es un espacio inmaterial. Internet nos obliga a proceder a una reformulación de la idea de territorio, a elaborar un nuevo discurso sobre la territorialidad, que ha sido consustancial al Derecho moderno.

Como se ha señalado anteriormente, las contradicciones de la propuesta liberal sobre la libertad de expresión tenían que ver, entre otras cosas, con el hecho de que estábamos frente a una libertad condicionada desde el momento en que, más allá de una inicial reivindicación de la libertad de palabra, sus posteriores manifestaciones podían verse dificultadas por las circunstancias en las que se accedía a los medios a través de los cuales se expresaba y expandía la propia opinión, el propio pensamiento (imprenta, prensa, medios de comunicación...). Eso explicaba por qué una libertad inicialmente negativa se convertía en una libertad condicionada económicamente y por qué el mercado de las ideas, presentado como un mercado de acceso libre y directo, no era tal. Pues bien, con internet estos condicionamientos desaparecen o tienden a desaparecer. En efecto, desaparece la vinculación con la propiedad de los medios de comunicación, que demostraba las insuficiencias de la tesis del «libre mercado de las

ideas» y el hecho de que dicho mercado no fuera tan libre como se pensaba, por lo menos en lo que al acceso al mismo se refiere.

En definitiva, internet supone un reto para la teoría de la libertad de expresión y, sin duda, para la teoría de los derechos y para el Derecho en general. En lo que a nosotros nos interesa en este momento, baste recordar, por ejemplo, el efecto multiplicador que el mensaje tiene en internet. Eso, que es una virtud en lo que se refiere a la efectividad del ejercicio de la libertad de expresión (el emisor pretende la mayor difusión posible del mensaje), presenta una evidente dimensión problemática, ya que el efecto multiplicador lo es también de los efectos de la agresión que puede llevarse a cabo a través del ejercicio de la libertad de expresión. Internet multiplica la potencialidad del daño y plantea dificultades en lo que a la identificación del responsable se refiere.

Lo dicho debería ser suficiente para justificar la necesidad de volver sobre la cuestión de los límites a la libertad de expresión y pensar hasta qué punto las estrategias que tradicionalmente se han utilizado para limitar la libertad de expresión siguen siendo válidas. En efecto, los límites o filtros que han afectado a la libertad de expresión hasta ahora han sido de varios tipos (Kaufman, 2015: 60 ss.). Así, en primer lugar, límites institucionales, mediante los cuales los medios de comunicación asumían normas deontológicas; en segundo lugar, límites sancionadores, que podían llegar a implicar incluso una sanción penal frente a agresiones como las calumnias, las injurias, etc.; en tercer lugar, límites de identificación, debido a que el medio físico a través del cual se expresaba el mensaje permitía la identificación del autor del mismo y la atribución de la responsabilidad pertinente.

Pues bien, el ejercicio de la libertad de expresión en internet obliga a reformular las estrategias limitativas desde el momento en que las que se han utilizado hasta ahora parece que pierden operatividad. Para empezar, hay un hecho relevante, y es el que tiene que ver con el

anonimato que procura internet. Dicho anonimato facilita la desinhibición y la disminución de la intensidad de la autolimitación. El alto nivel de agresividad que en muchas ocasiones se percibe en las redes sociales tiene que ver directamente con esta oscuridad desde la que puede actuar el participante en las mismas. Por otra parte, internet, y su carácter global, implica dificultades a la hora de diferenciar entre lo permitido y lo no permitido. Dicha delimitación implica necesariamente asumir puntos de vista políticos o morales, que adquieren sentido en contextos culturales. Y el carácter global de internet dificulta identificar punto de vista compartidos. En este sentido, se ha hablado de la «tragedia intercultural» de internet para aludir al hecho de que los sistemas de tolerancia no son compartidos (Kaufman, 2015: 135). El espacio de internet es global, pero no es global la respuesta jurídica, que aún sigue siendo construida desde perspectivas locales. En internet, la falta de certeza axiológica (Omaggio, 2015: 66) que puede caracterizar las sociedades pluralistas adquiere la dimensión global que es propia de la red. A lo que cabe sumar otra dificultad: la que se refiere a la identificación de la autoridad y al ámbito de competencia espacial. Aquí también seguimos instalados en perspectivas locales: frente a la globalidad de internet, ¿qué autoridad va a regular la respuesta jurídica? ¿Cuál es el ámbito de competencia espacial desde el cual va a llevar a cabo esa tarea reguladora?

En definitiva, creo que internet, que es posiblemente el espacio privilegiado al que tenemos más posibilidades de acceder en condiciones de libertad sin las restricciones tradicionales derivadas del derecho de propiedad y del acceso a los medios, implica la necesidad de reformular aspectos básicos de la regulación de las libertades. En relación con la libertad de expresión, conviene no olvidar que la globalidad de internet y las nuevas formas de ejercicio de derechos y de acción política que nos permite desarrollar no tienen que ver con una hipotética ausencia de límites en el ejercicio de las libertades —y, en particular, de la libertad de

expresión—. Si internet es un espacio de ejercicio y de agresión potencial a las libertades, requiere una respuesta por parte del Derecho, pues, entre otras cosas, contribuye a dotar de nuevo significado el sentido del linchamiento (Arias Maldonado 2016*b*: 177), la infamia y la exclusión.

#### 4. DISCURSO DEL ODIO Y MODELOS DE DEMOCRACIA

Internet ha demostrado y está demostrando un enorme potencial, tanto en lo que se refiere a la generación de espacios de participación y a la ampliación del espacio público como en lo que se refiere a la aparición de nuevas formas de violación de los derechos. Nos basta con pensar en el grado de exposición que el derecho a la intimidad y otras dimensiones de la personalidad tienen en la red. En este sentido, internet nos hace más vulnerables. En el caso de la libertad de expresión, el discurso del odio adquiere un nuevo significado, desde el momento en que el potencial multiplicador que la red ofrece a dicho discurso aumenta el daño que dicho discurso puede producir. El análisis de algunos aspectos del discurso del odio es interesante, además, por el hecho de que nos permite reconocer diversos modelos de democracia en función del tratamiento jurídico que se ofrezca.

A continuación me detendré en tres cuestiones. En primer lugar, haré referencia a la caracterización del lenguaje del odio; posteriormente, abordaré de manera diferenciada el problema de la tensión entre libertad de religión y libertad de expresión con la intención de diferenciar la crítica a las creencias religiosas del lenguaje del odio; para terminar, plantearé de manera crítica la distinción entre modelos de democracia en función de la posición, más o menos restrictiva, que se mantenga respecto al lenguaje del odio.

La aproximación al lenguaje del odio tropieza con un primer problema terminológico.

Y es que el mismo término «discurso o lenguaje» del odio, ha sido criticado por confuso: «El que se halla dominado por el odio es inmune a los argumentos y, desde esa perspectiva, la expresión “discurso del odio” resulta incongruente [...]» (Vives Antón, 2015: 37): hay una tensión entre el odio (que tiene lugar en el mundo de las emociones y de las pasiones) y el carácter argumentativo y discursivo del lenguaje. En este sentido, se ha propuesto sustituir por el término por el de «discurso discriminador»: posiblemente es una expresión «menos expresiva, pero sí más útil y precisa. El “odio” es una actitud interna del sujeto que se puede traducir en una conducta discriminatoria que, a su vez, puede ser o no violenta. El “odio” es, pues, la munición de la discriminación. Y la violencia es una especie del género “discriminación”. En otras palabras, el concepto central es el de discriminación. Ese “odio” es la expresión más radical de racismo, o xenofobia, o sexismo, o fundamentalismo, u homofobia, etc., según su contenido» (Rey Martínez, 2015: 54).

Parece útil, para evitar estos problemas terminológicos, recurrir a alguna caracterización general. Pensemos, por ejemplo, en la definición que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asume. Es la de la Recomendación (1997) 20, de 30 de octubre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa: «Cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia manifestada mediante un nacionalismo y etnocentrismo agresivos, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante»<sup>5</sup>.

Por otra parte, el Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial, en su Recomendación general nº 35 (agosto 2013) recomienda a los Estados miembros que declaren y castiguen como delitos punibles:

«a) Toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial o étnico, por cualquier medio;

b) La incitación al odio, el desprecio o la discriminación contra los miembros de un grupo por motivos de su raza, color, linaje, u origen nacional o étnico;

c) Las amenazas o la incitación a la violencia contra personas o grupos por los motivos señalados en el apartado b);

d) La expresión de insultos, burlas o calumnias a personas o grupos, o la justificación del odio, el desprecio o la discriminación por los motivos señalados en el apartado b) anterior, cuando constituyan claramente incitación al odio o a la discriminación;

e) La participación en organizaciones y actividades que promuevan e inciten a la discriminación racial».

En el mismo documento, se han propuesto determinados elementos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de distinguir el discurso del odio de otros tipos de discurso. Así, el contenido y la forma del discurso; el clima económico, social y político que prevalecía en el momento en que se formuló y difundió el discurso; la posición o condición del emisor del discurso en la sociedad y el público al que se dirige el discurso; el alcance del discurso, con inclusión del tipo de audiencia y los medios de transmisión; o los objetivos del discurso.

De manera que es posible identificar el discurso del odio a partir de determinados criterios (Kaufman, 2015: 135; Parekh, 2006: 213-223). Así, a) El criterio del grupo en situación de vulnerabilidad tipificado, que exige una referencia que ha de ser indudable, ya sea explícita o implícita, a un grupo que ha sufrido discriminación en un contexto histórico cierto; b) El criterio de humillación: implica la existencia de una alusión humillante o degradante respecto al grupo en situación de vulnerabilidad, o una referencia que, de manera indudable, exprese un apoyo o una reivindicación de episodios en los que se ha humillado o degradado a esos grupos; c) El criterio de malignidad, que implica una invitación a terceros para humillar o degradar a grupos en situación de vulnerabilidad, o a los integrantes de esos grupos; d) El criterio

de intencionalidad, de acuerdo con el cual debe existir una intención deliberada de humillar o excluir a personas que sufren discriminación o que se identifican como integrantes de los grupos discriminados.

Pues bien, esta caracterización del discurso del odio es útil precisamente para establecer diferenciaciones entre el lenguaje del odio y la crítica a la religión o a las creencias religiosas. Si bien en alguna ocasión se ha podido establecer alguna vinculación entre el lenguaje del odio y la ofensa extrema a los sentimientos religiosos (Garriga Domínguez, 2014: 97-115), me parece que estamos frente a dos situaciones conceptualmente diferentes. La blasfemia no es discurso del odio religioso (Vázquez Alonso, 2015: 117-121). Esta cuestión es relevante porque la posible tensión entre libertad de religión y libertad de expresión constituye uno de los aspectos más vidriosos de la práctica de la libre expresión en sociedades como las nuestras, caracterizadas por una progresiva pluralidad y diversidad de creencias religiosas. Así, constituye un *test* a la hora de elaborar una teoría sobre los límites de la libertad religiosa, y permite, al mismo tiempo, valorar la posición que ambas libertades tienen en el andamiaje constitucional. Por otra parte, este hipotético conflicto es el que está detrás de trágicos episodios que han traumatizado a la sociedad europea en los últimos tiempos (Martínez-Torrón, 2015: 22-31).

En definitiva, la cuestión a plantear es si se puede poner un límite a la libertad de expresión para proteger creencias religiosas. Dicho límite, en su caso, estaría justificado por el específico carácter —sagrado— de esas creencias. Eso permite plantear también el problema del valor de lo sagrado en una sociedad democrática (Lema Añón, 2009: 79-116). En definitiva, la cuestión es saber qué tiene más valor —y, por lo tanto, merece una mayor protección—: la libertad de expresión o las creencias religiosas.

Atienza (2013: 65 ss.) ha señalado que aquí cabe identificar cuatro posiciones básicas: a) Los fundamentalistas religiosos y los comuni-

taristas extremos, para los que lo sagrado y lo religioso merecen más respeto que la libertad de expresión. La cultura islámica y la doctrina tradicional de la iglesia católica son buenos ejemplos de esta posición. Pero también lo son los comunitaristas extremos: que consideran que la religión «es, simplemente, un rasgo de la identidad de algunos grupos sociales, con la consecuencia de que esos valores comunitarios (el “bien común”, tal y como lo entiende el grupo) debe prevalecer sobre la autonomía de los individuos aislados» (Atienza, 2013: 65); b) Los comunitaristas moderados y los creyentes no fundamentalistas, que consideran que en este conflicto la cuestión es conciliar dos valores que tienen la misma relevancia: por una parte, un derecho sagrado a la identidad religiosa y, por otra, un derecho sagrado a la libertad de expresión; c) Los liberales moderados, que asumen el carácter no absoluto de la libertad de expresión y por tanto la necesidad de ponderar en aquellos casos en los que colisione con otros derechos o valores; y d) Los liberales radicales, que defienden la tesis según al cual la libertad de expresión siempre ha de prevalecer. Estamos ante una libertad que no se debe ponderar con la protección de los sentimientos religiosos, ya que estamos manejando dos ámbitos diferentes. Por una parte, la libertad de expresión forma parte de la ética pública —es un valor constitucional—, mientras que el espacio de las creencias religiosas es el privado.

Me parece que el terreno de las creencias religiosas es un ámbito muy específico, dotado de caracteres que tienden a diferenciarlo de otros. Estamos, en efecto, frente a un ámbito en el que hay una específica sensibilidad, la que se tiene en relación con los sentimientos religiosos (Vázquez Alonso, 2015: 90-91). Pero posiblemente este no es un motivo suficiente para blindar esos sentimientos, cuya intensidad puede llegar a depender en última instancia de las posiciones individuales. La cuestión es si esas creencias han de gozar de un mayor nivel de protección de las creencias de otro tipo. En este punto el recurso a la distinción entre ética pública y ética privada puede ser de uti-

lidad (Peces-Barba, 1993; Peces-Barba, 1995; Peces-Barba, 1997). El ámbito de la libertad de expresión es el de la ética pública. Mientras que el de las creencias religiosas es el de la ética privada. Las dimensiones de la ética privada (en la que se incluyen las creencias religiosas) no forman parte de los contenidos de ética pública —que, incluso siendo mínimos, merecen protección—. En un Estado democrático, las posiciones particulares no deberían prevalecer sobre los planteamientos generalizables. Eso no implica una limitación de la crítica que desde planteamientos particulares se pueda hacer respecto otros planteamientos diferentes. Pero el hecho de que determinadas creencias religiosas —y, por tanto particulares, y no necesariamente generalizables— tengan un valor supremo para aquellos que las comparten no es una razón suficiente para que sean elevadas a la dignidad del ordenamiento: «[...] las religiones, todas ellas, pueden hacer valer sus argumentos para censurar moralmente ciertas conductas y provocar su disfavor en la opinión pública. Lo que en ningún caso pueden pretender es que el Estado tipifique como delito o simplemente prohíba, determinadas expresiones por el simple hecho de que puedan ser contrarias u ofensivas de aquellas creencias que ellas tienen como sagradas» (Vazquez Alonso, 2015: 121). Ronald Dworkin ha señalado de manera concluyente que la religión debe acatar los principios de la democracia, y no al revés: «No one's religious convictions can be thought to trump the freedom that makes democracy possible» (Dworkin, 2006).

Pero, ¿de lo anterior debería derivarse que las creencias religiosas no han de estar protegidas en modo alguno?; ¿la burla, el escarnio, como formas extremas de crítica, no tienen límite? El problema de la tensión entre libertad de crítica/libertad de expresión y creencias religiosas es un caso en donde cabe plantear el problema de la incapacidad del Derecho a la hora de ofrecer la mejor solución. No estoy seguro de que la solución jurídica sea la mejor: ya sea una solución que afirme la primacía total de la libertad de expresión, ya otra que ofrezca un

margen a la censura. Lo preferible es un enfoque pragmático y prudencial que evite el carácter definitivo de las decisiones jurídicas (en especial aquellas que recurren a la penalización).

Todorov señala que entre el ámbito legal y el personal existe un ámbito social en el que la ética de la responsabilidad es más oportuna que la ética de la convicción y donde actuamos guiados por el imperativo del respeto y de no herir responsabilidades. Es un ámbito donde rige un consenso social (Todorov, 2008: 206), que también limita la libertad de expresión y que nos hace evitar, por ejemplo, burlarnos en público de los obesos, aunque ninguna ley lo prohíba, u ofender gratuitamente sentimientos religiosos. Yo creo que esta idea es la misma que Mill señala al final del capítulo II de *On Liberty*, al referirse a la moralidad del debate público, que implica moderación, evitación de las ofensas inútiles, de la mala fe, del fanatismo, y de la intolerancia: «[...] debe ser condenado todo aquel en cuya requisitoria se manifiesta la mala fe, la maldad, el fanatismo o la intolerancia [...]; y debe reconocerse el merecido honor a quien, sea cual sea la opinión que sostenga, tiene la calma de ver y la honradez de reconocer lo que en realidad son sus adversarios y sus opiniones, sin exagerar nada que pueda desacreditarlas, ni ocultar lo que pueda redundar en su favor. Esta es la verdadera moralidad en la discusión pública» (Mill, 1986: 122). Es evidente que estamos en el ámbito de las virtudes y de la predisposición personal hacia el otro, difícilmente formalizables jurídicamente. Estamos hablando de un respeto moral por las convicciones ajenas, que se manifiesta en la idea de que no todo aquello que permiten las normas o que no está prohibido por la ley debe hacerse, aunque solo sea por el imperativo del buen gusto, lo cual nos sitúa en el ámbito de la educación personal y de la consideración por el otro. De acuerdo con esto, determinadas críticas a la religión o a las creencias personales, deberían estar limitadas por la prudencia o por la educación (Carrillo Donaire, 2015: 242-243), pero no por el Derecho.

En definitiva, la reflexión que se propone es una reflexión sobre los límites del Derecho a la hora de regular los conflictos. De acuerdo con un cálculo prudencial, hay que hacer una valoración de los beneficios/perjuicios de la intervención jurídica (Martínez-Torrón, 2015; Boix Palop, 2016: 55-112). Pero al mismo tiempo, probablemente hay limitaciones que el Derecho no debe imponer. En este caso, los individuos se deben guiar por los imperativos de la prudencia, el buen gusto, la educación, la cortesía y el respeto. La normatividad del Derecho debe ser complementada con otro tipo de normatividad. Se trata de reconocer la importancia de la autolimitación, que solo es posible a partir de la educación que impone el imperativo del respeto al otro. Hay limitaciones que el Derecho no debe imponer y que derivan de la consideración respecto al otro. A través de un proceso de responsabilización de las decisiones individuales, el sujeto no ha de verse constantemente respaldado por las normas jurídicas. Es decir, es un proceso inverso a aquel otro que nos presenta Habermas cuando señala que la positivación de la moral produce una exoneración de la responsabilidad moral del individuo (Habermas, 1998: 184). Para Habermas, esa exoneración supone la reducción de las incertezas cognitivas, motivacionales y organizativas propias de la moral. Pero hay que analizar críticamente las virtudes de esta exoneración. Este razonamiento puede ser de aplicación al caso de la libertad de expresión. En efecto, existiendo ámbitos en los que el Derecho no interviene (o no quiere intervenir) —como los que tienen que ver con la crítica a la religión—, en ellos el sujeto debe decidir por sí mismo si critica o no, si ataca o no. El hecho de que el Derecho calle, permita o no prohíba no quiere decir que el individuo esté totalmente amparado, ya que, aunque no haya limitaciones impuestas por el Derecho, puede haberlas de otro tipo: aunque no haya responsabilidad jurídica puede haber responsabilidad moral derivada de la violación de un imperativo que prohíbe hacer o decir determinadas cosas.

Pero es momento de regresar al lenguaje del odio, y aquí la argumentación debe ser diferente. Ya se ha señalado que la blasfemia no es lenguaje del odio. Como es sabido, respecto a esta cuestión hay dos grandes posiciones básicas, que podemos identificar con dos modelos de democracia: democracia neutral (o tolerante) y democracia militante. Pensamos en dos modelos de democracia que a su vez se manifiestan en dos direcciones jurisprudenciales; en términos generales, podemos identificarlas con la norteamericana y la europea (de origen alemán) (Pérez de la Fuente, 2010: 67-104). De forma resumida, las diferencias entre ambas estriban en los siguientes puntos (Gascón Cuenca, 2013: 163-182): a) En primer lugar, la diversa valoración que se hace de la libertad de expresión y del derecho a la igualdad en aquellos casos en los que se produce un conflicto entre ambos; b) En segundo lugar, una diferente consideración de las finalidades que la libertad de expresión debe perseguir en la sociedad; c) Y, en tercer lugar, el mayor o menor grado de intensidad con la que se defiende la idea de que la libertad de expresión es un derecho individual y que, por tanto, debe estar protegido de las intervenciones estatales.

Pues bien, la primera posición, la de la democracia neutral o tolerante, es la asumida por el modelo norteamericano construido a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema (Rodríguez Montañés, 2012: 107-220). En efecto, a partir de la Primera Enmienda («El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios»), se entiende que existe un derecho sin restricciones a expresarse libremente siempre que el discurso en cuestión no esté afectado por limitaciones neutrales, entendidas estas como limitaciones *a priori*, o que implique una incitación clara y directa a la comisión de un delito (principio del daño a terceros: peligro inminente de violencia). Tal y como manifes-

tó el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *United States vs. O'Brien* (391 U. S. 367, 1968), se puede regular el momento, el lugar y la manera de expresarse, pero no el contenido de las expresiones. Estamos frente a un modelo que reivindica el carácter negativo de la libertad de expresión —que no ha de verse afectada por interferencias externas y que es expresión de la dignidad humana—, que defiende el papel prioritario y preferente de la libertad de expresión en una democracia y que asume el valor de la metáfora del mercado de las ideas (Cueva Fernández, 2012: 437-455). En términos de Salvador Coderch, la tesis de la prioridad de la libertad de expresión se basa en los siguientes argumentos (Salvador Coderch, 1993: 40): a) epistemológico: la búsqueda de la verdad es factible mediante el debate libre de las ideas; b) político: el autogobierno exige un discurso político a salvo de las interferencias del poder; c) humanista: la dignidad humana y la autorrealización personal exigen el respeto de las opiniones de todos; d) escéptico: la libertad de crítica a los gobernantes es un medio necesario para el control de los abusos en los que puede incurrir su actividad.

Ronald Dworkin ha señalado que es posible distinguir dos justificaciones de la libertad de expresión. De acuerdo con la primera, la libertad de expresión es importante desde el punto de vista instrumental, «not because people have any intrinsic moral rights as they wish, but because allowing them to do so will produce good effects for the rest of us» (Dworkin, 1996: 200). De acuerdo con la segunda, la libertad de expresión es importante «not just in virtue of the consequences it has, but because it is an essential and “constitutive” feature of a just political society that government treat all its adult members, except those who are incompetent, as responsible moral agents» (*Ibid.*). Aunque Dworkin se encarga de señalar que ambas justificaciones no se excluyen mutuamente, lo cierto es que la justificación constitutiva es la que está detrás de la vinculación entre libertad de expresión —de un lado— y responsabilidad moral y dignidad,

de otro: «[...] we are a liberal society committed to individual moral responsibility, and any censorship on grounds of content is inconsistent with that commitment» (Dworkin, 1996: 205).

En definitiva, estamos frente a una posición que asume que la expresión de las ideas es merecedora de una mayor protección frente a otras esferas de la intervención humana. Obsérvese que hablamos de intervención y no de acción humana. Ello, precisamente, para intentar poner de relieve una de las diferencias principales entre el modelo norteamericano y el europeo —en el que, en mi opinión, se asume de manera más clara la dimensión performativa del lenguaje: hablar no es solo decir cosas, sino también hacer cosas (Austin, 1962; Searle, 1969)—. Si esto es cierto, debería ser tenido en cuenta a la hora de valorar el daño que puede provocar el ejercicio de la libertad de expresión.

La segunda posición es la referida a la democracia militante, que es el modelo europeo, a partir de la jurisprudencia constitucional alemana y asumida posteriormente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por otras jurisprudencias, entre ellas la española. Es un modelo condicionado por la importancia del contexto histórico y social, constituido por la experiencia europea en el siglo XX y por las políticas de odio racial. El modelo afirma la existencia de ámbitos de «tolerancia cero» a partir de la interpretación del art. 17 del Convenio Europeo de derechos humanos (Prohibición del abuso de derecho: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo»)<sup>6</sup>. El modelo de democracia militante prevé una respuesta frente a los enemigos de la democracia o aquellos que atentan contra los valores básicos de la democracia, y asume la dimensión perfor-

mativa del lenguaje: hablando se hacen cosas (Saavedra, 2006: 568-570).

La reciente Sentencia 820/2016 del Tribunal Supremo, es un buen exponente de esta posición. Para el Tribunal Supremo, la simple conexión de una actuación con derechos que ostentan «un máximo rango en un Estado democrático» (FJ 1) como la libertad de expresión —o como la libertad ideológica— no exime de la evaluación de la existencia de posibles excesos, ya que «el ejercicio de esos derechos cuenta también con barreras, mínimas y lejanas; pero barreras. O, por decirlo con fórmula más afortunada, está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales» (FJ 1). El discurso del odio, en su manifestación de alabanza o justificación de acciones terroristas, no merece cobertura constitucional, pues «el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre; su discurso se basa “en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades”. [...] no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido» (FJ 2).

Pues bien, me parece que esta distinción entre modelos de democracia es confusa. En realidad, toda democracia es militante (Revenge, 2015: 29-30). No se puede hablar de neutralidad en relación con un sistema democrático y en relación con un sistema de derechos. La democracia y los derechos implican una concepción del bien que, aunque sea entendida de modo amplio, de manera que sea operativa en un sistema social plural, no deja de ser una concepción del bien concreta y determinada. Por tanto, el sistema democrático asume unos contenidos básicos referidos a determinados valores y a una determinada concepción de la persona. Y la referencia a estos contenidos y a

estos fines debe ser tenida en cuenta a la hora de elaborar una propuesta sobre la limitación del discurso del odio.

En este sentido, Michael Sandel ha señalado que «reconocer el daño que pueden producir las expresiones de odio no basta para demostrar la necesidad de restringir la libertad de expresión» (Sandel, 2008: 337). Se trata de ponderar el daño causado con el bien que supone la libertad de expresión. «Lo que cuenta es la importancia moral del discurso o la expresión en relación con el estatus moral de las identidades establecidas que ese discurso o esa expresión atacaría u ofendería» (*Ibid.*). Por eso, no es lo mismo impedir una manifestación a favor de los derechos civiles (que puede suponer un daño para una comunidad segregacionista), que impedir una manifestación del Ku Klux Klan). Mientras que en el primer caso se defiende el reconocimiento de los derechos de los negros, en el segundo caso se promueve la eliminación racial. «La diferencia consiste, pues, en el contenido del discurso, en la naturaleza de la causa» (*Ibid.*). La imposible ausencia de neutralidad en democracia explica por qué la libertad de expresión —particularmente, la que exterioriza el lenguaje del odio—, no puede ser ilimitada.

Por otra parte, la conveniencia de limitar el lenguaje del odio es una razón que nos hace dudar de la fe ilimitada en la capacidad del mercado de las ideas a la hora de discriminar lo verdadero de lo falso, ya que si esa capacidad fuera real, la «depuración» del discurso que haría la sociedad demostraría que la respuesta jurídica es innecesaria. En todo caso, con esta revisión de uno de los postulados clásicos de la teoría liberal de la libertad de expresión, volveríamos al punto de partida de estas reflexiones: el carácter contextual de las teorías de los derechos.

## 5. RECAPITULACIÓN

Al principio de estas reflexiones se ha aludido al carácter histórico de los derechos fun-

damentales. Dicho carácter no solo implica un punto de vista conceptual sobre los derechos; al contrario, posee consecuencias prácticas que tienen que ver, entre otras cosas, con la evolución de los derechos, que viene determinada por los rasgos del contexto en el que los derechos han de ser justificados, pero también ejercidos. En el caso concreto de la libertad de expresión, el contexto está condicionado, de un lado, por los medios técnicos a través de los cuales el individuo participa en el discurso público, y, de otro, por determinadas dimensiones del contenido de dicho discurso.

En este trabajo se ha asumido la hipótesis de que internet y el lenguaje del odio bien pueden ser identificados como rasgos definitorios del contexto contemporáneo —técnico, social, político— en el que se desarrolla el discurso sobre la libertad de expresión. Son, por tanto, elementos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar una teoría de la libertad de expresión en las sociedades democráticas y que, posiblemente, obligan a reformular determinados paradigmas en lo referido a los límites de esta libertad, por una parte, y a su relación con la democracia, por otra.

## NOTAS

1. Ciertamente, el alcance de este artículo debe ser interpretado a la luz de las restricciones derivadas del artículo 12 del mismo texto constitucional: «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra».

2. Como es sabido, la idea del mercado de las ideas es propuesta por O. W. Holmes en *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 (1919): «[...] the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out». Al «marketplace of ideas» se refiere el juez W. J. Brennan Jr. en *Lamont vs. Postmaster General of United States*, 381 US 301 (1965): «[...] It would be a barren marketplace of ideas that had only sellers and no buyers [...]».

3. Disponible en: <[http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione\\_internet/dichiarazione\\_dei\\_diritti\\_internet\\_publicata.pdf](http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf)>. Agradezco al prof. Miguel Revenga la información sobre esta referencia.

4. «Es una solidaridad que no puede entenderse desligada de la disminución de sus costes, que banalizan el compromiso e incluso lo hacen divertido en sus formas; es el llamado *slacktivism* o activismo del vago: un doble clic desde el salón de casa basta para alinearnos con causas nacionales o globales donde el deslindamiento de la razón y la sinrazón morales es tan diáfano como, por ello mismo, íntimamente satisfactorio» (Arias Maldonado, 2006a: 40).

5. Disponible en: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b>>. Es útil la consulta del estudio sistemático de Anne Weber (2009).

6. Coincidente con el art. 54 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

## BIBLIOGRAFÍA

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (1994): *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado.

— (2009): «Libertad de expresión y liberalismo en el siglo XIX», en VVAA, *Historia de los de los derechos fundamentales. Siglo XIX*, en G. Peces-Barba, E. Fernández, R. de Asís y F. J. Ansuátegui (dirs.), vol. III, libro I, Madrid: Dykinson.

ARIAS MALDONADO, Manuel (2016a): «La digitalización de la conversación pública: redes sociales, actividad política y democracia», *Revista de Estudios Políticos*, 173, 27-54.

— (2016b): *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*, Barcelona: Página Indómita.

ATIENZA, Manuel (2013): «Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión», en *íd.*, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid: Pasos Perdidos.

AUSTIN, John L. (1962): *How to do things with words*, Oxford: Clarendon Press.

BARENDT, Eric (1987): *Freedom of speech*, Oxford: Clarendon Press.

- BERLIN, Isaiah (1988): «John Stuart Mill y los fines de la vida», en *id.*, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de N. Rodríguez Salmones, Madrid: Alianza.
- BOIX PALOP, Andrés (2016): «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, 173, 55-112.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2015): «Libertad de expresión y “discurso del odio” religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», *Revista de Fomento Social*, 70, 205-243.
- CLOUGH, Patricia y Jean HALLEY, Jean (eds.) (2007): *The Affective Turn: Theorizing the Social*, Durham: Duke University Press.
- CONSTANT, Benjamin (1989): «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», en *id.*, *Escritos políticos*, trad., estudio preliminar y notas de M. L. Sánchez Mejía, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo (2012): «El “discurso del odio” y su prohibición», *Doxa*, 35, 437-455.
- DWORKIN, Ronald (1996): *Freedoms Law*, Harvard University Press.
- DWORKIN, Ronald (2006): «The Right to Ridicule», *The New York Review of Books*, 23, march. [en línea] <<http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>>.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (1984): «El problema del fundamento de los derechos humanos», en *id.*, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid: Debate.
- FERRARESE, Maria Rosaria (2006): *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari: Laterza.
- GARCÍA ANÓN, José (2004): «Libertad, diversidad y conflictos culturales: la respuesta del Derecho según John Stuart Mill», en J. M. Escamilla Castillo (ed.), *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*, Granada: Universidad de Granada.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana (2014): «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, 97-115.
- GASCÓN CUENCA, Andrés (2013): «La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 163-182.
- HABERMAS, Jürgen (1994): *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. de A. Domènech, Barcelona: Gustavo Gili.
- (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, intr. y trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta.
- KAUFMAN, Gustavo Ariel (2015): *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*, México: Consejo nacional para prevenir la discriminación.
- LALATTA COSTERBOSA, Marina (2014): *La democrazia assediata*, Roma: Derive Approdi.
- LEMA ANÓN, Carlos (2009): «Para un concepto secular de lo sagrado: la institución de lo sagrado como tarea democrática», *Derechos y Libertades*, 20, 79-116.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (2015): «La tragedia de *Charlie-Hebdo*: algunas claves para un análisis jurídico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 50, febrero, 22-31.
- MILL, John Stuart (1986): *Sobre la libertad*, trad. de Pablo de Azcárate, Madrid: Alianza.
- OMAGGIO, Vincenzo (2015): *Saggi sullo Stato costituzionale*, Turín: Giappichelli.
- PAREKH, Bhikhu (2006): «Hate speech. Is there a case for banning?», *Public Policy Research*, vol. 12 (4), 213-223.
- PECES-BARBA, Gregorio (1988): «Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales», en *id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid: EUDEMA.
- (1993): *Ética pública y Derecho*, Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- (1995): *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1997): «Ética pública-ética privada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 531-544.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar (2010): «Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Un aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2015): «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», en M. Revenga Sánchez, M. (coord.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares: Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2015): «Discurso del odio y racismo líquido», en M. Revenga Sánchez (coord.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares: Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá.
- RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa (2012): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAAVEDRA, Modesto (2006): «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Persona y Derecho*, 55, 547-576.
- SALVADOR CODERCH, Pablo (1993): *El derecho de la libertad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- SANDEL, Michel (2008): *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, trad. de A. Santos Mosquera, Barcelona: Marbot Ediciones.
- SEARLE, John (1969): *Speech acts: An essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.
- TODOROV, Tzvetan (2008): *Miedo a los bárbaros. Más allá del choque de civilizaciones*, trad. de Noemí Sobregues, Barcelona: Círculo de Lectores.
- VAZQUEZ ALONSO, Victor J. (2015): «Libertad de expresión y religión en la cultura liberal. De la moralidad cristiana al miedo postsecular», en M. Revenga Sánchez (coord.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares: Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (2015): «Sobre la apología del terrorismo como “discurso” del odio», en M. Revenga Sánchez (coord.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá.
- WEBER, Anne (2009): *Manual on Hate Speech*, Council of Europe Publishing.