

Libertad de expresión

Ana Galdámez Morales

Profesora de Derecho Constitucional

Universidad de Huelva

I. PLANTEAMIENTO

Libertad de expresión y sus límites en torno al caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*.

Año 2014: la fotografía que immortalizaba el beso de una pareja gay desató el aluvión de comentarios. Habían publicado la instantánea en Facebook –en un perfil accesible al público en general– con el objetivo de anunciar el comienzo de su relación y recibieron más de ochocientos mensajes, muchos de ellos de contenido notoriamente discriminatorio, con el siguiente tenor literal: “Voy a vomitar –deberían castrarlos o quemarlos; curaos, zopencos– eso es lo que digo”; “Si nacisteis pervertidos y tenéis este trastorno, id y esconderos en sótanos y haced lo que queráis allí, maricones. Sin embargo, no arruinaréis nuestra bonita sociedad, labrada por mi madre y por mi padre, en la que los hombres besan a las mujeres y no se restriegan las pollas. Espero de verdad que mientras vayáis andando por la calle, a uno de vosotros le reviente la cabeza y le salte el cerebro”; “estos maricones me han jodido el almuerzo; si me dejaran, le dispararía a cada uno de ellos”; “¡¡¡¡¡Escoria!!!!!! A la cámara de gas con los dos”; “jodidos maricones, arded en el infierno, basura”; “A la hoguera con esos maricones...”; “¡Maricones ¡A la hoguera con esas zorras!”.

Las autoridades públicas lituanas –fiscalía y tribunales nacionales– rechazaron iniciar una investigación sobre el alcance de tales comentarios. Los afectados, en la consideración de que el motivo de esta negativa fue, precisamente, su orientación sexual, acuden a usted en busca de asesoramiento jurídico para responder adecuadamente a las siguientes cuestiones: 1. ¿Qué derecho o derechos fundamentales se ejercen en este caso y cuáles pueden

verse vulnerados?; 2. En el supuesto que se plantea, ¿puede considerarse la aplicación del discurso de odio como límite al ejercicio de la libertad de expresión?; 3. ¿Qué función desempeñan los derechos de la comunicación en una sociedad democrática?; 4. Conforme a una adecuada ponderación, ¿qué derecho fundamental debería prevalecer?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El caso práctico planteado busca enfrentar al estudiante a la resolución de una situación jurídica problemática derivada del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el contexto comunicativo contemporáneo. Se trata de la expresión pública de un sentimiento afectivo compartido por una pareja, a través de la publicación de una fotografía en una red social, por un lado; y de la expresión discursiva del rechazo a través de los numerosos mensajes que acumuló la publicación en un corto periodo de tiempo, por otro.

Los protagonistas de la fotografía requieren de ayuda para articular su defensa: se pretende un enfoque vinculado a la protección de la libertad de expresión como derecho fundamental, sin desatender la función operativa de los posibles límites a su ejercicio, orientados a evitar la discriminación que pueda extenderse en forma de discurso de odio a través de los nuevos canales y plataformas de comunicación social.

B. Problemas constitucionales

Los principales interrogantes que se plantean desde la perspectiva constitucional tienen que ver con el alcance de los límites al ejercicio de la libertad de expresión: el concepto de discurso de odio, entendido en un sentido amplio, así como su concreción cuando el mensaje de odio o la agresión discursiva se produce por razón de la expresión de la identidad de género o la orientación sexual.

En un segundo término, se plantea el análisis de los requisitos para el ejercicio legítimo del derecho y la necesaria ponderación cuando éste entra en conflicto con otros derechos fundamentales, teniendo en cuenta las posibilidades –hasta ahora inéditas– de expansión de la discriminación que ofrecen las herramientas comunicativas digitales.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 20.1 a) de la Constitución Española

Artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos

Artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2012, caso *Vejdeland y otros c. Suecia*

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de julio de 2009, caso *Féret c. Bélgica*

Sentencia 6/1981, de 16 de marzo, del Tribunal Constitucional (en especial, FJ 3)

Sentencia 159/1986, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional (en especial, FJ 6)

Sentencia 121/1989, de 3 de julio, del Tribunal Constitucional (en especial, FJ 2)

Sentencia 168/1986, de 22 de diciembre, del Tribunal Constitucional (en especial, FJ 2)

Sentencia 29/2009, de 26 de enero, del Tribunal Constitucional (en especial, FJ 5)

D. Solución

La libertad de expresión es un derecho fundamental y una libertad de amplísimo contenido que se configura, en los sistemas jurídicos occidentales, como una garantía básica para crear y mantener la necesaria opinión pública libre, que es presupuesto necesario en el proceso de legitimación de la democracia.

A través de la comunicación y de la transmisión de mensajes, opiniones y juicios de valor, construimos, entre todos, nuestro imaginario; consolidamos estructuras y patrones sociales. El debate es un ejercicio necesario para el desarrollo de una sociedad, vinculado a la dimensión objetiva de un derecho fundamental protegido especialmente por ser considerado un pilar de la

democracia. Así lo estableció el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia más temprana:

El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos¹.

[E]l artículo 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas².

Es el sentido del alcance y la configuración jurídica del artículo 20.1 a) de la Constitución Española, así como del resto de instrumentos normativos que protegen el derecho a la libertad de expresión en el ámbito supranacional. Sin embargo, la reproducción de estereotipos y la proliferación de mensajes discriminatorios puede hacer que la dignidad de la persona, como otro bien jurídico a proteger, se quiebre.

Internet, como nuevo marco tecnológico de la comunicación, resulta determinante a la hora de articular una aproximación jurídica a la libertad de expresión, ya que nos impone la obligación de reformular el marco normativo y los límites que aplicamos al ejercicio del derecho.

1 Sentencia 6/1981, de 16 de marzo, del Tribunal Constitucional, FJ 3.

2 Sentencia 159/1986, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional, FJ 6.

Porque, si bien el discurso de odio es una cuestión eminentemente de contenido —siendo esenciales el elemento subjetivo y la intención de discriminar a cierto colectivo o grupo social, en el presente caso— el tratamiento jurídico del derecho no puede ser el mismo cuando utilizamos un soporte tremendamente invasivo, de carácter expansivo y con la capacidad de situar al usuario digital en una posición especialmente vulnerable.

Dentro de estos límites con base en los cuales puede restringirse el ejercicio de la libertad de expresión, tenemos el discurso de odio. El Consejo de Europa lo ha definido como “aquella forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia contra las minorías”. Es la misma definición que ha hecho suya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y que aplica para limitar la libertad de expresión, de dos formas distintas: en algunos casos, ha optado por aplicar la cláusula de abuso de derecho del art. 17 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), privando de protección a este tipo de discursos y, en otros, ha optado por la ponderación a la luz del artículo 10 CEDH, aplicando el test de proporcionalidad de la injerencia en relación con el fin legítimo perseguido y con su necesidad en una sociedad democrática.

Con frecuencia, el Tribunal Europeo ha reconocido el potencial ofensivo de los discursos que incitan al odio y ha resuelto restringiendo la libertad de expresión, aun cuando no hubiera una clara incitación a la violencia. Esto lo vemos, por ejemplo, en la STEDH de 9 de febrero de 2012, caso *Vejdeland y otros vs. Suecia*. Los recurrentes habían sido condenados por la distribución de panfletos, en una escuela de secundaria, en los que se decía que la homosexualidad es “una inclinación sexual desviada con un efecto moral destructivo en la esencia de la sociedad sueca”. Se afirmaba también que la homosexualidad es una de las principales causas de contagio del VIH y de otras enfermedades de transmisión sexual.

En este caso, el TEDH afirma que “no hay una incitación directa a la violencia contra los homosexuales, pero sí una ofensa que puede incitar al odio, aunque no se trate de una llamada a cometer actos de violencia”. Además, dice, “la discriminación basada en la orientación sexual es de igual gravedad que aquella que se basa en la raza, el origen o el color”.

El supuesto planteado es un caso real que, una vez agotada la vía judicial interna, llegó al Tribunal Europeo, el cual resolvió por medio de la Sentencia de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*. El Tribunal condenó al Estado de Lituania por incumplimiento de la obligación de investigar

casos de posible discriminación –la cual se extiende a las cuestiones relativas a orientación sexual e identidad de género³– en virtud del artículo 13 CEDH.

Consideró el TEDH que “uno de los motivos para rechazar la incoación de las diligencias previas fue la desaprobación por parte de los tribunales de la demostración pública de la orientación sexual” de los demandantes⁴, a pesar de “las obligaciones positivas que pesan sobre el Estado, inherentes al derecho al respeto efectivo a la vida privada derivado del art. 8 CEDH”⁵.

En relación con el potencial viral de los contenidos, sostiene el Tribunal que “a la luz de su accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar enormes cantidades de información, Internet desempeña una importante función en mejorar el acceso del público” a unos contenidos con importante repercusión⁶. En consecuencia, “la publicación de un único comentario de odio, relativo a que dichas personas deberían ser “asesinadas”, en la página de Facebook del primer demandante era suficiente para ser tomado con la debida seriedad”⁷. Así, concluye el Tribunal:

[Que] los comentarios de odio con palmarios llamamientos a la violencia por parte de particulares y dirigidos contra los demandantes y la comunidad homosexual en general fueron instigados por una actitud intolerante contra dicho colectivo.

Y, en segundo lugar:

[Que] la propia mentalidad discriminatoria conformó la base con arreglo a la cual las autoridades públicas competentes omitieron cumplir con su obligación positiva de investigar de una manera efectiva si dichos comentarios relativos a la orientación sexual de los demandantes constituían una incitación al odio y la violencia, lo que confir-

3 Véanse las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 diciembre 1999, caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, § 28; y de 30 de noviembre de 2010, caso *P. V. c. España*, § 30.

4 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*, *op cit.*, § 121.

5 *Ibid.*, § 110.

6 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2016, caso *Magyar c. Hungría*, § 56.

7 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*, *op cit.*, § 127.

mó que, al rebajar el peligro de dichos comentarios, las autoridades al menos los toleraron⁸.

De esta forma, el Tribunal considera probado que los demandantes sufrieron una discriminación –en forma de comentarios de odio y negación de una vía nacional de recurso efectiva– basada en su orientación sexual.

Otra cuestión que no puede desatenderse en el supuesto que se plantea, a pesar de que no es tratada en profundidad en la sentencia, es la de ¿hasta qué punto condicionan el tratamiento jurídico de la libertad de expresión los elementos de la comunicación contemporánea, especialmente cuando el contenido discriminatorio se hace viral en las redes sociales?

Puede afirmarse que el alcance digital de los mensajes aumenta en una triple dimensión: física; temporal y subjetiva. Los mensajes llegan más lejos, con un impacto mucho mayor y con una permanencia prácticamente ilimitada en repositorios virtuales. En este sentido, puede tener cabida la aplicación analógica del mismo tratamiento que el Tribunal Constitucional atribuyó años atrás al titular de una información, en el contexto de la prensa escrita, por su mayor difusión y capacidad de impacto, pues los lectores del titular de la noticia son mucho más numerosos que los del cuerpo de texto y, al mismo tiempo, su capacidad de impacto también es mayor⁹. Esto mismo sucede con un Tweet o con una publicación en Facebook, por ejemplo; habitualmente mensajes cortos, que se propagan a gran velocidad y que a menudo se ven acompañados de imágenes.

Cuando la repercusión y las consecuencias del discurso cambian, los patrones jurídicos deben evolucionar también. Aunque el contenido del mensaje pueda ser el mismo o, incluso, muy parecido.

⁸ *Ibid.*, § 129.

⁹ Sentencia 29/2009, de 26 de enero, del Tribunal Constitucional, FJ 5.

