

Capítulo 1

De qué diantres hablamos, cuando hablamos de libertad de expresión

JOAQUÍN URÍAS
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Libertad de expresión, una noción ambivalente. II. La libertad de expresión forma parte de la libertad de expresión. III. Tres derechos muy distintos. IV. El sentido constitucional de la libertad de expresión. V. Contenido esencial de la libre expresión.

I. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, UNA NOCIÓN AMBIVALENTE

El primer problema dogmático que encontramos al hablar de esta cuestión es que en nuestra lengua la locución *libertad de expresión* se utiliza en dos sentidos distintos, aunque muy cercanos. Una parte alude a la libertad de comunicación en sentido amplio, tratándose de la libertad genérica de emitir a la sociedad contenidos de cualquier tipo, lo que en inglés se conoce como *free speech*, que podría ser traducido como *discurso libre*. En este sentido extenso, la noción de libertad de expresión vino a sustituir en el mundo jurídico español a otra clásica, pero igual de amplia, la *libertad de imprenta*.

En efecto, durante muchos siglos la libertad de contar cosas solo se ha entendido como derecho a imprimirlas. Cuando a mediados del siglo XV se perfecciona definitivamente la imprenta de tipos móviles metálicos, supone la mayor revolución social y política de la historia. De pronto, cualquier ciudadano podía comunicarse con un número indeterminado de personas, dándoles a leer sus ideas reproducidas en papel. El invento se difunde muy rápidamente por toda Europa ante la sorpresa de las autoridades civiles que, en un principio, no saben cómo reaccionar. Las eclesiásticas lo tienen mucho más claro y basta una década para que obispos y otras autoridades religiosas comiencen a dictar normas destinadas a controlar qué se imprime y qué

no. Muy pronto se suma el poder político y a mediados del siglo XVI casi todos los reinos europeos tienen disposiciones que prohíben imprimir cualquier escrito sin recibir previamente una licencia pública para ello. Desde ese momento, durante más de doscientos años, el control estatal sobre la impresión es absoluto; nadie puede publicar nada sin autorización previa.

Contra esta situación se empiezan a alzar pronto voces por Europa. Uno de los precursores, sin duda, es el poeta inglés John Milton que en 1644 publica su opúsculo *Areopagítica*, en el que, indignado por la prohibición de una obra suya, reclama que todo el mundo pueda publicar libremente para que así la sociedad tenga acceso a distintas versiones de la realidad y pueda contrastar ideas distintas. Esta reivindicación prende rápidamente y aparece reiterada desde entonces en gran parte de las obras políticas que se van escribiendo. Spinoza, Locke, Stuart Mill o Condorcet abordan el tema siempre desde perspectivas muy parecidas, creando un estado de opinión ilustrada favorable a acabar con el sistema de licencia previa de publicaciones¹. De ese modo, cuando surgen las primeras declaraciones de derechos contemporáneas, todas incluyen el derecho a imprimir. El artículo 12 de la Declaración de Derechos de Virginia, de 1776, proclama que “la libertad de la prensa es uno de los mayores baluartes de la libertad y nunca puede ser restringida salvo por gobiernos despóticos”.

Sin embargo, muy pronto a la libertad de imprimir se le van a añadir otras prerrogativas. El artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya dice: “la libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre. Todo ciudadano puede por tanto, hablar, escribir, imprimir libremente, salvando la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”. La Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, añadida en 1791, establece que: “el Congreso no podrá hacer ninguna ley [...] que limite la libertad de expresión; ni de prensa”.

En España, no obstante, se tarda en tener algo parecido a una declaración de derechos y en gran parte del siglo XIX las constituciones

¹ Vid. Ansuátegui Roig 1994: 115 y ss.

solo se refieren a la libertad de imprenta². Sucede en la Constitución de Bayona de 1808, en la de 1837 y en la de 1845. En la de Cádiz de 1812 se habla de “libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas”. Solo en 1869 se habla de “derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones”, locución que se mantiene en las dos constituciones que siguieron. Así pues, la libertad de expresión, como tal, jamás aparece en norma española histórica alguna de rango constitucional.

En cambio, sí se usa con cierta frecuencia en otras tradiciones jurídicas, esencialmente en la francesa. Allí se habla de *liberté d’expression* para aludir al derecho a dar a conocer la actividad intelectual propia. Eso explica directamente su inclusión primero en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)³ y después en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio EDH) que dice que “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas”. Incluso las versiones en inglés de estos textos hablan de *freedom of expression* en vez de la categoría, más clásica en derecho anglosajón, de *freedom of speech* —que es la que usa la Primera Enmienda estadounidense—.

Del mismo modo, el artículo 20.1.a) de la Constitución Española actual habla de “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones”. Justo antes, el Real Decreto-Ley 24/1977 de 1 de abril⁴, reconoció parcialmente este derecho tras los años de dictadura franquista, se denominó “Sobre libertad de expresión”. Este texto resulta útil para entender adecuadamente el concepto en esta acepción amplia de la que estamos hablando. En la exposición de motivos de la norma se habla reiteradamente de *libertad de información*, que parece definirse como la “libertad de expresión a través de los medios informativos”. Sin embargo, el tenor literal de su artículo 1 resulta bastante ilustrativo cuando habla de que “La libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones por medio de impresos

² Vid. Muñoz Machado 2013: 137 y ss.

³ En su versión en inglés dice “*Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers*”.

⁴ BOE núm. 87, de 12 de abril de 1977, 7928-7929.

gráficos o sonoros, no tendrá más limitaciones que las establecidas en el ordenamiento jurídico con carácter general”. El texto es confuso desde un punto de vista dogmático, pero parece que al mismo tiempo que se establece cierta diferencia entre el derecho de transmitir informaciones y el de expresar opiniones, la locución libertad de expresión se usa indistintamente para definir a este segundo derecho o al conjunto de ambos.

En el lenguaje ordinario, el uso predominante es el que identifica la libertad de expresión con el derecho a difundir opiniones, informaciones, obras artísticas, descubrimientos científicos, enfoques académicos y cualquier otro contenido, incluyéndose bajo este mismo nombre a todo el derecho de la prensa⁵, tal y como hacen los textos internacionales de derechos humanos de referencia.

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FORMA PARTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

De los textos legales internacionales y españoles citados resulta evidente la conciencia de que el derecho a la libertad de expresión entendido en sentido amplio incluye, como mínimo, dos manifestaciones distintas. En efecto, es una constante a lo largo del siglo XX diferenciar, en todas las declaraciones y normas esenciales, entre la libertad de emitir opiniones, propia de todo ciudadano, y la de emitir informaciones, hasta hace pocos años a través de la prensa. En realidad, a estas manifestaciones de la libertad de expresión hay que añadir otras, como la referida a las creaciones artísticas o científicas. No se trata de una distinción puramente nominativa o enunciativa pues, aunque se las meta a todas bajo el paraguas semántico de la libre expresión, lo cierto es que cada una de ellas, en razón de su objeto, tiene una naturaleza, contenido y modo de operar jurídicamente distintos, como más adelante se explica.

El distinto régimen de cada una de estas manifestaciones, que en la práctica constituyen derechos subjetivos independientes⁶, ha sido

⁵ Un buen ejemplo de esto es el artículo de Peces-Barba Martínez 1981.

⁶ Cfr. Solozábal Echavarría 1991: 82 y ss.

reconocido jurisprudencialmente en prácticamente todos los sistemas jurídicos. Sin embargo, son pocas las constituciones que llevan tal diferenciación en su articulado. Una de ellas es la Constitución Española de 1978 (CE), lo que supone un enorme acierto científico.

La cuestión que viene a introducir confusión en la materia, y que está en el origen de la deficiente comprensión de este derecho en numerosos sistemas jurídicos, es puramente nominativa. Al derecho a transmitir informaciones lo llamamos *libertad de información* o, en algunos casos, *derecho a la información*. Respecto al derecho a publicar y difundir creaciones artísticas o científicas comienza a asentarse la denominación de *libertad de creación*. El problema es cómo hemos de llamar al derecho a expresar públicamente las propias opiniones. A este también se le suele llamar *libertad de expresión*, como al conjunto de todos ellos. El nombre, en este caso, conlleva un terrible prejuicio: el de creer que todo puede ser una opinión y que la libertad de expresión —en este sentido restrictivo— se denomina así porque el resto de libertades comunicativas que se implicitan en ella. Por culpa de esta creencia, en la mayoría de nuestros sistemas jurídicos no hay una noción cerrada y vinculante de libertad de expresión. Es el único derecho de la Constitución Española que, en términos del artículo 53.2, parece no tener contenido esencial.

Una prueba de la confusión entre los dos usos de la noción de libertad de expresión está en la primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional español (Trib. Const.) se enfrentó a las libertades de la comunicación. Se trata de la sentencia del Trib. Const. núm. 6/1981 (16 marzo). En ella el Tribunal confunde claramente las dos acepciones —amplia y restringida— de la locución libertad de expresión y eso lo lleva a consecuencias disparatadas. Así afirma que:

“El derecho a comunicar información [...] puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión cuya explicitación diferenciada solo se encuentra en textos constitucionales recientes [...]; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible)” (Trib. Const., sentencia núm. 6/1981, 16 marzo: Fund. Jur. 4).

De ese modo inventa la teoría que se ha llamado *del coche escoba*, por la que la libertad de opinar viene a ser un conjunto amplio dentro

del que se incluyen distintas posibles concreciones, como la *libertad de información*. Esta teoría tiene consecuencias prácticas. La más evidente es que, lógicamente, todo el régimen jurídico del conjunto mayor también es aplicable a su concretización. Igual que la *libertad de expresión* es un derecho de abstención en el que el Estado debe limitarse a respetar el libre flujo de opiniones sin interferir en el mismo, la libertad de información y el derecho de la ciudadanía a recibir información también excluyen toda acción prestacional estatal. Luego, la Constitución no obliga necesariamente a mantener un régimen de prensa plural mediante incentivos, ni a que existan medios públicos que garanticen el pluralismo ni, en general, a ninguna actividad que facilite a la ciudadanía el acceso a información variada y rigurosa.

Adicionalmente, la identificación entre ambos derechos, dándole prevalencia a la libertad de opinar, implica que los límites de esta también son límites para la libertad de informar. Así que una información veraz y contrastada que resulte molesta o hiriente podrá ser limitada en los mismos términos que si se tratase de una mera opinión.

Tal dislate no podía durar mucho tiempo porque de un modo u otro, la naturaleza constitucional de los derechos acaba por imponerse en la jurisprudencia. Es lo que sucede finalmente con la sentencia del Trib. Const. núm. 6/1988 (21 enero), dictada unos años después, en la que ante la invocación conjunta en un caso de la lesión de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de informar, el Tribunal señala que es necesario:

“dilucidar cuál de los dos derechos o libertades se encuentra en juego en el presente caso, pues es lo cierto que, aunque algunos sectores doctrinales hayan defendido su unificación o globalización, en la Constitución se encuentran separados. Presentan un diferente contenido y es posible señalar también que sean diferentes sus límites y efectos, tanto ad extra como *ad intra*, en las relaciones jurídicas” (Trib. Const., sentencia núm. 6/1988, cit.: Fund. Jur. 5).

Es decir, el Tribunal reconoce que en nuestro sistema hay varios derechos independientes relacionados con la comunicación y que, aunque al conjunto de todos se les llame corrientemente *libertad de expresión*, a la *libertad de opinar* que es uno más del conjunto, también se la llama del mismo modo.

III. TRES DERECHOS MUY DISTINTOS

El reconocimiento de las distintas manifestaciones contemporáneas del libre discurso es el resultado de una reflexión jurídica, a menudo de base jurisprudencial, sobre el carácter que diferencia a los actos de la comunicación. En el seno de la sociedad el mecanismo básico de relación entre las personas que la componen es la comunicación. Se trata de un fenómeno de consecuencias extremadamente abiertas, de modo que sus distintas manifestaciones ponen en juego intereses constitucionales muy variados que, en una sociedad compleja, exigen regulaciones adecuadas a la naturaleza y el sentido de cada una de ellas. Intentar aplicar el mismo régimen a todas las manifestaciones de la comunicación entre personas no es ya incoherente sino fácticamente imposible.

La transmisión de informaciones es posiblemente la manifestación de la comunicación con más trascendencia política y social. Está directamente relacionado con la existencia de un flujo comunicativo que permita a la ciudadanía acceder al conocimiento de hechos trascendentes que merece ser garantizado. La existencia misma de un sistema democrático exige que la ciudadanía pueda tener conocimiento de lo que sucede en la sociedad, en especial en lo que atañe a la gestión pública. Solo a partir del acceso libre a la información sobre los hechos con trascendencia social, pueden los ciudadanos ejercer tanto la facultad de control sobre los gestores públicos como el derecho al voto.

Lo que caracteriza al régimen jurídico de la información en todos los sistemas jurídicos es que recae sobre hechos, que son por naturaleza contrastables, de modo que cabe controlar su veracidad. En efecto, los contenidos informativos que se presentan como acontecimientos de la vida real pueden ser razonablemente comprobados una vez que se transmiten públicamente. Dicha comprobación no puede alcanzar un grado de exactitud absoluta en el sentido de que los hechos sean por completo incontestables, pero sí cabe llegar a una conclusión razonable sobre su veracidad —entendida genéricamente como cercanía a la verdad— y esta puede ser utilizada como criterio de legitimidad jurídica. Como consecuencia, en casi todos los sistemas jurídicos, la jurisprudencia ha establecido el control de veracidad

como requisito constitucional para el ejercicio legítimo de la libertad de información.

Al mismo tiempo, como ya se mencionó, el libre flujo de información sobre el sistema social y político exige de los poderes públicos una serie de iniciativas tendentes a optimizar el derecho. Entre las iniciativas, destacan de un lado las medidas que persiguen estimular la disponibilidad de información pública a través de medidas de transparencia activa y pasiva. Por otro lado, las medidas tendentes a asegurar el pluralismo informativo que favorecen el funcionamiento de canales variados que den entrada a informaciones de todo tipo con enfoques diversos. Para ello hay disponibles medidas de fomento, otras que reprimen la tendencia al monopolio informativo y junto a ellas la consolidación de medios de comunicación de titularidad pública a los que, como dice el artículo 20.3 de la CE, se asegure el acceso de los grupos sociales significativos, respetando el pluralismo de la sociedad.

La libertad de creación, por su parte, tiene dos manifestaciones esenciales, una referida al arte y la otra a la ciencia. La faceta artística es la que mejor explica la naturaleza propia de este derecho que se centra en la creación *ex novo* de universos imaginarios que, aunque se inspiran en la vida real, se elevan por encima de esta presentándose como reflexión intelectual sobre ella⁷. Se trata de un derecho fundamental que permite al ser humano buscar la trascendencia a partir de la sublimación de la realidad. Los contenidos creados con esta intención y que se difunden socialmente difícilmente pueden llegar a causar daños sobre la vida real.

Su régimen jurídico se articula en torno al concepto de lo ficticio. Lo que es ficticio es una creación humana que no pretende ser real sino evocar la realidad, de modo que el juicio de tales contenidos no se puede hacer desde la comparación con la realidad. Se trata de una cuestión que ha sido abundantemente tratada en Francia. En España también la jurisprudencia constitucional ofrece ejemplos de esta distinción que se aplica, verbigracia a la diferencia entre un libro de memorias que pretende ser una reproducción fidedigna de la realidad

⁷ Vid. sobre ellos Urías Martínez 2018: 618 y ss.

como la recuerda el autor y las obras de ficción en las que los hechos y características atribuidas a un personaje no pretenden reflejar la realidad.

La *libertad de opinión*, por su parte, es el derecho cuyo contenido ha sido menos estudiado y, sobre todo, el menos delimitado de todos. La tendencia histórica a considerarlo como un *cajón de sastre* que acoge la difusión de cualquier manifestación del intelecto ha impedido a veces que nuestros tribunales trabajen con un concepto operativo de libertad de expresión. En vez de ello se ha preferido acudir a los supuestos *límites* del derecho. Los derechos subjetivos, entendidos como normas jurídicas de obligado cumplimiento, no tienen más límites que los enunciados en la definición misma de su objeto. Sin embargo, lo cierto es que académicos y operadores jurídicos tienden a presentar la libertad de opinión como un mero mandato de optimización con naturaleza de principio: es susceptible de amparar a cualquier manifestación pública que realice una persona, pero debe ponderarse caso por caso con otros bienes o principios que merece la pena proteger. De esa manera se le niega a la libertad de expresión cualquier valor como norma. Ante la incapacidad de definirlo se opta por tratarlo como un principio en vez de como un auténtico derecho subjetivo. Resulta, por eso, de máximo interés hacer una breve reflexión sobre la definición y el contenido protegido de la libertad de expresión en el sentido restringido del término, entendido como libertad de opinión.

IV. EL SENTIDO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El concepto constitucional de libertad de expresión se ha de construir en torno al concepto de *ideas*. La Constitución Española habla de difundir “pensamientos, ideas y opiniones”, con ello parece referirse a la posibilidad de hacer público todo lo que pase por la mente de una persona y pueda ser sustanciado a través de palabras o signos. El Tribunal Constitucional ha incluido expresamente en esta fórmula a las creencias y los juicios de valor⁸. De modo que no se trata solamente de pensamientos casuales, sino que incluye la manifestación

⁸ Cfr. sentencia del Trib. Const. núm. 107/1988, 8 junio: Fund. Jur. 2.

de la adscripción personal a un sistema ideológico, religioso o similar que pretenda explicar el mundo, así como la valoración personal positiva o negativa de cualquier aspecto de la vida.

La amplitud de la literalidad de la definición constitucional puede llamar al engaño. Podría pensarse que configura un derecho fundamental a hacer público cualquier contenido que se forme en la mente del titular, pero no es así. A través de la palabra o los signos pueden establecerse multitudes de procesos comunicativos con finalidades muy diversas, sin que todas gocen de protección constitucional. El sentido de la declaración constitucional no es amparar la expresión verbal o simbólica destinada a causar un daño o a provocar una acción ajena, entre otras muchas. De manera mucho más restringida, lo que la Constitución persigue es algo vinculado con la libertad ideológica, dando la máxima protección jurídica a las manifestaciones públicas que buscan exclusivamente dar a conocer un posicionamiento mental, ya sea una construcción ideológica o un juicio de valor con trascendencia social.

La garantía de este derecho asegura la capacidad de poner en circulación reflexiones e ideas. Su elemento definidor no es la acción de *expresar*, común a todos los derechos de la comunicación, sino el objeto específico sobre el que recae tal acción que, en este caso, son las ideas. Desde la posición de quien confunde el *derecho a hablar* con la libertad de difundir los posicionamientos personales se pone erróneamente el acento en la acción en vez del objeto y ese es, en esencia, el origen de la deficiente comprensión jurídica de la libertad de expresión. La evidencia es que ningún ordenamiento y en ningún momento histórico se podría garantizar, sin más, el derecho subjetivo a decir cualquier cosa. La intención del reconocimiento constitucional, tanto en el texto español de 1978 como en cualquier otro, es asegurar la libre circulación de propuestas personales o colectivas sobre la configuración de la sociedad.

El tenor literal del artículo 20 de la CE no deja lugar a dudas. El derecho se formula como la acción de manifestar pensamientos, ideas u opiniones a través de cualquier medio. El precepto constitucional señala la palabra y el escrito, pero deja abierta la posibilidad de que se utilice cualquier otro: la libertad de expresión puede ejercerse mediante gestos, con la utilización de símbolos y hasta al elegir la forma

de vestir, entre otras manifestaciones. Esta apertura no es una indefinición constitucional que siembre dudas sobre la delimitación del derecho, sino toda una declaración sobre la irrelevancia jurídica del modo de expresión elegido.

Lo que define al derecho es la transmisión de ideas y la Constitución destaca que esa transmisión queda protegida con independencia del modo de comunicación elegido. Lo que se garantiza no es cualquier expresión, sino la expresión de las ideas propias.

La libertad de expresión afecta exclusivamente al mundo de las ideas; esta distancia con la acción es la clave para la delimitación genérica del derecho. El mundo de las ideas es aquel en el que se realizan construcciones mentales que permiten interpretar la realidad. La finalidad de quien ejerce legítimamente la libertad de expresión es diseminar reflexiones, pero no actuar directamente sobre la realidad. En cambio, quien usa la palabra o cualquier modo de comunicación, para incidir de manera directa sobre la realidad, transformándola, no puede invocar para ello este derecho.

Cuando el juez Holmes, en 1919, en la sentencia *Schenck vs. Estados Unidos* dijo que “incluso la protección más estricta de la libertad de expresión no protegería a un hombre que gritase falsamente ‘fuego’ en un teatro, causando el pánico” (SCOTUS, *Schenck vs. Estados Unidos*, 249 U.S. 47 [1919]), estaba señalando una acción ajena al mundo de las ideas. Esa persona que grita falsamente lo hace con intención de provocar el pánico no por el interés de manifestar un pensamiento. No aspira a que los espectadores accedan a su manera de pensar, sino que con sus voces pretende alterar directamente la realidad del lugar.

El uso cotidiano de la palabra o la comunicación no responde, mayoritariamente, al deseo de difundir ideas, sino al de alterar la realidad. El objetivo preferente de la comunicación suele ser provocar reacciones en el otro. Desde cuando se pide algo hasta cuando se intentan provocar sentimientos o se anima a otra persona a hacer algo. En todos esos casos, el hablante no pretende dar a conocer sus ideas, sino actuar sobre la realidad; por eso, no son directamente encuadrables en la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 235/2007, ha destacado:

“la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas” (Trib. Const., sentencia núm. 235/2007, 7 noviembre: Fund. Jur. 4).

Así, las actividades contrarias a la Constitución o al ordenamiento no tienen cobertura constitucional, mientras que la difusión de ideas contrarias sí puede quedar amparada por el derecho fundamental. Por esta misma razón, las injurias, las amenazas o la incitación a delinquir, pueden ser legítimamente tipificadas como delitos, sin afectar con ello a la libertad de emitir las propias ideas garantizadas constitucionalmente.

No se trata, en sentido estricto, de límites a la libertad de expresión, sino de supuestos excluidos. Quien intenta humillar a otra persona, pretende torcer ilegítimamente su voluntad o la lleva a cometer un hecho punible, no pretende expresar sus ideas y su manera de pensar sobre un asunto de relevancia pública, sino que está actuando directamente sobre la realidad a través de la palabra o los gestos. Resulta por tanto jurídicamente inapropiado hablar en estos casos de *conflicto* o de *restricciones* a la libertad de expresión; se trata en puridad de conductas ajenas al ámbito protegido por el derecho.

Los delitos que persiguen acciones comunicativas castigan el uso de expresiones con la intención de intervenir de manera inmediata sobre la realidad y que, al hacerlo, causan un daño. Si las expresiones solo buscaran difundir una idea, nunca podrían constituir un delito ni estar prohibidas, porque son ejercicio de un derecho fundamental. Más allá, tampoco podría constatarse en el caso de no haber producido algún daño, pues el que alguien manifieste una manera de pensar, con objeto de darlo a conocer, no puede ser lesivo de algún bien o de interés constitucional.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH) sobre la *incitación al odio* es un buen ejemplo de este modo de funcionar de la libertad de expresión. Para el Tribunal EDH la categoría de los *delitos de odio* solo resulta compatible con la libertad de

expresión en la medida de que no se persiga una forma de pensar, ni siquiera la más odiosa, sino la evidencia de que esa manera de pensar se utiliza para producir efectos reales de discriminación sobre las personas. Lo que se persigue es el discurso discriminatorio⁹.

En el mismo sentido, desde hace mucho tiempo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América defiende una teoría similar pero más extrema. Desde el asunto *Chaplinsky*¹⁰ se rige una doctrina muy elaborada acerca de cuál es el momento en el que las ideas dan el salto a la realidad. Para ello se recurre al criterio de si las expresiones implican un riesgo claro y actual —*clear and present danger*— de que por su causa alguien rompa la paz social. No basta que eventualmente, a causa de esas palabras, se creara una atmósfera social en la que quizás puedan darse conductas lesivas de los derechos ajenos. Así, la difusión de ideas contrarias a los valores constitucionales, como las que abogan por la discriminación de un grupo social o étnico, solo pueden castigarse si se emiten de un modo tal que sea realmente posible que, a causa de ellas, alguien vaya a discriminar a otra persona.

En cuanto a derecho fundamental, la libertad de expresión tiene por objeto exclusivamente dar a conocer las ideas propias, y queda fuera del ámbito de ese derecho cualquier acción comunicativa que busque otro objetivo, notablemente el de intervenir directamente sobre la realidad.

⁹ Un buen ejemplo es la sentencia del Tribunal EDH, *Vejdeland y otros vs. Suecia* (9 febrero 2012), que permite castigar la distribución en una escuela de enseñanza secundaria de unos panfletos que hablaban de la homosexualidad como una desviación, causante del SIDA, y denunciaba a un supuesto “lobby homosexual”. No lo hace porque sea discurso del odio, sino porque se incita a la discriminación contra un colectivo de un modo que puede ser eficaz y resultar perjudicial para la sociedad. También en la sentencia del Tribunal EDH, *Mariya Alekhina y otras (Pussy Riot) vs. Rusia* (17 julio 2018), en el que trata del caso de las cantantes del grupo punk ruso *Pussy Riot* condenadas por odio religioso por una actuación no autorizada en el interior de una catedral. En ese caso el Tribunal EDH señala que solo podría prohibirse como incitación al odio si la actuación constituyera “un llamamiento a la violencia o como justificación de la violencia, el odio o la intolerancia” que “podría haber tenido consecuencias perjudiciales” reales.

¹⁰ SCOTUS, *Chaplinsky vs. New Hampshire*, 315 U.S. 568 [1942].

V. CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBRE EXPRESIÓN

Los derechos fundamentales tienen un doble carácter, individual e institucional, que los llevan a actuar al mismo tiempo como derechos subjetivos de la personalidad y como principios orientadores de la acción del Estado¹¹. En su faceta de derecho subjetivo, garantizan como regla jurídica un espacio de libertad para el ciudadano que es intangible, incluso por el legislador, y que goza de eficacia jurídica directa. Al mismo tiempo, en tanto que el principio orientador de la acción del Estado define un modelo determinado de ordenamiento jurídico caracterizado por el mandato constitucional, dirigido a los poderes públicos, para que estos optimicen en lo posible el ideal jurídico que se esconde tras el reconocimiento del derecho subjetivo.

Lo que concierne al principio institucional, la libertad de expresión exige que el Estado mantenga un sistema de comunicación pública libre lo más amplio posible para que cada uno diga lo que quiera. En este sentido, lo posible viene determinado por la probable colisión con otros bienes o principios de valor constitucional¹².

Por ejemplo, resulta posible limitar, incluso legislativamente, la difusión de contenidos publicitarios o pornográficos estableciendo que solo se puedan transmitir en determinados medios, horarios y con determinadas condiciones. Pueden llegar a prohibirse. Dicha prohibición es posible porque en los mensajes, aquellos que buscan convencer al consumidor de comprar un producto o producir excitación sexual en el receptor, con relación a la libertad de expresión funcionan solo como un principio, no como una regla de derecho. El principio puede limitarse mediante un control de proporcionalidad tras ponderar la necesidad de amparar otros valores. En el ejemplo dado pueden ser la salud del consumidor, la vulnerabilidad de los menores o la moral pública.

Sin embargo, en su faceta de derecho subjetivo, el derecho fundamental a la libertad de expresión es inalienable y no puede ser re-

¹¹ Vid. Cruz Villalón 1989: 37 y ss.

¹² Sobre el valor de los derechos como principio marco del orden político, vid. Alexy 2002: 18 y ss.

cortado por el legislador o los jueces¹³. Ni siquiera en aras de la protección de otros intereses. A ese núcleo material intangible se refiere el artículo 53.1 de la CE como contenido esencial, y su aprehensión por el operador jurídico exige una tarea de delimitación detallada del objeto preciso del derecho. El contenido esencial de la libertad de expresión es la libre difusión de ideas, pero no de cualquier idea, ni de cualquier modo. El análisis finalista, sistemático e histórico de la Constitución Española permite llegar a la conclusión de que la libertad de expresión solo protege la difusión de ideas políticas y solamente si se hace sin acompañarlas de insultos.

En los Estados Unidos, que tradicionalmente representan el modelo más abierto y garantista de libertad de expresión, sus tribunales de justicia y gran parte de la doctrina siguen defendiendo formalmente la conocida metáfora del mercado de las ideas¹⁴. Desde una perspectiva liberal clásica, se plantea que las ideas deben circular libremente a modo de oferta pública para que la ciudadanía pueda elegir de entre ellas las que consideren más valiosas, del mismo modo que lo hacen teóricamente los compradores en un sistema de libre mercado. Ese planteamiento, acerca del objetivo constitucional del *free speech*, tiene su origen en un voto particular del juez Holmes en 1919¹⁵, pero, como no podía ser de otra forma, se encuentra en la actualidad sometido a numerosas críticas. Es un planteamiento que no tiene en cuenta las determinaciones de la estructura de la información y la posición dominante de las empresas informativas o los grandes creadores de opinión.

En tiempos de noticias falseadas y manipulación, resulta más dudoso que nunca confiar en la información. Aún así, formalmente se sigue reiterando como la justificación constitucional de la libertad, aunque cada vez más matizadas. Están cobrando importancia las teorías que explican este derecho fundamental desde la necesidad de asegurar la crítica y el control de la gestión pública de la sociedad por parte de la ciudadanía, sobre todo a partir de los textos de Alexander Meiklejohn. Al asumir que la esencia de la libertad de expresión se

¹³ Vid. García de Enterría 1994: 58 y ss.

¹⁴ Vid. Salvador Coderch 1990.

¹⁵ SCOTUS, *Abrams vs. Estados Unidos*, 250 U.S. 616 [1919].

enlaza con el modelo de autogobierno ciudadano, es posible explicar razonablemente la constante protección del discurso político. En la jurisprudencia siempre se presenta como absolutamente protegido frente a otros discursos que sí pueden quedar sometidos a diversas limitaciones. En palabras del Tribunal Supremo norteamericano “por muchas diferencias que pueda haber sobre la interpretación de la Primera Enmienda, hay prácticamente un consenso universal en que la principal intención de esta enmienda era proteger la discusión de los asuntos gubernamentales” (SCOTUS, *Mills vs. Alabama*, 384 U.S. 214 [1966]).

En el mismo sentido debe interpretarse la jurisprudencia del Tribunal EDH. Este Tribunal, por su propia naturaleza internacional, no puede operar con derechos subjetivos. La necesidad de dictar decisiones aplicables a cualquier Estado lo obligan a utilizar los derechos del Convenio EDH como principios y no como normas. El Convenio EDH no utiliza los parámetros normativos cerrados de los derechos fundamentales positivos, sino que parte del valor orientativo vinculante de los derechos humanos como mandatos de optimización y juzga en cada caso si las restricciones a las que se les somete en cada Estado y en cada caso son proporcionales.

Incluso desde este planteamiento genérico, ajeno a la idea de derechos delimitados jurídicamente, se reconoce la imposibilidad de limitar a la libertad de expresión cuando verse sobre cuestiones relativas al funcionamiento de la sociedad. La libertad de expresión, entendida como principio en el sentido del Convenio EDH, tiene su sentido en las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la extensión de miras sin las cuales no existe una *sociedad democrática* (Tribunal EDH, *Handyside vs. Reino Unido*, 7 diciembre 1976).

Pese a tal enfoque clásico, la jurisprudencia del Tribunal EDH deja muy poco margen para las restricciones a la libertad de expresión en todo lo que se refiere al discurso político y los asuntos de interés público. El Tribunal EDH insiste en que las autoridades nacionales tienen un margen de apreciación particularmente estrecho para la restricción de la libertad de expresión, cuando las observaciones se refieran a cuestiones de interés público. Ese sería el caso, por ejemplo, de las observaciones sobre el funcionamiento del poder judicial, incluso en el contexto de procedimientos pendientes. Un cierto nivel

de agresividad y la potencial gravedad de determinadas acusaciones no obvian el derecho a un alto grado de protección de las expresiones dada la existencia de un asunto de interés público (Tribunal EDH, *Bédat vs. Suiza*, 29 marzo 2016).

Al aceptar la naturaleza de la libertad de expresión como mandato restringible es difícil de aplicar a los casos que difunden ideas relativas al funcionamiento de la sociedad. Implícitamente reconoce la lógica de que sean precisamente esos contenidos los que integren, en los ordenamientos estatales, el objeto protegido por la libertad de expresión, entendida como derecho subjetivo con carácter normativo.

Efectivamente, la historia constitucional española demuestra que lo que se ha querido proteger siempre en este terreno es la transmisión de ideas políticas¹⁶. Tras la aprobación de la Constitución de 1978, el Tribunal Constitucional ha señalado siempre la conexión entre la materialización real del sistema democrático representativo y la garantía de la libertad de expresión. El sistema electoral y el principio democrático solo tienen sentido en una sociedad en la que se permita la libre difusión de ideas e informaciones políticas. Esta conexión entre democracia política y libre comunicación pública implica que la finalidad constitucional de la libertad de expresión sea asegurar la libre circulación de ideas relativas al funcionamiento y la gestión de la sociedad.

Lo hace muy pronto ya, en la sentencia del Trib. Const. núm. 6, en la que el máximo intérprete constitucional destaca, ante todo, que:

“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

¹⁶ El artículo 371 de la Constitución de 1812, señala que “todos los españoles tienen la libertad de escribir, imprimir y publicar sus *ideas políticas*” (énfasis añadido). En textos posteriores se habla tan solo de la transmisión de ideas, en general; sin embargo, del contexto se deduce siempre que se trata de las ideas políticas nada más: ya sea porque el derecho se incluye al comienzo del texto constitucional para destacar su vinculación con la opinión pública y la posibilidad de veto real a la legislación, ya porque después se enuncia entre las libertades que permiten al pueblo actuar políticamente.

principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política” (Trib. Const., sentencia núm. 6/1981, 16 marzo: Fund. Jur. 3).

Más adelante insiste en que:

“el art. 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 contrapuestas” (Trib. Const., sentencia núm. 159/1986, 16 diciembre: Fund. Jur. 6).

No hay duda de que el bien constitucionalmente protegido por la libertad de expresión es la participación política en lo que tiene de “debate público sobre el ejercicio del poder público, es decir, sobre los asuntos que son públicos porque afectan a todos los ciudadanos” (Trib. Const., sentencia núm. 192/1999, 25 octubre: Fund. Jur. 8)¹⁷. Es ahí donde se forma la opinión colectiva sobre quienes administran la sociedad, lo que repercute en la misma formación de la voluntad del cuerpo electoral y en último término, la voluntad del propio Estado.

La jurisprudencia constitucional española no es muy afortunada en el uso de las categorías jurídicas relativas a los derechos fundamentales, y en ocasiones se desprende una preferencia por ponderar las limitaciones que sufren en su carácter de mandato institucional antes que por definir su contenido esencial protegido e inalienable¹⁸. Sin embargo, esta jurisprudencia insiste unívocamente en la idea de que la crítica política ha de gozar siempre de un espacio mayor de libertad que otros modos de expresión. Tal afirmación puede entenderse correctamente como núcleo esencial del derecho y, por tanto, su aspecto normativo resistente a cualquier intromisión, incluidas las del legislador.

¹⁷ Cfr. sentencia del Trib. Const. núm. 159/1986, cit.: Fund. Jur. 6.

¹⁸ Vid. Carrillo López *et al.* 2019: 58.

Eso explica jurídicamente que desde muy pronto el Tribunal Constitucional señaló que:

“los límites permisibles de la crítica son más amplios si esta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública” (Trib. Const., sentencia núm. 20/2002, 28 enero: Fund. Jur. 5).

La expresión *actividades políticas* de ese texto jurisprudencial aparece luego modificada en las numerosas ocasiones en las que el Tribunal cita su propia doctrina, siendo sustituida por la de *actividades públicas*. La idea de lo político crece, abarcando cualquier pronunciamiento ideal referido al funcionamiento de la sociedad, de hecho, la jurisprudencia posterior, cuando habla de la obligación de las autoridades públicas de aceptar críticas, que referidas a actividades privadas serían ilegítimas, tiende progresivamente a expandir la idea de lo público, que cubre no solo a los cargos públicos oficiales sino también a todo el que participa en la gestión de la sociedad.

Todo lo anterior permite entender que el objetivo constitucional de la protección de la libre expresión es asegurar el derecho a opinar sobre cómo funciona la sociedad. Ello incluye la transmisión de ideas sobre los problemas sociales, reflexiones sobre los modelos organizativos o ideológicos posibles, juicios de valor sobre cuestiones de interés social y —en general— todo lo que tenga relevancia pública.

Del núcleo normativo de la libertad de expresión en cuanto derecho subjetivo directamente aplicable queda excluido, por tanto, no solo toda expresión que no busque preferentemente dar a conocer las ideas propias, sino también la expresión de juicios de valor exclusivamente privados, carentes de relevancia social. Esta exclusión, adicionalmente, es coherente con el respeto al contenido normativo protegido por los derechos a la intimidad y el honor (artículo 18 CE).

Fuera de este contenido esencial protegido universalmente, el carácter institucional de la libertad de expresión obliga a los poderes públicos a optimizar el desarrollo de una sociedad en la que la comunicación

pública sea libre. Esto implica un mandato de permitir y fomentar otro tipo de discursos que van más allá de la expresión de ideas de relevancia pública, si bien tal mandato solo puede llevarse a término mediante la ponderación con otros principios en juego y la armonización con los mismos a través del principio de proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (2002): *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford.
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier (1994): *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Editorial Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- Carrillo López, Marc *et al.* (2019): “Encuesta sobre la libertad de expresión”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 15-73.
- Cruz Villalón, Pedro (1989): “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 35-62.
- García de Enterría, Eduardo (1994): *La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Editorial Alianza, Madrid.
- Muñoz Machado, Santiago (2013): *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Editorial Crítica, Barcelona.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio (1981): “Sobre la libertad de expresión en España”, en *El País*, 19 de febrero. Disponible en: https://elpais.com/diario/1981/02/19/sociedad/351385201_850215.html [Consultado el 17 de diciembre de 2019].
- Salvador Coderch, Pablo (1990): *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Solozábal Echavarría, Juan José (1991): “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 73- 113.
- Urías Martínez, Joaquín (2018): “Artículo 20.1.b): La libertad de creación”, en *Comentarios a la Constitución española*, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel y Casas Baamonde, María Emilia (dirs.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, vol. 1, 617-625.