

## **El discurso de odio en Europa: ¿Una democracia militante o un mercado de las ideas?**

Luis Andrés Portugal Pizarro<sup>1</sup>

**Resumen:** El discurso de odio es aquel que incita a la violencia u otra acción ilegal contra una persona o un grupo de personas por diversos motivos. Sin embargo, las restricciones a este varían según dos sistemas. El primero de ellos, denominado mercado de la ideas, es aplicado desde la década del 30 en los Estados Unidos de América, y comporta la existencia de una libertad negativa. El segundo de ellos, denominado democracia militante, surgió en Alemania y es aplicado en muchos países Europeos. Esta democracia militante importa la existencia de una libertad positiva con mayores restricciones de los Estados. Se entiende que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado el modelo de la democracia militante, sin embargo, a partir de un análisis de sus jurisprudencia puede determinarse que ha optado por ambos modelos e incluso prescindido de estos.

**Abstract:** The hate speech is the one that incites violence or other illegal action against a person or group of persons for many reasons. However, its restrictions vary depending on two systems. One of them, called idea market, is applied since the 30s in the USA, and implies the existence of a negative freedom. The second one, called militant democracy, emerged in Germany and is applied in many European countries. This militant democracy imports the existence of a positive freedom with greater restrictions in the States. It is understood that the European Court of Human Rights has applied the model of militant democracy, however, from an analysis of their precedent can be determined that has opted for both models and even dispensed with these.

**Palabras clave:** Discurso de odio, mercado de las ideas, democracia militante, libertad positiva, libertad negativa, categorías sospechosas.

**Key Word:** The hate speech, ideas market, democracy activist, positive liberty, negative liberty, suspects categories.

### **I. Introducción.**

---

<sup>1</sup> Luis Andrés Portugal Pizarro. Estudiante de la Universidad de San Martín de Porres - Perú. Miembro del Centro de Estudios de Derechos Humanos de dicha casa de estudios. Primer puesto en el Concurso "Eduardo Jiménez de Aréchaga", organizado por la Asociación Costarricense de Derecho Internacional y auspiciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos celebrado en San José, Costa Rica (2012). Ponente en el I Encuentro Latinoamericano de Semilleros en Derechos Humanos, llevado a cabo en la ciudad de Pereira, Colombia (2012). Curso de especialidad en Seguridad Humana, Fuerza Pública y Derechos Humanos en el Programa de verano de Relaciones Internacionales y Derechos Humanos organizado por la Universidad Alonso X El Sabio. Europa 2012.

En torno a los discursos de odio se alzan dos grandes sistemas que abordan su análisis. En primer lugar, el sistema del “mercado de las ideas”, imperante en los Estados Unidos de América desde el siglo XX; y en segundo lugar, el sistema de la “democracia militante”, nacido en Alemania tras la segunda guerra mundial y supuestamente aplicado por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

Sin embargo, la aplicación de ambos conceptos, en especial el de “democracia militante” ha sido distinta en el caso de la Corte Europea, lo cual ha generado un cuestionamiento reflexivo en torno a cual es el verdadero sistema que se ha ido aplicando en los últimos años en los distintos casos presentantes ante tal tribunal.

El presente trabajo, tiene por propósito esbozar una definición de “mercado de las ideas” y de “democracia militante”. En segundo lugar, a partir del análisis de diversos casos, establecer las diferencias existentes entre ambos sistemas. Seguidamente, analizaremos un par de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a fin de analizar el sistema con el cual se resolvieron estos, y por último, arribaremos a las conclusiones.

## **II. El desarrollo del mercado de las ideas.**

El concepto del mercado de las ideas, fruto del gran desarrollo jurisprudencial del constitucionalismo americano, implica la existencia de una libertad negativa, traduciéndose esta como la ausencia de interferencia por parte del Estado en el ámbito personal.<sup>2</sup> Este sistema, desarrollado por vez primera en el voto discrepante del juez Holmes en el caso *Abrams vs. Estados Unidos*<sup>3</sup>, entiende que en una sociedad debe albergarse distintas ideas, sean buenas o no, para que en una discusión libre y equiparada ganen las que tengan mejor calidad de argumentos y así, estas queden vigentes en desmedro de las otras.

Lo señalado líneas arriba, se traduce en los límites fijados por la Corte Suprema American en el caso *Brandenburg Vs. Ohio*, donde se estableció que una expresión de ideas, solamente podrá ser limitada cuando, además de que incite al odio, sea probable que en la realidad se produzca. Este razonamiento ha sido denominado como el *test del daño presente y claro*.

---

<sup>2</sup> Oscar Pérez de la Fuente. *Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, p. 71

<sup>3</sup> El caso versaba sobre unos militantes socialistas que habían sido condenados por distribuir panfletos en los que se urgía a unos obreros a dejar de fabricar balas que podían llegar a usarse contra la Revolución Rusa; desarrolló el *test del peligro claro y actual* al señalar que “el principio del derecho a la libertad de expresión es siempre el mismo. Es solamente el peligro actual de un mal inminente o la intención de producirlo lo que justifica que el congreso establezca un límite a la libertad de expresión

Este sistema, presentaría dos justificaciones. La primera de ellas considera que este concepto es importante instrumentalmente, por los efectos que produce.<sup>4</sup> Es decir, una idea por más perniciosa que pueda parecer, su corrección depende no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competición con otras ideas.<sup>5</sup> El libre intercambio de ideas, incluidas las ofensivas, es crucial para las fricciones saludables de un sistema plural.<sup>6</sup> Del mismo modo, consideramos que mientras una idea es prohibida por el Estado, tal prohibición traerá como consecuencia recaudar más seguidores y adeptos, en razón al carácter prohibitivo que reviste tal idea, más que por su contenido en específico.

La segunda justificación es que el *mercado de las ideas* es “constitutiva” de una sociedad política justa donde el gobierno trata a todos sus miembros adultos, excepto aquellos que son incompetentes, como agentes morales responsables.<sup>7</sup> Ello, refleja una concepción del Estado como un árbitro neutral, que debe obtenerse de intervenir en dicho *mercado de ideas*.<sup>8</sup>

### III. El desarrollo de la Democracia Militante.

Por otro lado, en Europa, se alza el modelo de la *democracia militante*, suponiendo este el uso de una libertad positiva, entendiéndose ello como el poder de controlar o participar en las decisiones públicas, incluyendo la decisión de restringir la libertad negativa.<sup>9</sup>

Podría encontrarse tres justificaciones a tal modelo. La primera de ellas, dado que el modelo surge en Alemania, según explica Krotoszynski, se tiende a considerar y a dar mayor importancia a la dignidad frente a la libertad de expresión. En ese sentido, cuando los casos presentan hechos en los que la dignidad humana y la libertad de expresión colisionan, la libertad de expresión debe ceder.<sup>10</sup>

La segunda justificación, radica en la necesidad de combatir directamente aquellas ideas que atentan contra la forma democrática de gobierno. Tal argumento, encuentra también sustento en la realidad histórica Alemana a partir de lo sucedido con Adolf Hitler desde la década de 1930.

---

<sup>4</sup> Dworkin, Ronald. *Freedoms Law*. Harvard University Press. 1996, pp. 199-200.

<sup>5</sup> Supreme Court. *Gertz v. Robert Welch Inc.* 418 US 323, 339-40 (1974). Cfr. Ingrer, S. “*Marketplace of ideas: A legitimizing myth*”, Duke Law Journal, vol. 1, núm 1, 1984, p. 7.

<sup>6</sup> POKEMPNER, D. “Libertad de expresión y guerra contra el terrorismo”. *Política Exterior*, núm. 127, 2009, p. 168.

<sup>7</sup> Dworkin, Ronald. *Freedoms Law*. Harvard University Press. 1996, p. 200.

<sup>8</sup> Cfr. Lahav, Pnina, *Holmes and Brandeis: Libertarian and Republican Justifications for free Speech*. *Journal of Law & Politics*, vol. 4, 1987, p. 456.

<sup>9</sup> Oscar Pérez de la Fuente. *Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, p. 83.

<sup>10</sup> Krotoszynski. *A Comparative perspective on the First Amendment: Free speech, military democracy, and the primacy of dignity as preferred constitutional value in Germany*. *Tulane Law Review*, Num. 78, pp. 1553-1554.

En tercer lugar, la última razón para la prohibición del discurso de odio se funda, a palabras de las Naciones Unidas, en el objetivo de promover una igualdad fundamental entre los seres humanos, incluida la libertad de no sufrir discriminación.<sup>11</sup> Es decir, traslucir la prohibición de los Estados como una condena al discurso inherentemente hostil a la igualdad.<sup>12</sup>

Ahora bien, el modelo de “democracia militante”, exige como inicio requisito la existencia de una incitación al odio, sin tomar en consideración, a diferencia del sistema del “mercado de las ideas”, la probabilidad de que el daño ocurra.

Sin embargo, a pesar de que hoy en día se entiende que el carácter de democracia militante del Convenio Europeo es inherente a su génesis como respuesta frente al totalitarismo y con el cometido de “hacer sonar la alarma frente a su resurgimiento.”<sup>13</sup>, en la práctica, la situación no ha sido así. Recurriendo el mayor garante de los derechos humanos en el viejo continente a diversos estándares como demostraremos a continuación.

#### **IV. Los “estándares” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos sobre Discursos de Odio.**

##### *a) El caso Pavel Ivanov y aplicación de la democracia militante.*

El caso *Pavel Ivanov* fue analizado por el Tribunal de Estrasburgo a fin de determinar si existió o no una vulneración al artículo 10 del Convenio Europeo. Según se desprende los hechos de dicho caso, *Ivanov* escribió y publicó una serie de artículos que retratan judíos como el origen del mal en Rusia. Los acusó de conspirar contra el pueblo ruso, y el tenor de sus comentarios fue marcadamente antisemita. Fue declarado culpable de incitación al odio étnico, racial y religioso. El Tribunal del viejo mundo, consideró que el demandante, que había buscado en sus publicaciones "incitar el odio hacia el pueblo judío", y abogó por la violencia contra un grupo étnico en particular, no puede invocar la protección del artículo 10.<sup>14</sup>

Claramente, en el presente caso, el tribunal aplicó el sistema de *democracia militante*, al tener en consideración únicamente la existencia de la intención de incitar al odio por parte del *Pavel Ivanov*, sin tener en consideración si es que era posible que dicha expresión llegue a ocurrir en la realidad.

##### *b) El caso Gunduz vs. Turquía y la aplicación del Mercado de las ideas*

---

<sup>11</sup> NN.UU. Aplicación de la resolución 60/251 de la asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos". *Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia: informe de la alta comisionada de las naciones unidas para los derechos humanos*. A/HRC/2/6. 20 de setiembre de 2006, párr. 14

<sup>12</sup> Cardozo. *Freedom of Speech and Racism*. Law Review 445, 1987, p. 456.

<sup>13</sup> Alcácer Guirao. Rafael. *El Discurso de Odio y el Discurso Político*. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, pág. 9

<sup>14</sup> TEDH. *Caso Pavel Ivanov v. Rusia*. Sentencia 20 de febrero de 2007, párr. 31

En el caso *Gunduz Vs. Turquía*, el cual versaba sobre un líder religioso sancionado por Turquía tras la emisión de un programa de televisión en donde criticó y atacó el sistema de gobierno; el Tribunal Europeo señaló que el hecho de defender la *sharia*, sin emplear la violencia para establecerla, no podría ser considerado como un “discurso de odio”. A fin de cuentas, el asunto *Gunduz* se sitúa en un contexto muy concreto: en primer lugar, la emisión de televisión tenía como finalidad presentar la secta de la que el demandante era dirigente; seguidamente, las ideas extremistas de este último ya eran conocidas y habían sido debatidas y; finalmente, fueron expresadas en el marco de un debate pluralista en el que el interesado participaba activamente.<sup>15</sup> En este caso, entendemos que el razonamiento del tribunal europeo radicó en que, ante el conocimiento público con anterioridad del contenido del discurso y las ideas que rebatían tal argumento, era improbable que en la práctica el discurso de Gunduz surta efecto. Es decir, se consideró el hecho que la probabilidad de la ocurrencia del daño no esté presente, para amparar el discurso bajo los alcances del artículo 10 del convenio.

c) *El caso Karatas Vs. Turquía y la aplicación del Mercado de las Ideas*

Otro caso en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no aplicó el sistema de la democracia militante fue el caso *Karatas*. En efecto, en el caso *Karatas Vs. Turquía*, se cuestionaba una obra que contenía poemas, a través del uso frecuente de pathos y metáforas, y en donde se pedía el sacrificio de "Kurdistán" y se incluían algunos pasajes particularmente agresivos dirigidos a las autoridades turcas. En dicho caso, el razonamiento del Tribunal se basó en el medio usado por el autor. Así, señaló que si bien es cierto se puede estar incitando a la violencia, “hay que tener en cuenta que el medio utilizado por el solicitante era la poesía, una forma de expresión artística que atrae a una minoría de lectores.”<sup>16</sup> Es decir, una vez más, consideró el Tribunal Europeo indispensable la existencia de la probabilidad de daño para considerar las ideas de *Karatas* como un discurso de odio, aplicando claramente el sistema de la *democracia militante* del constitucionalismo americano.

a) El caso Vegdeland y la inaplicación de sistema alguno.

La Corte Europea, ha entendido que en el caso de grupos vulnerables o categorías sospechosas el análisis sobre la existencia o no de un discurso de odio es distinto. En ese sentido, en el reciente caso *Vejdeland Vs. Suecia*, cuyos hechos hacían referencia a la condena de los demandantes por la distribución en una escuela secundaria superior de folletos ofensivos para los homosexuales<sup>17</sup>; el Tribunal señaló que “la incitación al odio no implica necesariamente una llamada de un acto de violencia u otros actos delictivos. Los ataques contra las personas cometidos por

<sup>15</sup> TEDH, *Caso Müslüm Günduz v. Turquía*. Sentencia de 4 de diciembre de 2003, párr. 51.

<sup>16</sup> TEDH. *Caso Karatas v. Turquía*. Sentencia de 08 de julio 1999, párr. 49.

<sup>17</sup> TEDH. *Caso Vejdeland and Others v. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párr. 8.

insultar, con capacidad para el ridículo o calumniar a *grupos específicos de la población* puede ser suficiente para que las autoridades, a favor de la lucha contra el discurso racista, limiten la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable.”<sup>18</sup>

En este caso, el criterio de “incitación”, usado tanto en el sistema de *democracia militante* y el *mercado de las ideas*, junto al criterio de “probabilidad” de la *democracia militante*, son desplazados e irrelevantes en supuestos en los que los ataques son contra grupos específicos de categoría sospechosa. Similar fue en análisis de la Corte Europea en el caso *Féret Vs. Bélgica*<sup>19</sup>, en donde los “migrantes” eran objeto de insultos y vejaciones por parte de Féret, situación agravada por su calidad de candidato político.

Ahora bien, hay mas situaciones en las que el Tribunal Europeo ha recurrido a diversos estándares tomando como consideración las particularidades de cada caso en concreto.<sup>20</sup> No obstante, los casos desarrollados líneas arriba, son trascendentales en cuanto van más allá del sistema de *democracia militante*, recurriendo a veces al sistema del *mercado de las ideas* o simplemente, ignorando ambos sistemas.

Ello nos permitiría intuir, que ante la presencia de un caso similar en el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte de Costa Rica, también, al igual que su símil europeo, aplicaría ambos tanto el concepto de *mercado de las ideas* como de la *democracia militante* según las particularidades de cada caso en concreto.

## V. Conclusiones.

- En torno a los discursos de odio siempre alzan dos grandes. El sistema del *mercado de las ideas* y el sistema de la *democracia militante*.
- El *mercado de las ideas*, implica la existencia de una libertad negativa, traduciéndose esta como la ausencia de interferencia por parte del estado en el ámbito personal.
- El *mercado de las ideas*, establece que estableció que una expresión, solamente podrá ser limitada cuando, además de que incite al odio, sea probable que en la realidad se produzca. Este razonamiento ha sido denominado como el *test del daño presente y claro*.

---

<sup>18</sup> TEDH. *Caso Vejdeland and Others v. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párr. 55.

<sup>19</sup> TEDH. *Caso Féret v. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio 2009, párr. 73.

<sup>20</sup> Cfr. Revenga Sánchez, Miguel. *La Libertad de expresión y sus Límites*. Ed. Grijley, Lima, 2008, p. 38. Cfr. RUET, C. *L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme: analyse de la jurisprudence européenne*. R.T.D.H., 2010, pp. 917-937.

- El modelo de la *democracia militante* supone el uso de una libertad positiva, entendiéndose ello como el poder de controlar o participar en las decisiones públicas, incluyendo la decisión de restringir la libertad negativa.
- El modelo de *democracia militante*, exige como inicio requisito la existencia de una incitación al odio, sin tomar en consideración, a diferencia del sistema del mercado de las ideas, la probabilidad de que el daño ocurra.
- Se entiende que el carácter de democracia militante del Convenio Europeo es inherente a su génesis como respuesta frente al totalitarismo. No obstante, en la práctica, la situación no ha sido así, recurriendo el mayor garante de los derechos humanos en el viejo continente a “otros” estándares.

## VI. Bibliografía.

### ➤ **LIBROS**

- ✓ Bollinger, Lee - Stone, Geoffrey. *Eternally vigilant*. The University of Chicago, Chicago, 2002.
- ✓ Gunther, Gerald. *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*.
- ✓ Revenga Sánchez, Miguel. *La Libertad de expresión y sus Límites*. Ed. Grijley, Lima, 2008.
- ✓ RUET, C. *L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme: analyse de la jurisprudence européenne*. R.T.D.H., 2010.

### ➤ **ARTÍCULOS**

- ✓ Alcácer Guirao. Rafael. *El Discurso de Odio y el Discurso Político*. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012.
- ✓ Cardozo. *Freedom of Speech and Racism*. Law Review 445, 1987.
- ✓ Dworkin, Ronald. *Freedoms Law*. Harvard University Press. 1996.
- ✓ Estrella Gutiérrez, David y Gema Alcolea Díaz. *El “discurso del odio” y la libertad de expresión en el Estado democrático*. En Derecom, UCM.
- ✓ Krotoszynski. *A Comparative perspective on the First Amendment: Free speech, military democracy, and the primacy of dignity as preferred constitutional value in Germany*. Tulane Law Review, Núm. 78.
- ✓ Lahav, Pnina, *Holmes and Brandeis: Libertarian and Republican Justifications for free Speech*. Journal of Law & Politics, vol. 4, 1987.
- ✓ Oscar Pérez de la Fuente. *Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho.
- ✓ Pérez-Madrid, Francisca. *Incitación al odio Religioso o Hate Speech y Libertad de Expresión*. En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*

del Estado 19. 2009.

### ➤ **TRATADOS**

- ✓ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.
- ✓ Convención Americana de Derechos Humanos
- ✓ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- ✓ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### ➤ **JURISPRUDENCIA DEL TEDH**

- ✓ TEDH. *Féret Vs. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio 2009.
- ✓ TEDH, *Jersild v. Dinamarca*. Sentencia de 23 de septiembre de 1994.
- ✓ TEDH. *Karatas Vs. Turquía*. Sentencia de 08 de julio 1999.
- ✓ TEDH, *Müslüm Günduz v. Turquía*. Sentencia de 4 de diciembre de 2003.
- ✓ TEDH. *Robert Faurisson Vs. Francia*. Sentencia del 16 de diciembre de 1996.
- ✓ TEDH. *Pavel Ivanov Vs. Rusia*. Sentencia 20 de febrero de 2007.
- ✓ TEDH. *Vejdeland and Others Vs. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012.

### ➤ **JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA**

- ✓ Supreme Court. *Abrams Vs. United States* (1919)
- ✓ Supreme Court. *Collin Vs. Smith* (1978).
- ✓ Supreme Court. *Gertz Vs. Robert Welch Inc.* (1974).
- ✓ Supreme Court. *Patterson Vs. Colorado* (1907)
- ✓ Supreme Court. *Stromberg Vs. California* (1931)
- ✓ Supreme Court. *West Virginia Board of Education's Vs. Barnete* (1943).

### ➤ **DOCUMENTOS INTERNACIONALES**

- ✓ Consejo de Europa, Recomendación (97) 20, de 30 de octubre de 1997.
- ✓ Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos, 27 de febrero de 2001.
- ✓ NN.UU. Aplicación de la resolución 60/251 de la asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos". *Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia: informe de la alta comisionada de las naciones unidas para los derechos humanos*. A/HRC/2/6. 20 de setiembre de 2006.
- ✓ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37.
- ✓ OEA. las expresiones de odio y la convención americana sobre derechos humanos.