



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

EL DISCURSO DEL ODIO COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Presentado por:

Irene Infante Castilla

Tutelado por:

Juan María Bilbao Ubillos

Valladolid, 29 de Junio de 2018

RESUMEN:

Actualmente estamos presenciando una proliferación de ciertos mensajes humillantes y discriminatorios entre los que se encuentra el conocido Discurso del Odio. Este tipo de discurso puede desembocar en graves consecuencias poniendo en peligro las bases democráticas de convivencia y paz social. Es por ello que surge el debate sobre los límites de la libre expresión, que en una sociedad democrática como la nuestra, caracterizada por la pluralidad y la tolerancia, donde la libertad de expresión es un pilar básico y un derecho fundamental de los individuos, su limitación deber ser la excepción y, como tal, tiene que estar debidamente justificada. Respecto a esta cuestión no hay consenso, y existen diversos criterios jurisprudenciales que, desde diferentes perspectivas, como la norteamericana, la alemana o la del Tribunal Europeo de Derechos humanos, adoptan distintas soluciones.

ABSTRACT:

Nowadays we are witnessing the proliferation of certain humiliating and discriminatory messages including the renowned Hate Speech. This kind of speech can lead to serious consequences endangering the democratic bases of coexistence and social peace. Within this framework the debate about the limits of the free expression arises since in a democratic society like ours, characterized for the plurality and tolerance, where freedom of speech is a basic pillar and a fundamental right of individuals, its limitation must be the exception and, as such, it has to be duly justified. Regarding to this matter there is no agreement: a variety of jurisprudential judgements exist which, from different perspectives, like the north-american, the german or the one of the European Court of Human Rights, adopt different solutions.

PALABRAS CLAVE: discurso del odio, libertad de expresión, dignidad humana, discriminación, democracia, incitación al odio

KEY WORDS: hate speech, freedom of speech, human dignity, discrimination, democracy, incitement to hatred

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS DE DERECHO.....	5
2.1 Sistema de la libertad de expresión.....	5
2.2 Limitación de la libertad de expresión.....	9
3. EL DISCURSO DEL ODIO	12
3.1 Caracterización del concepto.....	13
3.2 Distinción con otros discursos extremos u ofensivos.....	31
4. EL DISCURSO DEL ODIO COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	46
4.1. Perspectiva norteamericana.....	49
4.2. Perspectiva alemana.....	59
4.3. El estándar de protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	62
4.4. El discurso del odio en España.....	67
5. CONCLUSIONES	73
6. BIBLIOGRAFÍA	77

1. INTRODUCCIÓN.

Nuestra sociedad está presenciando la extensión de movimientos que predicán la intolerancia. Cada vez, de forma más común, emergen mensajes humillantes, discriminatorios o amenazantes hacia determinados grupos de personas, que ponen en peligro nuestras bases democráticas de convivencia y paz social.

Es entre estos mensajes donde nos encontramos con el conocido Discurso del Odio. No existe una definición universalmente aceptada de este tipo de discurso, pero a grandes rasgos podríamos calificarlo como cualquier forma de expresión cuyo propósito fuera el de discriminar a un grupo social o a sus miembros por su sola pertenencia al mismo, menoscabando su dignidad. Este discurso va dirigido contra individuos distinguibles por motivo de su etnia o raza, religión, género u orientación sexual, aunque tal clasificación haya ido ampliándose.

El discurso del odio puede silenciar a ciertos grupos sociales vulnerables, impidiéndoles actuar libremente en su vida habitual o en el foro democrático, lo que conlleva una deconstrucción de la libertad de expresión. Además, puede provocar afectación emocional intensa, personal o colectiva; y humillación, afectando a la dignidad de las personas contra las que se dirigen dichas manifestaciones. Sin embargo, el principal peligro de las expresiones de odio es que pueden detonar la violencia.

La preocupación por este tipo de discurso lleva a exigir respuestas políticas, sociales y también jurídicas, y es en estas últimas donde surge el debate sobre los límites de la libertad de expresión.

La libertad de expresión es un derecho fundamental de los individuos y es la regla en un Estado democrático de Derecho, su limitación es la excepción y, como tal, tiene que estar debidamente justificada. ¹Así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”.

¹ BIGLINO, Paloma. BILBAO, Juan María. REY, Fernando. MATIA, Javier. VIDAL, José Miguel. (Coordinadores). ALLUÉ, Alfredo. DURÁN ALBA, Juan Fernando. MATIA, Edmundo. MORETÓN, Arancha. ORTEGA, Carlos. REDONDO, Ana. DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. LEGAZPI RUIZ, Ana. SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. VIDAL, Camino. (Autores). *Lecciones de Derecho Constitucional II*, 2013, p. 427.

¿Qué tipo de expresiones peligrosas merecen ser expulsadas del debate público y democrático? La respuesta a esta pregunta requiere una profunda reflexión y conlleva la necesidad de delimitar los márgenes de lo intolerable e inaceptable en una sociedad democrática.

Lejos de llegar a un consenso, los tribunales constitucionales y supranacionales adoptan posturas diferentes a la hora de establecer cuáles son las justificaciones de los límites a un derecho tan fundamental. Esto es debido, en parte, a las dispares culturas jurídicas y perspectivas de las que se parte para abordar la problemática. Ejemplo de ello son las diferencias existentes entre la perspectiva norteamericana cuya base del sistema es la libertad de expresión, y la europea, cuya base es la dignidad de la persona.

¿Cuándo nos encontramos ante un discurso de odio? ¿Cuándo es legítimo intervenir para limitar la libertad de expresión en aras de proteger de este tipo de discurso?

El presente trabajo pretende dar respuesta a estas preguntas, y con ese fin, hace un intento de delimitación del concepto de discurso del odio, para lo que es fundamental distinguirlo de otros discursos extremos y ofensivos, y tener especial cuidado en no partir tan sólo del Derecho Penal para abordar la cuestión.

Por otro lado, se persigue también dar cuenta de los principales criterios jurisprudenciales que se han adoptado en el marco del discurso del odio desde las diferentes perspectivas norteamericana y alemana, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en nuestro país.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS DE DERECHO.

2.1. Sistema de la libertad de expresión

La libertad de expresión es un derecho fundamental en nuestra sociedad y así se deriva de su presencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Roma el 4 de Noviembre de 1950, que declara en su artículo 10 el derecho de toda persona a la libertad de expresión, el cual comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas; en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, cuyo alcance es el más amplio de los que existen en las democracias occidentales; o en nuestro texto constitucional otorgándole un reconocimiento al más alto nivel en su artículo 20. Consagrado además en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 19.

La libertad de expresión se refiere a la comunicación de pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de difusión, y tiene una conexión intrínseca con otros derechos fundamentales como la libertad de conciencia y la libertad ideológica, que solo pueden garantizarse plenamente a través de la misma. También tiene una importancia primordial en el debate de los asuntos públicos y en la elección de los representantes de los ciudadanos, porque es necesaria una opinión pública libre e informada como requisito del ejercicio legítimo de los derechos políticos de los individuos.²

Frente a las posibles restricciones de discursos y manifestaciones o de mensajes en general, se erige la libertad de expresión como principio que implicaría considerarlas ilegítimas. Existe así una presunción contra cualquier tipo de prohibición al respecto, aun cuando fuera dirigida a frenar actuaciones dañinas. Se trata de una de las libertades básicas y por tanto, goza de especial preeminencia.

Como afirma el TEDH, “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona.”³

Su valor y su función como uno de los elementos estructurales de las sociedades democráticas se afirman a través de cuatro argumentos básicos:

En primer lugar, la dignidad humana y la autonomía individual. El fin propio del hombre es su autorrealización y el desarrollo pleno de su personalidad, para ello tiene reconocida la autonomía de la voluntad, la cual garantiza la libertad e igualdad de todos para acceder a la esfera social, jurídica, política y económica. Para el ejercicio de la autonomía de la voluntad el individuo tiene a su disposición todo un sistema de libertades gracias al cual puede desarrollar un criterio propio, entre estas, es esencial la libertad de expresión. Por ello, la supresión del pensamiento o de la opinión es una negación de la naturaleza del ser humano. Además, el hombre como miembro de una sociedad tiene derecho a tomar parte en la adopción de las decisiones colectivas que le afectan, negarle tal derecho, sería elevar al Estado o a la sociedad por encima de él y situar al ser humano bajo el control arbitrario de los otros.

² Pérez de la Fuente, Oscar: *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, N.º. 21, 2010, p.91.

³ STEDH (Gran Sala) de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside c. Reino Unido.

En segundo lugar, la búsqueda de la verdad. La libertad de expresión es esencial para el avance del conocimiento y el descubrimiento de la verdad tanto individual como colectiva, y para alcanzar ésta, debe permanecer abierto el debate, considerarse todas las alternativas, contrastar el juicio propio con los opuestos y tomar en consideración diferentes opiniones. Esta lógica nos recuerda a uno de los mayores defensores de la libertad de expresión, John Stuart Mill, con la idea del “mercado libre de las ideas”, que aparece plasmada en sentencias norteamericanas como en el caso *Abrams v. United States* en 1919, donde el Juez Holmes expresa:” La persecución de la expresión de opiniones me parece perfectamente lógica. Si no tienes dudas sobre tus premisas o sobre tu poder y quieres un cierto resultado con todo tu corazón, naturalmente expresas tus deseos en la ley y eliminas toda oposición. Pero cuando los hombres se dan cuenta de que el tiempo contraría muchas de las creencias por las que lucharon, comienzan a creer que el último bien deseado se alcanza mejor mediante el libre comercio de las ideas (“*free trade in ideas*”), que el mejor test de la verdad es el poder de que el pensamiento sea aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es la única base sobre la que sus deseos pueden realizarse de forma segura”.

En tercer lugar, el autogobierno y la legitimidad de las decisiones mayoritarias. La libertad de expresión permite la participación de todos los miembros de la sociedad en la toma de decisiones, especialmente en las políticas. Dice Emerson, que aceptar la premisa de que el poder de los gobiernos deriva del consentimiento de los gobernados, supone que ha de aceptarse también que los gobernados, para poder ejercitar su derecho a consentir, tienen que tener plena libertad de expresión, tanto para formular juicios individuales, como para formular juicios colectivos. En todas las democracias modernas aparecen como elementos fundamentales la soberanía popular y el derecho de cada individuo a participar en la discusión sobre asuntos públicos, ya sean políticos como otros referidos a la organización de la sociedad y es a través de estos como se forma la opinión pública.

En definitiva, la libertad de expresión es una condición central de la legitimidad política democrática, pues para que los procedimientos mayoritarios de toma de decisiones sean realmente legítimos y justos es necesario que cada ciudadano no solo tenga un voto sino también voz.

Y por último, la libertad de expresión es un método para encontrar estabilidad y equilibrio en la sociedad. Ante la división de ideas y opiniones es necesario la búsqueda del consenso. Sin libertad de expresión, se suprime la libre discusión impidiendo los juicios y decisiones racionales ya que se impone la fuerza a la razón; se promueve la intolerancia y la

inflexibilidad, no permitiendo a la sociedad adaptarse a los cambios de circunstancias o al desarrollo de nuevas ideas; y se aleja a la sociedad de los problemas reales, desviando su atención de cuestiones críticas. Además, las decisiones alcanzadas por consenso tras la libre y plena participación en el debate público son aceptadas con mayor voluntad, aun siendo en contra de la opinión propia, esto fomenta la cohesión social, evitando la ruptura de la sociedad en su proceso de progreso y cambio.

Como destaca Emerson, es fundamental no perder de vista que la libertad de expresión no es un instrumento para alcanzar otros fines sociales, sino un fin en sí misma. La sociedad pretende alcanzar otros fines como la justicia o la igualdad, pero para ello no puede restringir o suprimir como regla general las opiniones y creencias de sus individuos, tendrá que buscar otros caminos como la contrargumentación o el control de conductas que no son expresión.

Si la libertad de expresión fuera valiosa en la democracia solo por razones instrumentales, entonces puede ser adecuado suprimirla para avanzar en otros objetivos sociales (como suprimir la discriminación o el odio racial o actuar preventivamente contra el terrorismo), pero si la libertad de expresión no es instrumental, sino un derecho humano universal ligado a la idea de la dignidad humana y constitutiva de la práctica democrática, en cuanto derecho de cada individuo a participar en la discusión que forma la opinión pública, entonces excluir a cualquiera de esa discusión comprometería el sentido de participación, identificación y legitimidad del que la democracia depende.⁴

Nos encontramos, en muchas ocasiones, con una colisión entre la libertad de expresión y el respeto de otros derechos fundamentales. La colisión que se produce entre la libertad de expresión y el respeto por la igual dignidad humana ante discursos discriminatorios e intolerantes, en concreto, el conocido Discurso del Odio, es el caso analizado en el presente trabajo.⁵

En definitiva, la cuestión fundamental de todas las que afectan a la libertad de expresión no es la aceptación de la base teórica de la concepción de la libertad de expresión

⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*. Valencia, 2011, pp. 125-128

⁵ Teruel Lozano, Germán Manuel: *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo*. ReDCE núm. 27. Enero-Junio de 2017, p. 3

anteriormente expuesta, sino la definición de los límites que pueden imponerse a la libre expresión para evitar riesgos o conseguir otros objetivos socialmente más valiosos.

2.2 Limitación de la libertad de expresión

Todas las sociedades democráticas, pese a su compromiso con la libertad de expresión, consagrada constitucionalmente como derecho fundamental, han reprimido reiteradamente unas u otras formas de discurso, alegando que representa un peligro para otros valores u objetivos sociales básicos.

Tradicionalmente, en nombre de la seguridad, del mantenimiento del orden público y de la protección de la sociedad frente a los riesgos o amenazas derivados del discurso, se ha prohibido la defensa de las ideas políticas extremas como el anarquismo, el fascismo y el comunismo en diversas democracias de todo el mundo. Y más recientemente, los “nuevos enemigos” de la libertad de expresión apelan a la censura invocando la idea de igualdad y la protección de los derechos de otros individuos a no sufrir afrentas a su dignidad sobre la base de su raza, religión u orientación sexual.

Cabe preguntarse, si la crítica política o social, en ocasiones, se convierte en tan extrema y ofensiva para las normas sociales básicas o para los objetivos sociales, que su supresión es legítima en una sociedad democrática. Y si ello, es admisible en relación con el llamado discurso del odio u otros discursos extremos que incitan a la violencia, como el discurso político o religioso.

Las respuestas a estas preguntas son muy delicadas y requieren una profunda reflexión, ya que si se acepta la imposición de límites al mero discurso o a la discusión libre sobre cualquier materia, el principio general de libertad de expresión se distorsiona por completo, y la excepción (el límite) acaba convirtiéndose en regla, destruyendo con ello el sistema de libre expresión.

Por otra parte, resulta extraordinariamente complejo definir los límites de forma precisa, ya que el objeto de la limitación no suele ser la expresión en sí misma, sino las consecuencias que se temen de ella. La represión de la expresión es una medida puramente preventiva y, como todas las medidas preventivas, recortan mucho más amplia y profundamente de lo necesario para controlar la conducta resultante. Además, la infinita variedad y sutilidad del lenguaje y otras formas de comunicación hacen imposible construir una limitación de la expresión en términos definitivos.

Citando a Dworkin “debemos proteger a las mujeres y a los homosexuales y a los miembros de los grupos minoritarios de las consecuencias específicas y dañosas del sexismo, la intolerancia y el racismo. Debemos protegerlos frente a la injusticia y a la desigualdad en el empleo, o en la educación o en el proceso criminal, adoptando las leyes que garanticen esa protección. Pero no debemos tratar de intervenir río arriba, prohibiendo cualquier expresión de actitudes y prejuicios que pensemos que alimentan tal injusticia o desigualdad, porque si intervenimos demasiado pronto en el proceso a través del cual la opinión colectiva se forma, nos privamos de la única justificación democrática que tenemos para insistir en que todos deben obedecer las leyes, incluso aquellos que las odian o se sienten agraviados por ellas.”

No hay que perder de vista, que normalmente estamos hablando de hacer intervenir al Derecho Penal, de criminalizar el discurso, cuestión sobre la que suele focalizarse el debate respecto del discurso del odio y discurso extremista y radical. Sin duda tal criminalización del discurso es muy útil para los gobiernos, pero está por demostrar que aporte una protección adecuada y suficiente a las minorías contra el racismo, la xenofobia o el sexismo.⁶

“Estaremos ante un límite cuando la norma excluye una determinada conducta, situación o posición jurídica incluida a priori en el ámbito inicialmente protegido por el derecho. La libertad de expresión, por ejemplo, comprende en principio múltiples conductas, facultades o posibilidades de actuación, que encajarían inicialmente dentro del tipo, pero algunas no resultarán definitivamente amparadas por el derecho fundamental.”⁷ Y ello deriva de la necesidad de proteger otros bienes o derechos constitucionales.

No existen derechos absolutos que no admitan limitación alguna, no cabe duda del carácter limitado o relativo de los derechos, porque sus titulares no viven aislados, sino que conviven con otras personas, titulares a su vez de derechos.⁸

Nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido en diversas ocasiones que ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado, pero las limitaciones además de estar previstas en

⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *op.cit.*, pp. 114-129.

⁷ BIGLINO, Paloma. BILBAO, Juan María. REY, Fernando, y otros, *op.cit.*, p. 423.

⁸ *Ibid.*, p. 423.

una ley, han de respetar en todo caso el contenido esencial del derecho y no pueden restringir su ejercicio “más allá de lo razonable”. Pero lo que realmente se exige, es algo más que ese test de razonabilidad que apela al sentido común, se exige que la limitación no sea desproporcionada. Esto significa en primer lugar, que la restricción ha de perseguir una finalidad constitucionalmente legítima (preservar otro derecho, principio, interés, bien jurídico o valor constitucionalmente protegido); en segundo lugar, debe existir una adecuación entre la medida que impone el sacrificio del derecho y la finalidad legítima que se persigue (test de idoneidad); en tercer lugar, que la restricción ha de ser estrictamente necesaria, indispensable, para conseguir ese fin, sin que pueda acudir a una solución alternativa o medida menos drástica para alcanzar con análoga eficacia esa misma finalidad; y en cuarto lugar, tiene que ser proporcionada en sentido estricto, no puede implicar un sacrificio excesivo del derecho en juego.

Ha de procurarse un equilibrio entre el sacrificio impuesto y el beneficio o ventaja que se obtiene. De no cumplirse estas condiciones estaríamos ante una limitación injustificada y por tanto, ilícita.

Cuando entran en conflicto dos derechos constitucionales, lo que se aplica, más que un test de proporcionalidad, es la técnica de la ponderación. Como sostiene Robert Alexy, las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales se formulan como normas de principio, es decir, enunciados que no establecen reglas precisas sobre las conductas protegidas, sino que encierran un mandato de optimización dirigido a los poderes públicos, de modo que estarían obligados a protegerlos en la mayor medida posible.⁹

Cuando los principios entran en colisión, uno de los principios tiene que ceder ante el otro. En cada caso concreto prima el principio que tenga mayor peso dadas las circunstancias. No hay que dar prioridad absoluta a uno de ellos a costa de otro, sino sopesando las pretensiones o intereses contrapuestos, intereses que, aun teniendo el mismo rango o valor en abstracto, tienen distinto peso en cada caso concreto.¹⁰

⁹ BIGLINO, Paloma. BILBAO, Juan María. REY, Fernando, y otros, *op.cit.*, pp. 423-425.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 425-426.

“La libertad es la regla en un Estado democrático de Derecho y su limitación es la excepción y, como tal, tiene que estar debidamente justificada.”¹¹ Estas son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”. Eso sí, el pluralismo y las exigencias de tolerancia, sin embargo, han de contar con límites. No pueden reconocerse libertades absolutas, el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, prescribe que el ejercicio de las libertades entraña “deberes y responsabilidades” (art. 10.2 CEDH), y cita expresamente toda una serie de bienes o valores que justifican establecer limitaciones a estos derechos, entre otros, seguridad nacional, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o de la moral, protección de la reputación o de los derechos ajenos...”

Pues bien, en relación con aquellos discursos discriminatorios que pueden ofender a personas o grupos sociales, el Tribunal Europeo ha reconocido que también la “tolerancia y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen los fundamentos de una sociedad democrática y plural” y, en consecuencia, ha llegado a sentenciar que “debe considerarse necesario en ciertas sociedades democráticas la sanción o incluso la prevención frente a cualquier expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia”¹²

3. EL DISCURSO DEL ODIOS

En los últimos tiempos se puede observar como se ha extendido el uso del término Discurso del Odio. A grandes rasgos podemos entenderlo como aquellas manifestaciones o mensajes despreciables, dirigidos con un ánimo discriminatorio y ofensivo contra determinados colectivos sociales por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

Pero es necesario, más aun cuando nos encontramos en un ámbito normativo, perfilar este concepto con mayor rigor, debido a la existencia de distintas formas en las que se define y entiende el discurso del odio a nivel nacional e internacional. No hay más que observar la

¹¹. BIGLINO, Paloma. BILBAO, Juan María. REY, Fernando, y otros, *op.cit.*, p. 427.

¹² Teruel Lozano, Germán Manuel, *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión*, *op.cit.*, p.3.

jurisprudencia del TEDH para apreciar cómo se ha ido concretando el concepto con el paso del tiempo.

3.1 Caracterización del concepto.

En un primer momento, nos encontramos con la Recomendación n. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre “Discurso del Odio”, adoptada el 30 de Octubre de 1997, en la que por primera vez se presenta una definición de este discurso que nos puede servir de guía u orientación:

“todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

Se desprende de aquí, como elemento esencial de este tipo de expresiones, la manifestación de odio e intolerancia, discriminación y hostilidad motivada por razones discriminatorias. Además, este tipo de discursos, según ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se caracterizan también por revestir distintas formas ofensivas, que son las que terminan por justificar la limitación a la libertad, aunque la incitación al odio no necesariamente tiene que suponer una llamada a cometer actos de violencia y otras conductas criminales.¹³

Más recientemente, la Recomendación General nº 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, adoptada el 8 de diciembre de 2015, ha complementado el concepto de este discurso definiéndolo como:

“el uso de una o más formas de expresión específicas - por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u

¹³ STEDH (Sección 1º) de 4 de diciembre de 2003, caso Müslum Günduz c. Turquía apartado 37.

origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.”

Además, esta última recomendación recoge lo que se entiende como elementos esenciales que conforman el Discurso del Odio, que son: el fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menosprecio así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza; uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto; y motivos que van más allá de la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico o nacional y ascendencia.

De todo ello podemos intentar construir un concepto más o menos concreto de Discurso del Odio. Son varios los elementos definidores que podemos extraer.

En primer lugar, las expresiones referidas han de dirigirse contra una persona o un grupo de personas por razón de determinadas circunstancias discriminatorias. Estos mensajes se caracterizan porque no se refieren a un sujeto concreto, sino que su reproche social trasciende al grupo al que se dirige. El objeto específico de este discurso son los grupos de individuos que revisten cierta condición que implica a su vez una vulnerabilidad, alguna indefensión en particular. Son grupos de personas “visibles” socialmente, con un rasgo atribuible de manera más o menos inmediata.

Estos grupos vulnerables varían dependiendo, en muchos casos, de las circunstancias nacionales, pero generalmente incluyen: refugiados, otros inmigrantes y migrantes, comunidades Judías y negras, musulmanes, romaníes/gitanos, al igual que otras minorías étnicas y lingüísticas así como a personas LGBT, e incluye específicamente a niños y jóvenes pertenecientes a esos grupos.

Ahora bien, es necesario saber cómo interpretar la noción de vulnerabilidad como elemento caracterizador de los destinatarios del Discurso del Odio. Por un lado, hay que entender que el colectivo del que se trate esté señalado por prejuicios fuertemente arraigados en la sociedad. Por otro lado, otra pauta para valorar la vulnerabilidad sería la titularidad más o menos amplia de derechos. Como sabemos, ciertas personas por motivo de su pertenencia a un grupo determinado carecen de ciudadanía completa y de los derechos que ésta conlleva; los niños y los discapacitados también sufren, por razones obvias, una reducción de derechos; y también podemos recordar otros casos como el de las

mujeres u homosexuales que hasta no hace tanto tiempo veían limitados sus derechos. Esa acotación excluyente ha impedido que tales personas hayan sido o sean tratadas como iguales en la comunidad.¹⁴

En segundo lugar, debe existir en estas expresiones un elemento ofensivo unido a una intencionalidad directa del emisor, quien debe tener como fin con sus manifestaciones humillar, vejar, insultar, provocar comisión de actos de hostilidad, violencia o discriminación, además de una motivación concreta que le hace actuar de esta manera en razón de la circunstancia a la que muestra intolerancia.

Llegados a este punto, es importante recalcar que no puede identificarse el Discurso del Odio con expresiones insolentes, irreverentes, burlescas, hirientes, despectivas o insensibles. En una sociedad democrática como la nuestra caracterizada por su pluralidad, tolerancia y espíritu de apertura, no solo se deben de dar protección a las informaciones, opiniones e ideas favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que “chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población.”¹⁵

Además, no puede considerarse cualquier manifestación de intolerancia como Discurso del Odio. Por ello, en palabras del TEDH, “es precisamente cuando se presentan ideas que se enfrentan, chocan o rechazan el orden establecido cuando la libertad de expresión es más preciosa.”¹⁶

Del mismo modo, tampoco podemos identificar el Discurso del Odio con los llamados delitos de odio, siendo un error interpretar el concepto de Discurso del Odio a partir del concepto de delitos de odio.

Bajo el término delitos de odio aparecen recogidos aquellos tipos delictivos en los que el móvil es la intolerancia hacia el diferente. En este ámbito nos encontramos con diversas definiciones en torno al concepto de delitos de odio, no existiendo una uniformidad tanto en la doctrina como en las instituciones de los distintos países. En palabras de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la historia de Europa es una larga historia de delitos de odio e intolerancia en las que sus países comparten historias

¹⁴ Cueva Fernández, Ricardo: *El "discurso del odio" y su prohibición*. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, N° 35, 2012, pp. 445-446.

¹⁵ STEDH (Gran Sala) de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside c. Reino Unido.

¹⁶ Teruel Lozano, Germán Manuel, *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión*, *op.cit.*, p.7.

empapadas de esclavitud, colonialismo, inmigración y dictaduras que sirven para informarnos “cómo y por qué cada país responde a los delitos de odio en una dirección determinada”, comprendiéndose así que “no haya una única definición legal o social de los delitos de odio o crímenes racistas en Europa.”¹⁷

Basándose en “La persecución penal de los delitos de odio: guía práctica”, elaborada por La Oficina para los Derechos Humanos y la Instituciones Democráticas de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, se pueden definir los delitos de odio como “cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objeto de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo con determinada característica común a sus miembros, tal como su real o perceptiva raza, nacionalidad, etnia, lenguaje, color, religión, sexo, edad, minusvalía mental o física, orientación sexual u otro factor similar.”¹⁸

En definitiva, son actos delictivos cuya motivación se basa en los prejuicios. Por tanto, nos encontramos con dos elementos básicos: un delito y una motivación en el agresor, basada en prejuicios discriminatorios atendiendo a las características del individuo o grupo de personas frente a las que se dirige.

Vemos que estas conductas tienen su fundamento previo en un delito tipificado en el Código Penal: sin ese acto delictivo previo no existe delito de odio. Y ese acto delictivo previo se convierte en delito de odio si su móvil son los prejuicios. El elemento que convierte un delito ordinario en delito de odio es que el autor elige a la víctima en función de los prejuicios que alberga con respecto al grupo al que aquella pertenece.

Entonces, por un lado habrá que delimitar a qué grupos ampara la categoría los delitos de odio, y por otro determinar qué tipo de conductas, expresiones o acciones han de ser consideradas prejuiciosas y discriminatorias. Es en esta última cuestión donde nos

¹⁷ Martín Herrera, David: *Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio*. Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto, Vol. 62, Nº. 2, 2014. , p.3.

¹⁸ La persecución penal de los delitos de odio: guía práctica. Elaborada por La Oficina para los Derechos Humanos y las Instituciones Democráticas de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa. (2014).

encontramos con una gran dificultad, pues resulta complicado delimitar que conductas prejuiciosas han considerarse dentro de los márgenes de los delitos de odio y cuáles no.

Podemos considerar dentro de este tipo de delitos sólo las conductas más graves, como las agresiones, pero también podemos incluir los actos previos de las agresiones motivadas por el odio, entendiendo no el pensamiento en abstracto, sino, todas aquellas manifestaciones de hostilidad hacia determinadas personas o grupos, tales como actos vandálicos, grafitis, la propaganda y especialmente el discurso de odio.¹⁹

Refiriéndonos a este último, la expresión pública de incitación al odio representa un grave problema, ya que puede generar el caldo de cultivo propicio para la comisión de estos delitos y avivar conflictos a gran escala.

Por lo general, los Estados prohíben las expresiones que constituyan una amenaza inmediata o una incitación a la violencia. Vemos que estas conductas contienen los dos elementos antes citados: por un lado, la incitación a la violencia, con independencia del motivo, es una infracción penal básica que, cuando se comete por prejuicios, contiene los dos elementos del delito de odio.

Próximas a estas conductas nos encontramos con otras expresiones que incitan a la intolerancia: la respuesta legal a este tipo de expresiones debe tener en cuenta el respeto a la libertad de expresión y opinión como derecho fundamental, ya que son conceptualmente distintas de los delitos de odio, porque en ellas no existe el primer elemento que define a estos últimos, es decir, la infracción penal.

No existe un consenso sobre si las formas de expresión que no incitan a la violencia deben o no criminalizarse, pero se debe hacer un esfuerzo por entender las diferencias entre los conceptos de incitación a la intolerancia y delito de odio, siendo conscientes de los riesgos que conlleva confundir ambos términos.²⁰

Desde la perspectiva jurídica, los términos de delitos de odio y discurso del odio deben ser precisados, ya que la diferente amplitud con la que se utilizan tanto en declaraciones y convenios internacionales como en las distintas legislaciones de los países crea problemas de interpretación.

¹⁹Martín Herrera, David, *op.cit.*, p. 4.

²⁰ La persecución penal de los delitos de odio: guía práctica, *op.cit.*

Así, delitos de odio y discurso del odio se refieren a conductas que tienen en común la presencia del odio discriminatorio como motivador de éstas, emoción humana que, eventualmente, se encuentra en el camino hacia la acción violenta, en el sentido de que su expresión o manifestación verbal es también susceptible de lesionar bienes jurídicos relevantes como el honor o la dignidad personal o de un colectivo de personas, y es en estas eventuales ocasiones cuando nos encontramos con acciones tipificadas.

Pero mientras la categoría de delitos de odio comprende aquellas conductas tipificadas como infracciones penales en las que existe un componente de odio, el discurso del odio se refiere a aquellas expresiones que se encuentran motivadas por el odio, pero no necesariamente conductas penalmente típicas, sino que además comprende otras en las que se percibe un componente de intolerancia que no es penalmente relevante, sin perjuicio de que su lesividad pueda eventualmente tener respuesta adecuada en otro ámbito jurídico, sólo serán algunas de ellas las que por su lesividad efectiva o potencial se encuentren tipificadas en el Código Penal, conformando una categoría dentro de los delitos de odio.

Nuestro Código Penal se ha situado frente a numerosas conductas más o menos relacionadas con el discurso del odio, al margen de la normativa del orden público o antidiscriminatoria que pueda existir también en otros ámbitos no penales. Ha tipificado el delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas, sexistas o xenófobos y el delito de difusión de ideas que nieguen o justifiquen el genocidio.

No hay que perder de vista que aquellas expresiones de discurso del odio entendidas como delitos de odio deben reducirse a las más graves, puesto que la mayoría de ellas se encuadran bajo el amparo del ejercicio de la libertad de expresión y solo aquellas que no superen la valoración constitucional de los bienes confrontados, (por un lado el derecho fundamental a la libertad de expresión, por otro lado, los derechos fundamentales la honor, la dignidad o el derecho a no ser discriminado), podrán ser típicas.

Junto al Derecho penal o las sanciones administrativas que pudieran preverse, caben otros remedios como políticas de carácter general destinadas a impedir la promoción del odio, violencia o discriminación contra ciertos grupos.²¹ Los contenidos negativos de las opiniones, ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de determinados grupos y de sus integrantes como tales, por muy rechazables que nos resulten, no

²¹ Cueva Fernández, Ricardo, *op.cit.*, pp. 450.451.

conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de la lesión como el peligro creado para los bienes jurídicos que se pretenden proteger (STC 259/2011 de 12 de abril, FD 1º, 1). Se trata del principio de intervención mínima del Derecho penal.²²

Conviene invocar la ya mencionada Recomendación General nº 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa. Ésta nos señala que el poder judicial debe interpretar y aplicar con cuidado las leyes destinadas a combatir el discurso del odio para no restringir en exceso las formas legítimas de expresión. Las leyes deberían complementarse con un conjunto amplio de medidas de política con el fin de transformar las mentalidades, las percepciones y el discurso. Para evitar cualquier uso abusivo de las leyes en materia de discurso de odio, solo los casos graves y extremos de incitación al odio, que incluyan los siguientes elementos: la gravedad, la intención, el contenido, el alcance, la posibilidad o probabilidad de que cause daños, la inminencia y el contexto, deben tipificarse como delitos penales.²³

Como afirma el profesor Fernando Rey, “no se puede abordar la problemática del discurso del odio tan sólo desde el Derecho Penal.”²⁴

Procede en este punto hacer breve mención al denominado ciberodio. Una vez más, conviene mantener especial cautela y no confundir las nociones de delitos de odio, ciberodio y discurso del odio.

Actualmente, en el ámbito de la lucha contra la discriminación, nos encontramos con que un gran número de estas conductas se llevan a cabo a través de Internet. La configuración de internet como un espacio público que trasciende fronteras físicas, esencialmente basado en la libertad, se contrapone a todo intento de límite o control; pero no todo vale.

²² Cueva Fernández, Ricardo, *op.cit.*, pp. 440.

²³ Recomendación Nº 97(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Discurso del Odio, adoptada el 30 de Octubre de 1997.

²⁴ Teruel Lozano, Germán Manuel, *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión op.cit.*, p. 7.

La mayor libertad técnica que posibilita Internet no ampara, desde el punto de vista jurídico, las conductas que están perseguidas fuera de la red.²⁵

El ciberodio se refiere a aquellas conductas que se encuentran motivadas por el odio discriminatorio en razón de cualidades personales como la raza, etnia, nacionalidad, orientación sexual o identidad de género, creencias religiosas, discapacidad, etc., y que tienen lugar en la red. Algunas de estas conductas por su lesividad alcanzan el nivel de delitos, conformando un tipo de delitos de odio conocidos como cibercriminalidad.

En el sentido en que estas conductas se refieren a expresiones, independientemente de su tipificación como delitos o no, podrán identificarse con el Discurso del Odio cuando se enmarquen dentro del concepto de este tipo de discurso. Así, nos encontramos aquí con mensajes de odio difundidos a través de este medio y que fundamentalmente se encuentran bajo el amparo del ejercicio de la libertad de expresión. Aun así, la propia Recomendación alerta de este tipo de expresiones ya que se ha comprobado que el uso del discurso de odio es un rasgo particular de algunas formas de comunicación electrónica, como páginas web, foros y redes sociales.²⁶

También podemos encontrarnos con que el Discurso del Odio puede adoptar la forma del denominado negacionismo, y más especialmente el negacionismo del Holocausto.

En el ámbito de la Recomendación n. R (97) 20 aparecen recogidas como Discurso del Odio las expresiones en forma de negación, trivialización, justificación o condonación públicas de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia de los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido.²⁷

Dentro de este tipo de expresiones, la negación del holocausto, entendida como acto de negación, cuestionamiento o manifestación de dudas ya sea de forma parcial o total, sobre el hecho histórico del genocidio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial²⁸, cobra

²⁵ Moretón Toquero, María Aranzazu: *El «ciberodio», la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión*. Revista jurídica de Castilla y León, N.º. 27, 2012, p.13.

²⁶ Recomendación N.º 97(20), *op.cit.*

²⁷ Recomendación N.º 97 (20), *op.cit.*

²⁸ Recomendación N.º 97 (20), *op.cit.*

una especial relevancia en el ámbito europeo, más aun en países que han sufrido directamente las consecuencias de tal episodio histórico, como Francia, Italia y Alemania, aunque otros como España se unen a estas posiciones asumiendo los valores constitucionales europeos.

Son muchos los lamentables acontecimientos de genocidio ocurridos en la historia, pero sobre ninguno de ellos pesa la protección exacerbada que rodea al Holocausto. Como entiende el autor Alcácer Guirao: “Sin lugar a dudas, fue la tragedia del Holocausto lo que situó a la dignidad humana en el núcleo de las democracias de las posguerras y lo que conformó la regulación sobre el discurso del odio, no sólo en Europa sino también en tratados internacionales.”²⁹

En Europa, la libertad de expresión se proclama, en los propios textos constitucionales incluso, como un derecho limitado, que ha de ejercerse responsablemente, dentro de ciertos márgenes, sin incurrir en abusos. En caso de conflicto, otros derechos y principios constitucionales pueden llegar a pesar tanto o más que la libertad de expresión. Esta actitud de prevención no es fruto de la causalidad sino de los traumas del pasado, de un pasado relativamente reciente aún, que explican la especial sensibilidad de la mayoría de las sociedades europeas en este terreno.

La negación del Holocausto o de los crímenes contra la humanidad en general se tipifica penalmente en bastantes países europeos. El Reino Unido y los países nórdicos constituyen la principal excepción.³⁰ Por otro lado, la opinión estadounidense tiende a creer incorrecta la calificación de este tipo de expresiones negacionistas como Discurso del Odio necesitado de protección. En los Estados Unidos, la redacción de la I Enmienda es bien rotunda: el Congreso no podrá aprobar ninguna ley que restrinja la libertad de expresión o prensa, imponiéndose así una concepción libertaria y no paternalista de la libertad de expresión, una libertad que se protege de forma enérgica y con carácter preferente.³¹

²⁹ Esquivel Alonso, Yéssica: *El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, N°. 35, 2016, p. 31.

³⁰ Bilbao Ubillos, Juan María: *La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007)*. Revista Española de Derecho Constitucional. N°. 85, 2009, p. 304.

³¹ Bilbao Ubillos, Juan María, *La negación de un genocidio, op.cit.*, p. 302.

Podemos calificar como discursos negacionistas aquellas manifestaciones que, normalmente por unos motivos ideológicos concretos y valiéndose de discutibles metodologías académicas o pseudo-científicas, pretenden la negación o justificación de graves genocidios u otros crímenes contra la humanidad, incluyendo tanto conductas de pura negación, como de minimización o de justificación, así como el ensalzamiento de los autores de estos crímenes.³²

El discurso negacionista se encuentra bajo el ámbito de protección de la libertad de expresión, sin perjuicio de que eventualmente puedan encuadrarse como conductas delictivas por provocar a la comisión de actos delictivos generando un peligro cierto e inminente, y en salvaguarda de bienes constitucionales. Sin embargo, en los últimos tiempos vemos como la lucha contra estos discursos se ha llevado más allá del ámbito social y académico, y se ha propuesto la incorporación en los ordenamientos jurídicos europeos de tipos penales específicos que incriminan este tipo de discurso.

La propia Decisión marco 2008/913/JAI, aunque lo castiga como un discurso socialmente repugnante, presenta sin embargo dudas en cuanto a su compatibilidad con un sistema de libertades erigido sobre el pilar del pluralismo propio de los Estados democráticos.³³ Es por ello que propone ciertas cautelas, como que los delitos objeto de dichas manifestaciones negacionistas tienen que estar demostrados por sentencia judicial, o la condición de que las conductas deban realizarse públicamente.

Además, entiende que este tipo de conductas, para poder ser objeto de reproche jurídico, deberán cumplir dos requisitos, los cuales conectan con la construcción que se ha mencionado de los delitos del discurso del odio: las manifestaciones sancionadas deberán así, ir dirigidas contra una persona o grupo de personas definido por motivos religiosos, raciales, por su ascendencia, etnia u origen; y deberán ser idóneas para incitar a la violencia o al odio contra tal persona o grupo.³⁴

³² Teruel Lozano, Germán Manuel, *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión*, *op.cit.*, p .8.

³³ *Ibid.*, p.9.

³⁴ Teruel Lozano, Germán Manuel: *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano*. Tesis doctoral dirigida por Ángel Garrorena Morales, Jaime Miguel Peris Riera. Universidad de Murcia (2014). Universidad de Murcia. 2014, pp. 67-68.

En relación con la negación del holocausto, es importante diferenciar la estricta negación del holocausto y la duda razonable sobre la veracidad de ciertos acontecimientos, ya que la duda sobre la veracidad de éstos no implica dejar de reconocer la existencia del Holocausto. Sólo la negación constituye por sí misma un delito y aquí no se duda sobre cuestiones puntuales sino en el total desconocimiento del trágico suceso histórico.

La línea jurisprudencial de Estrasburgo declara que la verdad histórica del Holocausto como hecho histórico claramente establecido adquiere una protección absoluta, independientemente de los efectos que, en el caso concreto, puedan tener las manifestaciones negacionistas para la paz social o el abuso del derecho.³⁵ Además el TEDH ha venido avalando la legitimidad de las condenas impuestas en diversos países en aplicación de normas penales que castigan la difusión de publicaciones negacionistas, al considerar que tales publicaciones no pueden beneficiarse de la protección que brinda el artículo 10 del Convenio.³⁶ Se puede observar que de lo que se trata es de extinguir toda expresión negacionista anticipadamente procurando evitar que se concrete en una amenaza real. Pero esto supone adelantar los límites de la libertad expresión y con ello poner en riesgo nuestras sociedades democráticas.³⁷

En general, existe gran indeterminación y complejidad en el estudio y regulación de este tipo de discursos. Algunos países se muestran reacios a legislar este tipo de conductas por el valor fundamental que le dan a la libertad de expresión, y otros en cambio cuentan con tipos penales concretos. Esta actitud de cautela ante las nefastas consecuencias de la libre difusión de ideas con un alto grado de toxicidad, y de peligro para la convivencia, no se produce por generación espontánea.³⁸ Los trágicos sucesos históricos explican la especial sensibilidad de muchos de los países europeos a la hora de abordar esta problemática. “Es mejor prevenir que curar: la tolerancia con los intolerantes es una actitud suicida. Y es legítima, por tanto, la imposición de límites atendiendo al contenido del mensaje.”³⁹

³⁵ Esquivel Alonso, Yéssica, *op.cit.*, p. 40.

³⁶ Bilbao Ubillos, Juan María, *La negación de un genocidio*, *op.cit.*, p. 305.

³⁷ Teruel Lozano, Germán Manuel, *La lucha contra el negacionismo*, *op.cit.* p. 74.

³⁸ Bilbao Ubillos, Juan María: *La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión*. Revista de Derecho Político. N°. 71-72, 2008, p. 52.

³⁹ *Ibid.*, p. 52.

No existe una clara definición de este tipo de discursos, ni consenso en este ámbito, pero no hay que perder de vista que ampliar el concepto de negacionismo, y abrirlo a cualquier grave crimen, podría llevar a justificar límites a la libertad de expresión exorbitantes. De ahí que sea necesario distinguir el negacionismo reprochable jurídicamente de otro tipo de manifestaciones amparadas en el libre ejercicio de la libertad de expresión, como aquellas que nacen del revisionismo histórico.

En relación a la cuestión española, en un primer momento nuestro país se suma a la corriente internacional favorable a la incriminación del revisionismo e introduce, mediante la LO 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, el tipo penal de apología de los delitos de genocidio. La decisión de introducir este tipo penal “se inscribe dentro de las coordenadas de un Derecho penal simbólico, cuya función es trasladar un mensaje de tranquilidad a la ciudadanía”.⁴⁰ Dentro de esta tipificación se incluyen como apología no sólo la negación o banalización de cualquier genocidio, sino también los discursos dirigidos a rehabilitar o constituir regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio.

Poco tiempo después se aprobó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que incluyó el artículo 607.2 CP castigando “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos” de genocidio. Son dos las conductas típicas: negar y justificar, a las que no se exige ir acompañadas de provocación o inducción a la acción. La conducta se perfecciona al difundir la idea o doctrina en cuestión, sin que requiera nada más, ni provocación, ni vejación o humillación de las víctimas.⁴¹

Mediante sentencia dictada el 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona condenó a Pedro Varela, en su condición de titular de la librería Europa de Barcelona, por un delito continuado de apología del genocidio del artículo 607.2 CP; y por un delito también continuado de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas y antisemitas, previsto y penado en el artículo 510.1 del Código Penal. La conducta castigada fue la venta y distribución en su establecimiento de miles de publicaciones, vídeos y materiales en distintos soportes de

⁴⁰ Bilbao Ubillos, Juan María: *La negación de un genocidio*, *op.cit.* pp. 314-315.

⁴¹ *Ibid.*, p. 320.

carácter antisemita en los que se negaba el holocausto y se comparaba a los judíos con las ratas, de forma inequívocamente vejatoria.⁴²

Pedro Varela invocó en su defensa la libertad de expresión, en conexión con la libertad ideológica, y el principio de legalidad penal, y puso en duda la constitucionalidad de los preceptos penales en los que se sustenta la acusación.⁴³

El juez de instancia entendió que se trataba de una limitación legítima y necesaria del ejercicio de dicha libertad constitucional, ya que negar el holocausto es algo más que poner en duda la realidad de un acontecimiento histórico, crea un clima de hostilidad y desprecio hacia la comunidad judía que puede desembocar en acciones violentas o en actos de discriminación ejecutados por terceros.⁴⁴

Contra esta sentencia se presentó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona en el que se pedía a la Sala que promoviese una cuestión de inconstitucionalidad acerca de los preceptos 607.2 y 510 del Código Penal. La Sala acordó plantearla sólo respecto al artículo 607.2 CP, entendiendo que “la conducta que sanciona la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen determinados hechos históricos sin más, sin que se exija ningún otro elemento, como la incitación a la realización de conductas, el desprecio hacia la dignidad de las personas o la perturbación de la paz pública,” carece de justificación, y “supone una limitación del derecho a la libertad de expresión, que sólo puede justificarse por la protección de otro derecho que merezca la misma consideración.”⁴⁵

La cuestión de inconstitucionalidad fue resuelta por la STC 235/2007, de 7 de Noviembre. El pleno del Tribunal Constitucional estimó la cuestión y declaró la inconstitucionalidad del precepto, siendo nula la inclusión de la expresión “nieguen o”.

La discusión fundamental es si la negación de un genocidio o su justificación tiene cabida en el libre debate público que garantiza el artículo 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción penal.

⁴² Bilbao Ubillas, Juan María: *La negación de un genocidio*, *op.cit.* p. 323.

⁴³ *Ibid.*, p. 324.

⁴⁴ *Ibid.*, p.324.

⁴⁵ *Ibid.*, pp.326-327.

Así, el Tribunal entiende que las conductas tipificadas por el artículo 607.2 CP no se enmarcan dentro del concepto de provocación para delinquir ni tampoco en el de apología del delito, ya que el tenor literal no exige como elemento de las mismas que estén dirigidas a incitar a la comisión de delitos de genocidio ni que con ellas se ensalce al genocidio o se enaltezca a los genocidas.

La conducta que el artículo 607.2 CP sanciona es la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen la existencia de hechos históricos que han sido calificados de genocidio, es decir, la mera transmisión de opiniones, que de ninguna manera puede tipificarse como delito. Por ello, “en la medida en que este tipo penal persigue una conducta amparada por el derecho a la libertad de expresión y eventualmente por las libertades científica y de conciencia, constituye un límite infranqueable para el legislador penal”.⁴⁶

Pero la inconstitucionalidad de este precepto no se predica de su totalidad. Hay que distinguir dos conductas distintas, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. “La negación puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, en cambio, no implica la negación absoluta de la existencia de un determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores.”⁴⁷

Respecto a la tipificación de la negación del genocidio, el tribunal entiende que vulnera el derecho a la libertad de expresión. “La sentencia admite que el precepto sería conforme a la Constitución si del mismo se pudiera desprender que la conducta sancionada implica una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. Pero no es así”⁴⁸ “La mera negación del delito, ni tan siquiera tendencialmente puede afirmarse que persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se

⁴⁶ Bilbao Ubillos, Juan María: *La negación de un genocidio*, *op.cit.* pp. 335-336.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 336.

⁴⁸ *Ibid.*, p.336.

pretende. Puede que esa sea la intención de algunos o incluso de muchos de los que difunden ese tipo de mensajes, pero no tiene por qué ser así.”⁴⁹

El tribunal además, hace una breve alusión al ámbito de la libertad científica afirmando que “la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta a la libertad científica”, que en nuestra constitución tiene una protección reforzada porque “sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección.”⁵⁰

La otra conducta que castiga el precepto, la justificación del genocidio, consiste en emitir un juicio de valor sobre un genocidio cuya existencia se admite. El Tribunal entiende que “la especial peligrosidad de un delito tan odioso como el genocidio permite que excepcionalmente el legislador penal castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión.”⁵¹

“Las conductas merecedoras de reproche penal serían únicamente aquellas que de forma indirecta supongan una provocación al genocidio, o una provocación al odio contra determinados grupos en razón de su raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio entrañe un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.”⁵²

En conclusión, el Tribunal resuelve que “es constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia.”⁵³

⁴⁹ Bilbao Ubillos, Juan María: *La negación de un genocidio*, *op.cit.*, p. 337.

⁵⁰ *Ibid.*, pp.338-339.

⁵¹ *Ibid.*, p. 343.

⁵² *Ibid.*, p. 343.

⁵³ *Ibid.*, p. 344.

Aun así, por mucho que el Tribunal declare constitucional la sanción penal de la justificación del genocidio, sigue siendo cuestionable, y mantienen su validez argumentos tales como que la libertad de expresión sigue limitándose en exceso si se deja fuera de su amparo la incitación meramente indirecta al delito, por mucho que en este caso el delito a cuya comisión se incite sea un delito tan grave como el genocidio. Como indica Rodríguez Montañés, la diferencia entre acción y expresión se diluye hasta hacerse indistinguible cuando no se exige ni la incitación a una concreta acción lesiva, ni la probabilidad, ni la inminencia de que una acción se produzca como consecuencia de la incitación o la provocación, sino tan solo el peligro potencial, la incitación indirecta y la provocación mediata. Otro argumento es que se adelanta la intervención penal a un momento todavía muy lejano a la comisión del delito. Y ni esa excesiva limitación del derecho a la libertad de expresión ni ese extraordinario adelanto de las barreras de protección penal parecen justificadas en nuestro contexto social.⁵⁴

En la reforma del Código Penal de 2015 el artículo 510.1 c) dota de una nueva regulación y ubicación al antiguo delito de justificación del genocidio del artículo 607.2. En dicho precepto se sanciona el enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o de sus autores, así como la negación o trivialización grave de esos delitos, siempre que de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos que fueron objeto de esos delitos.⁵⁵

Este delito se inspira en la Decisión Marco, según la cual debe garantizarse el castigo de la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o miembro del mismo. Además, el legislador de 2015 alega la coherencia de la reforma con la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 235/2007.

⁵⁴Alastuey Dobón, Carmen: *Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº. 18, 2016, p. 29.

⁵⁵ *Ibid.*, p.30.

En el nuevo precepto se distinguen dos tipos de conductas: por un lado, las conductas de enaltecimiento del delito o de su autor; y por otro lado, la negación de esos delitos o su trivialización. Tras la declaración de inconstitucionalidad del castigo de la negación del genocidio, por considerarlo incompatible con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad ideológica, esta previsión sorprende, más aún, si atendemos a la Decisión Marco, que dispone que ésta no podrá tener por efecto el exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión tal como se derivan de tradiciones constitucionales. De aquí se deduce que el Estado español no hubiese incumplido sus compromisos internacionales si hubiera optado por no tipificar esa conducta.

Pero nuestro legislador afirma que de acuerdo con la STC 235/2007, el delito de negación del genocidio no vulnera derechos constitucionales si se interpreta que su aplicación debe limitarse a los supuestos en los que la conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías, y por esa razón incorpora el requisito típico en virtud del cual la negación o trivialización de esos delitos ha de promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación.

Parece que entra en contradicción con el modo de argumentar del TC, que distingue entre negación y justificación del genocidio, y considera que solo en el caso de la justificación cabe la interpretación restrictiva que conduce a concebirla como una modalidad de apología stricto sensu. A la negación no le aplica el mismo criterio, por la sencilla razón de que no cabe imaginar cómo la negación del genocidio puede representar una incitación indirecta a la comisión del delito. Del mismo modo, resulta difícil imaginar que la negación o la trivialización del genocidio puedan favorecer la creación de un clima favorable a la violencia y hostilidad contra esos grupos de personas.

Es por ello que esta modalidad típica es susceptible de muchas dudas. Es cierto que la negación de delitos de genocidio o de lesa humanidad, si se acompaña de expresiones degradantes o vejatorias para las víctimas de esos delitos, puede lesionar su honor o integridad moral, pero ese atentado a estos bienes jurídicos ya se encuentra sancionado en otros preceptos, como el artículo 510.2 a) que sanciona la realización de acciones, cualesquiera que sean, lesivas de la dignidad de las personas por representar una humillación, menosprecio o descrédito de ciertos grupos o de miembros de esos grupos; o el artículo 510.2 b) que castiga el enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o de difusión, de cualquier delito cometido contra un grupo o una

persona o personas por razón de su pertenencia a determinados grupos, o de quienes hayan participado en su ejecución.⁵⁶

Recapitulando, el Código penal de 1995 incorporó a su articulado dos preceptos sumamente polémicos dirigidos a sancionar conductas relacionadas con los fenómenos del discurso del odio y del revisionismo (arts. 510.1 y 607.2 CP). El tenor literal de ambos preceptos era muy amplio e impreciso, abarcaba conductas cuya criminalización iba en contra de principios básicos jurídico-penales y constitucionales. Estos delitos daban lugar a una considerable anticipación de las barreras de protección penal, por delante del castigo de los actos preparatorios, respecto del cual rige ya el principio de excepcionalidad, sin que se apreciaran motivos que justificaran dicha anticipación de la respuesta penal. Además, planteaban serias fricciones con el derecho constitucional a la libertad de expresión.

Por ello, los tribunales llevaron a cabo una interpretación restrictiva del tenor literal de esos preceptos, consiguiendo minimizar los problemas de legitimación de los delitos de provocación a la discriminación y justificación del genocidio. Algunas de estas propuestas se vieron plasmadas en las sentencias de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, lo que dio lugar a un escaso número de condenas por estas infracciones. Pero el legislador de 2015, con su reforma ha creado en el nuevo artículo 510 CP unos tipos penales que, no conformes con recoger la herencia de los defectos en los que incurría la regulación anterior, los agrandan, además la mayor parte de los tipos no se ajustan a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.⁵⁷

Después de este intento de delimitación del llamado Discurso del Odio, podemos percibir la dificultad de perfilar un concepto estricto de tal discurso. Nos encontramos que con facilidad se incluyen discursos que se alejan de la verdadera esencia del Discurso del Odio, llegando a omitir incluso sus características más esenciales, tales como: dirigirse contra un grupo especialmente vulnerable y la motivación discriminatoria. Es por ello que hay que hacer un esfuerzo y mantenerse crítico a la hora de identificar estos discursos, para no caer en la tendencia a desnaturalizarlo, además no hay que perder de vista que en este ámbito está en juego un pilar fundamental de nuestras sociedades plurales y democráticas, la libertad de expresión.

⁵⁶ Alastuey Dobón, Carmen, *op.cit.*, pp. 31-32.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 33-34

En esta línea, es de suma importancia diferenciar ciertos discursos extremos y también ofensivos, pero que no son discurso del odio, como es el caso de expresiones de odio religiosas, los discursos políticos o los filo-terroristas, entre otros, y que pasaré ahora a hacer mención.

3.2 Distinción con otros discursos extremos u ofensivos.

Existe una tendencia en nuestras sociedades democráticas que defiende que determinados discursos extremos han de quedar excluidos del libre mercado de las ideas. Hay ciertos discursos ofensivos que por su contenido contradictorio con nuestros valores democráticos no deben tolerarse en el espacio público, pero no podemos confundir estos discursos extremos con el denominado Discurso del Odio, el cual tiene unas notas muy características tal y como se expone en este trabajo.⁵⁸

Nuestro Tribunal Constitucional ha recurrido en diversas ocasiones a la categoría del discurso del odio para justificar un límite a la libertad de expresión, en algunas ocasiones extendiendo la misma a toda una serie de discursos que incluyen desde expresiones discriminadoras o amenazantes contra determinados grupos sociales, a otras formas de expresión de intolerancia social o incluso política, hasta supuestos de enaltecimiento del terrorismo. En definitiva, ha utilizado la categoría del discurso del odio como un “cajón de sastre” que incluyendo casi cualquier tipo de discurso extremo que exprese intolerancia por algún motivo anti-democrático.⁵⁹ Ejemplo de ello, en los últimos años, son dos casos especialmente sensibles que el Tribunal Constitucional ha terminado reconduciendo a la categoría del discurso del odio, desbordando así su contenido propio: la STC 177/2015, de 22 de julio, sobre una condena por injurias al Rey, y la STC 112/2016, de 20 de junio, sobre una condena por enaltecimiento del terrorismo.⁶⁰ De aquí la necesidad de acercarse de forma crítica a esta cuestión.

En relación con el Discurso del Odio es importante destacar el Discurso Político, en concreto aquel que es crítico ya sea con el favorecimiento estatal de determinados grupos o colectivos, o manifestando rechazo a determinadas prácticas culturales privativas de alguno de esos grupos.

⁵⁸ Teruel Lozano, Germán Manuel: *Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial*. Revista de estudios jurídicos, N° 17, 2017, p .2.

⁵⁹ *Ibid.*, p.3.

⁶⁰ *Ibid.*, p.8.

El hecho de que un discurso tenga lugar en el ámbito de una deliberación política, en una campaña electoral, y que el individuo en cuestión sea un cargo electo de un partido político, supone un especial contexto que se debe tener en cuenta a la hora de establecer la frontera para calificarlo o no como discurso de odio.⁶¹ El contexto de deliberación política no puede desatenderse, pues la expresión política merece una especial protección en una sociedad democrática.

La libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de nuestra Constitución aspira a proteger, en su dimensión institucional, el desarrollo del debate social sobre asuntos con relevancia pública, como vehículo para la deliberación inherente a un sistema democrático. Además el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sitúa el discurso con relevancia pública en el centro de protección del artículo 10 del CEDH⁶² y afirma que el artículo 10.2 del Convenio no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés general, si bien no reviste un carácter absoluto, es fundamental, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político y conceder, la mayor importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político, sin que se pueda restringir el discurso político sin la existencia de razones imperiosas.⁶³

En un contexto electoral los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores. Como es lógico, los políticos han de recomendar soluciones a problemas sociales sensibles tales como la inmigración, que tiene un perfil problemático en el ámbito de la incitación al odio, y en aras a atraer la atención de sus potenciales electores se permiten ciertas dosis de exageración y provocación.

El discurso netamente político, máxime cuando es realizado por un cargo electo en el seno de una campaña electoral, ha de gozar del mayor grado de libre desenvolvimiento, por cuanto forma parte estructural del propio procedimiento democrático de elección de

⁶¹ Alcalá Quesada, Carmen: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española*. Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), N.º. 30, 2015, p 21.

⁶² Alcácer Guirao, Rafael: *Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N.º. 14, 2012, p. 10.

⁶³ *Ibid.*, p. 6.

representantes por los ciudadanos.⁶⁴ Cuando la libertad de expresión opera como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles especialmente resistentes e inmunes a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar. Como manifiesta el TEDH: “preciosa para cada uno, la libertad de expresión lo es muy particularmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario exigen al Tribunal realizar un control muy estricto”.⁶⁵

Aun así, es cierto que los mensajes que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos, más aun en un contexto político, donde en el caso de un discurso racista o xenófobo contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o formulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino.⁶⁶ No se debe recurrir a la discriminación racial o a actitudes vejatorias o humillantes, ya que estos comportamientos corren el riesgo de suscitar entre el público reacciones incompatibles con un clima social sereno.⁶⁷

A la hora de enfrentarse al discurso del odio en el ámbito del discurso político hay que abandonar la jurisprudencia sobre la libertad de expresión y otorgarle un mayor grado de protección a la expresión política.

⁶⁴ Alcácer Guirao, Rafael: *Discurso del odio y discurso político, op.cit.*, p.10.

⁶⁵ *Ibid.*, p.11.

⁶⁶ *Ibid.*, p.7.

⁶⁷ Alcalá Quesada, Carmen, *op.cit.*, p.21.

Aun así, analizando la jurisprudencia de los tribunales españoles y del TEDH, se aprecia que lejos de considerar este contexto político como un elemento de atenuación de la responsabilidad, lo entienden como motivo de agravación.

En el ámbito europeo el asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, muestra la posición generalmente adoptada por el TEDH. El tribunal en su sentencia consideró que no era contraria a la libertad de expresión la condena por un delito de incitación a la discriminación y el odio impuesta al presidente del partido político de extrema derecha Frente Nacional por la divulgación de diversos pasquines en los que se propugnaba la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica. El discurso se realizó por un candidato electoral y en el seno de una campaña electoral, y con el fin de obtener mejores resultados en los comicios, y esta es la razón que aduce el órgano judicial para no imponer la pena mínima prevista por el tipo penal. El contexto político es interpretado con el fin de considerar la actividad de Féret como especialmente reprochable.⁶⁸

Si discutible es la aseveración del TEDH de que “la calidad de parlamentario del demandante no puede considerarse una circunstancia atenuante de su responsabilidad”, considerarlo una circunstancia agravante es frontalmente contrario al contenido esencial de la libertad de expresión y, conlleva un exceso punitivo censurable. Esta sentencia dictada por el TEDH es contradictoria desde los propios parámetros manejados habitualmente por este tribunal en materia de libertad de expresión, pues constituye una restricción excesiva e injustificada del derecho fundamental en el ámbito donde su protección en un Estado constitucional debería ser más intensa.⁶⁹

Se aprecia cómo los tribunales españoles se adecuan a la tendencia imperante del TEDH con la sentencia de El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa, de 11 de noviembre de 2011. El Tribunal condenó a prisión a un miembro de Plataforma per Catalunya por un delito de incitación a la violencia, discriminación y el odio del artículo 510 CP, castigando la distribución durante una campaña electoral de panfletos con un contenido de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra un determinado grupo de personas por motivos racistas, excediendo del discurso impopular u ofensivo. En este caso el juez español tomó en consideración el carácter político del discurso como motivo de agravación

⁶⁸ Alcalá Quesada, Carmen, *op.cit.*, p. 18.

⁶⁹ Alcácer Guirao, Rafael: *Discurso del odio y discurso político*, *op.cit.*, pp.7-8.

y estableció como principal fundamento que el contenido del panfleto se incardinaba bajo el discurso del odio en los términos de la definición del Consejo de Europa, por ello la consecuencia inmediata de tal caracterización es la exclusión de tal conducta del ámbito de la libertad de expresión, apoyando tal conclusión esencialmente en la doctrina del TEDH.⁷⁰

Existen casos españoles que se apartan de la jurisprudencia europea, como es la sentencia de 10 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona, que absolvió al candidato a la alcaldía de Badalona, Javier García Albiol, del Partido Popular, por el hecho de repartir folletos en la campaña electoral, así como ofrecer mítines y declaraciones discriminando a los gitanos rumanos. El tribunal entendió que sus declaraciones sí estaban amparadas por la libertad de expresión.⁷¹ Dicha absolución fue confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2014.

Otro supuesto en el que España condena un discurso político es el del Sr Otegi Mondragón. El Tribunal Supremo el 31 de octubre de 2005 condenó al Sr. Otegi a un año de prisión por un delito de injurias graves al rey, previsto en el artículo 490.3 CP. En este caso el condenado recurrió al TEDH por violación de su derecho a la libertad de expresión con arreglo al artículo 10 CEDH. Y sorprende como este tribunal a diferencia del caso anterior de Manresa consideró desproporcionada la sanción penal impuesta por España, ya que el Sr. Otegi se expresaba en su calidad de cargo electo y portavoz de un grupo parlamentario, de modo que sus manifestaciones son parte de la expresión política y sus declaraciones se inscribían en el marco de un debate sobre cuestiones de interés público.⁷²

Las declaraciones cumplían con las características del conocido discurso político: se expresaba en su calidad de cargo electo y miembro de un partido político, sus declaraciones se referían a un asunto de indudable relevancia pública y, por descontado, en aras a obtener la atención de sus potenciales electores se sirvió de ciertas dosis de exageración y

⁷⁰ Alcácer Guirao, Rafael: *Discurso del odio y discurso político*, *op.cit.*, pp .1-2.

⁷¹ Alcalá Quesada, Carmen, *op.cit.*, p.17.

⁷² Soto García, Mercedes: *TEDH- Sentencia de 15.03.2011, Otegui Mondragón C. España, 2034/07 - "Artículo 20 CEDH- Libertad de expresión –Límites -Delito de injurias contra el jefe del estado- Exhortación a la violencia y discurso del odio". Los límites de la libertad de expresión en el debate político*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, N° 42, Madrid, 2012, págs. 577.

provocación. Por ello, sus manifestaciones eran merecedoras de la especial protección asignada al discurso político.⁷³

La resolución se centra en el contenido de la libertad de expresión, la cual sólo puede ser limitada en el caso de estar en juego otros derechos fundamentales como sería en el caso de las manifestaciones que inciten violencia o se inscriban en el discurso del odio, siendo más restrictivos en el ámbito de la disputa política. Uno de los principales argumentos que utiliza este tribunal para considerar sus declaraciones amparadas por la libertad de expresión es que no se enmarcan en un discurso del odio.

La diferencia esencial del asunto de Manresa con el asunto de Otegi radica en que si en este último los valores concernidos eran el honor del Rey y, mediatamente, de la institución de la Corona, los hechos objeto de condena por el Juzgado de Manresa se enmarcan dentro del discurso del odio, siendo los intereses protegidos, genéricamente, la seguridad, la dignidad y la pretensión de igualdad del colectivo contra el que se dirigiría el odio o la violencia a la que se incita; intereses que merecen una mayor protección que el honor de quien encarna un cargo o institución pública.⁷⁴

En conclusión, ambos casos españoles se situaban en un contexto político, el cual era interpretado por los tribunales españoles como agravante en la responsabilidad, pero el TEDH mientras que en el caso de injurias absolvió, en el caso de Manresa al enmarcarlo en el discurso del odio consideró que no era merecedor de protección alguna.

Es necesario ser crítico a la hora de calificar como discurso del odio las expresiones dentro del contexto político. No son pocos los casos en los que nuestros tribunales han caído en el error de desbordar el contenido propio del discurso del odio.

Por un lado, el Tribunal Constitucional ha considerado que actos castigados como delito de injurias a la Corona son manifestaciones de discurso del odio. En este sentido, amplía su contenido confundiendo así el discurso excluyente o intolerante con el discurso del odio,

⁷³ Alcácer Guirao, Rafael, *Discurso del odio y discurso político*, *op.cit.*, pp. 11-12.

⁷⁴ *Ibid.*, p.12.

olvidando que una de las notas características ha de ser, precisamente, la existencia de un grupo diana situado en una posición de especial vulnerabilidad.⁷⁵

Es el caso de la STC 177/2015, de 22 de julio, en el que se condena como autores de un delito de injurias a la Corona a Jaime Roura y Enrique Stern por la quema de una fotografía de los Reyes durante una manifestación antimonárquica e independentista. Los condenados recurren al Tribunal Constitucional alegando que su conducta constituye un legítimo ejercicio de la libertad de expresión que garantiza la Constitución.

El Tribunal resuelve olvidándose del tipo de las injurias y se centra en un análisis de si los hechos constituyen o no una incitación a la violencia. Entiende que las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre las características étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas, pero que también comprende otras variantes, siendo una de ellas la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes. La escenificación de este acto simbólico traslada a quien lo visiona la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, fomenta sentimientos de agresividad contra ellos y expresa una amenaza. En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, que son merecedores de exclusión y odio. El público presente pudo percibir la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan.

Con ello, el Tribunal concluye que la vertiente expresiva de la acción queda extramuros del legítimo ejercicio del derecho consagrado en el artículo 20.1.a) CE. Los actos llevados a cabo por los acusados en ningún caso pueden ampararse en el derecho a la libertad de expresión, y en cuanto a la libertad ideológica, declara que la condena penal no se fundamenta en el posicionamiento ideológico de los recurrentes, sino en el contenido de un acto episódico de naturaleza simbólica que incitaba al odio y a la exclusión de un sector de la población.

Pues bien, tal y como entienden los votos particulares, la sentencia lo que hace es reformular los hechos enjuiciados para encuadrarlos dentro del discurso del odio e

⁷⁵ Alcácer Guirao, Rafael, *Discurso del odio y discurso político, op.cit.*, p .9.

incitación a la violencia. Los hechos de ninguna manera pueden encuadrarse dentro del concepto de este tipo de discurso, ya que no concurren los requisitos establecidos tanto por la jurisprudencia constitucional como por el propio TEDH. El discurso del odio tiene siempre en la diana un grupo o colectivo, nunca se refiere a personas individuales no integradas en grupos vulnerables, y en este caso de los hechos se desprende el rechazo total de los recurrentes hacia la institución de la Corona.⁷⁶

Por otro lado, nuestros tribunales han interpretado como discurso del odio supuestos de enaltecimiento al terrorismo, ejemplo de ello es la STC 112/2016, de 20 de junio, en la que el acusado, Tasio Erquiza Alamandoz, fue condenado por enaltecer el terrorismo. La conducta sancionada fue el discurso que realizó como principal orador en un acto publicitado mediante carteles pegados en las calles y celebrado en la localidad de Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo del responsable de la organización E.T.A. Jose Miguel Beñaran Ordeñana, quien había sido asesinado treinta años atrás.⁷⁷

El Tribunal se acogió a la doctrina del discurso del odio y consideró legítima la sanción penal de conductas de enaltecimiento del terrorismo en la medida en que podían ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Al valorar las circunstancias concretas para determinar si las expresiones podían ser consideradas una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, el Tribunal concluía que se daban los requisitos necesarios para considerarlo como tal: fue una expresión de odio basado en la intolerancia; manifestado a través de un nacionalismo agresivo; con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos; y además, los actos se realizaron en un acto público y afirmó que hubo una instigación a la violencia, al considerar que la conducta era idónea para contribuir a perpetuar una situación violenta.

Para el Tribunal, acciones como ésta crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos. Una conclusión que sostuvo con base a que fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles

⁷⁶ SENTENCIA 177/2015, de 22 de julio. Sección Tribunal Constitucional.

⁷⁷ SENTENCIA 112/2016, de 20 de junio. Sección Tribunal Constitucional.

pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social.⁷⁸

No hay que confundir el discurso del odio con el delito de enaltecimiento del terrorismo, cuya regulación está en el artículo 578 del Código Penal, y cuya redacción vigente mantiene la sanción de las conductas de menosprecio o humillación a las víctimas del terrorismo, y de las conductas enaltecimiento o justificación pública del terrorismo.

Tampoco puede afirmarse que el mero discurso que exalta la violencia, en concreto la violencia terrorista, sea inocuo, ni esa puede ser la razón para justificar que esté amparado por la libertad de expresión. El discurso puede generar riesgos, puede crear un clima de aceptación social y justificación de la misma, o puede consolidar o favorecer el ya existente, lo cual en según qué contextos sociales, religiosos y políticos puede favorecer la violencia. Esto no sucederá siempre y existe un alto riesgo de manipulación política del riesgo, pero negarlo es negar la evidencia.⁷⁹

En la medida en que nos encontramos ante conductas expresivas, en principio amparadas por la libertad de expresión, debe hacerse una interpretación restrictiva del tipo teniendo en cuenta siempre las circunstancias concretas del caso.

Hay que prestar especial atención a la hora de distinguir la defensa o justificación ideológica genérica del terrorismo del puro discurso político, cuya protección constituye la esencia del contenido protegido de libertad de expresión. Existe un interés público real, para la formación de una opinión pública libre, en oír todos los puntos de vista, también los extremistas, cualquier idea puede ser contrarrestada con otro discurso, de modo que los potencialmente incitados pueden ser disuadidos: la respuesta adecuada a un discurso es un discurso mejor.

En definitiva, es preocupante esta expansión de la categoría del discurso del odio a la que recurren nuestros tribunales, la cual es utilizada para justificar graves límites a la libertad de expresión. Eso lleva a que prácticamente cualquier discurso que «suene» odioso esté en riesgo de ser privado de protección constitucional y justificado su castigo.⁸⁰

⁷⁸ Teruel Lozano, Germán Manuel: *Discursos extremos y libertad de expresión*, *op.cit.*, pp. 9-10.

⁷⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *op.cit.*, p. 323.

⁸⁰ Teruel Lozano, Germán Manuel: *Discursos extremos y libertad de expresión*, *op.cit.*, p.17.

El libre discurso político es susceptible de generar riesgos sociales cuando se presenta crítico con determinados grupos o colectivos, por ello puede parecer loable la finalidad de evitar que determinados grupos puedan sentir amenazada su seguridad por estos, pero no se puede conseguir a costa del riesgo de silenciar toda opinión política disidente, la cual, por extremista y rechazable que pueda resultar desde los valores de convivencia asumidos por la mayoría, se halla amparada por el derecho fundamental a la libre expresión, pues, sólo la admisión de todas las opiniones, tanto las concordantes como las discordantes, permite considerar verdaderamente democrático el debate social y político.⁸¹

El espacio de libertad que debe otorgarse al discurso público debe ser más amplio cuanto más se aproxime a la deliberación política en sentido estricto: ya como crítica ciudadana al poder, ya como debate público sobre opciones políticas. Ciertamente, en este campo los riesgos de desestabilización social se acrecientan, pues la controversia política enfrenta dialécticamente las decisiones más relevantes sobre cómo debe ordenarse la vida social. Sin embargo, en un Estado democrático deben tolerarse los riesgos inherentes a la discusión política.

El derecho de los ciudadanos a formar sus propias convicciones y a decidir libremente a sus representantes debe llevar a que todos los puntos de vista puedan ser sometidos al escrutinio del diálogo social, aun a riesgo de que algunas de esas opiniones puedan alterar coyunturalmente la paz pública, de que algunos ciudadanos puedan sentirse ofendidos, o de que los modos y estrategias dialécticas del discurso electoral pueda inducir a error a otros ciudadanos y generar imágenes falseadas sobre la realidad social, sobre la probidad de otros políticos o sobre las costumbres o aspiraciones de un grupo social.⁸²

Dentro del ámbito de los discursos extremos u ofensivos conviene detenerse en la cuestión de los discursos religiosos. A veces, determinadas expresiones blasfemas u ofensivas para los sentimientos religiosos se asocian con el discurso del odio sin contener aquellas notas que le son esenciales.

El ejercicio de derechos como la libertad religiosa y la poca o nula tolerancia a la diversidad de creencias ha generado históricamente choques entre los diferentes credos. En los países

⁸¹ Alcácer Guirao, Rafael, *Discurso del odio y discurso político*, *op.cit.* p .19.

⁸² *Ibid.*, pp.28-29.

occidentales, el sector mayoritario de la población se identifica con la religión cristiana, mientras que en los países de medio oriente la mayoría de las personas se reconoce como musulmán. Esta separación de creencias ha provocado hostilidad entre ambos sectores religiosos durante siglos.⁸³

En los últimos tiempos dicha problemática ha evolucionado, y se presenta de nuevas maneras. Se observa una creciente incidencia de ataques violentos contra comunidades religiosas y personas en todo el mundo sobre la base de su religión o creencias. No sólo hay violencia física, sino también psicológica contra las personas debido a su religión o creencias. Y aunque en general se acepta que las comunidades religiosas están mejor protegidas en Europa que en África, Asia y Oriente Medio, existen problemas que se denuncian en los Estados miembros del Consejo de Europa.

Consciente de esta situación La Asamblea Parlamentaria Europea condena todos los casos de estereotipos negativos de personas basados en la religión, así como la defensa del odio religioso que constituye una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia e insiste en la necesidad de combatir todas las formas de fundamentalismo religioso y de manipulación de las creencias religiosas con fines terroristas.

La libertad de pensamiento, conciencia y religión son derechos humanos universales consagrados en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todos tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; este derecho incluye la libertad de cambiar su religión o creencia, y la libertad, ya sea solo o en comunidad con otros y en público o privado, para manifestar su religión o creencia, en la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia "

Pero como recuerda la Resolución 1510 (2006), la libertad de expresión tal y como se protege en virtud del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no debe restringirse para satisfacer las sensibilidades de cualquier grupo en una sociedad democrática, en concreto, para hacer frente a las sensibilidades cada vez mayores de ciertos grupos religiosos.⁸⁴ Además, la Recomendación N° 97(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Discurso del Odio reconoce que hay formas de expresión que ofenden, perturban o trastornan pero que, por sí mismas, no constituyen discurso de odio y

⁸³ Esquivel Alonso, Yéssica, *op.cit.*, p. 18.

⁸⁴ Resolución 1928 (2013) Salvaguardar los derechos humanos en lo que se refiere a la religión y el credo y proteger a las comunidades religiosas de la violencia.

que la lucha contra el discurso de odio debe servir para proteger a las personas y grupos de personas más que a credos, ideologías y religiones en concreto. Al mismo tiempo informa de que aquellos más afectados por el discurso de odio, según el informe por país de la ECRI son los inmigrantes, judíos, musulmanes y gitanos. Y uno de los casos más preocupantes es la “islamofobia” que se refiere al prejuicio, odio o miedo de la religión del Islam o musulmanes.

En este sentido, la Comisión de Venecia se preocupó especialmente de la incitación al odio religioso y adoptó, una vez examinada la legislación europea, un informe sobre la blasfemia, insultos con carácter religioso o la incitación al odio religioso. Este informe concluyó que en la sociedad democrática, los grupos religiosos deben tolerar las críticas vertidas en lugares públicos y debates relacionados con sus actividades, enseñanzas y creencias, siempre que esas críticas no constituyan insultos o discurso del odio, incitaciones gratuitas al desorden público, violencia o discriminación contra personas que profesen una religión específica.⁸⁵ Además, que la incitación al odio, incluido el odio religioso, ha de ser objeto de sanciones penales y que es adecuado que exista intencionalidad o imprudencia. También concluye que no es necesario, ni deseable tipificar un delito por insulto religioso, por ejemplo, el simple insulto a los sentimientos religiosos sin el elemento de incitación al odio como componente esencial y que el delito de blasfemia ha de abolirse.⁸⁶

Es importante distinguir las expresiones que dañan la sensibilidad religiosa pero que no constituyen discurso del odio, de aquellas que sí lo hacen.

Dentro de la definición de Discurso del Odio proporcionada por la Recomendación N° 97(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Discurso del Odio, nos encontramos con que se incluyen determinadas formas de expresión que incitan al odio por motivos religiosos. Es importante hacer mención en este punto a la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la Blasfemia, insultos religiosos y discursos del odio contra personas por causa de su religión que considera como discursos del odio las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de

⁸⁵ Informe sobre la blasfemia, insultos con carácter religioso o la incitación al odio religioso de La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho o Comisión de Venecia, órgano consultivo del Consejo de Europa en el ámbito del Derecho Constitucional, creada en 1990. www.venice.coe.int.

⁸⁶ Recomendación N° 97(20) *op.cit.*

personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión. Eso sí, incide en que las legislaciones nacionales sólo deben penalizar aquellas expresiones sobre cuestiones religiosas que alteren grave e intencionadamente el orden público y en las que se haga un llamamiento público a la violencia.⁸⁷

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la protección de los sentimientos religiosos, tanto de forma directa como indirecta. De forma expresa, el Acuerdo entre el Estado español y la Iglesia católica sobre Enseñanza y Asuntos culturales proclama en su artículo XIV que “Salvaguardando los principios de libertad religiosa y de expresión, el Estado velará para que sean respetados en sus medios de comunicación social los sentimientos de los católicos...”

El Código Penal protege expresamente el bien jurídico "sentimientos religiosos" en los delitos de profanación y escarnio. El artículo 524 se refiere al delito de profanación: "el que en templo, lugar destinado a culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a diez meses"; y el artículo 525 al delito de escarnio: “Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente de palabra, por escrito mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesen o practiquen”.

La protección indirecta de los sentimientos religiosos puede extraerse de varios artículos de la Constitución. En el artículo 16 se proclama la libertad religiosa, por otra parte, el artículo 10.1 se refiere a la dignidad de la persona como "fundamento del orden político y de la paz social" y, existe una indudable relación entre la protección de la dignidad de la persona y la de los sentimientos religiosos.

El fundamento último de la protección de los sentimientos religiosos de una persona radica en la vertiente dinámica de la dignidad. El hombre por el mero hecho de existir tiene una dignidad que es lo que se entiende como vertiente estática de la dignidad, además, mujeres y hombres tienen la posibilidad de configurar sus propias ideas, sus propios pensamientos sobre la existencia, o bien adscribirse a creencias religiosas o ideológicas ya establecidas. Indudablemente, esa adscripción ideológica o religiosa puede generarle unos sentimientos

⁸⁷ Alcalá Quesada, Carmen, *op.cit.*, p .8.

hacia esas religiones o ideologías: sentimientos religiosos o ideológicos. La protección jurídica de todo ese producto del ser dinámico del hombre: ideas, creencias, obras etc., es lo se entiende como vertiente dinámica de la dignidad.

Según ese planteamiento, se pueden clasificar los límites a la libertad de expresión existentes en nuestro ordenamiento en dos grupos: los que protegen la vertiente estática de la dignidad, derivada del mero hecho de "ser" o "estar" (honor, intimidad y propia imagen) y los que protegen la vertiente dinámica, que se desprende del "hacer" u "optar". Es en este grupo donde se sitúa la protección de los sentimientos religiosos o ideológicos como límite autónomo y diferenciado respecto a los que proceden de la "vertiente estática".⁸⁸

Respecto al debate entre los límites a la libertad de expresión y la cuestión de la sensibilidad religiosa o del respeto a los sentimientos religiosos no existe una nítida línea jurisprudencial ni a nivel nacional ni a nivel internacional.⁸⁹ El TEDH entiende que las expresiones concretas del discurso del odio no se benefician de la protección que el artículo 10 del Convenio da a la libertad de expresión. En cambio, para los mensajes implícitos se habrán de tomar en consideración determinados criterios en referencia al contexto y al impacto que produzcan los mismos en el momento de difusión.⁹⁰

El fin de los límites a la libertad de expresión podría ser el de evitar declaraciones ofensivas hacia sentimientos religiosos que pueden erosionar la libertad religiosa. El Tribunal reconoce que algunas manifestaciones de la libertad de expresión en materia religiosa si resultan altamente ofensivas contra símbolos o dogmas no sólo tienen potencialidad para herir los sentimientos religiosos de los que profesan esas creencias sino también pueden suponer un elemento disuasorio para el ejercicio de dicha religión.⁹¹

El TEDH apunta que otro fin legítimo para limitar la libertad de expresión podría ser la preservación del espíritu de tolerancia propio de una sociedad democrática. Si bien la

⁸⁸. Ferreiro Galguera, Juan: *Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial*. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, N°. 35, 2014, p . 40-42.

⁸⁹ *Ibid.*, p .55.

⁹⁰ Alcalá Quesada, Carmen, *op.cit.*, p. 12.

⁹¹ Ferreiro Galguera, Juan, *op.cit.*,p.48

tolerancia protege la discrepancia, la negación o incluso la burla de unas doctrinas o dogmas, algunas expresiones contra sujetos u objetos de veneración religiosa lo suficientemente graves como para poder ser interpretados como un deseo de mancillarlos y aplastarlos, supondría un ataque a la tolerancia.⁹²

Lo que parece claro es que el límite son las opiniones que sean claramente expresiones del discurso del odio. La libertad de expresión ampara las expresiones vertidas desde, lo que en nuestro ordenamiento jurídico se denomina un *animus jocandi* (derecho a la sátira) pero, ¿dónde está la frontera entre el derecho a verter opiniones molestas pero legítimas y el lenguaje del odio no amparado por la libertad de expresión?

Son las autoridades nacionales las encargadas de hacer el análisis de proporcionalidad. Este ejercicio de ponderación ha de ser realizado desde la doctrina del margen de apreciación, según la cual, aunque los Estados gocen de un amplio margen de libertad a la hora de restringir algunos derechos fundamentales, el TEDH es el que tiene la última palabra⁹³ y el que ha de velar para que esos límites establecidos en el ámbito nacional no ahoguen el contenido esencial de la libertad de expresión necesaria para la existencia de una sociedad democrática.

En esta tarea de vigilancia los Estados han de ser especialmente cuidadosos con varios aspectos: en primer lugar, sopesar el grado de vinculación entre esa expresión ofensiva para los sentimientos religiosos y un asunto de interés público. Cuanto mayor sea la conexión de la expresión ofensiva con el asunto de interés público al que se refiere, más protegida estará esa expresión por la libertad de expresión; en segundo lugar, tener en cuenta cuál es la capacidad real que tiene esa expresión ofensiva para erosionar no sólo los sentimientos religiosos de un grupo de personas sino, además, otros derechos fundamentales. Por ejemplo, una ofensa a los sentimientos religiosos puede afectar a la libertad religiosa en el sentido de que, como hemos visto, puede disuadir a los creyentes a manifestar su religiosidad; en tercer lugar, tener en cuenta la intencionalidad del que profiere esas expresiones; por último, no toda expresión ofensiva a los sentimientos religiosos es una

⁹² Ferreiro Galguera, Juan, *op.cit.*, p. 49.

⁹³ *Ibid.*, p.50.

manifestación ilícita de la libertad de expresión. Las restricciones a esta libertad han de referirse a aquellas expresiones ofensivas que sean tenidas en concepto público por grave.⁹⁴

La mayoría de los tribunales constitucionales europeos y el propio TEDH se han decantado por la ponderación de los derechos. Un ejemplo es la sentencia del destacado caso *Norwood contra Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004. En la resolución se cuestionó un cartel del Partido Nacional Británico en el que se decía “el Islam fuera de Gran Bretaña, debemos proteger al pueblo británico”. El TEDH condenó dicha expresión por ser excesivamente hostil con un determinado grupo religioso (el islam), al que además se le señalaba injustificadamente como grupo terrorista. La resolución afirmó que dichas expresiones son incompatibles con el artículo 17 (prohibición del abuso de derecho) y por lo tanto, no se puede invocar la protección del artículo 10 (libertad de expresión) del CEDH.

Lo que subyace en este caso no es una lucha contra una religión determinada o contra potenciales terroristas, por el contrario, es la violencia y la apología del odio en un Estado europeo. Es un supuesto de discurso de odio que se esconde bajo el estigma de la religión, el enaltecimiento de los actos de terrorismo cometidos por fanáticos religiosos y la “islamofobia”, formas de discriminación social y política en contra del “otro”, el musulmán y el inmigrante ilegal. Ambos discursos son contrarios a los fines que persigue la libertad de expresión porque incitan y generan violencia.⁹⁵

En conclusión, la mayoría de las expresiones en este ámbito se tratan de una legítima manifestación de la libertad de expresión que prevalece sobre la posible ofensa de sentimientos religiosos. Pero existen otras expresiones vejatorias, gratuitamente ofensivas y con un claro ánimo discriminatorio y de ser vehículo de odio, a las cuales la libertad de expresión no ha de ceder nunca.

4. EL DISCURSO DEL ODIOS COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

¿Cuándo está justificado que el Estado intervenga para limitar la libertad de expresión? Las limitaciones a la libertad de expresión, en sistemas democráticos, suelen ser vistas como

⁹⁴ Ferreiro Galguera, Juan, *op.cit.*, pp.50-51.

⁹⁵ Esquivel Alonso, Yéssica, *op.cit.*, pp. 21-22.

sospechosas y requieren de una especial justificación. Son varias las cuestiones que suscitan debate público sobre la idoneidad de la intervención estatal en la libertad de expresión, uno de los casos difíciles que se plantea son las expresiones del discurso del odio. Esta dificultad es causa de la variedad de concepciones sobre la libertad de expresión que difieren, según la cultura jurídica, acerca de la solución más adecuada.⁹⁶

La discusión relativa a los límites de la libertad de expresión gira en torno a la cuestión de si una sociedad abierta debería prohibir el discurso destinado a propagar intolerancia. Ello es quizá el interrogante más complejo sobre la libertad de expresión, porque una sociedad abierta está sostenida sobre el principio de la tolerancia. Respondiendo a dicho interrogante, Bollinger ha sostenido que la libertad de expresión debe protegerse precisamente por cuanto la pluralidad de voces y discursos contribuye al fomento de la tolerancia en sociedad. Es decir, la tolerancia hacia el discurso intolerante reproduce la tolerancia inherente a una sociedad abierta, ilustrada y democrática. Sin embargo, el filósofo austríaco Karl Popper, viene a considerar el discurso extremista como uno de sus mayores «enemigos», afirmando que «si extendemos una tolerancia ilimitada incluso hacia quienes son intolerantes, si no estamos dispuestos a defender la sociedad tolerante frente a la embestida de los intolerantes, entonces el tolerante será destruido, y con él la tolerancia misma»; es lo que denomina la paradoja de la tolerancia: la tolerancia ilimitada lleva ínsita la destrucción de la tolerancia.⁹⁷ Estas dos posturas opuestas se ven reflejadas en las irreconciliables concepciones de EE. UU y Europa en materia de libertad de expresión.

En el modelo americano, sostenido en la tradición cultural y política del liberalismo, se opta decididamente por la tolerancia hacia el intolerante, asumiendo como uno de sus pilares fundacionales la neutralidad del Estado frente a las distintas opiniones religiosas, morales y políticas, con independencia, por tanto, del contenido del discurso. La desconfianza hacia los abusos del poder estatal que impregna tal concepción rechaza que el Estado democrático pueda tomar postura hacia una de las opiniones enfrentadas, eligiendo el mal menor que supone permitir la difusión de discursos extremistas, discriminatorios y, en definitiva, frontalmente contrarios a los valores y principios que sustentan la democracia constitucional. Además, esta postura sostiene que el debate público, incluso de ideas antidemocráticas, constituye un nutriente básico para la solidez de la democracia. Si la

⁹⁶ Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit.*,p .92.

⁹⁷ Alcácer Guirao, Rafael: “*Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE. UU y Europa*”. Revista Española de Derecho Constitucional, n° 103,2015, p.47.

tolerancia genera tolerancia, la libre discusión contra la democracia refuerza los pilares de la misma.

En el polo opuesto, se encuentra el modelo europeo que declara la neutralidad del Estado como el suicidio de la democracia. El modelo constitucional europeo responde, en esencia, al esquema propio de la democracia militante; esto es, una democracia en combate con los enemigos de la democracia y que, tomando decidida postura, priva de las garantías que ofrecen los derechos fundamentales a quienes se sirven de ellas para negarlas a los demás. Ejemplo de ello encontramos los artículos 9 y 18 de la constitución alemana, que prohíben las asociaciones dirigidas contra el orden constitucional y privan de determinados derechos fundamentales a quienes abusen de los mismos para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia; o la cláusula de abuso de derecho establecida el artículo 17 CEDH, que ha sido empleada con profusión por el TEDH para excluir de la protección de la libertad de expresión a distintas manifestaciones del discurso del odio.⁹⁸

En síntesis, las diferencias entre ambos modelos se pueden concretar en que para el norteamericano la base del sistema es la libertad de expresión, mientras que para el europeo lo es la dignidad de la persona. Ello implica que, en el conflicto que el discurso del odio plantea entre ambos valores, el sistema americano situará la prioridad en la libertad de expresión aunque pueda resultar vejatorio o denigratorio de la dignidad o el honor de determinadas personas o colectivos, mientras que en Europa el honor o dignidad de tales personas o colectivos puede configurarse legítimamente como valor equiparable o superior, que actúe como límite a la libertad de expresión.⁹⁹

Alemania es el estado que mejor ilustra el modelo europeo. La perspectiva alemana de la democracia militante y la intangibilidad de la dignidad humana, entiende la libertad de expresión como una libertad positiva. En cambio, en Estados Unidos el modelo de libertad de expresión está próximo a una concepción de libertad negativa, lo que se conoce como el mercado de las ideas.

De lo que se trata, en suma, es de establecer cuáles son las justificaciones de los límites a un derecho tan fundamental en dos culturas jurídicas, que por cuestiones diversas están especialmente sensibilizadas con los problemas de las minorías, pero que aportan

⁹⁸ Alcácer Guirao, Rafael: "*Víctimas y disidentes*", *op.cit.*, p. 48.

⁹⁹ *Ibid.*, p.51.

soluciones diversas.¹⁰⁰ En este punto se afrontará el análisis de la libertad de expresión y el caso del discurso del odio desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana; y el estándar de protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por último se abordará la legislación y jurisprudencia española cuyo principal entorno de influencia es el modelo europeo.

4.1. Perspectiva norteamericana.

La protección que se ha ofrecido al discurso del odio ha sufrido una evolución en los diferentes momentos que conforman la historia jurisprudencial de Estados Unidos. La Primera Enmienda no es únicamente uno de los más cotizados derechos constitucionales, sino una característica identitaria propia de la cultura estadounidense. De entre los derechos que protege la Primera Enmienda, el derecho de libertad de expresión es el que una amplia mayoría de la sociedad asocia con ésta. La libertad de expresión es vista como el garante máximo del mercado de las ideas, en el que cualquier ciudadano puede defender sus opiniones, sean cuales sean.¹⁰¹

La Primera Enmienda está configurada como un derecho negativo de no interferencia por parte del Estado en los derechos de los ciudadanos y, por tanto, el aumento de la libertad que se corresponde con la ausencia de barreras para su ejercicio, y no como una imposición de un deber positivo de garantía de transmisión de ideas entre los ciudadanos. Así, la Primera Enmienda de la Constitución declara que el Congreso no hará ninguna ley recortando la libertad de expresión o de prensa, pues es el papel del Estado no es prohibir ideas, ni la expresión de las mismas.¹⁰² La visión que subyace es que, por pernicioso que una idea pueda parecer, su corrección depende no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competición con otras ideas.¹⁰³

Pero esta libertad negativa, en realidad, ha estado limitada por cuestiones como la seguridad nacional, moralidad pública o seguridad personal, y ha sido interpretada por la Corte

¹⁰⁰ Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit.*, pp. 92-93.

¹⁰¹ Gascón Cuenca, Andrés: *La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N° 47, 2013, p.164.

¹⁰² Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit.*, p. 94.

¹⁰³ *Ibid.*, p.95.

Suprema de forma variada durante su historia jurisprudencial, perfilando más claramente el significado de este precepto. A través de los diversos casos la Corte Constitucional norteamericana ha construido una doctrina sobre la Primera Enmienda que prima la consideración de la libertad de expresión como búsqueda de la verdad frente a una interpretación estricta que afirme que el lenguaje que cause daño, sea como sea definido, debe ser censurado legal o judicialmente.¹⁰⁴

Una primera etapa en la evolución de la protección de la libertad de expresión en EEUU se identifica con el período comprendido entre 1919, año en que se producen las primeras sentencias, y la década de 1930. Esta época se caracteriza por la doctrina del *bad tendency*, que permitía a los organismos públicos prohibir el discurso que se considerase peligroso para la “salud pública, seguridad o la moral”; y por la existencia de leyes que limitaban la libertad de expresión en los siguientes extremos: el quebrantamiento de la paz, la sedición o la difamación.¹⁰⁵

La preocupación de la Corte por el contenido de la Primera Enmienda comenzó a emerger durante el período de la Primera Guerra Mundial, fase en la que dictó una serie de sentencias que condenaban a pacifistas por la distribución de panfletos contrarios a la guerra y al reclutamiento militar. La sentencia *Schenck v. United States* y *Debs v. United States* acuñan una nueva fórmula alternativa al *bad tendency test*, conocida como la del peligro claro y presente. A partir de este nuevo test, la libertad de expresión únicamente podría ser limitada cuando fuese utilizada para crear un peligro que deberá tener como requisitos, ser claro e inmediato. En ambas sentencias el juez Holmes justifica la condena de los acusados basándose en su intencionalidad, que era la obstrucción del reclutamiento del servicio militar obligatorio en tiempo de guerra, entendiéndolo que esto suponía un desafío al funcionamiento del gobierno que la Constitución no protegía.¹⁰⁶

Posteriormente, en la sentencia *Abrams v. United States*, el Tribunal Supremo confirmó la condena al acusado, en la que se limitaba la libertad de expresión respecto de la publicación de dos folletos, en los que se llamaba al alzamiento de las clases trabajadoras en contra de los abusos del capitalismo y a favor de la Revolución Rusa. El juez Holmes, en contra de la mayoría, afirmó que las opiniones que estos dos folletos ofrecían, en ningún momento atacaban al Gobierno. En esta sentencia aparece por primera vez el test del peligro presente

¹⁰⁴ Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit* p. 99.

¹⁰⁵ Gascón Cuenca, Andrés, *op.cit.*, p. 165.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.166.

e inminente, y también por primera vez el concepto de mercado de las ideas, que afirma que la mejor vía para conocer la verdad de las cosas es permitir que todas las ideas compitan en el mercado, y que esta competencia es el único marco donde la verdad puede ser determinada de forma segura. Esta sentencia marca un punto de inflexión muy importante en la jurisprudencia.¹⁰⁷

Así, se aprecia en esta etapa que la limitación de la libertad de expresión en unos determinados ámbitos es considerada constitucional, pero aun así no existe un consenso claro y definitivo.

Durante la década de los 40 y de los 50 existen Estados que tienen legislación que castiga la utilización racista del lenguaje. Es relevante la sentencia *Chaplinsky v. New Hampshire*, en la que un testigo de Jehová fue condenado por utilizar las llamadas *fighting words* en contra de un policía que le llamó al orden cuando el primero se encontraba haciendo proselitismo de su religión, mediante el reparto de panfletos en la vía pública, que provocaron fuertes reacciones de los transeúntes por las afirmaciones que éstos contenían. Concretamente, los insultos utilizados contra el agente fueron: “eres un mafioso condenado por Dios” y “un condenado fascista y el gobierno entero de Rochester son fascistas o agentes de fascistas”. La Corte llega al convencimiento de que estos apelativos no estaban protegidos por la Primera Enmienda, dado que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia.¹⁰⁸

Existen ciertos tipos de discurso que están bien definidos y claramente limitados, de los que su castigo y prevención nunca han suscitado ningún problema constitucional. Se incluyen aquí las expresiones lascivas y obscenas, las irreverentes, las difamatorias y las palabras insultantes o belicosas, estas que por su simple emisión infligen daño o tienden a incitar un inmediato desorden público. Además, la Corte admite que las *fighting words* (palabras belicosas) son aquellas que mediante su utilización, infligen un daño o que tienden a incitar a una inminente ruptura de la paz, lo que desemboca en producir desordenes públicos. La primera interpretación fue rechazada por la Corte y la segunda fue aceptada y aplicada al caso. El único acusado cuya conducta ha sido considerada por la Corte Suprema para

¹⁰⁷ Gascón Cuenca, Andrés, *op.cit.*, pp. 166- 167.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 169.

constituir el uso de las palabras belicosas fue Chaplisky en esa sentencia, porque a partir de entonces la Corte ha ido restringiendo el principio cada vez que lo ha aplicado.¹⁰⁹

Otro fallo judicial de esta época es el del caso *Beaubarnais v. Illinois*, en el que se condena al acusado por la distribución por las calles de Chicago de panfletos con un marcado carácter racista en contra de los afroamericanos. Se confirma la condena impuesta, basándose en la ley de libelo grupal del Estado de Illinois. Concretamente, se afirma que algunos Estados elaboraron leyes que sancionaban el libelo individual y que, por lo tanto, si esta facultad sí les está permitida también les debe estar permitido castigar el libelo dirigido contra grupos definidos. En consecuencia, se reconoce que este tipo de lenguaje, no está protegido por la Primera Enmienda de la Constitución y al no estar protegido, no tiene que ser considerado bajo el prisma del test del peligro claro y presente.¹¹⁰

Hay que resaltar que esta opinión no fue tomada de forma unánime. El voto particular disidente del juez Black argumenta que la mayoría de sus compañeros utiliza de forma errónea el concepto de libelo. Concretamente se alega que la acción civil de libelo ha sido creada únicamente para atender las relaciones entre particulares y que, por lo tanto, no puede ser aplicada de forma extensiva a los grupos de personas, puesto que esta acción supone trasladar este delito de la esfera de lo privado (que no participa en el debate público) y donde sí estaría constitucionalmente aceptado su castigo, a la esfera de lo público (que sí que participa de la discusión pública). Importante también es la declaración del juez Black, de que las *fighting words* únicamente pueden ser objeto de reproche legal, cuando van dirigidas a individuos y no a colectivos. Pone en duda que, en este caso concreto, el lenguaje utilizado fuera amenazante, dado que era utilizado para exponer unas ideas que eran de una gran importancia e interés público.¹¹¹

Se observa en esta etapa que aunque existen Estados que tienen leyes que castigan la utilización racista del lenguaje, la tendencia del Tribunal Supremo camina hacia una libertad de expresión casi sin restricciones, que prevalecerá sobre la legislación estatal o local y sobre las decisiones de las cortes superiores.¹¹² Los tribunales se sitúan fuera de la

¹⁰⁹ Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit.*, pp. 101-102.

¹¹⁰ Gascón Cuenca, Andrés, *op.cit.*, p. 171.

¹¹¹ *Ibid.*, p.172.

¹¹² *Ibid.*, p. 169.

protección constitucional de las *fighting words* dirigidas a individuos, aunque posteriormente, ésta categoría se ampliará para proteger a determinados grupos de personas. En general, continúan los desacuerdos sobre qué tipo de discursos están o no están amparados por la Primera Enmienda.¹¹³

Desde la década de los 60 hasta el año 2003, el Tribunal Supremo ha ofrecido una protección mucho más férrea de la Primera Enmienda de la que venía aplicando hasta el momento.

Un desarrollo de la doctrina del test del daño presente y claro fue el caso *Brandenburg V. Ohio*, en el que un líder del Ku Klux Klan en un mitin y siendo grabado por la televisión, llamaba públicamente a la expulsión de los afroamericanos y los judíos de los Estados Unidos y sugería la deseabilidad de la violencia, llamando a llevar a cabo acciones de venganza.

Se dio por probada la utilización de *fighting words* y la amenaza a diversas instituciones políticas y judiciales, pero se decidió que la ley que permitió la condena estatal era demasiado amplia e iba más allá de test del peligro claro y presente. El único lenguaje que puede estar prohibido es aquel que está dirigido directamente a incitar o producir acciones inminentes castigadas por la ley y es ideal para incitar o producir estas acciones, y pese a que se llamó a la violencia en contra de los afroamericanos y judíos, no hubo ningún incidente de forma inminente, por consiguiente, el Tribunal Supremo entiende que no se daban los requisitos necesarios para el castigo de la conducta. En palabras de la Corte, “las garantías constitucionales de la libertad de expresión no permiten al Estado prohibir la defensa del uso de la fuerza o la violación de la ley, excepto cuando esa defensa está dirigida a incitar o producir una acción ilegal inminente o es probable que incite o produzca esa acción.” La decisión unánime del caso concluyó que el Ku Klux Klan había abogado por la violencia, pero no había incitado a ella. Bajo esta visión subyace la cuestión de si el lenguaje del odio puede ser igualado con el lenguaje extremista, donde el segundo no comporta necesariamente odio personal.¹¹⁴

Es indispensable mencionar también la sentencia *National Socialist Party v. Village of Skokie* donde se afirma el derecho de los nazis a marchar por la calle de una comunidad habitada

¹¹³ Gascón Cuenca, Andrés, *op.cit.*, p.172.

¹¹⁴ Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit.*, p. 100.

de supervivientes judíos de los campos de concentración de la II Guerra Mundial. La batalla constitucional se centró en si la propuesta marcha en Skokie equivalía a una “incitación a la violencia”. La Corte Suprema sostuvo que la ordenanza que prohibía la manifestación del Partido Nacional Socialista era inconstitucional bajo la Primera Enmienda ya que los derechos civiles deben ser protegidos, no sólo aquellos que la sociedad caracteriza como aceptables, sino también aquellos cuyas ideas bastante justificadamente rechaza y desprecia. La marcha finalmente tuvo lugar alejada de cualquier pueblo judío, mostrando su soledad e impotencia más que avanzar en su causa. Bajo estas circunstancias Rosenfeld afirma que permitirles expresar su mensaje de odio probablemente contribuyó más a desacreditarlos que si la prohibición contra su marcha hubiera sido establecida por los tribunales.¹¹⁵

En todos los lugares donde decidieron manifestarse, acudieron un número mayor de personas contrarias a su ideología, demostrando la marginalidad tanto de las ideas extremistas del nacionalsocialismo, como el apoyo que la sociedad da a este tipo de grupos en EE.UU. Para los defensores de la libertad de expresión sin restricciones, ésta es una gran victoria, puesto que supone un claro ejemplo del buen funcionamiento del mercado de las ideas, donde la sociedad, en su lucha por la búsqueda de la verdad puede elegir de entre todos los puntos de vista posibles.¹¹⁶

Otro caso es el de la sentencia *R.A.V. v. City St. Paul*, que versa sobre un grupo de adolescentes que construyeron una cruz con enseres antiguos y le prendieron fuego en el jardín trasero de una familia afroamericana. Estos jóvenes fueron enjuiciados mediante la ordenanza de crímenes motivados por prejuicios, que prohibía mostrar símbolos que fueran conocidos o razonablemente conocidos que provocan indignación, alarma o resentimiento en otros, por motivos de la raza, color, credo, religión o género.

Sin embargo, la Corte declaró la ordenanza claramente inconstitucional, afirmando que: “la razón por la cual las *fighting words* son una categoría excluida de la protección de la Primera Enmienda no es que éstas comuniquen una determinada idea, sino que su contenido encarna una particular e intolerable forma de expresar cualquier idea que el hablante desea expresar.” Dado que la ordenanza prohibía particularmente una serie de mensajes que comunicaban un cierto tipo de lenguaje (intolerancia racial, de género o religiosa), la ciudad

¹¹⁵ Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit.*, p. 100- 101.

¹¹⁶ Gascón Cuenca, Andrés, *op.cit.*, p. 176.

crea la posibilidad de perseguir un cierto tipo de ideas y no otras, y por lo tanto, esto hace que la ordenanza sea inconstitucional. La Corte concluye que las *fighting words* no pueden estar basadas en un determinado contenido, sino que deben proscribir cómo se transmite el lenguaje por el hablante, dado que si se permitiera lo contrario se facultaría a los legisladores de la ciudad de St. Paul a prohibir la expresión de unos determinados puntos de vista y no de otros. El peligro de censura que presenta la limitación de la libertad de expresión mediante leyes que limitan el contenido, pone en peligro la totalidad del derecho de forma excesiva y, por lo tanto, debe ser declarado inconstitucional.¹¹⁷ La visión de la mayoría en este caso buscaba defender la visión del mercado de las ideas que enfatizaba la no intervención estatal en la determinación de la verdad o falsedad de los argumentos, lo que supone que el Estado debe ser neutral respecto del contenido de la expresión.

Con respecto al voto de la mayoría existieron diversos votos discrepantes, como el del juez Butler que asimilaba la cruz en llamas con una amenaza, que se interpretaría, o bien como el momento incipiente de una acción ofensiva, o bien como una afirmación de intención de herir. También fue discrepante el voto del juez Stevens, que sostuvo la imparcialidad de la ordenanza, entendiendo que en una batalla entre los partidarios de la tolerancia y los partidarios de la intolerancia, la ordenanza no prohíbe a cada lado lanzar palabras belicosas contra el otro sobre la base de sus ideas conflictivas, pero sí prohíbe a ambos lados lanzar esas palabras sobre la base de características como raza, color, credo, religión o género.”¹¹⁸

En este período se muestra claramente la actitud expansionista del Tribunal Supremo hacia una mayor protección del derecho a la libertad de expresión. Por un lado, exigiendo que para que se dé el test de peligro claro y presente se deben producir altercados de forma inminente a la provocación; y por otro, con la declaración de que cualquier ley que limite la libertad de expresión proscribiendo una forma de lenguaje por su contenido es inconstitucional, como queda claro en el caso de las decisiones contradictorias en materia de quema de cruces.¹¹⁹

Desde la década de los 80 hasta la actualidad existe un intenso debate doctrinal acerca de la evolución trazada por el Tribunal Supremo respecto de la interpretación de la Primera Enmienda, que ha dado como resultado una vasta cantidad de artículos donde se trata el

¹¹⁷ Gascón Cuenca, Andrés, *op.cit.* p. 178.

¹¹⁸ Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit.*, p. 105.

¹¹⁹ Gascón Cuenca, Andrés, *op.cit.*, p. 179.

asunto. Además, existe un debate en el seno de la sociedad americana sobre si esta dirección es la adecuada.

Como casos recientes más relevantes en este ámbito cabe destacar, en primer lugar, el caso del anuncio de Terry Jones, un pastor de una pequeña iglesia alternativa en Gainesville (Florida), de quemar públicamente ejemplares del Corán con ocasión del noveno aniversario del 11-S. Existía una elevada probabilidad de que ese acto pudiera aumentar el peligro para los soldados estadounidenses en Afganistán, y además tuvieron lugar manifestaciones de rechazo por las comunidades musulmanas y por los presidentes de Afganistán y Pakistán, pero la prioridad a la libertad de expresión imperante en Estados Unidos impedía prohibir los planes del pastor Terry Jones. El mismo Obama solicitó públicamente que no llevaran a cabo esos actos para evitar la muerte de más soldados y civiles, y el secretario de Defensa de EE.UU llamó por teléfono a la Iglesia de Jones con tal fin. Finalmente, terminó por llevarlo a cabo y estos actos conllevaron que miles de afganos asaltaran una oficina de la ONU en Mazar y Sharif, en el norte de Afganistán, muriendo once personas.¹²⁰

Es llamativo el conflicto internacional con tales terribles consecuencias que este hecho conllevó, y también lo es el hecho de que la opinión pública americana, por lo general, defendiera el derecho de Terry Jones a realizar tales actos bajo invocación de la Primera Enmienda. Tras estos acontecimientos se acentuó el debate público sobre la libre expresión. Aparecieron manifestaciones como las del senador Lindsey Graham sobre la necesidad de establecer límites a la libre expresión en casos como el citado, apelando a una situación de guerra, las cuales recibieron el rechazo generalizado de la prensa. Un ejemplo es la crítica formulada por el reputado periodista Glenn Greenwald, que sintetiza a la perfección el credo estadounidense:

«Si se quiere conferir al Estado el poder de castigar la expresión de ciertos puntos de vista sobre la base de que son tan erróneos y/o hirientes que su expresión no debería ser permitida —tal como es habitual en países europeos y Canadá—, entonces no se cree realmente en la libertad de expresión; lo que se cree es que uno es libre de manifestar solo los puntos de vista que la mayoría de los ciudadanos (y el Estado) permite. Muchas de las opiniones más importantes a lo largo de la historia han sido, en algún momento, dañinas, peligrosas e incluso engendradoras de violencia. La razón para la protección de la libertad

¹²⁰ Alcácer Guirao, Rafael: *“Víctimas y disidentes.”*, *op.cit.*, pp. 57-58.

de expresión es precisamente la de salvaguardar esas ideas —despreciadas por la mayoría— de su represión. Quemar el Corán es despreciable, pero constituye una forma de discurso político, tanto como la quema de la bandera americana o una efigie de un líder político odiado, o romper la foto de un líder religioso o publicar sus caricaturas». ¹²¹

En segundo lugar cabe señalar de la sentencia *Snyder v. Phelps* del año 2011, en la que el Tribunal Supremo declaró que la condena civil por daños morales impuesta al Pastor Phelps y otros miembros de la iglesia Bautista de Westboro era contraria a la libertad de expresión.

Los hechos ocurrieron con ocasión de la celebración del funeral de Mathew A. Snyder, un soldado muerto en combate, al que acudieron a manifestarse los miembros de la Iglesia de Westboro, dirigida por el pastor Fred Waldron Phelps, disponiendo sus pancartas en un terreno público a unos 300 metros de la Iglesia donde tenía lugar el acto. El contenido de tales pancartas, recitado también por los manifestantes, era: «Dios odia a EE. UU./Gracias a Dios por el 11 de septiembre», «América está maldita», «Tropas maricas», «Dios odia a los gais», «Los gais condenan a la nación», «Gracias a Dios por los soldados muertos», «El Papa al infierno», «Los curas violan niños», «Vas a ir al infierno» o «Dios te odia». Albert Snyder presentó una demanda civil contra Phelps y su iglesia fundada en la causación intencional de daños morales. El demandante ganó en primera instancia y fue confirmado el fallo en segunda instancia, pero finalmente fue revocada por el Tribunal de apelaciones, acudiendo entonces al Tribunal Supremo.

El voto mayoritario comienza por analizar la cuestión de si el discurso posee o no relevancia pública, ya que el discurso que la posee se halla en el núcleo de la protección de la Primera Enmienda. El tribunal concluye que se está ante un discurso público puesto que el contenido de las pancartas aborda amplias cuestiones de interés para la sociedad en conjunto, y si bien no pueden considerarse refinadas reflexiones políticas o sociales, las cuestiones a las que aluden son importantes para la opinión pública. El Tribunal recalca que aunque algunos de los mensajes pudieran ir dirigidos contra el soldado Snyder en particular, ello no les priva de su relevancia pública, dado el contexto y finalidad con que son emitidos. El discurso se realizó en un espacio público, ámbito donde la libertad de expresión ha de ser protegida con mayor intensidad pues es el espacio donde tiene lugar el intercambio de ideas y el debate público. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye

¹²¹ Alcácer Guirao, Rafael: “*Víctimas y disidentes.*”, *op.cit.* p. 58.

que por muy ofensivo o vejatorio que sea el mensaje, ha de prevalecer sobre el indudable sufrimiento que causara sobre la familia del soldado Snyder, debiendo considerarse contraria a la libertad de expresión la condena impuesta por los tribunales.¹²²

El tratamiento que recibe el discurso del odio en el ámbito del discurso político o del discurso sobre asuntos con relevancia pública en el modelo estadounidense goza de la máxima protección que ofrece la Primera Enmienda. El único límite que cabe oponer al ejercicio de la libertad de expresión es el de la incitación directa a una conducta que genere un peligro claro e inminente. En la medida en que el discurso de odio constituye un discurso político o socialmente relevante, y que su restricción supondría que el Estado tomase partido por una determinada opinión, discurso o ideología e infringiera con ello el principio de neutralidad su ejercicio gozará de la máxima protección que proporciona la Primera enmienda, siendo legítimo prohibir únicamente los casos de incitación directa a una acción lesiva inminente. Además, es importante destacar que tanto por el Tribunal Supremo como por la doctrina científica se maneja una noción enormemente amplia del criterio de la «relevancia pública», por lo que resulta prácticamente imposible excluir cualquier vertiente del discurso del odio de ese ámbito de protección constitucional reforzada.¹²³

Analizada la evolución en la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de la Primera Enmienda de la Constitución de EE.UU, se puede comprobar que la idea de que siempre ha existido un derecho amplio a expresar cualquier opinión no es completamente cierta.¹²⁴ Existe cierta legislación que castiga algunos tipos de utilización de lenguaje de odio; y además, que los Estados o las municipalidades intenten legislar en el sentido de excluir este tipo de discurso, demuestra que existe parte de la sociedad norteamericana que cree, de igual forma que en muchos países europeos, que las expresiones racistas o xenófobas no deberían formar parte del discurso público, por cuanto éstas únicamente tienden a prolongar y profundizar los estereotipos que existen en la sociedad sobre las minorías, con el objetivo de que la mayoría pueda continuar coartando los derechos de los primeros. Pero, una y otra vez, han encontrado el muro de la Primera Enmienda.¹²⁵

¹²² Alcácer Guirao, Rafael: “*Víctimas y disidentes.*”, *op.cit.*, p. 61.

¹²³ *Ibid.*, pp. 62-63.

¹²⁴ Gascón Cuenca, Andrés, *op.cit.*, p. 180.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 181.

A los ojos de un jurista europeo, la regulación norteamericana puede parecer paradójica. Los pilares del sistema se basan en el principio del daño a terceros, donde el daño exclusivamente se vincula al peligro inminente de violencia. ¿No existen otros daños relevantes relacionados con el lenguaje del odio? ¿No son serios ataques a la igual dignidad de los seres humanos la utilización de determinadas expresiones?¹²⁶

Lo primero que se aprecia de la filosofía norteamericana de la libertad de expresión que suscita crítica es que cualquier discurso, por sí mismo, no produce daño. Esto está en entredicho. Parece que no es coherente que la Constitución exprese un compromiso con la igualdad racial y se muestre neutral frente a muestras de intolerancia a los miembros de las minorías raciales. La Constitución sí tiene unos valores, no es neutra. Pero el peligro de la tolerancia es si esa tolerancia con la intolerancia no provoca más intolerancia. El coste de la libertad desde la perspectiva norteamericana, supone que los miembros se consideren como víctimas de algunos discursos de los demás. La visión de la libertad de expresión norteamericana puede entenderse como un dilema entre libertad e igualdad.¹²⁷

4.2. Perspectiva alemana.

La perspectiva alemana de la democracia militante y la intangibilidad de la dignidad humana entiende la libertad de expresión como una libertad positiva. La libertad positiva supone que los individuos requieren que el Estado tenga un papel activo para garantizar las posibilidades de realización de sus planes de vida.

La libertad de expresión no es el valor constitucional más importante en el sistema jurídico alemán: es la dignidad humana la que tiene esta posición, ya que según el artículo 1 de la Ley Fundamental “La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.”, es el principio constitucional supremo y un derecho fundamental. Por ello, cuando los casos presentan hechos en los que la dignidad humana y la libertad de expresión colisionan, la libertad de expresión debe ceder.¹²⁸

Otro aspecto importante en la concepción alemana de libertad de expresión como libertad positiva es el hecho de que Alemania se concibe como una democracia militante, lo que supone que la expresión que tiene intención de destruir el autogobierno democrático no

¹²⁶ Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit.*, p. 105.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 106.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 106-107.

tiene ninguna protección. La historia de la dictadura nacional socialista por Adolf Hitler influye en la visión judicial de la relativa importancia de la libertad de expresión.¹²⁹ Muestra de ello es que la Ley Fundamental prohíbe la creación de asociaciones «cuyos objetivos sean contrarios a las leyes penales o se dirijan contra el orden constitucional o contra la idea de entendimiento entre los pueblos» (art. 9.2) y prevé la posibilidad de privar de los derechos fundamentales a quien abuse de las libertades constitucionales con el fin de combatir el orden constitucional liberal y democrático (art. 18). Además, en su artículo 21 prohíbe los partidos políticos que por sus objetivos declarados o por el comportamiento de sus afiliados, atenten o se propongan eliminar el orden constitucional liberal y democrático o poner en riesgo la existencia de la República Federal Alemana.¹³⁰ La consecuencia es que existen valores y discursos que son calificados de anti sistema, lo que supone que la esfera pública no es neutral respecto al discurso y, que se define en torno a unos valores de los que se predica su superioridad ética. El debate se plantea sobre si esta limitación estatal de la libertad de expresión implica una visión perfeccionista o paternalista.

Por último la Ley Fundamental limita el derecho a la libertad de expresión, invitando a ponderarla con otros intereses sociales.¹³¹

El modelo de libertad de expresión como libertad positiva sostiene que el Estado debe tener un papel para promocionar las opciones que desarrollen la autonomía de los individuos y prohibir aquellas que se consideren malas o repugnantes. A partir de la II Guerra Mundial, Alemania ha establecido una serie de valores públicos en su Constitución que son un compromiso activo para evitar errores del pasado. Esto supone que la dignidad humana sea considerada intangible y que la libertad de expresión se considere un derecho fundamental que se debe ponderar con otros derechos según las circunstancias del caso.¹³²

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal en el caso Lüth es un ejemplo de la concepción de la libertad de expresión como libertad positiva incardinada en la cultura jurídica alemana. Esta sentencia es en Alemania el caso fundacional para la interpretación de las libertades de opinión.

¹²⁹ Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit.*, p. 108.

¹³⁰ Bilbao Ubillos, Juan María: *La negación del holocausto*, *op.cit.*, p. 21.

¹³¹ Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit.*, pp. 108-109.

¹³² *Ibid.*, p. 118.

Los hechos son los siguientes: Veit Harlam, era un director de cine que trabajó de cerca con la máquina de propaganda nazi, que produjo y dirigió un gran número de películas altamente ofensivas. A pesar de su colaboración activa con el gobierno nazi, los aliados no le consideraron culpable de crímenes de guerra por su contribución a los programas de genocidio Nazis. Ante la reaparición de Harlam en el mundo del cine, el director de información Eric Lüth, indignado y actuando en su capacidad privada como ciudadano, organizó un boicot nacional a una de las películas de Harlam. Los productores y distribuidores de la película buscaron un requerimiento judicial contra el boicot bajo una provisión del Código civil alemán que establecía una reparación contra la persona que “intencionalmente cause daño a otra persona en una forma contraria a las buenas costumbres.”

La primera corte dictó una sentencia en la cual denegó la libertad de expresión al periodista Lüth. Este tribunal argumentó que, efectivamente, era contrario a las buenas costumbres, por su objetivo de prevenir la reemergencia de Harlan como creador representativo de películas, a pesar del hecho de que no sólo no ha pasado el proceso de “desnazificación”, sino que no ha sido sentenciado en un proceso criminal por haber cometido crímenes nazis. En ese caso, la apelación al boicot debe ser declarada como contraria a las “convicciones democráticas del derecho y las costumbres del pueblo alemán.”

Ante tal situación, Lüth recurrió en amparo. El Tribunal Constitucional Federal para determinar si el discurso era “contrario a las buenas costumbres”, consideró los motivos y metas de Lüth para llamar al boicot, y apuntó que Lüth no estaba motivado por metas económicas, sino que actuó de buena fe y sobre las bases de una convicción política sincera que a Veit Harlan no debería permitirse reanudar su vida profesional, dada la apariencia que esto crearía al mundo sobre que nada ha cambiado en la vida cultural alemana por comparación con el periodo nacional socialista.

El Tribunal Constitucional Federal determinó que el derecho de expresión de Lüth se trataba de un derecho inalienable de su persona, de manera que el Tribunal protegió a Lüth al considerar que tal incitación al boicot constituía un ejercicio lícito del derecho a la libre expresión, señalando que así debían haberlo tenido en cuenta los tribunales de la jurisdicción ordinaria. El Tribunal impone una obligación a los tribunales inferiores para usar sus poderes para alterar o adaptar una regla de Derecho civil cuando un valor constitucional está implicado, los jueces están requeridos a sopesar la importancia del

derecho fundamental (libertad de expresión) contra el valor del interés protegido por las “leyes generales” en la persona supuestamente lesionada por la expresión.

En esta sentencia se establece por primera vez que la Ley Fundamental no es un documento neutral en los valores ya que la sección sobre derechos fundamentales establece un orden objetivo de valores, que se centra en el de dignidad humana. Este valor sirve de criterio para medir o evaluar todas las acciones, ya sean de la esfera pública como privada.

El discurso de Lüth refleja sus opiniones políticas generales respecto de un asunto que era de esencial importancia para el pueblo alemán, la reputación de la vida cultural alemana y la nación alemana después de los acontecimientos truculentos del periodo nazi. Esta es la ratio decidendi en el caso Lüth que decanta la ponderación a favor de la libertad de expresión frente a otros principios, como los intereses económicos de los productores de la película o la libertad de elección ocupacional de Harlam. En la ponderación prevalece la visión de que su boicot defiende los valores centrales del consenso constitucional como democracia militante y, por ende, aumenta el bienestar general estableciendo un firme compromiso contra la vinculación de Alemania con el nazismo.¹³³

En definitiva, frente a la visión norteamericana de la neutralidad estatal de contenido, la perspectiva alemana de la libertad de expresión define una jurisprudencia según el punto de vista donde existen visiones que se consideran oficialmente prohibidas. Y en el caso Lüth se establece, por primera vez, de forma jurisprudencial la necesidad de ponderación de los principios respecto de las circunstancias relevantes del caso.¹³⁴

4.3. El estándar de protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para ver en qué medida las expresiones del discurso del odio constituyen un límite de la libertad de expresión a la luz del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es preciso analizar la jurisprudencia de éste.

Hay que tener presente que precisar un estándar de protección común en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos es muy difícil. En Europa existen distintas sensibilidades en el acercamiento a la colisión entre libertad de expresión y otros bienes o valores constitucionales como son la dignidad humana o el principio de igualdad, o, más en general, al plantearse el conflicto entre libertad y defensa de la democracia.

¹³³ Pérez de la Fuente, Oscar, *op.cit.*, p. 119.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 122.

La falta de consenso da lugar a que, desde la perspectiva del Convenio Europeo, entre en juego la doctrina del margen de apreciación nacional, lo cual tampoco ofrece una respuesta satisfactoria, sobre todo cuando nos encontramos ante fenómenos que desbordan las fronteras nacionales.¹³⁵

A primera vista se constata en los últimos años una implicación cada vez mayor del TEDH en cuanto al discurso del odio. Desde el año 1999 esta instancia contempla dicho concepto y desde 2003 estima que son discursos del odio sometidos, por tanto a limitaciones, todas aquellas “formas de expresión que propaguen, inciten, promueven o justifiquen el odio basado en la intolerancia.”¹³⁶

Existe consenso europeo en que el discurso del odio, en sus distintas formas, incluye expresiones en todo caso nocivas por su carácter intolerante y por el desprecio que transmiten. Se reconoce además el daño que pueden comportar este tipo de discursos, ya que pueden lesionar bienes dignos de protección, reconocidos por el propio Convenio, como son la protección de la reputación y de los derechos de las personas, la seguridad pública o la prevención de desórdenes y delitos (art. 10.2 CEDH). En palabras del TEDH, este tipo de discursos atentan “contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”. Pero este reconocimiento no resuelve el problema, sólo lo plantea: el hecho de que se advierta que un determinado tipo de expresiones son perjudiciales o dañinas no implica de manera necesaria que esté justificada su limitación. La esencia del reconocimiento de la libertad de expresión es precisamente amparar ciertas expresiones que son ofensivas.¹³⁷

Partiendo de la consideración de la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, y de que la misma cubriría también la información o ideas que ofende, chocan o molestan a algún sector de la población, la instancia europea no ha dudado del potencial ofensivo de los discursos que incitan al odio y los ha reconocido como un límite justificado a la libertad de expresión, aun cuando no haya

¹³⁵ Teruel Lozano, Germán Manuel: *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión*, *op.cit.*, p. 11.

¹³⁶ Alcalá Quesada, Carmen, *op.cit.*, p.9.

¹³⁷ Teruel Lozano, Germán Manuel: *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión*, *op.cit.*, p. 12.

provocación a la violencia o al delito. Los Estados gozan de un cierto margen de apreciación, pero este poder lógicamente no es ilimitado y se somete a un control último por el Tribunal. El TEDH al revisar en cada caso la restricción impuesta por las autoridades nacionales para determinar si ésta fue proporcionada y respondía a motivos pertinentes y suficientes, se ha detenido a considerar distintos parámetros a la luz de las circunstancias concretas.

Así, el TEDH se ha acercado a este conflicto principalmente a través de dos vías para enjuiciar limitaciones nacionales a la libertad de expresión ante supuestos de discurso del odio: la primera de ellas, aplicando la doctrina del abuso de derecho (art. 17 CEDH). La segunda, desde la perspectiva del artículo 10 CEDH a través del denominado test de proporcionalidad, en virtud del cual el Tribunal Europeo considera, a la luz del caso en concreto, tres elementos: a) previsión legal de la injerencia; b) fin legítimo; c) necesidad en una sociedad democrática. Ahora bien, el núcleo del enjuiciamiento se va a encontrar en el último de ellos, en el análisis de la necesidad en una sociedad democrática de la concreta restricción.¹³⁸ Respecto a este elemento, el TEDH estudia si la injerencia es proporcional al fin legítimo perseguido y si las razones invocadas por las autoridades nacionales para justificarla son pertinentes y suficientes.

En relación con la vía del abuso del derecho, el artículo 17 del CEDH prescribe que las disposiciones del Convenio no pueden ser interpretadas de forma que implique “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”.¹³⁹ En relación con el discurso del odio, tempranamente la Comisión, en el caso *J. Glimmerveen y J. Hagenbeek c. Holanda* (1979), concluyó que el artículo 17 CEDH no permitía invocar la libertad de expresión amparada en el artículo 10 CEDH para difundir ideas radicalmente discriminatorias.¹⁴⁰

Ocurre, desde una perspectiva crítica, que, el Tribunal aplica esta doctrina del abuso de derecho con una “geometría variable”, sin que queden claros los criterios en los que se basa

¹³⁸ Teruel Lozano, Germán Manuel: *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión, op.cit.*, p. 17.

¹³⁹ *Ibid.*, p.12-13.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 13.

para recurrir a la misma.¹⁴¹ El TEDH no siempre afronta los supuestos de discurso del odio valiéndose del artículo 17 CEDH, como una forma de abuso de derecho. En ocasiones el Tribunal Europeo ha descartado aplicar el artículo 17 CEDH ante formas de discursos de odio que, entendía que no revestían la suficiente seriedad o gravedad; o en supuestos en los que, aun estimando que pudiera ser aplicable esta doctrina del abuso del derecho, directamente ha preferido acudir al test de acuerdo con el artículo 10 CEDH. También se encuentran casos en los que el Tribunal ni siquiera se ha planteado la aplicación del artículo 17 CEDH y, aunque las manifestaciones cuestionadas fueran formas de discurso del odio, las ha enjuiciado directamente conforme al artículo 10 CEDH: principalmente, asuntos relacionados con la incitación al odio racial, al odio étnico y al odio nacional, y con la difusión de mensajes homófobos.¹⁴²

Incluso, en la relevante sentencia de la Gran Sala al caso *Perinçek c. Suiza* (2015), el Tribunal ha confirmado que el artículo 17 CEDH sólo debe ser aplicable “sobre bases excepcionales y en casos extremos”, cuando resulte “inmediatamente claro que las declaraciones impugnadas estaban destinadas a desviar este artículo 10 CEDH de su verdadero propósito empleando el derecho a la libertad de expresión para finalidades claramente contrarias a los valores del Convenio”¹⁴³

Respecto a la aplicación del test del artículo 10 a casos de discurso del odio, la jurisprudencia del TEDH es casuística porque realiza un análisis de las circunstancias concretas del caso, atendiendo, eso sí, a una serie de parámetros más o menos comunes (naturaleza y forma del discurso, intencionalidad, contexto, potenciales efectos...). Muy especialmente, como explica la Jueza emérita F. TULKENS, los dos principales elementos han sido el contexto y la intencionalidad, aunque también ha tenido en cuenta otros como el estatus del emisor o el impacto del discurso. Asimismo, el TEDH también ha valorado con particular detalle si las medidas impuestas resultan proporcionadas en sentido estricto, es decir, la “moderación” de la sanción o restricción.¹⁴⁴

¹⁴¹ Teruel Lozano, Germán Manuel: *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión, op.cit.*, p. 15.

¹⁴² *Ibid.*, p. 15-16.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 17.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 16.

Ahora bien, el Tribunal Europeo a la hora de enjuiciar la legitimidad de estas injerencias no desciende a comprobar si existió un daño efectivo (o un peligro efectivo) y se ha conformado con comprobar que las autoridades nacionales justificaron que existía un daño o peligro potencial. Este hecho ha sido cuestionado en notables votos particulares por un sector de los jueces integrantes del propio Tribunal que han reclamado que la justificación de cualquier injerencia en la libertad de expresión se funde en la existencia real de una ofensa, daño o peligro para los bienes o valores con los que colisiona, sin que sean admisibles limitaciones sobre la base de “peligros puramente especulativos”.¹⁴⁵

Uno de los casos que con mayor nitidez refleja el tratamiento que el TEDH otorga al discurso del odio de corte xenófobo, y la posición generalmente adoptada por el Tribunal Europeo, es el ya citado asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, en el que el TEDH consideró acorde al convenio la condena por delito de incitación a la discriminación y el odio impuesta al presidente del partido político de extrema derecha Frente Nacional por la divulgación de diversos pasquines en los que se propugnaba la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica.

En la decisión tomada por el tribunal, éste afirma que “ el artículo 10.2 del convenio no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés general”, añadiendo que, si bien no reviste un carácter absoluto, “es fundamental, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político” y conceder “la mayor importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político”, sin que se pueda “restringir el discurso político sin la existencia de razones imperiosas”.

Pese a tales premisas, el Tribunal europeo concluye que las condenas a Féret son acordes al artículo 10 CEDH, por cuanto “el lenguaje empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y el odio racial, lo que no puede ser camuflado por el proceso electoral”. Afirma el Tribunal que “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a

¹⁴⁵ Teruel Lozano, Germán Manuel: *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión, op.cit.*, p. 18.

una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.»

En esta sentencia, el Tribunal se enfrenta al discurso del odio, y abandona los presupuestos de su propia jurisprudencia sobre la libertad de expresión para rebajar enormemente el grado de protección atribuido con carácter general a la expresión política, llegando a exigir de los representantes políticos una mayor contención en el discurso. Así, manifiesta la sentencia que “si, en un contexto electoral, los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores, en el caso de un discurso racista o xenófobo, tal contexto contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino. Los políticos pueden recomendar soluciones para los problemas relativos a la inmigración. Sin embargo, deben evitar hacerlo promoviendo la discriminación racial y recurriendo a expresiones o actitudes vejatorias o humillantes, ya que tal comportamiento puede suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno y podría minar la confianza en las instituciones democráticas”.¹⁴⁶

4.4. El discurso del odio en España.

La Constitución Española incluye en su artículo 20 la protección de la libertad de expresión, que dentro de la configuración del Estado democrático y social de Derecho tiene un papel fundamental. Además, la libertad de expresión es uno de los pilares sobre los que se asienta todo el entramado que configura el ordenamiento jurídico y del que dependen otros derechos también fundamentales que sustancian directamente a la propia democracia. El Estado democrático es un régimen basado en la participación de la sociedad en la formación de la opinión pública, lo que requiere para su pervivencia de este derecho fundamental.

¹⁴⁶ Alcácer Guirao, Rafael: “*Víctimas y disidentes.*”, *op.cit.*, pp. 55-57.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho contemplado en el artículo 20.1 a) CE trata la formulación de opiniones, creencias personales y juicios de valor, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos y que dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por determinados bienes que se tratan de proteger, que son por un lado, la promoción de la discusión pública a través de la participación de todas las opiniones, y por otro lado, el establecimiento de ciertas limitaciones en este campo con el objetivo de proteger frente a ataques de terceros la dignidad de las personas, garantizada en el artículo 10.1 CE como principio irreductible del ser humano.

Las limitaciones que la CE expresamente menciona en su artículo 20.4 CE respecto a las libertades que garantiza en el artículo 20.1 CE, son: el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Los derechos mencionados tienen el rango de constitucionales, es decir, no existe una relación de jerarquía entre ellos, sino que parten de un plano de igualdad. Además, es necesario tener en cuenta que las limitaciones impuestas por este artículo son externas al propio derecho a la libertad de expresión y que en ningún caso podrán conculcar el contenido constitucionalmente declarado de este.¹⁴⁷

El TC español no ha adoptado una interpretación literal del artículo 20.4 CE, sino que se ha alienado fundamentalmente con la línea de la ponderación europea, conforme a la cual se parte del papel esencial de la libertad de expresión para el sistema democrático, pero se aceptan limitaciones al discurso en razón de su contenido, en atención a la existencia de otros intereses que pueden prevalecer y, en consecuencia, los conflictos se resuelven mediante un sistema flexible y caso por caso, aplicando como criterio decisivo en el mecanismo de control la idea de la proporcionalidad de la restricción y el método de ponderación de las resoluciones y sobre todo en ciertos ámbitos. No obstante, en numerosas resoluciones y sobre todo en cierto ámbitos, en especial el de la crítica política y el discurso político, es evidente también la influencia de la doctrina norteamericana afirmándose la posición preferente de la libertad de expresión, lo que recuerda mucho al

¹⁴⁷ GASCÓN CUENCA, Andrés, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Navarra, 2016. PRÓLOGO DE JOSÉ GARCÍA AÑÓN.

carácter prevalente de la misma afirmado en la jurisprudencia norteamericana y resuelta en principio contradictorio con la idea de la ponderación.¹⁴⁸

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en lo tocante a la concreción de límites relacionados con el discurso de odio, ha venido estableciendo los siguientes márgenes:

En relación con la incitación a la violencia o con discursos amenazantes, “no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre”. (STC 136/1999, FJ 14)

Además, el art. 20.1 CE no garantiza “el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar (...) a persona o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social”; asimismo, “carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen o justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas”. (STC 235/2007, FJ 5) “El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana (...) Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”. (STC 235/2007, FJ 5)

La libertad de expresión también “encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables”. “Es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión”. (STC 235/2007, FJ 5)¹⁴⁹

En el ámbito de las legislaciones nacionales, las leyes penales de Europa castigan ampliamente conductas como la incitación a la discriminación, la violencia o el odio, la

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *op.cit.*, pp. 272-273.

¹⁴⁹ Alcácer Guirao, Rafael: *Discurso del odio y discurso político, op.cit.*, p. 15.

justificación y negación del genocidio, las expresiones denigratorias o ultrajantes hacia un grupo determinado de población o hacia una religión, la distribución y posesión de materiales racistas o discriminatorios, o la utilización de símbolos de regímenes fascistas y nazis. Por lo que respecta a nuestro país, la regulación del CP español se halla en perfecta sintonía con el amplio marco de restricción del discurso del odio propio del modelo europeo, a salvo de la disonancia que ha supuesto la declaración de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio por la ya expuesta STC 235/2007, de 7 de noviembre.¹⁵⁰

Es importante atender a los diferentes presupuestos de que parten el TEDH y nuestro TC en materia de libertad de expresión y discurso de odio. A este respecto, la diferencia esencial radica en que, frente al modelo de democracia establecido por el CEDH, el que deriva de nuestra Constitución no responde a las premisas de una democracia militante, lo que, en esencia, implica un diferente grado de protección del discurso antidemocrático.

El carácter de democracia militante del CEDH es inherente a su génesis como respuesta frente al totalitarismo y con el cometido de “hacer sonar la alarma frente a su resurgimiento”, y se refleja especialmente en la cláusula de abuso de derecho recogida en su artículo 17, concebida como un instrumento para combatir a los enemigos de la democracia y defender el propio sistema democrático, y aplicada con (excesiva) asiduidad por el TEDH para restringir el discurso antidemocrático y negacionista. En cambio, tal como ha resaltado el TC, “nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional.”

Ello no implica una absoluta libertad para el discurso discriminatorio. En este sentido, el TC ha afirmado que la dignidad humana demarca el espacio del legítimo ejercicio de la libertad de expresión y ha suscrito el rechazo del TEDH al discurso del odio como incitación directa a la violencia o el odio racial (STC 235/2007, FJ 5). Pero, al mismo tiempo, en la citada sentencia ha sentado una crucial diferencia con la línea del TEDH en este ámbito, considerando que la punición de la negación del Holocausto interfiere en el contenido esencial de la libertad de expresión, por lo que está vedada al legislador su restricción. Ello contrasta radicalmente con el tratamiento dado por Estrasburgo al fenómeno del negacionismo, considerado un abuso de derecho y tajantemente excluido, en virtud del artículo 17 CEDH, del amparo de la libertad de expresión.

¹⁵⁰ Alcácer Guirao, Rafael: “*Víctimas y disidentes.*”, *op.cit.*, p. 53.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español además de la ya citada STC 235/2007, de 7 de noviembre, existe un pronunciamiento relevante en relación con el discurso del odio: la STC 214/1991, de 11 de noviembre. Esta resolución es la que establece el discurso del odio como una nueva categoría de discurso excluido del ámbito de protección de las libertades del artículo 20 CE. Se refiere a aquellos mensajes de contenido racista o xenófobo, que incitan a la xenofobia, al odio racial o, en general, a la denigración y la violencia contra determinados colectivos, vinculando dicha exclusión a la idea de la dignidad humana y de la igualdad, en la línea de la jurisprudencia del TEDH, aunque excluyendo la idea de democracia militante y afirmando que la mera negación de un hecho histórico sí está amparada por la libertad de expresión.

La STC 214/1991, de 11 de noviembre, se dictó en un procedimiento de amparo, interpuesto por la Sra. Friedman, una mujer judía, que estuvo internada en el campo de exterminio de Auschwitz, donde murió gaseada toda su familia, quien consideraba lesionado su derecho al honor como consecuencia de unas declaraciones realizadas en una revista por León Degrelle, antiguo Jefe de las SS en Bélgica, en las que se negaba la existencia de las cámaras de gas y los hornos crematorios y ensalzaba la figura del Führer, afirmando que hacía falta un líder y que ya no surgen hombres como él. Su demanda de protección civil del derecho al honor había sido desestimada por la jurisdicción ordinaria, pero el TC declaró que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la dignidad de la recurrente.

En esta sentencia se menciona por primera vez como categoría de discurso excluido las manifestaciones de carácter racista o xenófobo efectuadas con ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos, en la medida en que son contrarias no solo al honor de la persona o personas afectadas, sino también a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana.

El Tribunal toma como punto de partida el que “ las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprochables o tergiversadas que sean, y ciertamente lo son al negar la evidencia histórica, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las misma se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, solo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”. Sin embargo, y a renglón seguido, se afirma que en las declaraciones publicadas

el Sr. Degrelle no se limitó a manifestar sus dudas acerca de la existencia de cámaras de gas, sino que realizó “juicios ofensivos al pueblo judío”, con una manifiesta “connotación racista y antisemita”, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos”. Una incitación que constituye un atentado al honor de la actora y todas las personas que como ella estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, por cuanto, “conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas” que exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el artículo 20.1 CE.

Las afirmaciones del Sr. Degrelle se excluyen de la protección del artículo 20 CE por ser vejatorias u ofensivas, en la línea tradicional de exclusión del discurso insultante y vejatorio. Sin embargo, el Tribunal va más allá cuando añade que “ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el artículo 20.4 CE, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no solo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor, no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos.

Y concluye: “ Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.”¹⁵¹

¹⁵¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *op.cit.*, pp. 304- 308.

5. CONCLUSIONES

Actualmente vivimos en una sociedad democrática de derecho en la que la libertad de expresión constituye uno de sus pilares esenciales.

La libertad de expresión es un derecho fundamental de los individuos, no es un instrumento para alcanzar otros fines sociales sino un fin en sí misma. Ésta es un derecho humano universal ligado a la idea de la dignidad humana y es constitutiva de la práctica democrática como derecho de cada individuo a participar en la discusión que forma la opinión pública necesaria para que los procedimientos mayoritarios de toma de decisiones sean realmente legítimos y justos, puesto que cada ciudadano tiene que tener no solo voto sino también voz.

Además, impulsa el avance del conocimiento y del descubrimiento de la verdad tanto individual como colectiva mediante un debate abierto que permite contrastar el juicio propio con los opuestos y lleva al consenso proporcionando estabilidad y equilibrio en la sociedad, pues las decisiones alcanzadas por este método son aceptadas con mayor voluntad aun siendo en contra de la opinión propia.

La sociedad pretende alcanzar otros fines como la justicia o la igualdad, pero para ello no puede restringir o suprimir como regla general las opiniones y creencias de sus individuos, tendrá que buscar otros caminos como la contrargumentación.

Sin embargo, en ocasiones, la libertad de expresión colisiona con otros derechos fundamentales, como es el caso del respeto por la igual dignidad humana ante discursos discriminatorios e intolerantes, en concreto, el Discurso del Odio. Es entonces cuando surge la cuestión de los límites que pueden imponerse a la libre expresión.

Esta cuestión es muy delicada y requiere una profunda reflexión, ya que si se acepta la imposición de límites al mero discurso o a la discusión libre sobre cualquier materia, el principio general de libertad de expresión se distorsiona por completo, y la excepción, que es el límite, acaba convirtiéndose en regla, destruyendo con ello el sistema de libre expresión.

El propósito principal de este trabajo ha sido responder a la pregunta de cuándo el discurso del odio supone un límite legítimo de la libertad de expresión. Para abordar dicha problemática ha sido necesario partir de un análisis reflexivo del concepto de Discurso del Odio, lo cual, como se ha podido apreciar, no es cuestión sencilla.

No existe una clara definición de discurso del odio y, además, es un concepto que ha ido ampliándose en los últimos años, hecho que puede apreciarse en las distintas definiciones que han ido adoptando las recomendaciones europeas. En términos amplios podemos decir que forman parte de este tipo de discurso aquellas manifestaciones despreciables, dirigidas con un ánimo discriminador y ofensivo contra determinados colectivos o a sus miembros por su sola pertenencia al mismo, basadas en unas características personales o estados que incluyen etnia o raza, religión, género u orientación sexual, extendiéndose últimamente a otros motivos como discapacidad o ideología.

Basándonos en las recomendaciones europeas sobre discurso del odio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se extraen dos elementos definidores de este tipo de discurso: en primer lugar, que las expresiones referidas han de dirigirse contra una persona o un grupo de personas por razón de determinadas circunstancias discriminatorias, que implican vulnerabilidad; y en segundo lugar, que debe existir en estas expresiones un elemento ofensivo unido a una intencionalidad directa del emisor, quien debe tener como fin con sus manifestaciones humillar, vejar, insultar, provocar comisión de actos de hostilidad, violencia o discriminación, además de una motivación concreta que le hace actuar de esta manera en razón de la circunstancia a la que muestra intolerancia.

Es fundamental tener presente que no puede considerarse cualquier manifestación de intolerancia como Discurso del Odio. No forman parte de este discurso expresiones burlescas, hirientes, despectivas o insensibles, ya que en una sociedad democrática como la nuestra, se debe dar protección tanto a las opiniones e ideas favorablemente recibidas, inofensivas o indiferentes, como a aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población.

Se debe prestar especial atención a dos aspectos fundamentales a la hora de afrontar la problemática del discurso del odio: el primero de ellos consiste en no abordar ésta tan sólo desde el Derecho Penal; y el segundo, la importancia de no confundir este discurso con otro tipo de discursos extremos u ofensivos.

En relación al primer aspecto, existe una tendencia a identificar el Discurso del Odio con los llamados delitos de odio, lo cual es un error. Delitos de odio son aquellos tipos delictivos en los que el móvil es la causa de la intolerancia hacia el diferente. Por tanto, tienen que existir dos elementos básicos: un delito y una motivación en el agresor, basada

en prejuicios discriminatorios atendiendo a las características del individuo o grupo de personas frente a las que se dirige.

Sólo las conductas más graves como las agresiones pueden recogerse dentro de la modalidad de delitos de odio. La tipificación de conductas previas como el discurso del odio tan sólo estará justificada cuando constituya una amenaza inmediata o una incitación a la violencia. Próximas a estas conductas se encuentran las expresiones que incitan a la intolerancia, pero que no merecen respuesta penal. Identificar éstas conductas con delitos de odio supone ampliar las barreras del Derecho Penal en contra del principio de intervención mínima. Junto a las sanciones penales caben otros remedios como políticas de carácter general para impedir la promoción del odio.

El segundo aspecto esencial consiste en distinguir el Discurso del Odio de otro tipo de discursos extremos u ofensivos, ya que en no pocas ocasiones los tribunales recurren a la categoría del discurso del odio como un “cajón de sastre” incluyendo otros discursos extremos que expresan intolerancia pero que no poseen los elementos esenciales para pertenecer a dicha categoría.

Así, encontramos sentencias del Tribunal Constitucional que han considerado que actos castigados como delito de injurias a la Corona son manifestaciones de discurso del odio y también tribunales que han interpretado como discurso del odio supuestos de enaltecimiento al terrorismo, sin tener en cuenta una de las notas definitorias de este discurso, la especial posición de vulnerabilidad de un grupo al que van dirigidas las expresiones.

Además, determinadas expresiones blasfemas u ofensivas para los sentimientos religiosos se asocian con el discurso del odio sin contener aquellas notas que le son esenciales. Es verdad, que en el debate entre los límites a la libertad de expresión y la cuestión del respeto a los sentimientos religiosos no existe una nítida línea jurisprudencial ni a nivel nacional ni a nivel internacional, pero generalmente la mayoría de las expresiones en este ámbito se tratan de una legítima manifestación de la libertad de expresión.

Confundir el discurso excluyente o intolerante con el discurso del odio, supone ampliar el contenido de éste último de manera preocupante, ya que puede llevar a justificar graves límites a la libertad de expresión. Existe un interés público real para la formación de una opinión pública libre, en oír todos los puntos de vista, también los extremistas que pueden ser contrarrestados con otro discurso u otra idea mejor, por ello hay tener especial cuidado

con esta expansión de la categoría del discurso del odio a la que recurren nuestros tribunales.

Es importante destacar que el hecho de que el discurso del odio tenga lugar en un ámbito de deliberación política supone que se da en un contexto especial, el cual le otorga una amplia protección, concediéndole mayor importancia a la libertad de expresión, y siendo necesarias razones imperiosas para poder limitar las expresiones políticas.

Parece lógico que en una sociedad democrática el espacio de libertad que hay que otorgar al discurso público debe ser más amplio cuanto más se aproxime a la deliberación política, pero no se debe desconocer que ciertamente, en este campo los riesgos que los mensajes que incitan al odio basado en prejuicios discriminatorios representan para la paz social y la estabilidad política son mayores. Así, la jurisprudencia analizada de los tribunales españoles y del TEDH, lejos de considerar este contexto político como un elemento de atenuación de la responsabilidad lo ha interpretado de forma contraria, como motivo de agravación.

Por otro lado, con este trabajo se ha pretendido dar cuenta de los principales criterios jurisprudenciales que se han adoptado en el marco del discurso del odio.

Frente a la discusión relativa a los límites de la libertad de expresión ante el discurso del odio se han intentado mostrar dos modelos que afrontan la problemática desde perspectivas diferentes. Por un lado el modelo norteamericano basado en la libertad negativa, y por otro el alemán basado en la libertad positiva. Desde el punto de vista alemán, este tipo de discursos van en contra de los derechos más básicos de la persona, como la dignidad personal, que tiene un papel prioritario frente a la libertad de expresión, en cambio el modelo de EEUU protege de forma muy amplia la libertad de expresión a la que le otorga el papel prioritario. Ambos modelos parten de actitudes divergentes ante pretensiones que son absolutas pero que no pueden ser satisfechas por completo.

A nivel europeo no existe acuerdo sobre las cuestiones del discurso del odio, debido a las diferentes sensibilidades nacionales respecto al debate del conflicto entre libertad de expresión y dignidad humana. Por lo que se hace necesario llegar a un consenso, ya que si se pretende crear una cultura de los derechos europeos esto conlleva adoptar criterios comunes. El TEDH posee un papel fundamental para ayudar a construir este consenso, pero para ello tiene que adquirir unos estándares claros en los que haga una adecuada ponderación entre libertad de expresión y otros derechos y valores fundamentales del Convenio. Así, debe reconocer que toda expresión intolerante está protegida por el CEDH,

excepto aquellas que supongan un daño o peligro efectivo a otros derechos de dicho convenio.

En España se sigue la tendencia europea, pero, a excepción de otros países europeos como Alemania, no es una democracia militante, de ahí que se afirme que la mera negación de un hecho histórico sí está amparada por la libertad de expresión. Ello contrasta radicalmente con el tratamiento dado por el TEDH, que considera el negacionismo un abuso de derecho y es tajantemente excluido del amparo de la libertad de expresión.

La expresión es particularmente valiosa y también particularmente frágil. Ésta constituye una herramienta para el desarrollo de una sociedad democrática y de cada persona, y limitarla, tan sólo puede estar justificado cuando sea la única y última vía posible para detener las situaciones de crisis y peligro para la estabilidad de las democracias.

6. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

Alcácer Guirao, Rafael: *Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N.º. 14, 2012

Alcácer Guirao, Rafael: “*Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE. UU y Europa*”. Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 103, 2015, pp. 45-86.

Alcalá Quesada, Carmen: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española*. Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), N.º. 30, 2015.

Alastuey Dobón, Carmen: *Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N.º. 18, 2016.

BIGLINO, Paloma. BILBAO, Juan María. REY, Fernando. MATIA, Javier. VIDAL, José Miguel. (Coordinadores). ALLUÉ, Alfredo. DURÁN ALBA, Juan Fernando. MATIA, Edmundo. MORETÓN, Arancha. ORTEGA, Carlos. REDONDO, Ana. DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. LEGAZPI RUIZ, Ana. SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. VIDAL, Camino. (Autores). *Lecciones de Derecho Constitucional II*, 2013.

Bilbao Ubillos, Juan María: *La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión*. Revista de Derecho Político. Nº. 71-72, 2008 págs. 19- 56.

Bilbao Ubillos, Juan María: *La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007)*. Revista Española de Derecho Constitucional. Nº. 85, 2009 págs. 299-352.

Cueva Fernández, Ricardo: *El "discurso del odio" y su prohibición*. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, Nº 35, 2012, págs. 437-456.

De Pablo Serrano, Luis Alejandro. Tapia Ballesteros, Patricia: *Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal*. Diario La Ley, Nº 8911, 2017.

Esquivel Alonso, Yéssica: *El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, Nº. 35, 2016.

Ferreiro Galguera, Juan: *Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial*. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, Nº. 35, 2014

Gascón Cuenca, Andrés: *La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Nº 47, 2013, págs. 163-182

GASCÓN CUENCA, Andrés, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Navarra, 2016.

Martín Herrera, David: *Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio*. Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto, Vol. 62, Nº. 2, 2014, págs. 15-40

Moretón Toquero, María Aranzazu: *El «ciberodio», la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión*. Revista jurídica de Castilla y León, Nº. 27, 2012, pág.

Pérez de la Fuente, Oscar: *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, N° 21, 2010, págs. 67-104

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*. Valencia, 2011.

Soto García, Mercedes: *TEDH- Sentencia de 15.03.2011, Otegui Mondragón C. España, 2034/07 - "Artículo 20 CEDH- Libertad de expresión –Límites -Delito de injurias contra el jefe del estado- Exhortación a la violencia y discurso del odio". Los límites de la libertad de expresión en el debate político*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, N° 42, Madrid, 2012, págs. 575-591.

Teruel Lozano, Germán Manuel: *Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial*. Revista de estudios jurídicos, N° 17, 2017.

Teruel Lozano, Germán Manuel: *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano*. Tesis doctoral dirigida por Ángel Garrorena Morales, Jaime Miguel Peris Riera. Universidad de Murcia (2014). Universidad de Murcia. 2014.

Teruel Lozano, Germán Manuel: *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo*. ReDCE núm. 27. Enero-Junio de 2017.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- STEDH (Gran Sala) de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside c. Reino Unido
- STEDH (Sección 1º) de 4 de diciembre de 2003, caso Müslüm Gündüz c. Turquía apartado 37.

Tribunal Constitucional:

- SENTENCIA 177/2015, de 22 de julio. Sección Tribunal Constitucional.
- SENTENCIA 112/2016, de 20 de junio. Sección Tribunal Constitucional.

Recomendaciones, Resoluciones e Informes Europeos

- Recomendación N° 97(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Discurso del Odio, adoptada el 30 de Octubre de 1997.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) Consejo de Europa. Recomendación General n° 15 sobre Líneas de Actuación para combatir El discurso de odio y Memorándum explicativo. Adoptada el 8 de diciembre de 2015. Estrasburgo, 21 de marzo de 2016.
- Consejo de Europa. Resolución 1928 (2013) Salvaguardar los derechos humanos en lo que se refiere a la religión y el credo y proteger a las comunidades religiosas de la violencia.
- La persecución penal de los delitos de odio: guía práctica. Elaborada por La Oficina para los Derechos Humanos y la Instituciones Democráticas de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (2014).
- Informe sobre la blasfemia, insultos con carácter religioso o la incitación al odio religioso de La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho o Comisión de Venecia, órgano consultivo del Consejo de Europa en el ámbito del Derecho Constitucional, creada en 1990. www.venice.coe.int.