



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El discurso del odio como límite a la libertad de expresión

Presentado por:

Ángela Martos Barriuso

Tutelado por:

Juan María Bilbao Ubillos

Valladolid, Julio de 2020

RESUMEN: En los últimos años hemos asistido con creciente preocupación por parte del conjunto de la sociedad a una proliferación de mensajes de contenido discriminatorio e intolerante. Una variante de este tipo de mensajes es el discurso del odio que, debido a su carácter potencialmente lesivo de determinados valores constitucionalmente protegidos, ha generado un intenso debate sobre si ha de configurarse o no como un límite a la libertad de expresión. Este debate supone un verdadero reto tanto legislativo como judicial, pues plantea la limitación del ejercicio de un derecho fundamental que, debido a su contribución a la formación de la opinión pública, se ha constituido como un pilar básico del sistema democrático. De ahí que la limitación del derecho a la libertad de expresión haya de presentarse siempre como una respuesta excepcional. Sin embargo, no existe un acuerdo unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre cuáles son concretamente los contornos de esta categoría, habiendo adoptado cada órgano jurisdiccional, como el Tribunal Supremo norteamericano o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, distintas soluciones.

ABSTRACT: In recent years we have witnessed a rising worry in our society about the diffusion of some discriminatory and intolerant messages. In between these messages it is the hate speech which, owing to its potentially detrimental effect on certain constitutionally protected values, has generated an intense debate about whether it should be established as a limit to free speech. This debate supposes a legislative and judicial dare, because it means the limitation of a fundamental right which, as a consequence of its contribution to public opinion, has proved to be a fundamental pillar of the entire democratic system. Thus the limitation of the right to free speech must always be presented as an exceptional response. However, there is not an unanimous accord in the jurisprudence about which are the concrete standards of limitation, as different judicial authorities, such as the United States Supreme Court or the European Court of Human Rights, have adopted 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.....	5
2.1. Sistema de la libertad de expresión	5
2.2. Limitación de la libertad de expresión.....	8
3. EL DISCURSO DEL ODIO.....	14
3.1. Caracterización del concepto.....	14
3.2. Distinción con otros discursos extremos u ofensivos.....	31
4. EL DISCURSO DEL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	51
4.1. Perspectiva norteamericana	52
4.2. El estándar de protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	60
4.3. El discurso del odio en España	66
5. CONCLUSIONES.....	74
6. BIBLIOGRAFÍA	79

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad se percibe en nuestras sociedades una creciente inquietud ante la difusión de discursos de contenido discriminatorio, humillante o amenazante contra determinados colectivos a los que tradicionalmente se ha atacado debido a las características comunes que les identifican como grupo (por su nacionalidad, raza, religión, orientación sexual, género, discapacidad, enfermedad...).

Este tipo de mensajes constituyen el conocido como “discurso del odio”, un discurso de carácter extremo que, a pesar de no contar con una única definición universalmente aceptada, a grandes rasgos puede describirse como cualquier forma de expresión cuyo propósito sea el de estigmatizar o discriminar a un grupo social o a sus miembros por su sola pertenencia al mismo, menoscabando su dignidad.

La sociedad actual, consciente de los riesgos que la libre circulación del discurso del odio entraña para el mantenimiento de las bases democráticas de convivencia y de la paz social, ha tratado de luchar contra aquellos mensajes que lesionan valores constitucionalmente protegidos, como la dignidad humana, el honor o, incluso, la integridad física, recurriendo para ello a diferentes soluciones de carácter político, social y jurídico, siendo dentro de estas últimas donde surge el debate del discurso del odio como límite a la libertad de expresión. Este debate trata la siguiente cuestión: ¿debe limitarse el ejercicio de un derecho como la libertad de expresión, fundamental para la configuración de una sociedad democrática, abierta y plural, con el objetivo de evitar o paliar las deleznable consecuencias derivadas de la difusión de mensajes de odio?

Para dar respuesta a esa pregunta el contenido del presente trabajo trata de poner de relieve la actual importancia del derecho a la libertad de expresión en las sociedades democráticas de Derecho y determinar qué expresiones peligrosas son las que merecen ser expulsadas del debate público, quedando así excluidas del amparo otorgado por dicho derecho fundamental. Esta última valoración no encuentra un consenso unánime en la doctrina, pues los diferentes órganos jurisdiccionales, tanto nacionales como supranacionales, han venido estableciendo distintos criterios jurisprudenciales de delimitación del derecho a la libertad de expresión. Un claro ejemplo de esta distinta valoración la encontramos al

comparar el sistema europeo, cuya piedra basal es la dignidad de la persona, con el sistema norteamericano, basado en una concepción maximalista de la libertad de expresión.

Por otro lado, este trabajo hace también un intento de estricta delimitación del concepto de “discurso de odio”, tratando de distinguirlo de otros discursos extremos u ofensivos, como por ejemplo el discurso político. Esta labor de delimitación es de gran importancia, pues el discurso del odio se está convirtiendo cada vez más en un término de moda bajo el que incardinar cualquier discurso disidente con el fin de limitar injustificadamente el derecho a la libertad de expresión.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2.1. Sistema de la libertad de expresión

La libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales sin cuya observancia seríamos incapaces de entender el funcionamiento de las actuales sociedades democráticas. El libre intercambio de ideas, pensamientos y opiniones ha incrementado el valor de un derecho que, sin lugar a dudas, contribuye día a día a articular las relaciones sociales de los individuos.

Los diversos Estados y organizaciones internacionales, lejos de mantenerse ajenos ante la importancia de la libertad de expresión, ya desde las revolucionarias declaraciones de derechos francesa y norteamericana del siglo XVIII, se han preocupado por regular su contenido, límites y ejercicio, optando para ello por los instrumentos jurídicos de mayor importancia jerárquica presentes en cada uno de los sistemas. A título de ejemplo, hemos de mencionar el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, derecho que comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”; el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo contenido proclama que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión”, y que “este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”; y finalmente, el artículo 20.1 de nuestra Carta

Magna, cuyo primer apartado consagra el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

El ya mencionado artículo 20 de la Constitución Española (CE) también hace referencia a otra serie de derechos subjetivos, como la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica; la libertad de cátedra; y la libertad de comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Todos estos derechos, así como el relativo a la libertad de expresión, constituyen valores esenciales del Estado democrático, y aunque aparezcan recogidos en un mismo precepto, el Tribunal Constitucional ha destacado mediante diversas sentencias que nos encontramos ante libertades que presentan un contenido diferente (STC 29/2009, FJ 2)¹. De este modo, la Constitución Española, a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, adopta una visión dualista que reconoce de manera autónoma la libertad de expresión y la libertad de información, las cuales no son siempre fáciles de distinguir en su ejercicio práctico, donde hechos noticiables y veraces aparecen entremezclados con opiniones.

La libertad de expresión protege la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones, emitidas a través de cualquier medio, y por cualquier persona, dirigida a la garantía de la libre comunicación de juicios de valor o ideas. La amplitud del objeto protegido es especialmente grande, amparando no solo el contenido material de la información expresada, sino también la forma de transmisión de la misma, todo ello gracias a la imposición negativa al Estado de la obligación de no interferir en el ejercicio de esta libertad sin justificación legítima, aspecto que desarrollaremos con posterioridad.

Esta primera aproximación tan difusa al contenido de la libertad de expresión ha dado lugar a que, en ocasiones, haya sido vista como un derecho residual en el que han encontrado cabida todos aquellos hechos comunicativos que no encajaban en el resto de apartados del artículo 20 CE.

¹ STC 29/2009, de 26 de enero: “Este Tribunal viene señalando desde la STC 104/1986, de 17 de julio, la necesidad de distinguir conceptualmente entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (entendidas como concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables”.

En el año 1981, el Tribunal Constitucional constató mediante una de sus primeras sentencias que la libertad de expresión goza de la máxima protección cuando las opiniones vertidas tienen relación con el principio democrático representativo, puesto que es aquí donde este derecho “garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política” (STC 6/1981, de 16 de abril, FJ 3).

En definitiva, aunque el artículo 20 CE no hace alusión a ningún aspecto material concreto, y reconociéndose siempre el derecho a opinar sobre cualquier tema como instrumento de exteriorización de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 CE, el Tribunal Constitucional aclaró que, en cuanto a la difusión de pensamientos, ideas y opiniones, serán aquellos cuyo contenido contribuya al debate público donde la libertad de expresión gozará de una posición preferente.

Esta especial alusión a las creencias relacionadas con el funcionamiento colectivo de la sociedad es, sin lugar a dudas, la que convierte a la libertad de expresión en “uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres” (STEDH, de 7 de diciembre), contribuyendo a la tutela de la dignidad humana y la autonomía individual, a la búsqueda de la verdad y al avance del conocimiento, al autogobierno y legitimidad de las decisiones mayoritarias y, por último, a la búsqueda de un consenso basado en el libre intercambio y desarrollo de ideas, el cual permite que la sociedad se adapte a los nuevos cambios y circunstancias.

En España, donde a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no impera un modelo de democracia militante, la libertad de expresión protege incluso discursos contrarios a los valores democráticos. Esto no presupone, tal y como veremos a continuación, que cualquier idea esté amparada bajo el derecho a la libertad de expresión, pero sí que, en principio, todas aquellas ideas de relevancia pública, aun siendo empleadas con una finalidad anticonstitucional, son objeto de protección debido a que nuestro ordenamiento jurídico se sustenta en una garantía de

los derechos fundamentales más amplia, por motivos históricos, que la derivada del sistema europeo.

Esta idea acerca de la protección de los discursos contrarios a los valores democráticos, emanada de sentencias del Tribunal Constitucional como la STC 235/2007 de 7 de noviembre² o la STC 176/1995³ de 11 de diciembre, ha sido puesta actualmente en entredicho debido a la innegable limitación que el discurso político ha sufrido en nuestro país, dando lugar a un uso exhaustivo e impropio del término “discurso del odio”, el cual sí debe servir, tal y como analizaremos en profundidad más adelante, como instrumento para asegurar los derechos y la seguridad de determinados grupos sociales objeto de amenaza o discriminación.

En definitiva, dentro del discurso político la libertad de expresión abarca todas aquellas expresiones con relevancia pública y de interés general, representando de este modo un valor imprescindible para el desarrollo de la opinión pública que, siempre que no lesione ni ponga en peligro la dignidad humana, no puede ser limitada por parte del Estado aun cuando suponga expresiones contrarias al propio régimen democrático.

2.2. Limitación de la libertad de expresión

La indiscutible amplitud de la tutela o garantía que el derecho a la libertad de expresión ha recibido por parte del Tribunal Constitucional, sobre todo en el ámbito colectivo y político, no presupone que nos encontremos ante un derecho absoluto y carente de limitación alguna.

Todas las sociedades democráticas se han preocupado por restringir determinados tipos de discursos, tradicionalmente por motivos de orden público, sobre todo en aquellos momentos históricos en los que la defensa de determinadas ideas políticas extremas como, por ejemplo, el fascismo o el anarquismo, suponía un riesgo para la sociedad. Con el paso del tiempo, estas limitaciones pasaron a centrarse en discursos que manifiestamente atentan

² STC 235/2007, de 7 de noviembre: “al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan”.

³ STC 176/1995, de 11 de diciembre: “el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución”.

contra la dignidad humana, apareciendo así el mundialmente conocido como *hate speech* o discurso del odio.

Este establecimiento de límites, en el que incluso ha tenido lugar la intervención del Derecho Penal, es extraordinariamente complejo ya que el objeto de la limitación no suele ser la expresión en sí misma, sino las consecuencias que de ella se temen. La represión, en definitiva, es una medida puramente preventiva que, al igual que en los delitos de peligro, trata de evitar posibles riesgos recortando de una manera más amplia y profunda determinadas conductas cuyos resultados pueden llegar a producir un daño. Además, la inmensa variedad del lenguaje, cuya significación puede quedar sujeta a innumerables variaciones en función del contexto, hace prácticamente imposible la tarea de limitación de la libertad de expresión en términos absolutos.

En el campo del Derecho Internacional, tras reconocerse tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos una amplia cobertura del derecho a la libertad de expresión, se establecen unos límites, como por ejemplo, los recogidos en el artículo 20 del PIDCP⁴, que también han servido para orientar las limitaciones establecidas por otros importantes textos normativos de carácter internacional.

En primer lugar, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en cuyo artículo 13 aparecen recogidos una serie de discursos no protegidos por la libertad de expresión (propaganda en favor de la guerra, apología del odio que constituya incitación a la violencia, incitación directa y pública al genocidio, etc.), da cumplimiento a los mandatos de los artículos 19 y 20 del PIDCP. Sin embargo, la CADH no otorga una protección infinita, siendo la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que, apoyándose también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que

⁴ Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 20: “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

cierto tipo de discursos resultan antagónicos a la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos⁵.

Por otro lado, dentro del ámbito jurisdiccional del TEDH se ha tomado como punto de referencia lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 10 del CEDH, que establece que el ejercicio de la libertad de expresión “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Los miembros del Consejo de Europa, entre ellos España, a la hora de configurar los límites que determinen el ejercicio de la libertad de expresión en aplicación del precepto ya mencionado, no pueden obviar, y así lo exige el pluralismo democrático, que este derecho no solo opera “para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población”⁶, lo que no presupone un pretendido derecho al insulto.

En definitiva, cuando los Estados europeos someten a formalidades o restricciones de algún tipo al ejercicio de la libertad de expresión, deben hacerlo teniendo siempre en cuenta lo expuesto por el artículo 10.2 CEDH, así como el test de proporcionalidad que ha venido llevando a cabo la jurisprudencia, el cual incluye dentro de su ámbito o paraguas de protección aquellas críticas desabridas que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirigen⁷. Y es que el amplio contenido protegido por la libertad de expresión debe quedar delimitado únicamente por la ausencia de expresiones injuriosas, difamatorias o insultantes, expresiones que, sin lugar a duda, conectan con el discurso del odio.

⁵ 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 Facultad de Derecho*. Vol. 62/2 Julio-Diciembre 2014, p. 23 – 26.

⁶ STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside c. Reino Unido.

⁷ STC 6/2000, de 17 de enero

En último término, será el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el encargado de enjuiciar si la restricción es acorde con lo dispuesto en el CEDH, teniendo siempre en cuenta el principio jurisprudencial de “necesidad imperiosa en una sociedad democrática” y los objetivos legítimamente establecidos en el Convenio.

Pues bien, los fines que justifican la imposición de límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión son, en primer lugar, la protección del honor y la reputación de las personas, para lo que será necesario llevar a cabo un juicio de proporcionalidad que permita vislumbrar las características y particularidades de la crítica vertida. Estos límites serán más amplios cuando la crítica esté dirigida hacia un político, especialmente si forma parte del Gobierno, que cuando esté destinada a un particular, lo que busca fomentar un espacio donde la opinión pública de los ciudadanos sobre los organismos e instituciones públicas esté protegida.

Por otro lado, otro de los límites presentes es el relativo a la protección de bienes colectivos como la seguridad o el orden público. Aquí también el TEDH ha reconocido a los Estados un cierto margen de apreciación en relación con aquellos mensajes que, estando cada vez más presentes debido a la reciente expansión de los medios de comunicación de masas y del fenómeno de Internet, incitan a la violencia o al odio.

Tras haber analizado las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión que el TEDH, en aplicación del artículo 10.2 CEDH, ha establecido jurisprudencialmente, es importante que no olvidemos que nuestro Tribunal Constitucional, tratando de seguir la estela de dicho Tribunal internacional, así como en aplicación de lo dispuesto en el artículo 20.4 CE, también ha sometido a límites a las libertades comunicativas contenidas en el primer apartado del precepto constitucional mencionado.

El artículo 20.4 CE establece que “estas libertades tienen su límite en 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”. Pues bien, el contenido de este precepto no deja de estar formulado sobre la base de la teoría general de los límites de los derechos fundamentales, que establece que ningún derecho constitucional es ilimitado debido a la necesidad de proteger otros derechos constitucionales con los que pueda entrar en conflicto y también

como consecuencia de su desarrollo legal, pero no señala de un modo concreto, a diferencia de la CADH, clases de discursos específicamente excluidos de la protección otorgada por la libertad de expresión.

En primer lugar, la libertad de expresión puede verse limitada por otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, haciéndose especial referencia a los derechos contenidos en el artículo 18.1 CE, que son los que habitualmente suelen entrar en conflicto con el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, debemos valorar dicha referencia desde un punto de vista indicativo, ya que no se excluye el posible conflicto con otros bienes o derechos.

Algunos de estos derechos o bienes constitucionalmente protegidos, además del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, son el derecho a la vida y a la integridad física, y es que a través de la difusión de ideas u opiniones se puede incitar, directa o indirectamente, a cometer agresiones e incluso a atentar contra la vida de personas o grupos concretos. Es aquí donde la tipificación del llamado “discurso del odio” en el artículo 510 del Código Penal trata de proteger, no solo el honor de personas o grupos identificados por su raza, género, nacionalidad, religión u orientación sexual, sino también su propia vida e integridad física.

También encuentran protección la seguridad nacional y la defensa del Estado, para lo que el ejercicio de la libertad de expresión puede ser legalmente limitado con el fin de evitar la difusión de secretos oficiales sensibles y, por tanto, reservados.

El secreto de determinadas actuaciones judiciales, tanto en la fase de instrucción como en la del juicio oral, supone otra importante limitación de la libertad de expresión reconocida tanto en la Constitución como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde el principio de publicidad queda excepcionalmente limitado con el fin de garantizar el éxito y el correcto desarrollo de las investigaciones judiciales.

Otros posibles bienes y derechos constitucionalmente protegidos que también pueden entrar en conflicto con la libertad de expresión, y que ahora únicamente procederemos a

mencionar, son el propio orden constitucional, los derechos de participación política, la propiedad intelectual y los sentimientos religiosos⁸.

Todas estas limitaciones, tanto las de origen europeo como las que se desprenden de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, son inmediatamente tenidas en cuenta por los Jueces y Tribunales nacionales a la hora de aplicar la técnica de ponderación que, aunque no esté expresamente prevista en la CE, es de especial importancia para encontrar un punto de equilibrio entre el interés público que puede justificar una limitación y los derechos individuales, en este caso el derecho a la libertad de expresión. Ambos intereses contrapuestos, aun teniendo un mismo rango o valor abstracto, tienen un distinto peso en cada caso concreto, siendo el órgano judicial el encargado de determinar cuál de ellos debe ceder ante el otro, pero sin olvidar el carácter preferente que la doctrina le ha otorgado al derecho a la libertad de expresión en aras de la formación de una voluntad popular.

Esta consideración genéricamente aceptada en Europa acerca de la sujeción de los derechos fundamentales a limitaciones debido a su confrontación con otros valores es radicalmente opuesta a la existente en Estados Unidos. De acuerdo con la Primera Enmienda de su texto constitucional, el ejercicio de la libertad de expresión goza de un valor absoluto que, bajo ningún concepto y con independencia del contenido del mensaje expresado, puede verse limitado por parte de una ley proveniente del Congreso.

Algunos autores como John Rawls defienden este modelo americano basado en la tradición política y cultural del liberalismo diciendo que “restringir o suprimir la libre expresión política, incluida la expresión subversiva, implica siempre una suspensión parcial de la democracia”; por ello, “la prioridad de la libertad implica que no puede restringirse la libre expresión política a menos que pueda argüirse razonablemente a partir de la específica naturaleza de la situación presente que existe una crisis constitucional en la que las instituciones democráticas no pueden operar efectivamente y no pueden funcionar sus procedimientos para resolver las emergencias”⁹.

Estas diferencias tan significativas y aparentemente irreconciliables entre el modelo americano y el europeo a la hora de establecer los límites concretos al ejercicio de la

⁸ BIGLINO, Paloma y otros. *Lecciones de Derecho Constitucional II*. Valladolid: Lex Nova, 2013, p. 607 – 620.

⁹ RAWLS BORDLEY, J. *Sobre las libertades*. Paidós, Barcelona, 1996, p. 103.

libertad de expresión serán de especial importancia a la hora de entender el dispar tratamiento que el discurso del odio, materia de estudio en lo que resta de nuestro trabajo, ha recibido por parte de ambos ordenamientos jurídicos.

3. EL DISCURSO DEL ODIO

En la actualidad se puede comprobar cómo se ha generalizado el uso de un término cuya utilización, en ocasiones, ha sido un tanto confusa. Este concepto al que hacemos referencia es el conocido como “discurso del odio”, cada vez más empleado por los medios de comunicación y los políticos, así como en la esfera judicial, habiendo sido precisamente dentro esta última, en la jurisprudencia de los propios tribunales, donde ha sido necesario perfilar con mayor rigor el término. Como una primera aproximación, podemos definir el discurso del odio como aquellas manifestaciones o mensajes 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 sexual, identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

Los motivos por los cuales existen distintas formas de entender el discurso del odio responden, entre otros, a los diversos estándares de protección que los ordenamientos jurídicos del mundo han otorgado al derecho a la libertad de expresión, a las diferencias de orden metodológico y jurídico-constitucional, a la distinta concepción de los valores individuales y colectivos y, por último, a la correspondiente experiencia histórica que a cada sociedad le ha tocado vivir, la cual ha generado una noción distinta del propio sistema democrático.

3.1. Caracterización del concepto

Tal y como hemos expuesto con anterioridad en el preámbulo correspondiente a este epígrafe, no existe una definición unificada en la doctrina ni en la jurisprudencia de los diferentes Estados y tribunales sobre el concepto del “discurso del odio”.

El Consejo de Europa, preocupado por la proliferación de mensajes claramente discriminatorios y ofensivos hacia determinados grupos sociales, y teniendo siempre presente la terrible experiencia histórica sufrida en nuestro continente durante la Segunda

Guerra Mundial, definió mediante la Recomendación del Consejo de Europa R (97) 20, de 30 de octubre de 1997 el discurso del odio como “toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia incluida la intolerancia expresada por el agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

Esta primera definición refleja de un modo claro la preocupación del Tribunal de Estrasburgo por luchar contra la discriminación racial que, bajo todas sus formas y manifestaciones, han tenido que soportar tradicionalmente determinados grupos de personas por razón de su pertenencia a una minoría étnica o su origen inmigrante. Por ello, y para evitar las más que despreciables consecuencias a las que la proliferación del discurso del odio conduce, el TEDH ha establecido en diversas sentencias que resulta “necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”¹⁰.

Cabe destacar que, para que dichas expresiones racistas y xenófobas, tanto material escrito, como imágenes o cualquier otra representación de ideas o teorías, no se beneficien de la protección del artículo 10 CEDH, “no es necesario que las mismas supongan una llamada a cometer actos de violencia y otras conductas criminales, ya que cualquier ataque contra un grupo específico de la sociedad, ya sea por medio de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable”¹¹.

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, adoptada el 8 de diciembre de 2015, ha definido como discurso del odio “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

¹⁰ SSTEDH de 8 de julio 1999, asunto Sürek c. Turquía; 4 de diciembre de 2003, Günduz c. Turquía; 16 de julio de 2009, Féret c. Bélgica.

¹¹ STEDH de 9 de febrero de 2012, caso Vejdeland y otros c. Suecia,

basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.

Esta nueva definición amplió la caracterización inicialmente otorgada por el Consejo de Europa al discurso del odio, en cuya Recomendación circunscribió el concepto únicamente a aquellos mensajes de contenido racista o xenófobo, siendo ahora incluidas otras manifestaciones basadas en la religión, la ascendencia, la edad, la discapacidad, el sexo, el género, la identidad de género, la orientación sexual, etc.

Pero además de completar la descripción llevada a cabo en el año 1997, esta importante Recomendación de la Comisión Europea especifica claramente cuáles son los elementos esenciales para reconocer los actos constitutivos de discurso del odio, pudiendo mencionar los tres siguientes. El primero de estos elementos es el fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, humillación o menosprecio, así como al acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza.

En segundo lugar, cabe mencionar que la utilización de este discurso 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 por último, el móvil o elemento motivacional de estos discursos vendría dado por aspectos relacionados con la raza, el color el idioma, la religión o creencias, la nacionalidad, el origen étnico o la ascendencia, entre otros. Además, el TEDH ha incluido expresamente la negación de delitos de genocidio, delitos de lesa Humanidad o de delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia por los Tribunales, o el enaltecimiento de las personas condenadas por los mismos. Por el contrario, ha excluido la sátira y los informes y análisis objetivos.

La lectura conjunta de ambos textos, tanto la Recomendación del Consejo de Europa como la proveniente de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, nos permite ya entender de un modo más riguroso las características propias del discurso del

odio, para lo que no debemos olvidar que, al servir éste como límite a la libertad de expresión, no puede quedar integrado por expresiones socialmente consideradas como irreverentes, insensibles, insolentes, satíricas, burlescas, hirientes o despectivas, por mucho que su motivación sea el odio.

En definitiva, los elementos necesarios para entender el discurso del odio en el marco del Convenio Europeo serían, en primer lugar, las expresiones dirigidas contra aquellos grupos que, debido a determinadas características, son especialmente vulnerables.

Las características a las que aquí hacemos referencia no solo se limitan a aspectos raciales o étnicos, sino que también se verían señalados aspectos relacionados con la religión, la condición sexual, la identidad de género o incluso la discapacidad. Caracteres que no forman la identidad personal de una vez por todas, pero que tradicionalmente los discursos opresores se han encargado de señalar para así crear estereotipos deformados. En resumen, estas expresiones “se dirigen hacia colectivos unidos por un determinado rasgo, pero no por ser ellas, no por haber recibido de ellas algún daño, sino por formar parte de alguno de los colectivos odiados. De ahí que quien pronuncia el discurso no se preocupe por las personas concretas, sino que las disuelve en el grupo del que forman parte, grupo al que se desprecia, odia o denigra”¹².

Estos grupos han variado en función del contexto histórico y del país en el que nos encontremos, siendo generalmente los judíos y musulmanes, los gitanos, los refugiados, los inmigrantes, las comunidades negras y latinoamericanas, y el colectivo LGTBI, de ahí que estos colectivos hayan quedado sometidos a una desigualdad estructural basada en el odio y la aversión que además en muchos casos ha venido acompañada de una limitación de derechos.

En segundo lugar, estas expresiones han de contener un claro elemento ofensivo, tratándose así de mensajes insultantes, vejatorios, humillantes, amenazantes, provocadores a la comisión de actos de hostilidad, violencia o discriminación contra un grupo social o sus miembros. Y por último, mediante dichas expresiones claramente ofensivas, cabe destacar

¹² CORTINA ORTS, Adela. “Prólogo” en Lucía Alonso y Víctor J. Vázquez (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2017, p. 9 – 15.

un último elemento de carácter motivacional, la intencionalidad directa de ofender mediante insultos, provocaciones y vejaciones, motivada por razón de esa intolerancia¹³.

Señaladas estas tres notas relativas al grupo especialmente vulnerable, al elemento ofensivo y a la motivación discriminatoria, no hemos de olvidar que, tal y como señalábamos con anterioridad, no podemos incluir dentro del discurso del odio expresiones insolentes, irrelevantes o políticamente incorrectas, sino que las mismas han de difundir, incitar, promover o justificar efectivamente el odio basado en la intolerancia¹⁴, sin que para ello sea necesario que se lleve a cabo una llamada directa a la comisión de actos violentos. Esta incitación se presenta en la mayor parte de las ocasiones de un modo indirecto, por lo que es aquí donde encontramos una de las mayores dificultades a la hora de calificar una determinada manifestación como discurso del odio.

Otra de las razones que pueden dificultar la identificación propia del discurso del odio la encontramos a la hora de llevar a cabo su diferenciación con respecto de los delitos de odio o *hate crimes*, que comprenderían aquellos tipos delictivos en los que el móvil es discriminatorio. De acuerdo con la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la larga historia de colonialismo, intolerancia, esclavitud y dictaduras, impide que los Estados respondan del mismo modo ante los posibles delitos de odio, siendo de este modo muy difícil lograr una definición única de los mismos y una determinación de qué grupos son los que están amparados bajo el concepto.¹⁵

A pesar de esta complejidad conceptual, estudios como el del *Bureau of Justice Assistance* (BJA) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (USA) de 1990 han definido los delitos de odio como “crímenes que manifiestan evidencias o prejuicios basados en la raza, religión, orientación sexual, origen étnico, incluyendo en su caso los asesinatos, homicidios no negligentes, violaciones forzadas, asaltos agravados, asaltos simples, intimidaciones, incendios intencionados y la destrucción, daños o vandalismo a la propiedad”¹⁶.

¹³ TERUEL LORENZO, Germán. “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”. [en línea] *ReDCE*, núm. 27, 2017. https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm#dos [Consulta: 23/03/2020]

¹⁴ STEDH de 6 de junio de 2006, caso Erbakan c. Turquía

¹⁵ MARTÍN HERRERA, David. “Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, op.cit., p. 18.

¹⁶ Bureau of Justice Assistance: *A Policymaker's Guide to Hate Crimes*, Washington, 1997.

En esta misma línea, la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos definió en 2005 los delitos de odio como “cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, sus bienes o el objetivo son elegidos por su real o asimilada conexión, afiliación, apoyo o pertenencia a un grupo”. Dicho grupo debe estar “basado en una característica común de sus miembros, tal como su real o perceptiva raza, nacional o étnico origen, lenguaje, color, religión, sexo, edad, minusvalía mental o física, orientación sexual u otros factores similares”¹⁷.

Ambas definiciones presentan cuáles son los elementos esenciales de los delitos de odio, encontrándonos por un lado la existencia de una infracción penal y por otro, su realización motivada por unas razones discriminatorias. Así las cosas, los delitos de odio son un concepto jurídico-penal que puede ir referido a conductas que no son expresivas, y manifestaciones reconocidas como discurso del odio pueden no constituir una infracción penal¹⁸.

Como no podemos en todo caso catalogar el discurso del odio como una modalidad de delito de odio, “no se puede abordar la problemática del discurso del odio tan sólo desde el Derecho penal”¹⁹, requiriéndose además de otros instrumentos jurídicos como sanciones administrativas o indemnizaciones civiles por daños, así como de respuestas de tipo político.

Desde el año 2015, nuestro ordenamiento jurídico ha tipificado el delito de provocación a la discriminación, odio y violencia en el artículo 510 del Código Penal, dentro del Libro II, en el Título XXI que lleva por rúbrica de los «Delitos contra la Constitución», y más en concreto, en el Capítulo IV dedicado a los «Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», cuya Sección Primera se denomina de los «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución». Esta nueva regulación tiene en cuenta lo dispuesto por la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de

¹⁷ Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR): *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Liubliana, 2005.

¹⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando. “Discurso del odio y racismo líquido”, en M. Revenga Sánchez (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*. Madrid: Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, 2015, p. 55-56

¹⁹ *Ibidem*.

noviembre, y unifica en el mismo artículo 510 CP las conductas que antes venían siendo reguladas por dicho precepto y las que se encontraban tipificadas en el artículo 607.2 CP.

En resumen, la nueva redacción del tipo castiga fomentar o incitar, directa o indirectamente, al odio, a la discriminación o a la violencia por motivos racistas o discriminatorios. Además, se penaliza la elaboración o posesión de materiales que resulten idóneos para materializar las conductas descritas y tipifica la negación pública, trivialización grave de los delitos cometidos contra la comunidad internacional, así como el enaltecimiento de sus autores. También, se prevén específicamente las nuevas vías utilizadas para la materialización de las conductas, como el caso de internet, o la inhabilitación especial que se puede imponer a los culpables de estos delitos para ejercer determinadas profesiones u oficios que podrían ser utilizados para imbuir ideas discriminatorias o racistas en menores de edad.

Para el correcto entendimiento de esta nueva regulación ha sido de especial importancia la reciente Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

De acuerdo con esta circular, los delitos de odio se configuran como delitos de peligro abstracto, excepto la conducta tipificada en el primer inciso del artículo 510.2, a) CP, que recoge una infracción de resultado. En este sentido, la STS nº 259/2011, de 12 de abril, FJ 1, exige para la persecución penal de ideas u opiniones un peligro real de los bienes jurídicos protegidos, para lo que “no es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante”²⁰.

Además, los delitos de odio se constituyen como tipos delictivos dolosos para cuya comisión no se exige un ánimo específico, sino que basta con el dolo genérico consistente en conocer los elementos del tipo penal y actuar conforme a esa comprensión. La STS 846/2015, de 30 de diciembre, FJ 4, aclara al respecto que “no es exigible una especie de *animus* singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar [...] como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y

²⁰ STS 259/2011, de 12 de abril

vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio”²¹.

Y respecto al sujeto pasivo afectado por estos delitos, el Ministerio Fiscal ha establecido que las agresiones y vejaciones se configuran como delito de odio si se dirigen contra un determinado grupo o individuo, precisamente por formar parte del mismo, lo que enlaza con la motivación discriminatoria. Por lo tanto, el sujeto pasivo de los delitos de odio es de carácter plural, pudiéndose concretar en una parte del grupo o en un individuo, pero siempre por referencia a un colectivo desfavorecido o especialmente vulnerable.

En resumen, el resultado de esta generalización de la tipificación penal de delitos de odio es el de una regulación considerablemente amplia que no solo incluye tipos delictivos graves, como agresiones o daños a la propiedad, sino que también abarca como conductas punibles los actos previos a las agresiones motivadas por el odio²².

De este modo, y de acuerdo con la anterior STS nº 259/2011, de 12 de abril, FJ 1, expresiones del discurso del odio en España han sido entendidas como delitos de odio, pero debiendo reducirse a las más graves por poner en peligro el bien jurídico protegido por el artículo 510 CP, la dignidad humana. Y es que, aunque estas manifestaciones y expresiones sean siempre frontalmente rechazables debido a su fundamentación discriminatoria y racista hacia determinados grupos e integrantes de los mismos, “no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal, como ya se ha indicado, para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de lesión como el peligro creado para los bienes jurídicos que se trata de proteger”²³.

Es en este punto donde resulta de especial interés tratar acerca del negacionismo o revisionismo histórico, que es aquel discurso que niega, cuestiona o plantea dudas, de forma parcial o total, sobre el hecho histórico del genocidio cometido por los nazis contra el pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial.

²¹ STS 846/2015, de 30 de diciembre

²² MARTÍN HERRERA, David, “Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, op.cit., p. 20.

²³ STS, 259/2011, de 12 de abril

Ante la existencia de discursos que niegan totalmente la existencia del Holocausto nazi y de mensajes que cuestionan la amplitud, gravedad y métodos empleados para el exterminio en los propios campos de concentración, los distintos ordenamientos jurídicos han reaccionado de un modo muy diferente. Concretamente en Europa, donde la libertad de expresión se concibe como un derecho limitado que puede encontrar restricciones a su ejercicio cuando entra en conflicto con otros bienes o derechos protegidos, doce países, entre ellos Alemania, Austria y Francia, han tipificado la negación del Holocausto como delito, y todo ello por considerar que la negación del genocidio nazi es algo más que la simple expresión de ideas u opiniones sobre un hecho histórico, sino que constituye un discurso que menoscaba, humilla y fomenta el odio hacia el pueblo judío, sometiéndolo a un peligro abstracto basado en la posible futura repetición de los terribles hechos perpetrados durante la Segunda Guerra Mundial en lugares como Auschwitz, Treblinka, Belzec y Dachau .

La jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado en esta misma dirección y, sobre la base de que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación para decidir en función de su propia experiencia histórica, ha convalidado aquella legislación penal estatal apelando al artículo 17 del CEDH²⁴. Este precepto, que no encuentra parangón en nuestro ordenamiento jurídico, contiene una cláusula de abuso de derecho a través de la cual se ha justificado que el fenómeno del negacionismo no haya encontrado protección bajo el artículo 10 CEDH relativo a la libertad de expresión. En resumen, el modelo de democracia militante que se deriva del CEDH supone una “respuesta frente a los totalitarismos y con el cometido de hacer sonar la alarma frente a su resurgimiento”²⁵.

España, a pesar de reconocer al igual que el TEDH que la dignidad humana determina el espacio del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, en este caso la dignidad de las víctimas que sufrieron las horribles consecuencias del Holocausto nazi, tanto pertenecientes al pueblo judío, como a otros colectivos, entre ellos gitanos, homosexuales o

²⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, artículo 17: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

²⁵ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, núm. 14 – 02, p.8

discapacitados, no considera que el discurso negacionista constituya una forma de discurso del odio ni acoge legalmente su tipificación penal.

Para entender los motivos por los cuales la jurisprudencia del TC ha considerado que el negacionismo y el revisionismo histórico no pueden ser calificados como discurso del odio es fundamental tener en cuenta que nuestro sistema no se constituye, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno, como un modelo de democracia militante, “esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”²⁶.

Pues bien, debido a que nuestro sistema democrático se fundamenta sobre la base del pluralismo, tienen cabida dentro de él incluso aquellas ideas o pensamientos contrarios a la propia Constitución, siempre y cuando no atenten contra la propia dignidad humana. Como resultado, en nuestro ordenamiento la libertad ideológica y la libertad de expresión encuentran un ámbito de protección mucho más amplio que, por ejemplo, el que podemos encontrar en países como Alemania, donde prevalece un sistema militante en el que se restringen aquellos discursos que pongan en peligro el régimen democrático constitucional, todo ello como consecuencia de la profunda huella que dejó en la sociedad alemana la barbarie del nazismo durante la Segunda Guerra Mundial.

Y es aquí donde debemos detenernos para tratar de explicar por qué la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que el negacionismo, entendido como la mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos sosteniendo que no sucedieron o que no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio, no implica necesariamente mensajes de odio que atenten contra la dignidad del pueblo judío.

La emblemática STC 214/1991, de 11 de noviembre, conocida como el caso Violeta Friedman, estableció que “las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean —y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia—, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (artículo 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (artículo 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las

²⁶ STS 48/2003, de 12 de mayo

mismas se haga, [...] sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”.

La demandante, una judía superviviente del campo de concentración de Auschwitz en el que había perdido a toda su familia, invocaba su derecho al honor frente a Leon Degrelle, un antiguo miembro belga de las Waffen S.S. residente en España que mediante unas declaraciones publicadas en la revista *Tiempo*, tergiversó la historia y llamó mentirosos a quienes padecieron los horrores de los campos de concentración nazis.

Finalmente, el TC reconoció el amparo a Violeta Friedman. Pero no fue la negación del genocidio la que llevó al TC a conceder el amparo a la demandante, sino “la valoración de las declaraciones del demandado en su conjunto”, las cuales denotan un claro menosprecio hacia el pueblo judío. En conclusión, son aquellas “afirmaciones que manifiestamente poseen una 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”, las que merecen ser censuradas y constituir un límite a la libertad de expresión por vulnerar el derecho al honor y la dignidad de todas aquellas víctimas que fueron sometidas al exterminio nazi.

Esta importante sentencia fue posteriormente invocada para argumentar en sede parlamentaria la necesidad de legislar penalmente, al igual que otros países de nuestro entorno, la propia negación del genocidio como delito, obviando para ello que el fallo no aludía al cuestionamiento histórico del Holocausto como límite a la libertad de expresión e ideológica, sino a las afirmaciones que, lejos de ser simples disquisiciones o valoraciones de hechos históricos denigraban y menospreciaban a las víctimas, suponiendo una intromisión en el honor de la recurrente que no podía quedar justificado bajo el amparo del ejercicio de la libertad de expresión²⁷.

Como resultado, y contando con el apoyo de todos los grupos parlamentarios, finalmente se aprobó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que incluyó el ahora ya reformado artículo 607.2. Este precepto castigaba “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado

²⁷ 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.º. 85, 2009, p. 308.

anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”.

El motivo por el cual se decidió introducir este tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico no se justifica porque existiera una demanda social imperiosa que hiciese necesario acabar con la difusión y publicación de literatura que ensalzaba la ideología nacionalsocialista derrotada en la Segunda Guerra Mundial, sino que “la decisión se inscribe más bien dentro de las coordenadas de un Derecho penal simbólico, cuya función latente es trasladar un mensaje de tranquilidad a la ciudadanía, una función pedagógica si se quiere, más que proteger efectivamente determinados bienes jurídicos”²⁸.

Este artículo albergaba dos conductas típicas, por un lado el negacionismo, que ya hemos definido como aquella actitud que consiste en la negación de hechos históricos recientes y muy graves que están generalmente aceptados y, por otro lado, la justificación, que no implica una 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.

Dichas conductas típicas constituyen, aparentemente, supuestos de apología genérica del genocidio, y es que, tal y como se desprende de la lectura estricta del tipo penal, para la comisión de las mismas no se exige que las conductas vayan acompañadas de provocación o inducción a la acción delictiva. Esto último pone ya en cuestión la constitucionalidad del precepto, aspecto que pasaremos a analizar más detenidamente a continuación. Y es que el también entonces modificado artículo 18 CP, relativo a la provocación, estableció que la apología, entendida como la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalzen el crimen o enaltezcan a su autor, solo será delictiva como forma de provocación si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito²⁹.

En consecuencia, resultaron entonces de especial interés las discusiones que surgieron en torno a la configuración del artículo 607.2 CP como un delito de apología general del genocidio como conducta punible, sin ser necesaria una fuerza de sugestión tal que estimule a cometer delitos del mismo género, justo en el mismo momento en el que la

²⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María: “La negación de un genocidio”, op.cit., p. 315.

²⁹ *Ibidem*, p. 319 – 320.

propia apología quedaba descartada como actividad delictiva si no venía acompañada de las notas de provocación o incitación directa a cometer un delito. Sin embargo, y de acuerdo con el principio de legalidad, acabó concluyéndose que la única interpretación cabal del precepto es aquella que atribuye la sanción impuesta por el artículo 607.2 CP a la difusión de ideas o doctrinas que nieguen los genocidios, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que en el pasado ampararon prácticas genocidas, y no exige la incitación a la comisión de delito, ni que las ideas que se difunden ensalcen el genocidio o enaltezcan a los genocidas. Por ello, la doctrina trató de configurar la negación como un delito de apología autónomo, sin pretender encuadrar dicha conducta dentro de las propias definiciones de provocación y apología que aparecen con carácter general en el artículo 18³⁰.

Y es precisamente en esta interpretación donde encontramos un problema de compatibilidad entre la tipificación como delito de la simple negación del genocidio con nuestra Constitución, siendo finalmente la controvertida STC 235/2007, de 7 de noviembre, la que se encargó de resolver la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona relativa al artículo 607.2 CP, concretamente al inciso “nieguen o”, el cual finalmente fue declarado nulo.

El TC consideró que el precepto únicamente castiga la pura y simple “transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos”. Por ello, en la medida en que viene a perseguir una conducta amparada por el derecho a la libertad de expresión (artículo 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica (artículo 20.1 b) y de conciencia (artículo 16 CE), constituye un límite infranqueable para el legislador penal³¹, quien de acuerdo con el ordenamiento jurídico no puede tipificar como delito la mera transmisión de ideas, pensamientos u opiniones, “ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”.

Y es que, a pesar de que la sentencia admite que la negación sí constituiría una conducta sancionada si se pudiera deducir de la misma “una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio”, determina finalmente que “la mera negación del delito, frente a otras conductas que

³⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María: “La negación de un genocidio” op.cit., p. 326.

³¹ *Ibidem*, p. 335 – 336.

comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane”.

Cabe aquí traer a colación el voto particular que formuló el Magistrado Vicente Conde en la STS de 1 de abril de 1995 que denegó la condición de refugiado político a Gerd Honsik. En contra del criterio defendido por la mayoría de sus compañeros, Conde sostuvo que “la mera negativa de un hecho histórico, por todo lo disparatada e incluso malintencionada que pueda considerarse, y pese al enorme dolor y repugnancia que tal hecho histórico suscita, no puede equipararse a la defensa de la ideología del régimen que lo provocó”. Para este Magistrado, la negación de un crimen no tiene por qué presuponer simpatía con el autor del hecho delictivo y, en consecuencia, equiparar el cuestionamiento histórico del holocausto con la atribución de una determinada ideología “es más una apreciación valorativa, casi apriorística, que la conclusión de un razonamiento en términos lógicos”.

La STC 235/2007 sigue también la línea del Magistrado Vicente Conde para argumentar por qué la mera negación de un delito de genocidio no puede considerarse como una manifestación del discurso del odio, con independencia de la postura del TEDH, en cuya jurisprudencia ha venido admitiendo la legitimidad de las condenas impuestas por negar el Holocausto haciendo uso del artículo 17 CEDH como límite al ejercicio del derecho libertad de expresión³², o de la ya mencionada Recomendación de Política General nº 15, que ha incluido expresamente la negación del genocidio como una de las formas de expresión que forman parte de dicho discurso³³.

Por un lado, el TC considera como muy graves las imputaciones de los partidarios de la represión penal del negacionismo, quienes razonan que la verdadera intención de los negacionistas es la de crear las condiciones propicias para que en un futuro vuelva a tener lugar la comisión de ese delito de genocidio que ahora se niega³⁴. Esta imputación no deja de estar basada en saltos lógicos encaminados a establecer una presunción de mala fe, ya

³² Cfr. STEDH, asunto Hans-Jürgen Witzsch c. Alemania, de 13 de diciembre de 2005; B. H., M. W., H. P. y G. K. c. Austria, de 12 de octubre de 1989; o Marais c. Francia, de 24 de junio de 1996

³³ Recomendación de Política General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia: “...las formas de expresión que recaen en el ámbito de la Recomendación incluyen la negación, trivialización, justificación o condonación públicas de delitos de genocidio, 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”.

³⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María: “La negación de un genocidio”, op.cit. p. 337.

que no hay un nexo claro que permita dilucidar que la literatura negacionista “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 pretende”³⁵.

Descartada dicha intencionalidad, que sin lugar a dudas puede estar presente en alguno de los autores negacionistas, pero que no es ingrediente necesario de la propia definición de “negación” ni del artículo 607.2 CP, nos encontramos con que uno de los requisitos propios del discurso del odio, la incitación a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, no se encuentra en el discurso negacionista. Y aun suponiendo que esa fuera la intención de quienes sostienen el negacionismo, la de una incitación tanto directa como indirecta, se requeriría además que su actuación “fuese en verdad idónea para crear dicha actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado”³⁶, requisito de idoneidad propio del discurso del odio que tampoco exige el artículo 607.2 CP.

En definitiva, el TC termina por concluir estableciendo que la negación del genocidio es una conducta que “permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión”³⁷. Y es que, tal y como refleja la Sentencia, aun en la hipótesis de que el discurso negacionista constituyese un verdadero peligro para la dignidad humana como bien jurídico protegido, sería necesario acudir al test de proporcionalidad previsto a la hora de limitar el ejercicio de derechos fundamentales, porque “una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades”³⁸.

Esta tesis rebate el argumento de peligrosidad que la Abogacía del Estado venía sosteniendo durante la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad, quien vino a considerar que la negación del genocidio comportaba un peligro, al menos en abstracto, para la dignidad humana al estimular “resortes psicológico-sociales no bien conocidos, y crear una atmósfera social que, como demuestra el desarrollo de los hechos en la Alemania

³⁵ STC 235/2007, de 7 de noviembre

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ STC 199/1987, de 16 de diciembre

nazi, comienza con la discriminación legal en el acceso a cargos públicos y profesiones... y se extiende e intensifica en todos los campos de la convivencia hasta los extremos de destrucción y exterminio que conoce la historia”³⁹. Esta argumentación también es compartida por el TEDH, que prescinde del juicio de proporcionalidad necesario para analizar las circunstancias y efectos concretos que rodean al caso, lo que finalmente le lleva a presumir *iuris et de iure* que toda expresión negacionista conlleva un peligro para la sociedad democrática⁴⁰.

Además, el TC completó su argumentación estableciendo que, al igual que ya hizo con anterioridad en el caso Violeta Friedman, la tipificación penal como conducta delictiva de la negación del genocidio vulnera el derecho a la libertad de expresión recogido en la letra *d*) del artículo 20.1 CE, dentro del cual quedan amparadas aquellas afirmaciones, dudas y opiniones acerca de los hechos que tuvieron lugar durante el III Reich con respecto a los judíos en los campos de concentración por reforzar el valor del diálogo para la libre formación de una conciencia histórica colectiva, siempre y cuando la manifestación de dichas ideas sean compatibles con la dignidad humana⁴¹.

Esta vulneración a la libertad de expresión que la simple y pura negación de hechos históricos comporta, también atañe a otro derecho ubicado en la letra *b*) del mismo precepto constitucional, el derecho a la libre producción y creación científica. En efecto, la STC 235/2007 afirma 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 al ámbito de la libertad científica”. Y remitiéndose al Fundamento Jurídico 4 de la STC 43/2003, de 23 de marzo, completa esta afirmación estableciendo que “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”.

³⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre

⁴⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, p. 336 – 337

⁴¹ BILBAO UBILLOS, Juan María: “La negación de un genocidio”, *op.cit.* p. 335

Todos estos argumentos llevaron al TC a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "nieguen o" del apartado 2 del artículo 607 CP, no así de la segunda de las conductas recogidas en este precepto, la difusión pública de ideas que justifiquen el genocidio. El alto grado de peligrosidad que el delito de genocidio comporta habilita al legislador penal a castigar la justificación pública de este odioso delito “siempre que tal justificación opere como incitación directa a su comisión”⁴² y no se confunda con “la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo”⁴³ que resultaría plenamente amparada por los artículos 16 y 20 CE.

En conclusión, la correcta interpretación del artículo 607 CP, ahora ya reformado, sería aquella que únicamente otorga un reproche penal a las conductas “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”⁴⁴. Sin embargo, tal y como ya hemos visto con anterioridad a la hora de analizar el tratamiento jurídico penal del discurso del odio, la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2015 terminó por unificar las conductas recogidas en los artículos 510.1 y 607.2, dando lugar a la nueva redacción del artículo 510 relativa a los delitos de odio.

Tras haber llevado a cabo este intento de delimitación del llamado discurso del odio, es fácil observar cómo su estricta identificación en ocasiones es un tanto compleja y confusa. Los motivos por los cuales existe una tendencia a la desnaturalización de este discurso residen en que, de un modo u otro, elementos sustanciales del mismo son muchas veces obviados, tales como la motivación discriminatoria o la alusión a grupos especialmente vulnerables. Y es concretamente en este último requisito donde, desde mi punto de vista, el uso del término “discurso del odio” ha proliferado más inadecuadamente, tratando de encajar en los parámetros del mismo mensajes dirigidos contra instituciones políticas u organismos públicos que, bajo ningún concepto, forman parte de los sujetos protegidos bajo la limitación que el discurso del odio supone para la libertad de expresión.

⁴² STC 235/2007, de 7 de noviembre

⁴³ *Ibidem*

⁴⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María: “La negación de un genocidio”, op.cit. p. 343

En definitiva, es de suma importancia que a continuación tratemos de distinguir el discurso del odio de otros discursos extremos u ofensivos amparados bajo la libertad de expresión, en especial aquellos derivados del discurso político.

3.2. Distinción con otros discursos extremos u ofensivos

Ya hemos visto como el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión adquiere un “valor especial” debido a su contribución al desarrollo del debate social sobre aquellos asuntos con relevancia pública que fomentan los pilares de una sociedad democrática libre, plural y tolerante.

Dentro de esta dimensión institucional es precisamente donde el derecho a la libertad de expresión adquiere un verdadero interés constitucional al constituirse como garantía de la opinión pública, garantía que reviste de una especial transcendencia al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes al funcionamiento del sistema democrático. Por lo tanto, si el ejercicio del derecho a la libertad de expresión “viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador, cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente”⁴⁵.

En este sentido, el TC ha establecido que la libertad de expresión, cuya configuración, como ya sabemos, no tiene lugar en términos absolutos, permite que determinados discursos, tales como el ya mencionado discurso del odio, se constituyan como límites a su ejercicio. Y es que lejos de contribuir de manera alguna al fomento de la opinión pública, no pueden quedar bajo el legítimo amparo de la letra *b)* del artículo 20.1 CE aquellos discursos que atentan gravemente contra la dignidad humana. De ahí que la mayoría de los ordenamientos jurídicos se hayan preocupado por excluir el propio discurso del odio del libre mercado de las ideas protegido por la libertad de expresión al presentar un peligro claro e inminente.

⁴⁵ STC 171/1990, de 12 de noviembre

En la actualidad, ha sido precisamente dentro de este marco del discurso del odio, cuya conceptualización, tal y como hemos tenido oportunidad de constatar, es en ocasiones verdaderamente heterogénea en función del contexto en el que nos encontremos, donde se han tratado de encajar, como si de un cajón desastre se tratara, aquellos otros discursos inquietantes, chocantes u ofensivos, dentro de los cuales puede también llegar a encontrarse el discurso político.

Esta tendencia a la categorización de determinados discursos políticos como expresiones integrantes del llamado discurso del odio, tal y como ha constatado la jurisprudencia del TEDH, escapa en muchas ocasiones de la verdadera naturaleza del propio *hate speech*, dando lugar a la desnaturalización conceptual del mismo.

Como premisa de partida resulta pertinente recordar la idea ya anteriormente expuesta en la célebre sentencia dictada en 1976 en el asunto *Handyside c. Reino Unido*, la cual establece, en relación con la libertad de expresión contenida en el artículo 10 CEDH, que “no sólo protege las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población”. De este modo, las opiniones que incomodan, perturban, o molestan, tanto a las autoridades como a algún sector de la población, merecen del mismo paraguas de protección que aquellas otras de contenido aparentemente inocuo, más aun teniendo en cuenta que “la libertad de expresión adquiere pleno sentido cuando se ejerce para disentir de las convicciones dominantes”⁴⁶.

Siguiendo nuevamente la argumentación esgrimida por el TEDH, debemos mencionar al respecto el asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, en el que el Tribunal de Estrasburgo consideró que no era contraria a la libertad de expresión la condena impuesta a un político belga por un delito de incitación a la discriminación debido a la difusión de unos pasquines en los que se propugnaba la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica. Dicha sentencia establece 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

⁴⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María. “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera contra España*: La crónica de una condena anunciada”. *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2018, p. 29.

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”.

Sin embargo, y pese a estas premisas, el Tribunal terminó por ratificar la condena impuesta al considerar que “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”. Y es que, aunque los pasquines no llamaban directamente a la realización de actos delictivos o de violencia, en opinión del TEDH sí que daban lugar a un ataque al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población, lo que incitaba a la discriminación. En definitiva, se trataba de una conducta expresiva de entidad suficiente para que las autoridades hiciesen prevalecer la lucha contra el discurso racista antes que el ejercicio de una libertad de expresión irresponsable y contraria a la dignidad de dichos colectivos.

En esta misma línea se ha venido manifestando la Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), que recomienda que “los partidos políticos deben adoptar posiciones firmes contra cualquier forma de racismo, discriminación y xenofobia en política”⁴⁷, evitando así presentar imágenes negativas respecto a personas inmigrantes y grupos minoritarios.

Atendiendo al voto particular firmado por tres de los siete Magistrados que participaron en la deliberación de esta sentencia, lo cierto es que el TEDH rebajó enormemente el grado de protección que la jurisprudencia le había venido confiriendo a la libertad de expresión política, y a pesar de haber mencionado en un primer momento la especial protección del discurso político en una sociedad democrática, terminó por prescindir totalmente de ello en la resolución del caso⁴⁸.

En este mismo sentido se pronunció el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa mediante una sentencia de 11 de noviembre de 2011, en la que terminó por condenar a un miembro de la Plataforma per Catalunya por el ya conocido delito de incitación al odio recogido en el artículo 510 CP, todo ello debido a la distribución de unos panfletos de contenido racista y discriminatorio contra un determinado colectivo de origen inmigrante. En este sentido, y al igual que el TEDH en el asunto Féret c. Bélgica, el juzgador terminó por recriminar la

⁴⁷ Vid. Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI): “Terzo Rapporto sull’Italia”, Estrasburgo, 2006, p. 28.

⁴⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Discurso del odio y discurso político”, op.cit., p. 6 – 7.

conducta expresiva al considerar que el amplio ejercicio del derecho a la libertad de expresión del que gozan los partidos políticos no puede emplearse para convencer a sus electores sobre ideas que, en base a eslóganes o fórmulas estereotipadas, contribuyen finalmente a avivar el odio y la intolerancia.

El fallo de ambas sentencias es rechazable desde los propios parámetros manejados habitualmente por el TEDH 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”⁴⁹.

Aparte de la decisión adoptada por el TEDH en el asunto Féret c. Bélgica o de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa, encontramos en la jurisprudencia otros ejemplos en los que el órgano jurisdiccional ha terminado por acoger discursos políticos de contenido similar a los anteriormente expuestos dentro del paraguas de protección otorgado por el derecho a la libertad de expresión. En este sentido se pronunció el Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona en la sentencia de 10 de diciembre de 2013, que absolvió a Xavier García Albiol, candidato en aquel entonces a la alcaldía de Badalona por el Partido Popular, de los delitos de provocación al odio, a la discriminación o a la violencia, y de injuria colectiva recogidos en el artículo 510, apartados 1º y 2º CP.

El litigio se desencadenó a raíz de los hechos que tuvieron lugar en el transcurso de la campaña electoral previa a la celebración de las elecciones municipales de Badalona del año 2011, momento en el que el político catalán llevó a cabo la realización y difusión de folletos propagandísticos a través de los cuales atribuía directamente el incremento de los problemas de seguridad en la ciudad a los gitanos rumanos, colectivo al que acusaba de haberse instalado en la ciudad con la única finalidad de delinquir y robar. Además, este mismo mensaje fue manifestado también públicamente en diversos medios de comunicación en los que el político participó durante el periodo preelectoral.

El Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona no consideró que los folletos repartidos por parte del acusado constituyesen una provocación directa o indirecta a la comisión de actos concretos de discriminación o violencia contra los gitanos rumanos, ni tampoco que la finalidad del candidato fuese racista o xenófoba, sino que los motivos eran electoralistas, y

⁴⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Discurso del odio y discurso político”, op.cit., p. 8.

que lo que pretendía era conseguir votos exponiendo lo que consideraba un grave problema de su ciudad. En definitiva, para el juzgador los hechos probados no encajaban con la acción de provocar del artículo 510.1 CP, ni con la exigencia de que el autor de los hechos haya obrado por motivos racistas, antisemitas, xenófobos, etc.

Por otro lado, la sentencia también descartó la existencia del delito de injurias colectivas previsto en el artículo 510.2 CP al entender que en las manifestaciones del acusado no concurrían los tres elementos propios de esta figura delictiva para llegar a considerarlas típicas.

Respecto a la difusión de información con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio de la verdad, de entrada podríamos constatar la existencia de este elemento, pues es prácticamente imposible que todos los gitanos rumanos sean delincuentes. Sin embargo, tras analizar el contenido de las declaraciones en su contexto, la sentencia aprecia que el acusado se está refiriendo a una problemática surgida por la actuación de personas de etnia gitana y nacionalidad rumana, cuestión de relevancia pública que, tal y como puede verse en los hechos probados, fue confirmada por personas de otras ideologías y partidos políticos, por ciudadanos entrevistados al azar, y por algunas personas de etnia gitana. En consecuencia, no podría decirse que existiera un notable y temerario desprecio a la verdad.

El segundo elemento del delito tipificado en el artículo 510.2 CP es la difusión de informaciones injuriosas. Este elemento requiere que la información que se difunde sea constitutiva de delito de injurias, es decir, que se trate de acciones o expresiones que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Además, al configurarse este tipo penal como un delito de injurias caracterizado por la especificidad del sujeto pasivo y la profusión de aquellas por las características definitorias del grupo, es preciso que el objeto de las informaciones sean grupos definidos, por ejemplo, por su ideología, creencias, etnia o raza, y que la razón de la difusión sea precisamente la definición de aquéllos por alguna de esas circunstancias.

En el presente caso, el político dijo públicamente que los gitanos rumanos residentes en Badalona eran unos delincuentes, lo que objetivamente supone la difusión de una información injuriosa. Sin embargo, otro de los requisitos propios del delito de injurias, este de carácter subjetivo, es la existencia de *animus iuriandi* o intención de injuriar, es decir,

de un específico ánimo de injuriar que se diluye y desaparece cuando el sujeto activo actúa impulsado por móviles diferentes. Pues bien, de acuerdo con la sentencia, García Albiol no efectuó las declaraciones ni elaboró el folleto con la intención de injuriar a los gitanos rumanos que residían en Badalona, sino que la intención del acusado era la de poner de manifiesto un problema, o la de conseguir votos, o ambas a la vez. Pero lo que no pretendía era injuriar, lo que llevó al juzgador a descartar la condena por el delito del artículo 510.2 CP.

Finalmente, la absolución del político catalán fue confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de julio de 2014. El Tribunal, partiendo de los ya anteriormente expuestos elementos típicos definitorios del delito del artículo 510.2 CP, coincide con el Juez *a quo* dando por reproducidas las consideraciones expresadas en el sexto de los fundamentos de derecho de la sentencia apelada. En primer lugar, la Audiencia determina que el acusado no actuó con conocimiento de su falsedad y temerario desprecio a la verdad, y es que la existencia de este elemento típico “debe interpretarse como conocimiento de la inexistencia del hecho imputado, sin extenderse ni comprender supuestos en los que existiendo realmente el hecho o problemática que constituye el objeto de la información “objetivamente” injuriosa, incurre el sujeto activo en exageraciones o generalizaciones imposibles de comprobar, ni positiva, ni negativamente, en forma alguna”⁵⁰. El Tribunal también confirma que Xabier García Albiol no actuó con *animus iniuriandi*, pues “la intención que guio al acusado fue la de denunciar la existencia de un problema a su juicio existente de inseguridad ciudadana, exponer las que él creía podían ser soluciones a tal problema y ofrecer un compromiso al cuerpo electoral de la ciudad de Badalona de afrontar y tratar de resolver el mismo caso de ser elegido Alcalde”⁵¹. Y por último, el órgano jurisdiccional termina por considerar que las imputaciones vertidas no lo fueron en consideración a la pertenencia de los imputados de nacionalidad rumana a la etnia gitana, “sino porque el colectivo o grupo que a juicio del acusado generaba el problema de convivencia en la ciudad daba la casualidad que pertenecían a dicha etnia”⁵².

Esta decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona choca frontalmente con la adoptada por el TEDH en el asunto Féret c. Bélgica, lo que pone de manifiesto uno de los mayores obstáculos a los que se enfrentan los tribunales a la hora de dirimir este tipo de casos. Esta

⁵⁰ SAP de Barcelona núm. 713, de 22 de julio de 2014.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

dificultad es la de determinar cuándo unas declaraciones incitan o no a la intolerancia; o si, como sostiene Alcácer Guirao, pertenecen a un “evidente *animus iocandi* que no corresponde con el estilo de una arenga que persiga enervar los ánimos contra el citado grupo social, ni desde luego constituye provocación directa a otra cosa que no sea al ejercicio del voto”⁵³.

El discurso político, es decir, aquel emitido en un contexto de deliberación política, por ejemplo, durante la campaña electoral o en una manifestación pública, más aun cuando la persona que lo pronuncia es un cargo electo perteneciente a un partido político, goza de una mayor amplitud al integrarse en el procedimiento democrático de elección de representantes por los ciudadanos⁵⁴. En definitiva, el discurso ejercido por cargos políticos, cuya finalidad última es poner de manifiesto los intereses y preocupaciones de los electores, constituye el núcleo esencial del contenido protegido por la libertad de expresión, aun cuando dichas inquietudes representen ideas impopulares o heterodoxas alejadas de los estándares convencionales.

Estas últimas expresiones políticas a las que hacemos referencia, siempre y cuando sean llevadas a cabo mediante un uso responsable de la libertad de expresión que no sobrepase los términos que como derecho limitado le vienen siendo legislativa y judicialmente establecidos, dan lugar a un discurso al que no se le puede calificar más que de “políticamente incorrecto”. Y lo cierto es que, en la medida en que su contenido, lejos de ser inocuo, contribuye al disenso y a la confrontación dialéctica, representa un mensaje que ha de ser tolerado por las sociedades democráticas por contribuir al debate sobre asuntos relevantes y a la conformación de la opinión pública, aun cuando pueda suponer un riesgo⁵⁵. En resumen, cuando las libertades de expresión e información “operan 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 resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar”⁵⁶.

⁵³ ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Discurso del odio y discurso político”, op.cit., p. 26.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 28 – 29.

⁵⁶ STC 136/1999, de 20 de julio

En este sentido ha tenido oportunidad el TEDH de pronunciarse en numerosas sentencias mediante las cuales se han establecido los criterios necesarios para diferenciar el discurso político del llamado discurso del odio. Dos de estas resoluciones son de especial relevancia para España al haber puesto en tela de juicio la decisión última de nuestro TC.

En primer lugar analizaremos la STEDH de 15 de marzo de 2011 en el caso Otegi Mondragón c. España, que surgió a raíz de la querrela presentada por la Fiscalía en relación con unas declaraciones del portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, Arnaldo Otegi, en las que sostenía que el Rey D. Juan Carlos I era el jefe y último responsable de los que habían torturado a las personas detenidas en la operación policial llevada a cabo contra el periódico Egunkaria.

El fallo en primera instancia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sentenció que las declaraciones fueron realizadas en el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, y es que ninguna de las expresiones proferidas hacía referencia a la vida personal del monarca, por lo que no excedían de las limitaciones constitucionales con que ha de ser ejercido este derecho fundamental. Dichas manifestaciones carecían de otro sentido que no fuera el de su consideración como Jefe del Estado con autoridad directa sobre los órganos de la administración estatal.

El Tribunal Supremo anuló en casación la decisión de primera instancia al considerar que en este caso “el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabrida”⁵⁷. En consecuencia, condenó al político a un año de prisión por el delito de injurias graves al Rey previsto en el artículo 490.3 CP, al atentar aquellas expresiones gravemente contra el honor del Jefe del Estado. El Tribunal Constitucional, inadmitió el recurso de amparo presentado por el demandante contra la sentencia condenatoria al considerar que carecía de especial transcendencia constitucional.

Finalmente, tras recurrir ante la jurisdicción europea, el TEDH concluyó que los tribunales españoles habían lesionado el derecho a la libertad de expresión del político, ya que éste “se expresaba sin duda alguna en su calidad de cargo electo y portavoz de un grupo

⁵⁷ STS 1284/2005, de 31 de octubre de 2005

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”⁵⁸. En definitiva, las declaraciones cumplían con las características del discurso político y, por tanto, contaban con la especial protección conferida por el artículo 10 del CEDH, que había sido vulnerado mediante una condena particularmente severa y desproporcionada.

Pero además el Tribunal de Estrasburgo confirmó también, a pesar de la opinión de autores españoles como Serrano Maíllo, para quien “las declaraciones de Otegi debieron ser consideradas por el TEDH como un ejemplo claro del denominado discurso del odio”⁵⁹, los motivos por los cuales dichos mensajes no formaban parte de tal modalidad discursiva.

Al examinar las declaraciones que, según los órganos judiciales internos, además de vejatorias e infamantes, afectaban directamente a la persona del Rey al atribuirle la realización de torturas, el TEDH consideró que éstas no sobrepasaban los límites de la crítica admisible. Y es que, a pesar de tratarse de un lenguaje ciertamente provocador, el Tribunal reconoce que a toda persona que participa en un debate público de interés general “sí le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso provocación, es decir, ser algo inmoderada en sus declaraciones”⁶⁰.

Por otro lado, y a pesar de que ni los tribunales internos ni el Gobierno trataron de justificar la condena haciendo alusión a la incitación a la violencia, el TEDH entendió que, “aunque algunos de los términos del discurso del demandante pintan uno de los cuadros más negativos del Rey como institución, adquiriendo así una connotación hostil, no exhortan al uso de la violencia ni se trata de un discurso de odio”⁶¹. En resumen, al no encontrarnos ante una conducta consistente en provocar un odio tan profundo e irracional hacia la figura del monarca que sea capaz de incitar a la comisión de actos concretos de violencia o discriminación hacia el mismo, no podemos categorizarla en ningún caso como un discurso de odio.

⁵⁸ STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España

⁵⁹ SERRANO MAÍLLO, Isabel: “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, p. 593.

⁶⁰ STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España

⁶¹ *Ibidem*.

Además, de acuerdo con la propia naturaleza del discurso del odio, se exigiría que dichas expresiones fuesen dirigidas hacia un determinado colectivo al que, por razones que no contribuyen a un debate sobre asuntos públicos, se le busca discriminar, menospreciar o vilipendiar, provocando así como resultado dichos actos de violencia. Y es que lo que el establecimiento del discurso del odio como límite a la libertad de expresión trata de proteger es la seguridad, la dignidad y la pretensión de igualdad del colectivo vulnerable, intereses que merecen una mayor protección que el honor de quien encarna un cargo o institución pública⁶².

Por último, el Tribunal de Estrasburgo cuestionó la conformidad del artículo 490.3 CP, en el que se basó la condena, con el espíritu del CEDH, ya que este mayor nivel de protección que el tipo penal confiere al Jefe del Estado con respecto a la divulgación de informaciones u opiniones que le afecten, y que prevé sanciones más graves para los autores de injurias contra el mismo, supone un privilegio exorbitante que coarta la libertad de expresión. Las declaraciones del político vasco no cuestionaban si quiera la vida privada del monarca o su honorabilidad personal, ni constituían un ataque gratuito contra su persona que constituyese un delito de injurias o calumnias, sino que “se referían únicamente a la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas que, según las declaraciones del demandante, habían torturado a los responsables del periódico *Egunkaria*”⁶³.

En definitiva, “el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado español, no lo pone al abrigo de todas las críticas en el ejercicio de sus funciones oficiales o, como en el presente caso, en su condición de representante del Estado, al cual simboliza”⁶⁴.

En este sentido, otra de las sentencias relevantes para nuestro país es la STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, que tuvo lugar a raíz de la quema bocabajo de una fotografía de los Reyes D. Juan Carlos I y D^a. Sofía por parte de Enric Stern y Jaume Roura, quienes para ello irrumpieron encapuchados en una manifestación antimonárquica e independentista organizada en Gerona con motivo de la presencia de los monarcas en dicha ciudad.

⁶² ALCÁER GUIRAO, Rafael: “Discurso del odio y discurso político”, op.cit., p. 12.

⁶³ STEDH de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi c. España*

⁶⁴ *Ibidem*.

Tras la correspondiente querrela presentada por parte del Ministerio Fiscal, el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a los acusados a una pena de 15 meses de prisión por el delito de injurias a la Corona previsto en el artículo 490.3 CP, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz prevista en el artículo 22 CP, pena que, en virtud del artículo 88 CP, fue sustituida por una multa de treinta meses a razón de 3 euros diarios. En definitiva, el Juez consideró que en este caso el ejercicio del derecho a la libertad de expresión vulneraba el honor de la Corona al transgredir la dignidad de los Reyes, siendo además los autores conscientes de que dicho acto traspasaba los límites del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión al cubrirse la cara para perpetrar los hechos.

Los acusados promovieron el correspondiente recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que terminó por desestimarlos mediante sentencia de 5 de diciembre de 2008. Esta resolución hace hincapié en la especial significación jurídica que tiene en nuestro ordenamiento jurídico el tipo reforzado del artículo 490.3 CP, cuya función, a diferencia de la del delito de injurias y calumnias contra particulares previsto en el artículo 205 y siguientes del CP, es la de “proteger la Corona como institución y, por tanto, solo a sus miembros en el ejercicio de sus funciones constitucionales, siendo entonces el “interés general” como bien jurídico colectivo el que resulta tutelado”⁶⁵.

De acuerdo con la sentencia, los hechos enjuiciados exceden del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión en su vertiente de crítica político-institucional, circunstancia de la que son conscientes los autores al ocultar su rostro para impedir ser identificados, suponiendo una conducta expresiva innecesaria para defender la opinión de los concentrados. Asimismo, la acción es calificada como formalmente injuriosa al lesionar el honor del Rey en tanto vaya asociado al ejercicio de su función constitucional ya que, de acuerdo con el contexto en el que se produce, “escenifican lo que gráficamente podemos definir como un “aquejarre” o “un juicio inquisitorial” en el que colocando la representación gráfica del Jefe del Estado en posición claudicante -bocabajo- lo embadurnan con aceite u otra sustancia inflamable y le prenden fuego como expresión simbólica del desprecio y destrucción de la Institución, pues el fuego, en el contexto en que se usa, tiene una carga negativa evidente”⁶⁶.

⁶⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María. “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”, op.cit. p. 3

⁶⁶ SAN (Sala de lo Penal), de 5 de diciembre de 2018

El consiguiente recurso de amparo interpuesto por los demandantes, quienes alegaban la vulneración de los derechos a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y a la libertad de expresión (artículo 20.1 CE), se resolvió mediante la STC 177/2015, de 22 de julio. Respecto al primero de los derechos, la demanda subrayó que las sentencias recurridas sancionaban su opción ideológica contraria a la Monarquía, y en cuanto a la libertad de expresión, los recurrentes consideraron que la quema de la fotografía de los Reyes, aunque pueda parecer incorrecta o incluso de mal gusto, no implica ningún menosprecio intrínsecamente vejatorio, menos aun teniendo en cuenta el contexto de reivindicación en contra de la Monarquía en el que se produjo y la condición político-pública de la institución monárquica, que resulta, en consecuencia, más permeable a la crítica.

En resumen, los demandantes consideraron que su conducta se encontraba constitucionalmente amparada en los artículos 16 y 20.1 CE, solución argumentada por la demanda haciendo mención para ello a la sentencia de 21 de marzo de 1989 de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Texas v. Johnson*, en la que el Tribunal Supremo de los EE.UU. determinó que la quema de la bandera americana en el curso de una manifestación no constituía una conducta penalmente reprochable por tratarse de un discurso simbólico o *symbolic speech* llevado a cabo bajo el legítimo ejercicio de la libertad de expresión recogido en la I Enmienda.

Finalmente, el Tribunal Constitucional terminó por desestimar el recurso de amparo promovido por los condenados. Siguiendo la línea argumental ya expuesta en las dos anteriores resoluciones, la sentencia ratificó el carácter injurioso de la conducta expresiva, así como la aplicación del artículo 490.3 CP, cuya finalidad última es la de proteger el orden constitucional en atención a la figura del Rey.

La sentencia reconoce expresamente que “las personas pueden igualmente comunicar o expresar sus ideas y opiniones mediante un lenguaje simbólico consistente en conductas, hechos o comportamientos no verbales que, en tal consideración, son también manifestaciones de la libertad de expresión”⁶⁷. A este respecto, no cabe duda alguna de que la quema bocabajo del retrato oficial de los monarcas conlleva un claro componente simbólico que, desde mi punto de vista, habría de quedar enmarcado dentro del ámbito de protección del artículo 20.1 CE, pues se trata de un discurso simbólico llevado a cabo en

⁶⁷ STC 177/2015, de 22 de julio

un contexto de manifestación política contra la Monarquía. Sin embargo, el TC negó la evidente carga política del acto y terminó por asociar los hechos, la “expresión simbólica de desprecio y destrucción” que comportó el uso del fuego, la “escenificación lúgubre” y la colocación del retrato de los Reyes en posición “claudicante”, como una ofensa denigrante, y no como una simple muestra de rechazo a una institución⁶⁸.

De acuerdo con la opinión de la Magistrada Adela Asua, quien formuló uno de los votos particulares a esta sentencia, al que se adhirió el Magistrado Fernando Valdés, esta última descripción desfigurada de los hechos probados es de la que se sirve el TC para tratar de confirmar que los recurrentes “actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas”⁶⁹. Esta conclusión, tan alejada de la realidad si nos atenemos a los hechos probados de la sentencia de primera instancia, junto a un análisis totalmente distorsionado de la jurisprudencia del TEDH, son los que, en definitiva, dan lugar a que el fallo termine por entender que “la quema de la foto real fue expresión de un verdadero “discurso del odio”, y a la vez exteriorización de una amenaza y de provocación a la violencia”⁷⁰.

Esta calificación desfigura el concepto de “discurso del odio” que los instrumentos internacionales, como la Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa, y la doctrina y la jurisprudencia del TEDH, han establecido, y no deja de suponer “un ejercicio errático en la búsqueda de una cobertura jurídica que se antoja imposible, tratando de justificar de cualquier manera la desestimación del presente recurso de amparo. Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico —aquí y ahora— con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública”⁷¹.

En este sentido, el voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol sostiene que el Tribunal debería haber otorgado el amparo a los demandantes por varios motivos. De

⁶⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María. “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”, op.cit. p. 10

⁶⁹ STC 177/2015, de 22 de julio.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Voto particular de la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la STC 177/2015, de 22 de julio, núm. 956-2009

entrada, considera que la forma de expresión por la que fueron condenados, la quema de una fotografía del Jefe del Estado y su esposa, es una conducta “aceptada en los estándares internacionales de derechos humanos como una inocua manifestación del derecho a la libertad de expresión”⁷². Asimismo, dicha conducta, en el contexto en el que se realizó, no constituye una manifestación del discurso del odio por no concurrir ninguno de los requisitos necesarios para entender que nos encontremos ante dicha genuina modalidad discursiva: en primer lugar, que se dirija contra grupos y colectivos basados en consideraciones étnicas, religiosas, nacionales, raciales, de orientación sexual, etc.; y en segundo lugar, que esos actos comunicativos puedan ser interpretados como una incitación directa o indirecta a la violencia.

De los hechos no cabe inferir más que una simple conducta expresiva de rechazo total hacia la institución monárquica, sin que de ellos se derive la difusión de un discurso incitador al odio y a la violencia contra la Corona. Por lo que, tratándose de un acto constitucionalmente protegido, “no puede legitimar por sí solo ninguna restricción del ejercicio de la libertad de expresión mediante la imposición de una sanción penal”⁷³.

Además, la sentencia no da respuesta a la cuestión que plantea el recurso de amparo, es decir, no se pronuncia sobre si la condena por el delito del artículo 490.3 CP infringe o no los derechos de libertad ideológica y expresión invocados por los recurrentes. El TC termina por confirmar la condena, no por haber atentado los recurrentes contra el honor de los sujetos pasivos protegidos en el tipo, sino por haber incitado a la realización de actos violentos contra ellos, argumento que no había sido alegado por ninguna de las partes, ni había sido tenido en cuenta por los Tribunales de primera y segunda instancia, lo que supone una incongruencia omisiva vedada por el artículo 44.1 *b)* de la LOTC⁷⁴. En conclusión, para el Magistrado Juan Antonio Xiol la condena no es coherente con el interés protegido en el tipo del artículo 490.3 CP, siendo además una pena innecesaria y desproporcionada de la cual puede derivarse un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales afectados.

⁷² Voto particular de la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la STC 177/2015, de 22 de julio, núm. 956-2009.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María. “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”, op.cit. p. 12 – 15.

En octubre del año 2015, Stern y Roura interpusieron por separado demanda ante el TEDH, el cual decidió acumularlas y examinarlas conjuntamente en una sola y misma sentencia. En dichas demandas denunciaron que la sentencia que les condenó por injurias a la Corona suponía una vulneración de la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 CEDH, así como de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión del artículo 9 del mismo texto normativo.

El Tribunal de Estrasburgo, mediante la STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España, decidió por unanimidad que la condena constituía efectivamente una injerencia injustificada en el derecho a la libertad de expresión de los demandantes. La Sala, mediante la utilización del conocido test de proporcionalidad que jurisprudencialmente ha venido empleando a la hora de ponderar la licitud de las restricciones impuestas al ejercicio de los derechos recogidos en el CEDH, examina en último término si la injerencia en el derecho a la libertad de expresión alegada por los demandantes era “necesaria en una sociedad democrática”, tal y como consideraba el Gobierno de España.

La Abogacía del Estado, haciendo uso de la cláusula de abuso de derecho recogida en el artículo 17 CEDH, defendió que la actuación de los demandantes había de enmarcarse como una forma de “discurso del odio” al haber dado lugar a actos de violencia. Sin embargo, estos actos de violencia a los que hace referencia no son los que se hubiesen podido provocar en el público durante la quema de la fotografía de los Reyes, sino que se trataba de actos de protesta contra la inculpación de los demandantes que se habrían registrado en Barcelona y Madrid hacia finales del mes de septiembre de 2007. En definitiva, la Abogacía del Estado confunde deliberadamente entre la reacción derivada de la quema de las fotografías y la celebración de manifestaciones de protesta por su inculpación, todo ello para tratar de justificar que la intención de los demandantes era la de incitar a la comisión de actos de violencia contra la persona del Rey⁷⁵.

Por su parte, los demandantes sostuvieron que su condena no era ni proporcional en relación con la finalidad legítima perseguida ni “necesaria en una sociedad democrática”. Además, insistieron en que el acto no iba dirigido contra algunas razas, creencias o actitudes vitales determinadas, sino que se trataba de un acto político mediante el uso de

⁷⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María. “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”, op.cit. p. 21.

símbolos que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, queda amparado por la libertad de expresión.

Tras un exhaustivo análisis de la jurisprudencia europea en aplicación del artículo del 10 CEDH, así como de la especial amplitud de la que goza la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate político, el TEDH recuerda que dicho amplio margen de crítica no es ilimitado, pues siendo precisamente la tolerancia y el respeto a la dignidad humana los fundamentos de una sociedad democrática y pluralista, se puede juzgar necesario restringir aquellas conductas que promuevan el odio basado en la intolerancia. Y para determinar si una injerencia al derecho a la libertad de expresión en el marco del debate político es “necesaria en una sociedad democrática”, el TEDH establece que dicha limitación “sólo es compatible con la libertad de expresión en unas circunstancias excepcionales y que el elemento esencial que se debe considerar es el hecho de que el discurso incite al uso de la violencia o que constituya un discurso de odio”⁷⁶.

Asimismo, y reconociendo el legítimo interés del Estado porque sus instituciones sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, el Tribunal aconseja que, debido a la posición dominante que ocupan dichas instituciones, se den muestras de contención en la utilización de la vía penal. Además, y atendiendo para ello a la sentencia del caso Otegi Mondragón anteriormente citada, “el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio Jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen”⁷⁷. En efecto, en este sentido el TEDH vuelve a criticar el privilegio exorbitante que supone la sobreprotección del honor o la reputación del Jefe del Estado mediante un tipo específico, el artículo 490.3 CP, que prevé una sanción más grave que los delitos de injurias y calumnias contra particulares recogidos en los artículos 225 y siguientes CP.

En aplicación de los antedichos principios al presente caso, el TEDH apunta que el acto objeto de enjuiciamiento “se inscribe en el marco de la crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía en general y del Reino de España como nación”, y que la “controvertida puesta en escena se enmarcaba en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés público, a saber la independencia de Cataluña, la forma monárquica del Estado y

⁷⁶ STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España

⁷⁷ *Ibidem*.

la crítica al Rey como símbolo de la nación española.” No se trataba, por tanto, de “un ataque personal dirigido contra el rey de España, que tuviera como objeto menospreciar y vilipendiar a la persona de este último, sino de una crítica a lo que el Rey representa, como Jefe y símbolo del aparato estatal y de las fuerzas que, según los demandantes, habían ocupado Cataluña –lo cual atañe al ámbito de la crítica o disidencia política y corresponde a la expresión de un rechazo de la monarquía como institución⁷⁸.

Respecto a los motivos que llevaron a nuestro Tribunal Constitucional a entender que la quema bocabajo de la fotografía constituía una conducta expresiva que sobrepasaba los límites de la libertad de expresión para situarse en el ámbito del discurso del odio, el TEDH considera que “se trata de elementos simbólicos que tienen una relación clara y evidente con la crítica política concreta expresada por los demandantes, que se dirigía al Estado español y su forma monárquica”⁷⁹. Los demandantes hicieron uso de una forma de expresión claramente provocadora con la intención de llamar la atención de los medios de comunicación. Pero a diferencia del TC, el Tribunal de Estrasburgo no considera que la intención de los demandantes fuese la de incitar a la comisión de actos de violencia contra la persona del Rey. “Un acto de este tipo debe ser interpretado como expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta”⁸⁰.

Por lo que respecta al discurso del odio como justificación de la condena penal, y tras fijar las coordenadas que delimitan esta categoría, el TEDH estima que no es posible considerar los hechos como parte del discurso de odio por no constituir una forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia. En palabras del propio TEDH, incluir en el discurso del odio la manifestación simbólica de crítica política y rechazo hacia una institución pública, excluyendo así dicho acto del ámbito de protección garantizado por la libertad de expresión, “conllevarían una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH –lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática”⁸¹.

⁷⁸ STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

En definitiva, el Tribunal de Estrasburgo, siguiendo la estela del anterior caso Otegi Mondragón, llega a la conclusión de que, efectivamente, el derecho a la libertad de expresión recogido en el artículo 10 del CEDH alegado por los demandantes fue vulnerado mediante una condena claramente desproporcionada e innecesaria, y que el acto de expresión objeto de controversia había de ser entendido en un contexto de crítica política en el que el libre intercambio de ideas alcanza su mayor sentido al constituirse como sustrato de la democracia.

Siguiendo la tesis defendida por la organización internacional *Article 19*, que intervino en el procedimiento del asunto Stern Taulats y Roura Capellera como tercero interesado, el uso del Derecho penal con el objetivo de prohibir insultar a los Jefes de Estado impide que el Gobierno quede sometido al control de los ciudadanos, principio fundamental en todo sistema democrático. La imposición de sanciones de carácter penal para reprimir manifestaciones relevantes para el desarrollo de la opinión pública es una solución en la mayor parte de las ocasiones claramente desproporcionada que, en último término, acaba por censurar expresiones que no van más allá de lo “políticamente incorrecto”.

El resultado de la persecución penal de las críticas procedentes de quienes legítimamente se oponen al régimen monárquico da lugar al conocido como “efecto desaliento” sobre el ejercicio protegido por la libertad de expresión. Este efecto, también denominado *chilling effect* por la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, constituye “un parámetro de control de la proporcionalidad de una norma en la limitación de un derecho fundamental”⁸², y fue acogido por nuestro Tribunal Constitucional a partir de la STC 136/1999.

Este efecto disuasorio tiene lugar cuando una conducta expresiva se castiga mediante una regulación legal especialmente severa y tipificada de forma laxa o excesivamente amplia, de modo que al abarcar la norma conductas muy próximas al ámbito protegido por el derecho, o al permitir su indeterminación que el juez disponga de un amplio margen de apreciación a la hora de decidir qué conductas están prohibidas, se genera en la sociedad una incertidumbre acerca de si tal expresión es lícita o resulta sancionada. Esta incertidumbre inhibe el libre ejercicio de la libertad de expresión, siendo los propios ciudadanos quienes autolimitan sus legítimos derechos por miedo a penas de tanta gravedad.

⁸² ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Discurso del odio y discurso político”, op.cit., p. 18.

Volviendo a la distinción del discurso del odio con otros discursos extremos u ofensivos, además del discurso político al que he querido hacer especial referencia, existen en nuestro país multitud de ejemplos en los que se ha tratado de restringir determinadas conductas expresivas, plenamente amparadas bajo el derecho de la libertad de expresión a pesar de su carácter hiriente, chocante u ofensivo para determinados sectores de la sociedad, invocando para ello de un modo ciertamente difuso al discurso del odio.

A título de ejemplo, cabría mencionar como supuestos en los que se ha empleado el discurso del odio como comodín para tratar de censurar o vetar expresiones que puedan resultar molestas, la detención en enero de 2017 de cinco jóvenes en la localidad de Chiva (Valencia) por incitación al odio por pintar de rosa una estatua del torero Enrique Ponce, escribir tres veces la palabra “asesino” y realizar pintadas ofensivas en una iglesia. O la querrela presentada contra la concejala de Ahora Madrid, Rommy Arce, el cofundador de Podemos, J.C. Monedero, y el portavoz del Sindicato de Manteros, Malick Gueye, entre otros, por un supuesto delito de incitación al odio contra el colectivo de los policías municipales de Madrid por sus comentarios en las redes sociales, muy críticos con la actuación policial tras la muerte de un ciudadano senegalés por una parada cardiorrespiratoria. También la denuncia interpuesta por la presunta comisión de un delito de odio contra el concejal de ERC de un pueblo de Barcelona y payaso profesional, que se plantó durante tres horas junto a un Guardia Civil que custodiaba la sede del Departamento de Gobernación con una nariz roja⁸³.

El aumento de este tipo de denuncias y querrelas, a pesar de que en sede judicial casi nunca prosperan, muestran la actual tendencia hacia la banalización del discurso del odio que, en definitiva, termina por desfigurar la verdadera naturaleza de esta genuina modalidad discursiva. En este sentido resulta pertinente mencionar el auto de la Audiencia Provincial de Lleida (sección 1ª) de 12 de junio de 2018, que estimó en apelación los recursos, de profesores de varios colegios de primaria de La Seu d'Urgell (Lleida).

Las actuaciones se iniciaron a raíz de las denuncias interpuestas por algunos de los padres de los alumnos de un colegio de la localidad urgelense en las que se acusaba a determinados docentes por mensajes vertidos en las aulas en relación con los incidentes registrados el 1 de octubre de 2017, manifestando que la Guardia Civil era mala y los Mossos d'Esquadra

⁸³ BILBAO UBILLOS, Juan María. “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”, op.cit. pp. 16 – 18.

defendían a la gente. Las investigaciones se extendieron también a otros centros docentes de la ciudad en los que hijos de miembros de la Guardia Civil estaban siendo acosados, tanto por el personal docente como por los propios alumnos, únicamente por el hecho de que sus padres formaban parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de La Seu de Urgell, mediante auto de 15 de febrero de 2018, acordó el sobreseimiento provisional de la causa respecto de seis de los investigados, pero no de otros dos de los acusados. Todos ellos recurrieron dicha resolución solicitando el sobreseimiento libre de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de delito, recurso que dio lugar al ya mencionado auto de la Audiencia Provincial de Lleida de 12 de junio de 2018.

Pues bien, lo que el artículo 510.1 CP pretende sancionar son aquellos “actos que, por su contenido y forma, tengan virtualidad para generar un clima de animadversión hacia ciertos colectivos en general o a integrantes de los mismos en particular, a los que se rechaza como los otros, los que no son iguales y por esa razón se quiere excluir de la comunidad, hasta el punto de engendrar en la población esa reacción de odio, hostilidad o violencia a la que expresamente se refiere el precepto”⁸⁴. Por ello, ante la inexistencia en los hechos denunciados de los elementos que configuran el delito de incitación al odio, la Sala decretó el sobreseimiento libre y el archivo definitivo de la causa respecto de todos los investigados.

No hemos de olvidar que esta figura delictiva se configura como un tipo penal con un móvil discriminatorio, de ahí que para que tenga lugar su efectiva comisión sea necesaria esa íntima conexión entre una conducta que directa o indirectamente incite al odio, la violencia o la discriminación, y el grupo o colectivo contra el que se dirige, todo ello fundado en un estereotipo negativo, básicamente racista u homófobo. A este respecto, la resolución recuerda especialmente que “conviene no perder de vista el origen y fundamento del precepto para limitar su alcance literal mediante una interpretación teleológica orientada al bien jurídico, ante los riesgos de que la doctrina sobre el discurso del odio pueda ser empleada para sancionar conductas muy alejadas de su ámbito aplicativo”⁸⁵.

⁸⁴ AAP Lleida (Sala Penal, Sección 1ª) núm. 322/2018, de 12 de junio de 2018

⁸⁵ *Ibidem*.

Ampliar el perímetro del discurso del odio y del tipo penal del artículo 510 CP hasta abarcar cualquier grupo o colectivo, como toreros, policías o políticos, para los que, desde mi punto de vista, no existe un riesgo objetivo de convertirse en los sujetos pasivos de crímenes de odio, desvirtuaría el verdadero significado o razón de ser de este delito, que nace precisamente para proteger a las minorías discriminadas cuya seguridad podría verse afectada sin la represión penal de determinadas expresiones. Puede que eventualmente los ataques e insultos dirigidos contra poderes públicos, autoridades o grupos mayoritarios constituyan conductas delictivas al vulnerar su prestigio u honorabilidad, dando lugar así a posibles delitos de injurias y calumnias, pero nunca pueden calificarse de discurso de odio con el único objetivo de reprimir la crítica o la irreverencia contra los mismos⁸⁶.

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

Las democracias constitucionales occidentales han debido de enfrentarse a un problema ético de enorme actualidad y magnitud, un problema para cuya solución se han adoptado básicamente dos posicionamientos contrapuestos que trataremos de abordar en las siguientes líneas. La controversia a la que hacemos referencia trata sobre qué han de hacer los Estados democráticos ante la creciente proliferación del discurso del odio en aquellas sociedades abiertas y pluralistas en las que el derecho a la libertad de expresión aparece como uno de los valores fundamentales, planteándose entonces el clásico dilema de la tolerancia hacia el intolerante.

Ante la cuestión sobre si debe una sociedad tolerante tolerar o no al intolerante, Lee C. 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 la sociedad⁸⁷. Sin embargo, Karl R. Popper considera que el discurso extremista es uno de los mayores enemigos de la tolerancia, 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

⁸⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María. “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”, op.cit. p. 19.

⁸⁷ BOLLINGER, Lee. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. Oxford University Press, Nueva York, 1986.

con él la tolerancia misma”⁸⁸. Esto último es lo que el filósofo denomina la paradoja de la tolerancia: la tolerancia ilimitada lleva ínsita la destrucción de la tolerancia.

La discusión relativa a los límites de la libertad de expresión ante el discurso del odio ha generado un intenso debate público motivado por la gran desconfianza con la que tradicionalmente ha sido vista la intervención estatal en el ejercicio de este derecho, tratándose mediante esta actitud de alerta de prevenir posibles abusos por parte de las autoridades que pudiesen restringir o suprimir la libre expresión política, lo que para Rawls implicaría una suspensión parcial de la democracia.

En este mismo sentido, en relación directa con el discurso del odio, Dworkin defiende un mismo nivel de protección para aquel discurso contrario al consenso moral o religioso como para cualquier otro, aun cuando hiera profunda y comprensiblemente a un determinado grupo social, siempre y cuando no incite directamente a la violencia. Ambos autores siguen una senda contraria a la restricción de la libertad de expresión, otorgando a este derecho una prioridad absoluta con independencia del contenido del discurso, senda cuyo máximo exponente es el modelo liberal norteamericano.

Otros autores estadounidenses como Waldron, si bien desde una posición minoritaria que termina por contravenir la absoluta prioridad del derecho a la libertad de expresión defendida por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, han reclamado una mayor atención a la dignidad de quienes sufren directamente las consecuencias del discurso intolerante. En esta misma dirección discurre el modelo europeo, en el que, debido a la reciente experiencia histórica, la neutralidad del Estado propia del liberalismo político norteamericano termina por generar tal daño social que es el que, en definitiva, legitima la restricción de la libre expresión⁸⁹.

4.1. Perspectiva norteamericana

El paradigma norteamericano de la libertad de expresión ha sido tradicionalmente reticente a restringir este derecho, adoptando una concepción maximalista de raigambre liberal.

⁸⁸ POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1994, p. 512.

⁸⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU y Europa”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, p. 45 – 47.

La Primera Enmienda a la Constitución de EE.UU. prohíbe expresamente la limitación de la libertad de expresión con independencia del contenido mismo de lo expresado, a no ser que ello comportara una incitación constatable y directa a la comisión de un delito⁹⁰. La expresión “no law” rechaza con total rotundidad la posibilidad de que el Estado entre a limitar de modo alguno el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, aun cuando el mismo termine por afectar el honor o la dignidad de los colectivos directamente afectados por el discurso, valores ante los cuales no ha de ceder. De ahí que podamos afirmar la posición absolutamente preeminente en el orden de los derechos constitucionales que la libertad de expresión ocupa. Este posicionamiento aparece expresamente reflejado en la sentencia Snyder v. Phelps de 2011, en la que el Tribunal Supremo confirmó nuevamente su negativa ante la posible configuración del discurso del odio como límite a la libertad de expresión, prefiriendo “proteger el discurso sobre asuntos públicos incluso cuando cause dolor, en aras de no reprimir el debate público”⁹¹.

Pero esta concepción acerca de la libertad de expresión no solo es propia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que se trata de un emblema característico del conjunto de la cultura norteamericana, de ahí que la idea de que cualquier ciudadano pueda defender sus opiniones, sean cuales sean, sin importar su carácter racista o xenófobo, aparezca como una cualidad intrínseca de la mente de todo estadounidense⁹². Como ha afirmado Guy E. Carmi, “la veneración por la libertad de expresión forma parte integral del *ethos* americano y está profundamente arraigada en la cultura americana”⁹³.

El argumento en torno al cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha construido esta particular concepción de la libertad de expresión podemos encontrarlo en el voto particular formulado por el juez Oliver Wendell Holmes a la sentencia Abrams v. United States de 1919. En este voto discrepante, Holmes se refiere a la búsqueda de la verdad e introduce el concepto del “libre mercado de las ideas”, concepto en virtud del cual estableció la tesis de que gracias a la libre discusión, los ciudadanos tienen la posibilidad de conocer todas las

⁹⁰ Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.

⁹¹ Snyder v. Phelps, 562 U.S. _ (2011)

⁹² 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*, núm. 47, 2013, p. 164 – 165.

⁹³ CARMÍ, Guy. “Dignity versus liberty: The Two Western cultures of free Speech”. *Boston University International Law Journal*, núm. 26, 2008, p. 277 y sigs.

ideas y de identificar aquellas que son verdaderas. Mediante ese libre intercambio de opiniones en un espacio en el que la libertad de expresión está plenamente asegurada, “los pensamientos ganan o pierden aceptación en el mercado de ideas, de manera que con el tiempo unos corrigen a otros y se alcanza la verdad”⁹⁴.

La teoría de Holmes refuerza la configuración de la Primera Enmienda como un derecho negativo de no interferencia por parte del Estado en los derechos de los ciudadanos, siendo un claro reflejo de la doctrina de los economistas neoclásicos del *laissez-faire*. El individualismo propio del liberalismo clásico permite que sean los propios ciudadanos los que, gracias al conocimiento de todas las opiniones, terminen por discernir aquellas ideas que son verdaderas, pues éstas serán las que finalmente prevalezcan sobre las demás una vez que hayan atravesado un proceso experimental basado en la libre discusión⁹⁵. Por el contrario, los poderes estatales han de adoptar una posición neutral, evitando intervenir en dicho proceso, pues la limitación de determinados discursos, incluidos aquellos contrarios a los propios valores democráticos, podría llegar a suponer un abuso que derive en la restricción sistemática de cualquier forma de expresión.

En resumen, la tradicional desconfianza en el Estado impide que éste tome postura hacia ninguna de las opiniones enfrentadas aun cuando tenga por objetivo promover las condiciones necesarias para el ejercicio de otros derechos, incluido la propia libertad de expresión, y salvo que estén en juego cuestiones como la seguridad nacional, la moralidad pública o la seguridad personal, ha de dejarse que sean las ideas las que compitan libremente mediante el ejercicio del debate público, único instrumento para conseguir que la verdad sea determinada de forma segura⁹⁶.

En las siguientes líneas trataremos de esbozar con mayor profundidad cuáles son los elementos esenciales que ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano acerca de la libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda, así como cuáles han sido los argumentos que han llevado a este Tribunal a excluir la posible configuración del discurso del odio como límite al ejercicio de este derecho, siendo el

⁹⁴ BISBAL TORRES, Marta. “El «mercado libre de las ideas» de O. W. Holmes”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, p. 198.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 198 – 199.

⁹⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU y Europa”, op.cit. p. 48.

ejercicio de la propia libertad de expresión la piedra basal del sistema en aras de reforzar los pilares de la tolerancia: el discurso del odio ha de ser combatido con más discurso.

Para llevar a cabo el análisis del modelo americano haremos uso de la ya mencionada sentencia Snyder v. Phelps de 2011, cuyos hechos han suscitado un nuevo enfrentamiento en la sociedad estadounidense con respecto al estándar de protección que el Tribunal Supremo ha venido otorgando de manera preeminente al derecho a la libertad de expresión, aplicando para ello en su enjuiciamiento un criterio de categorización cuya rigidez excluye la posibilidad de conjugar este derecho con otros valores constitucionales, de ahí el carácter absoluto de la Primera Enmienda.

Esta resolución surgió a raíz de los hechos que tuvieron lugar el 10 de marzo de 2006 en Maryland, donde se estaba celebrando el funeral del soldado Mathew a. Snyder, fallecido en acto de servicio durante la guerra de Irak. Al funeral acudieron para manifestarse miembros de la Iglesia Bautista de Westboro, liderada por el pastor Phelps, cuya doctrina proclama que “Dios odia a los gais” y de que América ha sido maldecida por Dios por su decadencia moral al permitir la homosexualidad, especialmente dentro del ejército⁹⁷. Las protestas se desarrollaron a escasos 300 metros de la iglesia donde estaba teniendo lugar el funeral, en un espacio público en el que los manifestantes profirieron expresiones de odio y expusieron pancartas en las que podía leerse que “América está maldita”, “Tropas maricas”, “Los gais condenan a la nación”, “Gracias a Dios por los soldados muertos”, “el Papa al infierno” o “los curas violan niños”, entre otros mensajes de contenido homófobo y fundamentalista⁹⁸.

Debido a los citados acontecimientos, el padre del soldado Snyder presentó una demanda civil contra el pastor Phelps y la Iglesia de Westboro fundada en la causación intencional de daños morales. El contenido de la demanda fue estimado en primera y segunda instancia, llegando a condenar a los demandados en un primer momento al pago de una compensación de 2,9 millones de dólares por los daños morales y de 8 millones por los daños punitivos, cuantías que posteriormente fueron reducidas en segunda instancia. Sin embargo, la demanda fue finalmente revocada, acudiendo entonces las partes al Tribunal

⁹⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU y Europa”, op.cit. p. 45.

⁹⁸ Snyder v. Phelps, 562 U.S. _ (2011)

Supremo que, a pesar de las circunstancias, terminó por aplicar el precedente y anteponer la libertad de expresión de los demandados.

El voto por el que se adoptó la decisión de hacer finalmente prevalecer la libertad de expresión del pastor Phelps y de la Iglesia de Westboro sobre el derecho al honor y la dignidad del padre del soldado afectado por el discurso únicamente fue rebatido por uno de los magistrados, quien emitió un encendido voto particular. Pero la opinión mayoritaria determinó que los hechos, a pesar de la delicadeza de las circunstancias, sí encontraban encaje en la jurisprudencia norteamericana acerca de la libertad de expresión.

En primer lugar, el voto mayoritario comienza por aclarar si el discurso posee o no relevancia pública, puesto que son precisamente este tipo de discursos públicos, esencia del autogobierno, los que conforman el núcleo central de protección de la Primera Enmienda. Para determinar si dicho elemento se encuentra presente el Tribunal Supremo viene aplicando el conocido como *public concern test*, cuyos amplios parámetros determinan que estaremos ante un discurso público “cuando puede ser razonablemente asumido que aborda cualquier cuestión política, social o de otra índole relevante para la comunidad, o cuando es de interés general y de relevante valor para el público”⁹⁹. Partiendo de estas premisas, la sentencia afirma que el contenido de las pancartas muestra un mensaje de relevancia pública al tratar acerca de cuestiones de especial interés para el conjunto de la sociedad estadounidense: “si bien no pueden considerarse refinadas reflexiones políticas o sociales, las cuestiones a que aluden —la conducta moral y política de los Estados Unidos y sus ciudadanos, el destino de nuestra nación, la homosexualidad en el ejército, o determinados escándalos vinculados a la iglesia católica— son importantes para la opinión pública”¹⁰⁰.

Por otro lado, el Tribunal Supremo aplica su doctrina del *public forum*, en virtud de la cual el hecho de que aquel discurso fuera emitido en un espacio público, concretamente en una vía pública a escasos metros de la iglesia donde estaba teniendo lugar el funeral, refuerza la necesidad de que libertad de expresión sea protegida con una mayor intensidad al ser este el espacio donde tradicionalmente ha tenido lugar el libre intercambio de ideas y el debate público. En resumen, “dado que el discurso de los de Westboro tuvo lugar en un espacio

⁹⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU y Europa”, op.cit. p. 61.

¹⁰⁰ Snyder v. Phelps, 562 U.S. _ (2011)

público y versaba sobre cuestiones con relevancia pública, está amparado por la especial protección que proporciona la Primera Enmienda”¹⁰¹.

En conclusión, a pesar de que los manifestantes de la Iglesia de Westboro difundían un discurso homóforo, vejatorio y claramente ofensivo para los familiares del soldado Snyder que en aquel momento se encontraban reunidos con el fin de despedir al joven fallecido en combate, el Tribunal concluye que los mensajes compartidos en aquel espacio público deben ser tolerados y prevalecer sobre los otros posibles derechos de los familiares que se consideraron directamente afectados, siendo contraria a la Primera Enmienda la condena por daños morales inicialmente impuesta al restringir el adecuado espacio de actuación o *breathing space* constitucionalmente proporcionado a la libertad de expresión. Tal y como establece la sentencia, “la razón de ser de la defensa de la libre expresión [...] radica precisamente en proteger los mensajes que puedan ser considerados equivocados o lesivos”¹⁰².

La sentencia Snyder v. Phelps es un claro ejemplo de cuál es el actual tratamiento del discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el modelo estadounidense. En la medida en que este discurso, a pesar de su carácter extremista, racista y xenóforo, contribuye a la difusión de asuntos con relevancia pública, alcanza la máxima protección que ofrece la Primera Enmienda, protección que es indirectamente conferida mediante la expresa prohibición de ser de algún modo regulado (“no law”) o limitado por parte de las autoridades gubernamentales. Esto último se debe principalmente a la idea de que el libre ejercicio del discurso público no puede desarrollarse si existe interdicción por parte del Estado en lo relativo a la difusión de convicciones morales o políticas, lo que en definitiva presupondría una regulación basada en un determinado punto de vista que infringiría el principio de absoluta neutralidad del Estado en lo relativo a las opiniones personales de cada individuo, aun cuando dichas opiniones vayan dirigidas contra grupos sociales específicos¹⁰³.

Los motivos por los cuales este modelo ve con tal desconfianza la intervención estatal en el libre mercado de las ideas los encontramos al analizar cuál es el papel del Estado y la

¹⁰¹ Snyder v. Phelps, 562 U.S. _ (2011)

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU y Europa”, op.cit. p. 61 – 62.

función de los derechos en el sistema constitucional estadounidense. Este sistema, al sentar sus bases sobre los principios del liberalismo clásico, rechaza que la Constitución entre a regular las relaciones entre particulares, limitándose exclusivamente a dotar de un marco normativo a la relación entre el Estado y los propios ciudadanos. Por otro lado, la configuración negativa de los derechos recogidos en la carta magna restringe la concepción de los mismos como simples derechos subjetivos, no como principios objetivos que el Estado deba promocionar. En conclusión, la conjunción de ambos aspectos nos permite entender por qué en el paradigma norteamericano la libertad de expresión aparece como una libertad frente al Estado, cuyo única función al respecto es la de no restringir de modo alguno su libre ejercicio por parte del titular del derecho, así como la de adoptar una postura plenamente neutral con el fin de no favorecer la opinión de ningún ciudadano en detrimento de la de otro.

El único límite que la jurisprudencia norteamericana ha venido admitiendo con respecto al amplio ejercicio del derecho a la libertad de expresión lo encontramos en la doctrina del “peligro claro e inminente”, criterio introducido por primera vez por el ya conocido juez Holmes en su voto particular a la sentencia *Schenck v. United States* de 1919, resolución mediante la que el Tribunal Supremo condenó por unanimidad a miembros del comité ejecutivo del Partido Socialista por autorizar la publicación de circulares que condenaban el reclutamiento militar durante la Primera Guerra Mundial.

De acuerdo con la doctrina del *clear and present danger*, Holmes afirma que “en cada caso, la cuestión es si las palabras utilizadas son de tal naturaleza y se han empleado en tales circunstancias como para crear un peligro claro y presente que provocará males reales que el Congreso tiene derecho a evitar”¹⁰⁴. En el caso *Schenck*, Holmes justifica la condena de los miembros del Partido Socialista basándose para ello en su intencionalidad que, de acuerdo con la sentencia, era la de paralizar el reclutamiento del servicio militar obligatorio en tiempo de guerra mediante panfletos que terminaban por influenciar a las personas sujetas a dicho alistamiento disuadiéndolas. Esta intención suponía un desafío al funcionamiento del gobierno, de ahí que la libertad de expresión de los acusados no quedase protegida por la Constitución, pues incitaba a la realización de una conducta que terminaba por generar un peligro claro e inminente para el país¹⁰⁵.

¹⁰⁴ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)

¹⁰⁵ GASCÓN CUENCA, Andrés. “La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista”, op.cit., p. 166.

Posteriormente, la sentencia *Brandenburg v. Ohio* de 1969, que surgió a raíz de un mitin político en el que un líder del Ku Kux Klan alentó a las personas allí reunidas, muchas de ellas armadas, a enterrar a los afroamericanos, terminó por consolidar la doctrina del “peligro claro e inminente” de Holmes, así como el test de adecuación que los jueces han de aplicar a la hora de limitar las garantías constitucionales asociadas a la libertad de expresión: atendiendo a las circunstancias del caso concreto, por un lado se ha de valorar si la intención del emisor es la de producir un daño que el Estado tiene derecho a impedir y, por otro lado, si el lenguaje empleado es adecuado para producir ese daño¹⁰⁶. En relación con la posible configuración del discurso del odio como límite a la libertad de expresión, este test determina que el único lenguaje que está 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”¹⁰⁷.

Por lo tanto, pese a que los hechos probados en el caso *Brandenburg* determinaron que durante el mitin se emplearon expresiones racistas o *fighting words* que incitaban a la comisión de actos violentos contra colectivos de inmigrantes, debido a que no hubo de forma inmediata ningún incidente relacionado, el Tribunal Supremo entendió que no se daban los requisitos necesarios para proceder a la limitación del derecho a la libertad de expresión, y que la ley de Ohio mediante la que se castigó al líder de la organización Ku Kux Klan era inconstitucional, pues sancionaba la mera apología del uso de la fuerza.

La puesta en práctica de los exigentes requisitos de esta doctrina de *Brandenburg* se traduce en la absoluta impunidad que el discurso del odio ha recibido por parte de la jurisprudencia estadounidense. Este amplio margen de actuación ha sido criticado por autores como Frederick Schauer, quien considera que el test del *direct incitement to a clear and present danger* “plasma la idea de que en Estados Unidos las restricciones a la incitación al odio racial solo pueden ser auspiciadas bajo la Primera Enmienda cuando constituyen incitación al odio racial violento, e incluso, en tal caso, solo ante la excepcional circunstancia de que la incitación provoque inequívocamente a acciones violentas inmediatas, e incluso, en tal caso solo ante la aún más excepcional circunstancia de que los miembros de la audiencia se

¹⁰⁶ BISBAL TORRES, Marta. “El «mercado libre de las ideas» de O. W. Holmes”, op.cit. p. 190.

¹⁰⁷ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 447 (1969)

muestren de hecho dispuestos a responder de modo inmediato a la proposición del hablante”¹⁰⁸.

De lo anterior se puede concluir que, dado que el discurso del odio constituye un discurso político o con relevancia pública (*public concern test*), y que su limitación supondría de alguna forma la intervención del Estado, fomentando así una determinada opinión, discurso o ideología e infringiendo con ello el principio de neutralidad (*viewpoint neutrality*), 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 inminente¹⁰⁹. Entonces, para todos aquellos otros supuestos en los que el discurso del odio no fuese limitado por parte del Estado por no significar una incitación directa e inminente a la violencia, la solución que establece el modelo americano es un mayor ejercicio de la propia libertad de expresión, siendo el debate público el único camino de defensa para aquellas minorías atacadas.

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

El tratamiento jurídico que el discurso del odio como límite a la libertad de expresión ha recibido en Europa, concretamente por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se sitúa en un polo radicalmente opuesto al del modelo norteamericano.

Mientras que el paradigma estadounidense se ha caracterizado por una mayor tolerancia en materia de libertad de expresión, limitándose únicamente a restringir aquellos discursos que comportasen una incitación constatable y directa a la comisión de un delito, el TEDH se ha preocupado, si bien manteniendo la idea de la necesaria defensa de este derecho por su papel esencial en la contribución a la formación de la opinión pública, de excluir del ámbito de protección del artículo 10.1 CEDH a todos aquellos discursos que atenten contra la dignidad de la persona. Este paraguas protector de la libertad de expresión es más limitado como consecuencia del amparo que también se reconoce, en igual o mayor medida, a otros derechos como el honor, la libertad religiosa, la no discriminación y la interdicción de las

¹⁰⁸ SCHAUER F. *The exceptional first amendmen*, en Ignatieff (ed.). Princeton: American Excepcionalism and Human Rights, 2005, p. 36.

¹⁰⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU y Europa”, op.cit. p. 63.

incitaciones al odio¹¹⁰. Por lo tanto, mientras que en el modelo norteamericano la piedra basal del sistema es la libertad de expresión, en el europeo lo es la dignidad de la persona, cuya defensa requiere de una actuación activa por parte del ejecutivo con el fin de limitar aquellas expresiones vejatorias o denigratorias que atenten contra otros valores constitucionales que, en definitiva, son equiparables o superiores al propio derecho a la libertad de expresión¹¹¹.

Este argumento que acabamos de exponer representa el núcleo central de las diferencias de tratamiento existentes entre el discurso del odio en Estados Unidos y en Europa, diferencias cuyo origen se sitúa principalmente en la distinta experiencia histórica vivida por cada uno de los territorios mencionados. El conjunto de la sociedad europea, consciente de las horribles consecuencias que el auge de determinados discursos odiosos, como el discurso nazi en Alemania o el fascista en Italia, supusieron para el continente durante la primera mitad del siglo XX, optó tras la Segunda Guerra Mundial por la configuración de instrumentos normativos cuya finalidad es la de restringir las garantías de los derechos fundamentales a todos aquellos que se sirvieran de ellas para negárselas a los demás¹¹². Siguiendo la tesis del juez Yudkivska en su voto concurrente a la STEDH Vedjeland y otros c. Suecia, de 9 de febrero de 2012, “nuestra trágica experiencia en el pasado siglo demuestra que el racismo y las opiniones extremistas pueden aparejar mucho más dolor que las restricciones en la libertad de expresión. Las estadísticas de delitos por odio demuestran que la propaganda de incitación al odio siempre causa dolor, sea inmediato o potencial. No es necesario esperar a que el discurso de odio constituya un peligro real e inminente en la sociedad democrática”. Sin embargo, este objetivo requiere que el Estado tome una posición activa de rechazo hacia el discurso del odio en aras de la salvaguarda de la democracia, lo que nuevamente nos aleja de la estricta neutralidad estatal propia del modelo norteamericano.

Los instrumentos normativos de lucha contra los enemigos de la democracia a los que hemos hecho referencia aparecen consagrados en las diferentes legislaciones estatales de los países europeos en los que se ha optado por un modelo de democracia militante, como por

¹¹⁰ CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. “La protección de los derechos frente a los discursos del odio” en Lucía Alonso y Víctor J. Vázquez (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2017, p. 21 – 22.

¹¹¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU y Europa”, op.cit. p. 51.

¹¹² *Ibidem*, p. 48.

ejemplo sucede en Alemania, cuya Ley Fundamental prohíbe en sus artículos 9 y 18 a las asociaciones que con su actividad persigan fines contrarios a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos, y priva de determinados derechos fundamentales, entre ellos el derecho de libre expresión, a quienes abusen de los mismos para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia.

Pero además de la normativa interna manejada por los órganos jurisdiccionales nacionales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé en su artículo 17 la ya conocida cláusula de prohibición de abuso de derecho, en virtud de la cual la jurisprudencia de Estrasburgo ha venido excluyendo del ámbito de protección de la libertad de expresión al discurso del odio, estableciendo así como límite al ejercicio de este derecho fundamental aquellas expresiones que atenten contra la dignidad y la igualdad de los ciudadanos. Por lo tanto, si bien el propio tenor literal del apartado segundo del artículo 10 CEDH ya prevé expresamente tres condiciones al ejercicio de este derecho de las que se deriva una tutela de carácter limitado del derecho a la libertad de expresión, estableciéndose como restricciones aquellas previstas en la ley para la persecución de un fin legítimo (salv guarda de la seguridad nacional, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o de la moral...), y respetando siempre la relación de necesaria instrumentalidad con respecto a la existencia de una sociedad democrática, la cláusula de prohibición de abuso de derecho ha ayudado en gran medida a que la jurisprudencia del TEDH construya una doctrina más amplia acerca de cuáles son los límites a la libertad de expresión, subsumiendo en este precepto aquellas expresiones que, en definitiva, contradigan los valores del ordenamiento convencional.

El hecho de que la regulación europea de la libertad de expresión se haya llevado a cabo mediante la combinación de este derecho con otros valores, alejándose así de la concepción maximalista de la Primera Enmienda norteamericana, sirve para explicar por qué el discurso del odio ha sido férreamente configurado como límite a la libertad de expresión, no siendo para ello necesario que el discurso incite directamente a la realización de una conducta que genere un peligro o daño inminente. A diferencia de lo que sucede en el modelo americano, el TEDH condena toda conducta expresiva que incite al odio, entendiendo que dicha conducta no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. En este sentido, de acuerdo con la decisión de Estrasburgo en el asunto

Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009, “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 una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población”.

Para llevar a cabo esta limitación del derecho a la libertad de expresión ante la presencia de discursos que incitan al uso de la violencia o que constituyen un discurso de odio, la jurisprudencia del TEDH ha venido manejando principalmente un modelo de enjuiciamiento que dista del empleado por el Tribunal Supremo norteamericano.

En primer lugar, partiendo de la idea de que la libertad de expresión acoge no solamente las informaciones o ideas aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, ofenden o inquietan, el propio CEDH reconoce una serie de excepciones a este derecho cuya identificación ha venido dada jurisprudencialmente de la mano del criterio de ponderación. El Tribunal de Estrasburgo, en el ámbito del artículo 10.2 CEDH, se sirve “de una ponderación basada en el principio de proporcionalidad, situando con ello a la libertad de expresión en conflicto con otros bienes o valores *prima facie* equiparables y haciendo depender la prioridad de uno u otro de las circunstancias del caso concreto”¹¹³.

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, toda injerencia en el derecho a la libertad de expresión, además de aparecer legalmente prevista y de perseguir un objetivo legítimo, debe representar una restricción necesaria en una sociedad democrática, implicando esto último una “necesidad social acuciante”¹¹⁴. La valoración de este último extremo corresponde a los tribunales internos competentes, quienes para ello gozan de un amplio margen de apreciación, pero será la jurisdicción del TEDH, en aplicación de este criterio de proporcionalidad, la que determinará en última instancia si una restricción se concilia con la libertad de expresión que protege el artículo 10 CEDH¹¹⁵.

¹¹³ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU y Europa”, op.cit. p. 65.

¹¹⁴ STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España

¹¹⁵ PRESNO LINERA, Miguel Ángel. “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional”. *Cuadernos digitales de formación del Consejo General del Poder Judicial –Delitos de expresión en una sociedad democrática*, 2019, p. 11 – 12.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta que el test de proporcionalidad no es el único de los instrumentos empleados por el Tribunal de Estrasburgo a la hora de limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión ante la difusión de esta clase de discursos extremistas.

Tal y como hemos mencionado con anterioridad, la cláusula genérica de abuso de derecho del artículo 17 CEDH también ha servido para excluir del ámbito de protección de la libertad de expresión al discurso del odio, pero quizá de un modo más próximo al del modelo de enjuiciamiento del Tribunal Supremo norteamericano. A través de un criterio semejante al de categorización, el TEDH ha prohibido sistemáticamente cualquier tipo de discurso que intentara negar, trivializar o justificar los hechos ocurridos durante el III Reich en Alemania por representar abuso de derecho del artículo 10 CEDH. De este modo, se ha dotado de una absoluta prioridad a aquellos hechos históricos claramente probados, como el Holocausto, por considerarse que cuando dichos acontecimientos históricos tratan de ser negados, revisados o justificados mediante el ejercicio de la libertad de expresión, quienes lo hacen únicamente buscan lesionar la dignidad de una persona o de un grupo de individuos, en este caso del conjunto de la comunidad judía, de ahí que sea necesaria la configuración del discurso negacionista como límite a la libertad de expresión¹¹⁶.

En resumen, a la hora de construir la jurisprudencia relativa al discurso del odio como límite a la libertad de expresión, el proceder valorativo habitual del TEDH en el ámbito del artículo 10.2 CEDH ha sido el del test de proporcionalidad, situando a la libertad de expresión en conflicto con otros valores convencionalmente protegidos y, en función de las circunstancias concretas que rodean al caso, haciendo prevalecer uno u otro de los intereses en juego. Pero también a través de otro criterio próximo al de categorización, apelando a la cláusula del artículo 17 CEDH cuando se considere que, debido a un uso abusivo del derecho a la libertad de expresión, la dignidad de la persona se vea lesionada. Al situarse este último valor por encima del libre ejercicio de cualquier otro derecho, la restricción de la libertad de expresión queda justificada en aras de su protección.

La preocupación del TEDH por el establecimiento de un marco en el que, mediante la ponderación de los intereses en juego, se procure evitar que el ejercicio de los derechos fundamentales de un ciudadano entre en conflicto con los de otro, responde al papel del

¹¹⁶ GASCÓN CUENCA, Andrés. “La negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia *Perinçek* contra Suiza”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2018, p. 180 – 183.

Estado y a la función de los derechos en el ámbito europeo. A diferencia de lo que sucede en el liberalismo clásico norteamericano, “el modelo europeo asume una labor positiva y promocional del Estado en la defensa de los derechos de los ciudadanos, y en el fomento de las condiciones que aseguran su vigencia”¹¹⁷. Y respecto a los derechos fundamentales, además de ser estos concebidos como derechos subjetivos de defensa, también son entendidos como “valores objetivos cuyo fomento y protección tiene encomendada el Estado”¹¹⁸.

Por lo tanto, y debido a que los textos constitucionales europeos reconocen un “efecto horizontal de los derechos”, los particulares pueden reclamar al Estado su protección frente a los ataques de terceros cuando sus derechos fundamentales, pongamos por ejemplo el derecho al honor, se vea perjudicado debido al ilegítimo ejercicio por parte de otro ciudadano del derecho a la libertad de expresión. Bajo esta hipótesis entrarían en conflicto las expresiones proferidas por el segundo con el derecho al honor del primero, siendo entonces necesaria la intervención estatal para el establecimiento de unos límites, tal y como sucede con el discurso del odio, cuya manifestación no queda amparada bajo la libertad de expresión por atentar contra otros valores, concretamente contra la dignidad humana, cuya defensa y protección queda encomendada al Estado por tratarse del germen y fundamento de los derechos fundamentales, así como un límite infranqueable a un ejercicio desproporcionado de aquellos¹¹⁹.

En definitiva, la reciente y trágica experiencia histórica vivida en el continente europeo, concretamente los hechos producidos durante el Holocausto nazi como, en palabras del filósofo Reyes Mate, manifestación del “mal radical”, junto a la particular concepción de los derechos fundamentales recogidos en el Convenio y del papel del Estado en aras de la protección de estos últimos, han dado lugar a que en el modelo europeo de libertad de expresión no haya lugar para los intolerantes, pues es sabido que un ejercicio ilimitado de este derecho puede conducir al caos.

¹¹⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU y Europa”, op.cit. p. 66.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 66.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 71.

4.3. El discurso del odio en España

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones acerca del discurso del odio como límite a la libertad de expresión. Ejemplos recientes de esta jurisprudencia son la ya mencionada STC 177/2015, de 22 de julio, en el caso Stern Taulats y Roura Capellera por la quema de una fotografía del Rey, y la STC 112/2016, de 20 de junio, acerca de la constitucionalidad del delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP.

Ambas sentencias se caracterizan por restringir el derecho a la libertad de expresión por medio de la represión penal y por declarar constitucional la limitación de dicho derecho fundamental al considerar que la conducta expresiva quedaba excluida del ámbito de protección otorgado por el artículo 20.1, a) de la Constitución Española¹²⁰. Pero esta tónica no solo está presente en las dos resoluciones mencionadas, sino que representa la línea de enjuiciamiento que nuestro TC ha venido aplicando comúnmente, recurriendo al discurso del odio como límite al ejercicio de la libertad de expresión para justificar la represión de cualquier mensaje contrario a los valores constitucionales, como si dicha categoría representase un verdadero cajón desastre en el que dar cabida a casi cualquier forma de discurso extremo que exprese intolerancia¹²¹.

Esta actual tendencia restrictiva representa una de las mayores críticas al sistema español de tratamiento del discurso del odio como límite a la libertad de expresión, pues ha terminado por convertir a esta modalidad discursiva en un criterio sistemático de delimitación negativa del derecho fundamental a la libertad de expresión, llevando a muchos juristas a cuestionarse si nos encontramos ante una verdadera categoría jurídica. En efecto, no es escasa la jurisprudencia en la que se ha hecho uso, sin apenas argumentación jurídica, del discurso del odio como recurso a través del cual estrechar cómodamente los límites del derecho a la libertad de expresión. De ahí que sea necesario llevar a cabo un análisis más profundo sobre esta doctrina jurisprudencial con el objetivo de no desnaturalizar el verdadero sentido del discurso del odio ni de privar de protección constitucional al derecho a la libertad de expresión, pues corremos el peligro de que determinadas conductas

¹²⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Opiniones Constitucionales”. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2018, p. 3 – 4.

¹²¹ TERUEL LOZANO, Germán. “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”. *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, núm. 17, 2017, p. 3.

expresivas que inquietan, ofenden o molestan a un sector determinado de la población, expresiones que en definitiva se encuentran amparadas legítimamente por la Constitución, terminen por ser judicialmente restringidas mediante su errónea inclusión bajo el paraguas del discurso del odio¹²².

Las únicas limitaciones que nuestro texto constitucional establece expresamente al ejercicio de las libertades que garantiza el primer apartado del artículo 20, entre ellas el derecho a la libertad de expresión, aparecen recogidas en el cuarto apartado de dicho mismo precepto. Estos límites incluyen el respeto a los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, a los preceptos de las leyes que desarrollen el derecho a la libertad de expresión y, especialmente, al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. En consecuencia, y siguiendo el estándar de protección del TEDH, la jurisprudencia del TC, a pesar de no haber adoptado una interpretación literal del artículo 20.4 CE, ha colocado también como piedra basal del sistema de libertad de expresión a la dignidad humana.

Para la protección de la dignidad humana, valor expresamente reconocido en el artículo 10.1 CE, nuestro ordenamiento jurídico ha llegado incluso a recurrir a la tipificación penal de aquellas conductas expresivas que, por ser constitutivas de un discurso de odio al incitar directa o indirectamente a la discriminación o a la violencia hacia determinados colectivos, sobrepasan el ámbito de protección del ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Estas conductas constituyen los conocidos como delitos de odio que, tras la reforma del Código Penal del año 2015, aparecen recogidos en su artículo 510 mediante una nueva redacción que castiga a quienes inciten, directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas o discriminatorios.

Sin embargo, a pesar de poner también el foco en la defensa de la dignidad de la persona, el estándar de protección jurisprudencial español no se corresponde exactamente con el europeo. La principal diferencia con respecto al modelo del TEDH es que el ordenamiento constitucional español no se configura como un modelo de democracia militante, de ahí que a quien ejerce el derecho a la libertad de expresión no pueda exigírsele fidelidad ideológica o adhesión positiva al orden establecido, pudiendo llegar incluso a proferir

¹²² ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Opiniones Constitucionales”, op.cit. p. 4.

mensajes cuyo contenido sea contrario a los principios y valores afirmados por la propia Constitución¹²³. En este sentido, la STC 48/2003, de 12 de marzo, recuerda que “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.” Por lo tanto, aunque el derecho a la libertad de expresión sea empleado para desestabilizar las propias bases del sistema democrático o para difundir ideas manifiestamente erróneas o peligrosas, ello no puede justificar la limitación de un derecho fundamental de semejante importancia para la formación de la opinión pública. Siguiendo la estela de la doctrina acuñada en Estrasburgo, el Tribunal Constitucional ha recordado que “la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población” (STC 235/2007, de 7 de noviembre).

Esta última afirmación no significa que exista una absoluta libertad para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues los derechos fundamentales, debido a su carácter limitado, no encuentran amparo cuando en su ejercicio vulneran otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, tal y como sucede con la difusión de discursos de contenido discriminatorio potencialmente lesivos de la dignidad humana. De acuerdo con la STC 112/2016, nuestro canon constitucional mantiene tanto “el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio”.

Sin embargo, y adentrándonos ya en la segunda de las diferencias con respecto a la línea de enjuiciamiento del TEDH, la jurisprudencia del TC ha considerado que la tipificación penal de la negación del Holocausto interfiere en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, por lo que le está vedada al legislador su restricción¹²⁴. Esta distinta e incluso contradictoria respuesta judicial ante la difusión del discurso negacionista es consecuencia de la primera de las diferencias a las que hemos hecho mención con anterioridad, pues al

¹²³ TERUEL LOZANO, Germán. “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2015, p. 7 – 8.

¹²⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Discurso del odio y discurso político”, op.cit., p. 9.

haberse optado en el CEDH por un modelo de democracia militante, el Tribunal de Estrasburgo, en virtud de la cláusula del abuso de derecho del artículo 17 CEDH, ha excluido los mensajes negacionistas del ámbito de protección que la libertad de expresión otorga por suponer éstos un abuso de los derechos recogidos en el mismo CEDH. Pero en España, la STC 235/2007 recuerda que en nuestro sistema no tiene parangón una cláusula de abuso de derecho como la del artículo 17 CEDH que permita aplicar criterios de categorización con la finalidad de restringir el ejercicio de derechos fundamentales, y que el mero negacionismo histórico constituye una conducta inane que no constituye un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados. Por lo que en la medida en que no entra en conflicto con la dignidad humana, el discurso negacionista se encuentra amparado por el derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1 CE, en relación con el derecho a la libertad ideológica del artículo 16 CE, no pudiendo ser considerado un supuesto de discurso del odio.

Esta fue también la argumentación que siguió la STC 214/1991, de 11 de noviembre, en la que el TC estableció que su función no era la de entrar a valorar meras opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos, por mucho que estas afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración sean reprobables o tergiversadas. El fallo de esta famosa sentencia abrió la puerta para que la demandante, Violeta Friedman, demandase por la vía civil al político belga León Degrelle por intromisión en su derecho al honor al poner éste en duda la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazi y por realizar juicios ofensivos de carácter claramente racista y antisemita contra la comunidad judía. Sin embargo, esta decisión no se basó en el acierto o desacierto de las cuestiones históricas planteadas, sino en el carácter antisemita de las expresiones proferidas, cuyo ánimo era el de menospreciar y discriminar a los judíos, creando así un sentimiento de hostilidad contra los mismos y lesionando directamente el derecho al honor de la demandante¹²⁵.

Los límites relacionados con el discurso del odio que el TC ha venido estableciendo al legítimo ejercicio de la libertad de expresión pueden resumirse en los siguientes tres puntos¹²⁶. En primer lugar, en relación con la incitación a la violencia o con discursos amenazantes, la STC 136/1999 establece que “no cabe considerar ejercicio legítimo de las

¹²⁵ TERUEL LOZANO, Germán. “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”, op.cit., pp. 5 – 6.

¹²⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Discurso del odio y discurso político”, op.cit., p. 15.

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”.

Por otro lado, de acuerdo con la STC 237/2007, el artículo 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”. “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”.

Y por último, siguiendo de nuevo el tenor literal de la anterior resolución, “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”.

Pero a pesar del establecimiento de estos criterios jurisprudenciales y del esfuerzo por tratar de asumir los postulados del TEDH en materia de libertad de expresión, incluida la propia definición de “discurso del odio” ofrecida por la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa¹²⁷, desde mi punto de vista, dos de las últimas sentencias

¹²⁷ STC 235/2007, de 7 de noviembre: “Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). En concreto, viene considerando que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de

de nuestro TC en materia de libertad de expresión han terminado por desvirtuar dicho concepto al tratar de reconducir conductas expresivas especialmente controvertidas bajo la categoría del discurso del odio, desbordando así su contenido propio según se dijo anteriormente¹²⁸.

El caso más representativo de este abuso en la utilización del discurso del odio como cajón de sastre en el que incluir aquellas conductas expresivas que puedan resultar especialmente sensibles con el fin de limitar el derecho a la libertad de expresión lo encontramos en la STC 177/2015, de 22 de julio, ya analizada. Llama la atención en este caso el grado de distorsión que se observa en la argumentación del TC a la hora de aplicar la doctrina europea del discurso del odio, pues con la finalidad de encajar los actos castigados como constitutivos de un delito de injurias a la Corona en la forma discurso del odio, el TC ignoró una de las notas características de esta modalidad discursiva: “la existencia de un grupo diana situado en una posición de especial vulnerabilidad”¹²⁹.

Para encasillar como discurso del odio una conducta que suponía un claro ejemplo de discurso político, la STC 177/2015, de 22 de julio, aun reconociendo que “las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas”, acto seguido asegura que “el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”. Siguiendo esta lógica, el Tribunal concluye que “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, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio”. En consecuencia, esta resolución se sustenta en “una equiparación implícita de la Monarquía con colectivos tradicionalmente discriminados, convirtiendo a la Casa Real en víctima de ese discurso hostil y, por ello, en un sector de la población tan necesitado de protección como las minorías étnicas o inmigrantes”¹³⁰.

expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”.

¹²⁸ TERUEL LOZANO, Germán. “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”, op.cit., p. 8.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 9.

¹³⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Opiniones Constitucionales”, op.cit. p. 8.

Otro ejemplo en el que la jurisprudencia ha tratado de extender el discurso del odio a supuestos que no guardan ninguna relación con el trato discriminatorio hacia grupos tradicionalmente perseguidos lo encontramos en la STC 112/2016, de 20 de junio, referida al delito de enaltecimiento del terrorismo recogido en el artículo 578 CP. Mediante esta resolución, el TC denegó el amparo a Tasio Erkizia Almandoz, condenado como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo a raíz de su intervención el 21 de diciembre de 2008 en un homenaje ciudadano tributado a José Miguel Beñaran Ordeñana, alias 'Argala', quien había formado parte de la banda terrorista ETA, en el trigésimo aniversario de su muerte, producida como consecuencia de un atentado terrorista. En su discurso el condenado pidió “una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático’ y terminó con los gritos 'Gora Euskal Herria askatuta', 'Gora Euskal Herria euskalduna' y 'Gora Argala' -¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!, gritos que fueron respondidos por el público”.

La STC 112/2016 establece que las conductas de alabanza y justificación de actos terroristas enjuiciadas en el caso concreto son constitutivas de una sanción penal legítima “en la medida en que puedan 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”. Para llegar a esta conclusión, el TC argumentó que se trataba de una “expresión de odio basado en la intolerancia”, que el mensaje fue “manifestado a través de un nacionalismo agresivo” y que se llevó a cabo “con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos”. Pero además, destaca que los hechos tuvieron lugar en “un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social”, lo que unido a la afirmada intencionalidad violenta de los participantes convierte la conducta en un acto idóneo para contribuir a perpetuar la situación violenta ya existente en aquel entonces en el País Vasco.

A pesar de que esta resolución supone un avance muy importante para el TC, pues entra a interpretar el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo valorando para ello que se acredite la existencia de una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista, lo que, una vez analizadas las circunstancias concretas, descalificaría de inmediato el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión por suponer actos de violencia o de

provocación de un riesgo inminente para la seguridad de personas o cosas, o de una amenaza verosímil, lo cierto es que, en primer lugar, el TC acude al discurso del odio como si se tratase de un límite a la libertad de expresión diferenciado del de incitación a la violencia¹³¹.

Desde mi punto de vista, la justificación de la condena penal y de la limitación del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión por el hecho de encontrarnos ante una manifestación del discurso del odio no es correcta, pues del mensaje objeto de la condena no puede inferirse una incitación a la discriminación de determinados colectivos por razón de sus características étnico-culturales, religiosas, origen nacional, sexo u orientación sexual, o factores análogos de vulnerabilidad. Aspecto distinto sería que, tras una labor de interpretación y aplicación del artículo 578 CP, la condena por delito de enaltecimiento del terrorismo finalmente estuviese exclusivamente basada en el concreto impacto de la difusión pública, las circunstancias personales de quien realiza la conducta, la coincidencia temporal con actos terroristas o las concretas manifestaciones proferidas. Pero la inclusión aquí del discurso del odio como límite a la libertad de expresión me resulta, cuando menos, discutible, pues parece aludirse a él con la única finalidad de reforzar la argumentación relativa a la instigación a la violencia terrorista como si de un último comodín de apoyo se tratara.

Tanto la STC 177/2015 como la STC 112/2016 podrían formar parte de la denominada “jurisprudencia de excepción”, pues ambas, con “la declarada finalidad de silenciar discursos hostiles y ofensivos, alteran o tergiversan los estándares habituales de interpretación constitucional para restringir el contenido protegido de la libertad de expresión”¹³². Esta jurisprudencia muestra la actual hipertrofia del concepto del discurso del odio, un discurso que, debido a su carácter fuertemente lesivo de otros intereses constitucionales, como el derecho al honor, la dignidad o la seguridad, ha sido sistemáticamente excluido del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión¹³³.

En definitiva, vemos como la actual jurisprudencia española ha recurrido a una delimitación categorial del discurso del odio que deja de lado todo juicio de

¹³¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Opiniones Constitucionales”, op.cit. p. 6.

¹³² *Ibidem*, p. 9

¹³³ *Ibidem*, p. 9.

proporcionalidad ante la colisión de valores constitucionales, lo que ha propiciado un uso distorsionado del discurso del odio con el fin de restringir determinados mensajes que, a pesar de ofender, inquietar o molestar a un determinado sector de la población, habrían de ser igualmente amparados por el derecho a la libertad de expresión. Esto ha generado un progresivo “efecto desaliento” en el ejercicio de este derecho fundamental tan importante para el desarrollo de la opinión pública, y pone en peligro la tutela del derecho a la dignidad de aquellos colectivos tradicionalmente discriminados, pues las verdaderas causas por las que habrían de limitarse determinados discursos extremos en aras de su protección como víctimas, terminan siendo diluidas en un cajón desastre junto a otros motivos que no responden al fin por el que el discurso del odio ha de erigirse como límite a la libertad de expresión.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos tenido la oportunidad de constatar lo importante que es que los ciudadanos dispongan de un amplio margen a la hora de ejercer el derecho a la libertad de expresión, sin que éste se vea restringido por razones arbitrarias cuya única finalidad sea la de excluir del debate público aquellos discursos que chocan, inquietan u ofenden a las autoridades o a una fracción cualquiera de la población. Una amplia concepción del alcance de la libertad de expresión exige que bajo el paraguas de este derecho encuentren protección tanto las ideas favorablemente acogidas como aquellas expresiones burlescas, hirientes, despectivas o insensibles, pues tanto unas como otras contribuyen a la formación de una opinión pública plural, libre y abierta. Esto último implica un esfuerzo por parte de los Estados democráticos, que se han encargado ya desde hace años de establecer un amplio sistema de garantías con el objetivo de fomentar el libre intercambio de ideas dentro de una atmósfera tolerante, proporcionando así a la libertad de expresión una especial protección en diversos textos normativos, tanto nacionales como internacionales. Esta especial preocupación por proteger aquel espacio en el que tiene lugar el libre intercambio de ideas constituye un claro indicio del grado de salud democrática del que gozan los actuales Estados de Derecho.

Sin embargo, la protección que en nuestro contexto se le ha venido otorgando a la libertad de expresión no ha tenido lugar de modo ilimitado, lo que la hubiese convertido en un derecho de carácter absoluto, sino que todos los ordenamientos, en mayor o menor

medida, han establecido límites a la libertad de expresión. Estos límites únicamente operan de manera excepcional cuando el contenido de las expresiones difundidas lesiona otros derechos fundamentales cuya protección el ordenamiento jurídico también ha de procurar. Por lo tanto, en este escenario los límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se plantean muchas veces como un conflicto entre dos derechos fundamentales, habiéndose de ponderar, en función de las circunstancias concretas que rodean al caso, el ejercicio de cuál de éstos ha de prevalecer y quedar efectivamente amparado.

Un ejemplo de este conflicto entre derechos fundamentales es el que tiene lugar cuando el derecho a la libertad de expresión se ejerce para difundir mensajes que, debido a su carácter manifiestamente discriminatorio, vejatorio e intolerante, lesionan directamente la dignidad humana. Esto último es precisamente lo que ocurre con el denominado “discurso del odio”, una modalidad discursiva que no cuenta con una definición única debido a las dificultades que su delimitación conceptual entraña. ¿Qué es el discurso del odio? ¿Qué tipo de conductas expresivas quedan englobadas dentro del mismo? ¿Cuándo estas conductas vulneran efectivamente otros valores constitucionalmente protegidos como la dignidad humana? ¿Qué colectivos merecen la protección que brinda el ordenamiento (el penal, incluso) frente al discurso del odio? ¿En qué medida el discurso del odio constituye un potencial peligro para la integridad física y moral de los colectivos vulnerados?

Para intentar responder a todas estas preguntas ha sido preciso llevar a cabo un análisis jurídico de la jurisprudencia más relevante de nuestro entorno, especialmente de la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya labor de delimitación del concepto del discurso del odio ha tenido una enorme influencia en países como España, si bien con determinadas diferencias motivadas por una desigual configuración del sistema democrático, habiéndose optado o no por un modelo de democracia militante, y una distinta experiencia histórica, en concreto lo sucedido en determinados países europeos como Alemania, que sufrieron directamente la tragedia del Holocausto o la barbarie del totalitarismo. Además, el conjunto de resoluciones y recomendaciones provenientes de la Unión Europea también han sido de gran ayuda para construir una definición más o menos uniforme del discurso del odio.

Tras la realización de este estudio se extraen cuáles son los tres elementos definidores del discurso del odio: en primer lugar, que las expresiones proferidas vayan dirigidas contra

personas o colectivos especialmente vulnerables debido a determinadas características que les definen y que tradicionalmente han sido motivo de discriminación; en segundo lugar, que esas expresiones contengan un claro elemento ofensivo, tratándose así de mensajes insultantes, vejatorios, humillantes y amenazantes que inducen a la comisión de actos de hostilidad, violencia o discriminación contra un grupo social vulnerable o alguno de sus miembros; y por último, que dichas expresiones se difundan con la intencionalidad directa de ofender mediante insultos, provocaciones y vejaciones, todo ello motivado por razón de esa intolerancia hacia el colectivo en cuestión.

Estos tres elementos definidores del discurso del odio son cruciales, pues no puede ser calificada como discurso del odio cualquier conducta expresiva que únicamente exprese intolerancia, siendo necesario que también esté dirigida hacia un colectivo que haya sido tradicionalmente discriminado. Además, dicha conducta expresiva, por su carácter fuertemente lesivo de la dignidad humana, ha de suponer un peligro virtual para la integridad y seguridad del colectivo atacado, para lo que no es necesaria una incitación directa a la comisión de un delito, sino que también puede tratarse de una incitación indirecta. La pérdida de vista de estos tres elementos a la hora de calificar una conducta expresiva como delito de odio puede derivar en que determinados discursos de carácter extremo sean erróneamente calificados como odiosos, terminando por ser excluidos definitivamente del debate público, lo que sin duda supone un perjuicio para la calidad del sistema democrático.

Como consecuencia de esto último, una de las finalidades de este trabajo ha sido la de tratar de diferenciar el discurso del odio de otros discursos extremos u ofensivos, y más concretamente, del discurso político. Y es que existe un amplio número de resoluciones judiciales que, haciendo uso de una interpretación cuando menos difusa de la doctrina de Estrasburgo sobre el discurso del odio, han tratado de excluir del debate público mensajes políticos que cuestionaban el funcionamiento de determinadas instituciones públicas, denunciaban problemas sociales extremadamente sensibles o arremetían contra determinados colectivos sobre los que no pesa la lacra de la intolerancia. Por ello, hemos de recordar que, a pesar de que estas manifestaciones puedan resultar ofensivas, hirientes o despectivas, se hallan plenamente amparadas por el derecho a la libertad de expresión por su contribución a la formación de una opinión pública plural y tolerante.

Sin embargo, el verdadero discurso del odio, aquél que discrimina, humilla o amenaza a determinados colectivos, bien sea por su nacionalidad, raza, religión, orientación sexual, género, discapacidad o enfermedad, sí pone en cuestión la concepción de la libertad de expresión como libertad preferente. Para ver cómo se llega a justificar (o no) esta excepción a la lógica del “libre mercado de las ideas”, se ha analizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como la de nuestro Tribunal Constitucional, enormemente influenciada por la jurisprudencia de Estrasburgo.

En esta labor de análisis y diferenciación hemos tenido la oportunidad de constatar las diferencias existentes entre el modelo norteamericano y el europeo de libertad de expresión. Mientras que en Estados Unidos impera una concepción maximalista del derecho a la libertad de expresión que, como derecho absoluto, ha de prevalecer sobre cualquier otro derecho con el que pueda entrar en conflicto, salvo cuando incite directamente a la comisión de un determinado delito, el modelo europeo prioriza la salvaguarda de la dignidad humana como valor fundamental sobre el que se basa el conjunto del sistema democrático, de ahí que el derecho a la libertad de expresión pueda ser legítimamente limitado cuando entra en conflicto con otros valores cuya promoción también corresponde al Estado, como la igualdad, la tolerancia o la integración social. Bajo esta última perspectiva, muchos ordenamientos jurídicos han configurado como delito aquellas expresiones de odio atentatorias contra la dignidad humana como bien jurídico protegido. De este modo, han aparecido los denominados “delitos de odio”, cuya generalización ha convertido al Derecho Penal en el principal instrumento de represión contra el discurso del odio.

Las diferencias que explican esta diferente concepción del discurso del odio como límite a la libertad de expresión entre Estados Unidos y Europa son muchas y muy variadas, siendo la más relevante de todas ellas su reciente experiencia histórica. Las horribles consecuencias que el Holocausto nazi desencadenó en Europa explican la acuciante preocupación de los Estados de nuestro continente por evitar que, mediante la libre manifestación de la más agresiva intolerancia, aquellos colectivos especialmente vulnerables terminen por ser destruidos masivamente, tal y como sucedió con el pueblo judío. Esto coloca a la dignidad de la persona como un valor supremo, la base de la convivencia y de la paz social sin cuya observancia un Estado no puede definirse como democrático.

Pero incluso la distinta intensidad con la que el nazismo alemán golpeó a los diferentes territorios de Europa explica que cada país haya optado por incluir como expresiones constitutivas de un discurso de odio diferentes tipos de mensajes. En concreto, aun habiéndose acogido España a la doctrina de Estrasburgo relativa al discurso del odio como límite a la libertad de expresión, nuestro país no califica como conductas constitutivas de un discurso de odio aquellas que se limitan a negar lo sucedido durante el Tercer Reich, amparando plenamente al discurso negacionista bajo la libertad de expresión. Esta tendrá lugar siempre que la propia negación del genocidio no sea utilizada para justificar la masacre de miles de judíos, lo que ya sí podría atentar contra la dignidad de dicho colectivo.

Centrándonos en la doctrina del discurso del odio en España, este trabajo ha tratado de poner de relieve “la restrictiva comprensión de la libertad de expresión que están demostrando nuestros tribunales en la aplicación de delitos de opinión tan sensibles como son los delitos de provocación al odio y de negacionismo o los de enaltecimiento del terrorismo”¹³⁴. Son muchos los ejemplos en los que, haciendo uso de una interpretación distorsionada de la doctrina de Estrasburgo sobre el discurso del odio, el Tribunal Constitucional ha justificado condenas atendiendo exclusivamente al carácter ofensivo, humillante o provocador de los mensajes objeto de enjuiciamiento, obviando si los mismos iban dirigidos con la finalidad de atacar a un colectivo especialmente vulnerable o si su difusión provocaba un peligro cierto. Mediante este proceder, la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal ha tratado de limitar la difusión de mensajes que atacaban a la Corona como institución pública, lo que sin duda supone una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión dentro de su vertiente más protegida: el discurso político.

Una definición cada vez más expansiva del discurso del odio que trate de dar cabida dentro del mismo prácticamente a cualquier discurso que suene odioso, supone un grave riesgo para el derecho a la libertad de expresión como valor constitucionalmente protegido, así como un claro alejamiento de la verdadera finalidad con la que el discurso del odio ha sido configurado como límite a la libertad de expresión: la protección de aquellos colectivos especialmente vulnerables que, mediante un uso irresponsable del derecho a la libertad de expresión, pueden ser objeto de actos de discriminación, hostilidad o violencia. Por todos estos motivos, considero necesario trabajar, tanto en el ámbito legislativo como en el judicial, para elaborar una definición más clara y restrictiva del discurso del odio.

¹³⁴ TERUEL LOZANO, Germán. “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”, op.cit., p. 16.

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*, núm. 14 – 02, 2012, pp. 2 – 32.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, pp. 309 – 341.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Opiniones Constitucionales”. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2018, pp. 1 – 38.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU y Europa”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, pp. 45 – 86.

BIGLINO, Paloma; BILBAO, Juan María; REY, Fernando; MATIA, Javier; y VIDAL, José Miguel (Coordinadores): *Lecciones de Derecho Constitucional II*. Lex Nova, Valladolid, 2013, pp. 607 – 620.

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*, núm. 85, 2009, pp. 299 – 352.

BILBAO UBILLOS, Juan María: “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”. *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2018, pp. 1 – 29.

BISBAL TORRES, Marta: “El «mercado libre de las ideas» de O. W. Holmes”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, pp. 183 – 208.

BOLLINGER, Lee: *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. Oxford University Press, Nueva York, 1986.

CARMI, Guy: “Dignity versus liberty: The Two Western cultures of free Speech”. *Boston University International Law Journal*, núm. 26, 2008, pp. 277 y sig.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio: “La protección de los derechos frente a los discursos del odio” en Lucía Alonso y Víctor J. Vázquez (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2017, pp. 15 – 39.

CORTINA ORTS, Adela: “Prólogo” en Lucía Alonso y Víctor J. Vázquez (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2017, pp. 9 – 15.

GASCÓN CUENCA, Andrés: “La negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia Perinçek contra Suiza”. *Annuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2018, pp. 178 – 197.

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*, núm. 47, 2013, pp. 163 – 182.

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 Facultad de Derecho*, Vol. 62/2, Julio-Diciembre 2014, pp. 15 – 40.

POPPER, Karl: *La sociedad abierta y sus enemigos*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1994, pp. 512.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional”. *Cuadernos digitales de formación del Consejo General del Poder Judicial –Delitos de expresión en una sociedad democrática*, 2019, pp. 1 – 32.

RAWLS BORDLEY, J: *Sobre las libertades*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1996, p. 103.

REY MARTÍNEZ, Fernando: “Discurso del odio y racismo líquido”, en M. Revenga Sánchez (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*. Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 55 – 56.

SCHAUER F.: “The exceptional first amendmen”, en *Ignatieff* (ed.). Princeton: American Excepcionalism and Human Rights, 2005.

SERRANO MAÍLLO, Isabel: “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, p. 593.

TERUEL LORENZO, Germán: “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”. [En línea] *ReDCE*, núm. 27, 2017. https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm#dos [Consulta: 23/03/2020]

TERUEL LOZANO, Germán: “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”. *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, núm. 17, 2017, pp. 1 – 20.

TERUEL LOZANO, Germán: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2015, pp. 1 – 51.

LEGISLACIÓN

Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, Tomo 1.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma (Italia) el 4 de noviembre de 1950.

Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, hecha en San José (Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

Unión Europea. Decisión Marco (UE) 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

RECOMENDACIONES, RESOLUCIONES E INFORMES

Bureau of Justice Assistance: *A Policymaker's Guide to Hate Crimes*, Washington, 1997.

Recomendación del Consejo de Europa R (97) 20, de 30 de octubre de 1997.

Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR): *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Liubliana, 2005

Recomendación General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptada el 8 de diciembre de 2015

Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de mayo de 2019, núm. 124.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside c. Reino Unido.
- STEDH de 8 de julio 1999, asunto Sürek c. Turquía.
- STEDH de 4 de diciembre de 2003, Günduz c. Turquía.
- STEDH de 6 de junio de 2006, caso Erbakan c. Turquía.
- STEDH de 16 de julio de 2009, asunto Féret c. Bélgica.
- STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España.
- STEDH de 9 de febrero de 2012, caso Vejdeland y otros c. Suecia.
- STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

Tribunal Supremo Norteamericano

- Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)
- Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 447 (1969)
- Snyder v. Phelps, 562 U.S. _ (2011)

Tribunal Constitucional

- STC 6/1981, de 16 de abril
- STC 199/1987, de 16 de diciembre
- STC 171/1990, de 12 de noviembre
- STC 214/1991, de 11 de noviembre
- STC 176/1995, de 11 de diciembre
- STC 136/1999, de 20 de julio
- STC 6/2000, de 17 de enero

- STC 235/2007, de 7 de noviembre
- STC 29/2009, de 26 de enero
- STC 177/2015, de 22 de julio
- STC 112/2016, de 20 de junio

Tribunal Supremo

- STS 48/2003, de 12 de mayo
- STS 1284/2005, de 31 de octubre
- STS 259/2011, de 12 de abril
- STS 846/2015, de 30 de diciembre

Audiencia Nacional

- SAN (Sala de lo Penal), de 5 de diciembre de 2018

Audiencia Provincial

- SAP Barcelona (Sala Penal, Sección 2ª) núm. 713, de 22 de julio de 2014
- AAP Lleida (Sala Penal, Sección 1ª) núm. 322/2018, de 12 de junio de 2018

Juzgados de Primera Instancia

- Sentencia de 11 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa
- Sentencia de 10 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona
- Auto de 15 de febrero de 2018 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de La Seu de Urgell