



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

EL DISCURSO DEL ODIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Presentado por:

María Serrano Saquero

Tutelado por:

Fernando Rey Martínez

Valladolid, 30 de abril de 2024

RESUMEN:

El presente trabajo consiste en un estudio jurídico-normativo del discurso del odio, orientado a comprender mejor su contenido y sus límites. Para ello se analizarán los componentes principales de su concepto, intentando delimitar el conflicto entre la libertad de expresión y el discurso del odio, y los estándares de protección existentes a nivel nacional e internacional. Lugar especial ocupará en el presente estudio, por particular gravedad respecto de la protección de la dignidad humana, la proliferación actual del mismo y la repercusión social que provoca, el discurso del odio basado en motivos étnicos y raciales.

Palabras claves: discurso del odio, discriminación, libertad de expresión, racismo.

ABSTRACT:

The present work consists of a legal-normative study of hate speech, aimed at better understanding its content and its limits. To do this, the main components of its concept will be analyzed, trying to delimit the conflict between freedom of expression and hate speech, and the existing protection standards at the national and international level. Hate speech based on ethnic and racial motives will occupy a special place in this study, due to particular gravity with respect to the protection of human dignity, its current proliferation and the social repercussion it causes.

Key Words: *hate speech, discrimination, freedom of expression, racism.*

LISTADO DE ABREVIATURAS:

CE: Constitución Española.

CDH: Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CEDH: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos.

CERD: Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial.

CoERD: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

CP: Código Penal Español.

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.

ECRI: Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.

FJ: Fundamento Jurídico.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

OSCE: Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa.

ODHIR: Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

TC: Tribunal Constitucional de España.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo de España.

UE: Unión Europea.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. EL DISCURSO DEL ODIO.....	7
2.1. Una aproximación al concepto de discurso del odio.	7
2.2. Elementos del discurso del odio: colectivo afectado, mensaje fóbico y riesgo de discriminación.	16
3. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN ANTE EL DISCURSO DEL ODIO.	23
3.1. Normativa internacional y europea sobre el discurso del odio.....	23
3.1.1. <i>Naciones Unidas.</i>	23
3.1.2. <i>El Consejo de Europa.</i>	27
3.1.3. <i>La Unión Europea.</i>	29
3.2. Marco legal español.....	30
4. MANIFESTACIONES DEL DISCURSO DEL ODIO: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL CON ÉNFASIS EN EL DISCURSO RACISTA.....	33
4.1. Discurso xenófobo y racista.....	35
4.2. Discurso antisemita.	43
4.3. Discurso antigitanista.....	46
5. ¿EXISTE LA LIBERTAD DE ODIAR?.....	51
6. CONCLUSIONES.....	57

7. BIBLIOGRAFÍA.....	61
8. ANEXO: JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	66

1. INTRODUCCIÓN.

La problemática del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español es un tema de gran relevancia e interés en la actualidad. Este fenómeno no solo plantea desafíos legales, sino que también confronta cuestiones éticas y sociales fundamentales. A partir de diversas conclusiones derivadas de investigaciones y análisis, se evidencia la necesidad de abordar este tema de manera integral y con una comprensión clara de sus implicaciones.

En primer lugar, se destaca la importancia de diferenciar entre los delitos de odio y el discurso del odio, ya que, aunque ambos conceptos están relacionados, presentan matices distintos en su naturaleza y alcance. Mientras que los delitos de odio se refieren a acciones penales motivadas por el odio hacia ciertos grupos o individuos, el discurso del odio abarca expresiones que, aunque puedan ser ofensivas, no necesariamente constituyen conductas punibles.

Sin embargo, la falta de una definición unificada del discurso del odio dificulta su abordaje efectivo, lo que destaca la necesidad de clarificar este concepto en el marco legal español. Además, se identifican elementos clave del discurso fóbico, como la identificación de colectivos afectados, la naturaleza ofensiva del mensaje y el riesgo de discriminación, que subrayan la gravedad de este fenómeno y su impacto en la sociedad.

La implementación de estándares internacionales en la protección contra el discurso del odio en España, en consonancia con tratados internacionales ratificados por el país, también emerge como un aspecto relevante. Es necesario garantizar la seguridad de las víctimas, así como limitar, aunque sea bajo ciertas condiciones, la libertad de expresión en aras de salvaguardar derechos y valores que también son fundamentales, como la prohibición de discriminación (art. 14 CE).

Además, se analiza la persistencia del racismo en sus diferentes formas y manifestaciones contemporáneas, destacando la islamofobia, el antisemitismo y el antigitanismo. Este fenómeno, exacerbado por la crisis de la COVID-19 y el aumento del flujo migratorio, y en consecuencia el discurso xenófobo en el ámbito político, reclama con urgencia promover con más intensidad valores de pluralidad y democracia en la sociedad española.

Finalmente, se reflexiona sobre la relación entre libertad de expresión y discurso del odio, reconociendo la complejidad de conciliar estos dos principios. Si bien la libertad de pensamiento es un derecho absoluto, su manifestación a través del discurso está sujeta a restricciones legítimas para evitar perjuicios a los derechos de otros. En este sentido, se destaca la importancia de combatir el discurso de odio sin menoscabar la libertad de expresión, buscando un equilibrio que proteja los valores fundamentales de una sociedad democrática.

2. EL DISCURSO DEL ODIO.

2.1. Una aproximación al concepto de discurso del odio.

El odio se define como la antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea¹. En su análisis, Fuentes Osorio profundiza en la comprensión del término "odio" desde una perspectiva lingüística, atendiendo a tres elementos relevantes: un sentimiento aversivo del autor sobre un sujeto/s, el deseo de que sufra un daño, una indeterminación: del motivo de la aversión, del daño y su alcance, del sujeto afectado².

El componente esencial del odio es el factor emotivo. Se trata de una emoción caracterizada por la enemistad, el rechazo y la hostilidad hacia un sujeto o grupo. Nos encontramos ante un sentimiento puramente humano que, si no se controla adecuadamente, podría dar lugar a acciones que vulneren los derechos y libertades de terceros, ya que, como señala Garton su verdadero peligro radica en su capacidad de ser construido, fomentado, inculcado, propagado y, en última instancia, ejercido³.

Si bien es cierto que esta emoción humana ha estado presente desde el origen de los tiempos fue a partir del siglo XX cuando se comenzó a establecer una regulación específica sobre sus particularidades cuando, ante el crecimiento y la mayor cobertura mediática de ciertos comportamientos delictivos, se pudo evidenciar que los responsables de dichos actos actuaban motivados por un sentimiento de odio dirigido hacia sus víctimas. Sin embargo, este odio no se refería al sentido amplio que se le otorga en el lenguaje cotidiano, sino que este debe ser discriminatorio.

Se denominaron así esas conductas “delitos de odio” (*hate crimes*, en la terminología internacional), no sólo porque el autor sintiera un fuerte rechazo hacia su víctima, sino porque su emoción se había generado por la existencia de un prejuicio, y consistía su delito en la concreción del deseo de un mal debido a una característica de su víctima.

La OSCE define estos tipos delictivos como “toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido se elige por

¹ Real Academia Española (2022). *Diccionario de la lengua española* (23.ª edición). *Odio*. Disponible en: <https://dle.rae.es/odio>

² Osorio, J. L. F. (2017). El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, p.3.

³ Garton Ash, T. (2017). *Libertad de palabra. Diez principios para un mundo conectado*. Barcelona: Tusquets, p.299.

su real o percibida conexión, simpatía, filiación, apoyo y pertenencia a un grupo. Este grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su ‘raza’, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual u otro factor similar”.⁴

Teniendo en cuenta las diferencias que puede haber entre los diferentes estados, la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR), como la institución principal de la OSCE, ha actualizado y elaborado una definición práctica de los delitos de odio, con la contribución de expertos en fuerzas de seguridad de siete países miembros, en el marco del Programa Piloto para Agentes de las Fuerzas de Seguridad sobre la Lucha contra los Delitos de Odio llevado a cabo en Hungría y España a través de la cual se permite a cada estado modificar la definición según considere oportuno.

En esta definición, se establece que los delitos de odio abarcan: “(A) 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 definido en la parte B; (B) un 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 otro factor similar”⁵

La definición adoptada por la OSCE, además de ser la que más reconocimiento ha obtenido, es precisamente la que se viene siguiendo en España, tal y como atestigua el informe del Ministerio del Interior sobre la Evaluación de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España del año 2022.

Partiendo de la definición dada por la OSCE⁶, los delitos de odio poseen dos elementos básicos: un delito base y un motivo basado en prejuicios de diferente tipo. Sin la existencia de un delito en sí mismo, incluso si hay prejuicio presente, no se configuraría un delito de odio en sentido estricto. Del mismo modo, sin una motivación arraigada en un prejuicio, no se estaría frente a un delito de odio, sino más bien ante un delito común.

⁴ OSCE. (2003). Decision No. 4/03 Tolerance and Non-Discrimination. Disponible en: <https://www.osce.org/mc/19382>

⁵ Goodey, J., & Aromaa, K. (2008). Hate crime: papers from the 2006 and 2007 Stockholm criminology symposiums, p.5.

⁶ OSCE, O. (2009). Hate crime laws. A practical guide. Disponible en: <http://www.osce.org/odihr/36426>

Esta definición, que podemos entender genérica, busca abarcar una variedad de acciones que comparten un patrón y objetivo comunes, lo cual permite su categorización dentro de un mismo tipo.

Sentadas estas bases procede analizar qué es el discurso del odio y por qué presenta unas características específicas dentro de los delitos de odio. Aunque se ha podido ofrecer una definición de los delitos de odio, aunque sea amplia y general, hasta el día de hoy no existe un consenso en torno a una definición unificada del discurso del odio o *hate speech*, aunque sí existen múltiples definiciones, más o menos amplias.

El mínimo común denominador de cualquier definición de discurso del odio sería cualquier expresión de opinión o ideas basada en el desprecio y la animadversión hacia personas o colectivos a los que se desea el mal. Sin embargo, esta definición simple englobaría un rango demasiado amplio de expresiones para que el concepto tuviera alguna utilidad para el análisis o la intervención social o jurídica⁷.

Las definiciones que gozan de mayor aceptación a nivel internacional pueden clasificarse en dos corrientes principales: Por un lado, aquellas que restringen el concepto a los casos más graves, los cuales en muchas legislaciones serían considerados como delitos. Por otro lado, están aquellas que optan por incluir tanto el discurso de odio punible como aquel que se encuentra dentro de los límites legales y está protegido por la libertad de expresión.

Fue el Comité Europeo de Ministros del Consejo de Europa quien acuñó el término "*discurso del odio*" en su Recomendación (97) 20 de 1997, definiéndolo como aquel que: "abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante"⁸.

Este concepto fue complementado por la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia en la Recomendación nº 15 de 2015, donde se reitera que debe entenderse

⁷ Article 19 (2015). Hate Speech' Explained A Toolkit. Article 19. Londres.

⁸ Consejo Europeo (1997). Recommendation Nº. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on "Hate Speech".

“como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza” , color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”⁹.

Es relevante destacar que la ECRI descarta las teorías que postulan la existencia de múltiples razas, dado que todos los individuos pertenecen a la misma especie. No obstante, en esta recomendación, utiliza el concepto de "raza" con el propósito de asegurar que aquellos individuos que suelen percibirse de forma general y errónea como pertenecientes a otra raza, queden sujetas a la protección que confiere dicho texto (es decir, no hay razas, pero sí hay racismo).

También la OSCE ofrece una definición del discurso de odio entendido como “las formas de expresión que propagan incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en intolerancia, entre otras, la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”¹⁰.

La propia OSCE reconoce que la tipología de delitos de odio varía considerablemente entre diferentes países. Esto implica desde la difusión de contenidos ofensivos dirigidos hacia ciertos grupos hasta la difamación de la reputación de un colectivo nacional, étnico o social. Además, puede incluir investigaciones científicas o incluso relatos pseudohistóricos que tienen como objetivo negar o justificar eventos específicos, especialmente aquellos relacionados con el Holocausto y el nazismo.

Precisamente debido a esta falta de consenso, la ECRI en su Recomendación N° 15 previamente mencionada, reconoce la existencia de diversas interpretaciones del discurso de odio en cada uno de los países europeos y debido a esto, la institución lleva a cabo un meritorio esfuerzo para clarificar el término que, de forma concisa, incluye las siguientes conductas:

⁹ Consejo Europeo (2015). ECRI General Policy Recommendation No. 15 on combating Hate Speech.

¹⁰ Vicente Martínez. (2018). *El discurso del odio análisis del artículo 510 del Código Penal* / Rosario de Vicente Martínez (1a ed.). Tirant lo Blanch, p.42.

a) Fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de «raza», color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales.

b) Negación, trivialización, justificación o condonación públicas de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido.

c) Puede tener por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contras aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto, y que ello constituye una forma de expresión especialmente grave¹¹.

Esta definición del término ha gozado de aceptación y ha sido adoptada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por nuestros tribunales. Así el en el caso del TEDH en el caso *Ergogdu e Ince c. Turquía*, de 8 de julio de 1999 define el discurso del odio como aquel que contiene una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la negación y que de ninguna forma está amparada por los derechos constitucionales de libertad de expresión o libertad de ideología o de conciencia¹².

Por su parte, el Tribunal Constitucional hace referencia explícita al concepto de discurso del odio tal y como fue establecido por el Comité de Ministros y utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el fundamento jurídico octavo, la sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, define el discurso del odio como aquel discurso que "incite directamente a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular".

¹¹ Consejo Europeo (2015). ECRI General Policy Recommendation No. 15 on combating Hate Speech. *Op. Cit.*

¹² Vicente Martínez. (2018). El discurso del odio análisis del artículo 510 del Código Penal. *Op.Cit*, p.41.

El Tribunal Supremo ha adoptado una definición más exacta y precisa del discurso del odio, considerándolo como una inclinación delictiva basada en “el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades”

Es importante destacar que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional concuerdan en la necesidad de examinar cada caso de forma individual y considerar una perspectiva amplia¹³, teniendo en cuenta otros elementos que podrían considerarse secundarios a primera vista, como ciertos actos o símbolos (conocidos como "*symbolic speech*") y conductas inequívocamente expresivas (llamadas "*expressive conduct*")¹⁴.

En lo que se refiere a la doctrina, al igual que ocurre a nivel institucional, tampoco existe entre ella un concepto unánimemente aceptado. Para autores como Fernando Rey el término "discurso del odio" plantea dificultades en su aplicación y lo considera impreciso y excesivo. En su lugar, sugiere reemplazarlo por la expresión "discurso discriminador", que sería más adecuada y concreta.¹⁵ Es indudable que el carácter antidiscriminatorio está intrínsecamente arraigado en la construcción conceptual de la protección frente al discurso del odio, y en este sentido, Lorenzo considera abiertamente las expresiones del mismo como “actos de discriminación que encuentran su razón de ser en estereotipos y prejuicios fuertemente enraizados en la comunidad respecto a determinados grupos”¹⁶

Se ha mostrado crítico también con la expresión “discurso del odio” Alcácer Guirao, quien la tacha de “extremadamente vaga y ajena al ámbito de la argumentación jurídica, en un tabú irracional, así como en un cómodo expediente para no indagar en las diferencias de cada caso concreto y, lo que es más grave, para excluir de la discusión pública toda opinión que pueda resultar hiriente, chocante, ofensiva o «incorrecta» para una mayoría”. Ello se debe a que “el discurso de odio es un término cargado emocionalmente y utilizado, en muchas ocasiones, con una finalidad persuasiva, configurándose su ámbito de significado en función de las valoraciones e intenciones del hablante de censurar una

¹³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 224/2010, de 3 de marzo.

¹⁴ Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 117/2015, de 21 de agosto. FJ 3º.

¹⁵ Rey Martínez. (2019). Derecho antidiscriminatorio / Fernando Rey Martínez. Thomson Reuters-Aranzadi, p.64.

¹⁶ Lorenzo Copello, Patricia (2019): La manipulación de los delitos de odio, en Portilla Contreras/Velásquez Velásquez (coord.) *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Madrid: Dykinson, p.461.

determinada clase de discurso y de excluirlo, de ese modo, de lo que se considera social o jurídicamente lícito”¹⁷

Hasta nuestro Tribunal Supremo se muestra también crítico con el concepto de discurso del odio de acuñación europea anteriormente expuesto, al indicar que “por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima a quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución – discurso del odio– cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos”¹⁸

Tal vez por esta imprecisión, Landa Gorostiza advierte que “cómo deba entenderse tal discurso depende, por tanto, de una labor fundamentalmente de inducción a partir de los casos que se van resolviendo y, por ello, es probable que no podamos hablar de uno sino, más bien, de un conjunto de discursos del odio con solapamientos que agrupan como elemento común un determinado patrón de supuestos”¹⁹

Basado en esta premisa, algunos autores como Torres y Tarico sostienen que los discursos de odio, en plural, constituyen una categoría genérica de discursos, los cuales están compuestos por discursos específicos que pueden clasificarse según el tipo de daño que causan.

Estos autores llevan a cabo una distinción entre los que llaman el “discurso de odio” (en singular) que es cuando el discurso se articula en prácticas enunciativas de incitación a cometer actos violentos, que atentan contra la vida y la seguridad de una persona o grupo de personas. Los “discursos discriminatorios” que pretenden que una persona, o grupo de personas, sean excluidos, segregados o imposibilitados de ejercer sus derechos, son otro de los tipos específicos de este discurso genérico. Este tipo de discurso de odio no atentará contra la vida o la integridad física de las personas, sino que amenazar

¹⁷Alcácer Guirao, R. (2012). Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14), p. 2.

¹⁸ Cámara Arroyo, S. (2017). El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*.

¹⁹ Landa Gorostiza, J. M. (2012). Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de " *lege lata*", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7,2012, p.331 y 332.

su “dignidad ciudadana”, es decir, el derecho a ejercer libremente sus derechos, su ciudadanía. Y un tercer tipo que será el llamado “discurso hostigador” en tanto práctica discursiva sistemática realizada con la intención de impedir o limitar el uso de la palabra en el espacio público. Este tipo de narrativa busca lesionar el derecho a la libertad de expresión a través del acoso o el amedrentamiento²⁰.

Tras examinar y analizar diversos textos, podemos concluir que la definición es cuestionada por multiplicidad de autores. Esto se debe a la ambigüedad que puede surgir en su concepto, donde se puede observar que se incluyen diferentes niveles de discurso intolerante y de odio. Esto abarca desde el discurso de odio "punible" (considerado como un delito de discurso de odio), que conlleva consecuencias legales, hasta el discurso intolerante y discriminatorio protegido por la libertad de expresión, que carece de implicaciones jurídicas, pero que igualmente debe ser combatido por otros medios, ya que representa una seria amenaza para la convivencia y contribuye a perpetuar la discriminación hacia determinados grupos.

El ordenamiento jurídico español tipifica actualmente el conocido como discurso del odio punible en el artículo 510 del CP, cuya redacción actual se debe a la L. O. 1/2015, de 30 de marzo, y que se refiere a dos grupos de conductas:

- Las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos.
- Los actos de humillación o menosprecio contra ellos el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia.

²⁰ Taricco, V. y Torres, N. (2019). Los discursos de odio como amenaza. Universidad de Palermo.

Puede apreciarse que en España se emplea el concepto de discurso de odio sin mayores matices para referirse necesariamente a los delitos efectivamente tipificados en el Código Penal. Es decir, se da por supuesto, al mentar el discurso del odio, que nos referimos a una subcategoría de delitos de odio consistente en un acto de habla: todo *hate speech* sería pues, un *hate crime*²¹.

Conceptualmente parece oportuno distinguir estas dos nociones (delito de odio y discurso de odio) a la hora de introducir el concepto de discurso de odio en nuestro ordenamiento pues como bien indica Fernando Rey “la literatura y la jurisprudencia a menudo interpretan el discurso del odio a partir del concepto de delito de odio de modo que el punto de vista jurídico-penal, la idea de delitos de odio, colapsa el concepto de discurso del odio y, actuando de este modo, se mutila gran parte del contenido de la idea de discurso de odio”.²²

²¹ Díaz López, J. A. (2018). Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio. *Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación Interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia*.

²² Ríos Vega, Spigno, I., Vázquez Alonso, V. J., & Alonso Sanz, L. (2021). *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI: Cuestiones actuales y problemáticas / directores: Luis Efrén Ríos Vega, Irene Spigno; coordinador: Víctor J. Vázquez Alonso. Universidad de Sevilla; coautores: Lucía Alonso Sanz [y 14 más]* ([1a edición]). Tirant lo Blanch.

2.2. Elementos del discurso del odio: colectivo afectado, mensaje fóbico y riesgo de discriminación.

Para identificar los elementos que caracterizan el fenómeno del discurso del odio, seguiré la estructura presentada por el renombrado politólogo indio Bhikhu Parekh²³. En su análisis, Parekh distingue y define tres atributos fundamentales que caracterizan dicho discurso.

En primer lugar, este tipo de discurso se enfoca específicamente en ciertos grupos de personas, creando una clara división entre "nosotros" y "los otros". En segundo lugar, este discurso se caracteriza por expresar mensajes ofensivos o denigratorios hacia el grupo afectado, lo que alimenta estereotipos, prejuicios y, en última instancia, la discriminación. Por último, se cuestiona la normalidad del grupo en sí, lo que conduce a su desacreditación y a su percepción como algo anormal o incompatible con la sociedad.

La existencia de un colectivo afectado

Los seres humanos tendemos de forma natural a formar grupos diferenciados entre sí, un mecanismo para encontrar en otros semejantes reconocimiento o afinidad²⁴. La formación de grupos conlleva a la configuración de una sociedad donde los miembros de dicha unidad se identifican como "nosotros", mientras que aquellos que no comparten esa identidad o pertenencia son clasificados como los "otros".

La construcción de la otredad emerge como un componente social relevante en este contexto. Fred Dervin la define como el resultado de un proceso filosófico, psicológico, cognitivo y social a través del cual un grupo se define a sí mismo, crea una identidad y se diferencia de otros grupos²⁵

Si bien esta diferenciación puede ser positiva al promover la comunicación y el aprendizaje mutuo, lamentablemente, a lo largo de la historia, estas diferencias han sido utilizadas para establecer jerarquías, provocar conflictos y oprimir a grupos minoritarios en base a su posición social, religión, raza, orientación sexual o identidad de género.

Al referirnos a alguien como "el otro" y no "uno de nosotros" se establece esa distancia social, relacional, psicológica y emocional que permite cruzar límites que no serían

²³ Parekh, B. (2006). Hate Speech. Is there a case of banning? *Public Policy Research*,12, pp.37-56.

²⁴ Eibl-Eibesfeldt. (1994). *Amor y odio. Historia natural del comportamiento humano*. Barcelona: Salvat, pp.224 y 225.

²⁵ Dervin, F., & Dervin, F. (2016). Discourses of othering. *Interculturality in education: A theoretical and methodological toolbox*, pp.43-55.

admisibles dentro de nuestro propio grupo²⁶. Esta división puede tener repercusiones negativas cuando las diferencias, reales o imaginarias, con otros grupos se estigmatizan lo que puede conducir a la discriminación entre estas comunidades. En estos casos, los estereotipos y los prejuicios desempeñan un papel crucial.

Un estereotipo se define como “la dimensión cognitiva de una representación grupal²⁷”. En otras palabras, un estereotipo es una imagen mental simplificada sobre las características esenciales que supuestamente posee un conjunto de personas por su simple pertenencia a ese grupo. Sugieren tanto lo que un determinado grupo es, como lo que debe ser. Este conjunto de ideas, normalmente compartido o consensuado, se aprenden, mantienen y modifican mediante el proceso de socialización.

Por otro lado, el prejuicio se define, según Allport, como “una antipatía basada en una generalización inflexible y errónea, que puede ser sentida o expresada, dirigida hacia un grupo como totalidad o hacia un individuo por ser miembro de un grupo”²⁸. La base del prejuicio está constituida por factores de tipo cognitivo, afectivo y conductual. El componente cognitivo se deriva del conocimiento de las características del grupo evaluado. El elemento afectivo parte de las experiencias mantenidas con el grupo y finalmente, el factor conductual engloba aquellas actitudes que llevan al sujeto a un determinado comportamiento²⁹.

El prejuicio no es simplemente una opinión formada antes de tener datos suficientes, sino una actitud de hostilidad o desconfianza injustificada hacia alguien, a menudo de manera instintiva, debido a su pertenencia a un grupo diferente.

En los últimos años, diversas investigaciones han mostrado que el contenido negativo de los estereotipos hacia diferentes grupos sociales ha sufrido un cambio tornándose así menos negativo³⁰, así como el hecho de que han disminuido considerablemente las actitudes prejuiciosas hacia determinados grupos sociales.

Sin embargo, la realidad que enfrentan estos grupos está lejos de reflejar esa supuesta igualdad en nuestra sociedad. A pesar de que el prejuicio y la discriminación hacia

²⁶ García-Bullé, S. (2022). *¿Qué es la otredad y por qué necesitamos entenderla?* Obtenido de Observatorio/ Instituto para el futuro de la educación de Monterrey: Disponible en. <https://observatorio.tec.mx/edu-news/que-es-la-otredad/>

²⁷ Rovira, D. P. (2004). Relaciones intergrupales. In *Psicología social, cultura y educación*. Pearson Educación, p.7

²⁸ Allport, G. W., Clark, K., & Pettigrew, T. (1954). The nature of prejudice.

²⁹ Morales, M. C. M. (2004). Creencias estereotípicas y género: sexismo ambivalente. In *Psicología social, cultura y educación*. Pearson Educación, p.789-797

³⁰ Valdeiglesias, S. P. (2004). Aspectos teóricos sobre el estereotipo, el prejuicio y la discriminación. Seminario médico, 56(2), p.141.

estos grupos han disminuido, no lo han hecho al mismo ritmo que los estereotipos (póngase como ejemplo el prejuicio hacia las mujeres y la discriminación de género).

Esto puede deberse a que en la actualidad existe una doble vertiente del rechazo implícito al prejuicio y del mantenimiento de actitudes prejuiciosas encubiertas, lo que nos lleva a considerar que el prejuicio no ha desaparecido, sino que está adoptando nuevas formas de expresión más sutiles³¹.

El mensaje ofensivo o denigratorio.

La mera discrepancia o la expresión de opiniones poco fundamentadas no necesariamente constituyen un discurso de odio. En este sentido, resulta imprescindible realizar una distinción cuidadosa entre aquellos comentarios que pueden considerarse como simples reflexiones o expresiones de mal gusto, y aquellos que promueven activamente la discriminación y la intolerancia.

En relación con esta idea, es importante destacar las contribuciones realizadas por la Anti-Defamation League (ADL), una organización internacional comprometida con la protección de la comunidad judía. La ADL ha desarrollado y difundido una herramienta clave en la comprensión del fenómeno del odio: la pirámide del odio³². Esta pirámide está compuesta por cinco niveles, donde cada uno sirve de base para el siguiente. Por lo tanto, cuando se toleran los actos que conforman un nivel, existe un riesgo real de que el odio avance al siguiente escalón.

En la base de la pirámide del odio, se encuentran los simples actos de exclusión, como chistes con connotaciones racistas, difusión de rumores, uso de estereotipos, expresiones excluyentes y comentarios insensibles. Aunque estos gestos pueden realizarse sin intención maliciosa o sin reflexión, no dejan de ser dañinos.

Al avanzar al segundo nivel, surgen acciones de prejuicio, tales como la exclusión social, el ridículo, el uso de apodos e insultos, la intimidación y otras formas de deshumanización. En el tercer nivel, las manifestaciones de discriminación se vuelven más evidentes y graves. Aquí, la segregación se normaliza y las diferencias son exacerbadas.

³¹ Pascale, P. (2010). Nuevas formas de racismo: estado de la cuestión en la psicología social del prejuicio. *Ciencias Psicológicas*, 4(1), p.57.

³²League, A.-D. (2017). *Pirámide del odio*. Disponible en: <https://www.adl.org/resources/tools-and-strategies/piramide-del-odio>

En el cuarto nivel, se observa una deshumanización progresiva, alimentada por el odio, que se manifiesta en ataques directos a las víctimas, que van desde amenazas hasta actos de vandalismo, violación e incluso homicidio.

Finalmente, en la cúspide de la pirámide del odio, se encuentra el genocidio, que representa el intento de exterminar a un grupo completo de personas. Este nivel extremo ilustra el resultado más devastador del odio y la intolerancia llevados a su máximo extremo.

Basándonos en esta clasificación, se puede concluir que el discurso del odio no equivale al mero insulto o a una ofensa particular que pueda atentar contra el honor de un mensaje específico. En realidad, se trata de una práctica que busca desacreditar y estigmatizar a un grupo entero basándose en características específicas, presentando a sus miembros como diferentes o ajenos a lo que se considera "normal".

La consecuencia directa es la negación del derecho a la igualdad para aquellos que son señalados por estas características. Tanto para aquellos directamente afectados como para quienes observan desde fuera, se les hace creer que estas características los hacen menos dignos de los mismos derechos y libertades que otros.

El riesgo de discriminación

El concepto de discriminación ha experimentado una evolución significativa a lo largo del tiempo, desde una simple distinción hasta la consideración de un trato desfavorable basado en diversas características como raza, religión, sexo o discapacidad³³.

Sin embargo, el verdadero alcance y la importancia de esta evolución se evidencian en el ámbito internacional, donde el principio de no discriminación ha adquirido un papel central en la protección de los derechos humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece que todos los individuos nacen libres e iguales en dignidad y derechos³⁴, sin distinción alguna. Este principio ha sido adoptado y ampliado en numerosos tratados internacionales y constituciones nacionales, con el objetivo de proteger a todas las personas de ser excluidas del goce de derechos y libertades debido a cualquier condición.

³³Real Academia Española (2022). *Diccionario de la lengua española* (23.ª edición). *Discriminar*. Disponible en: <https://dle.rae.es/discriminar>

³⁴ United Nations. (1948). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* | Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

En este contexto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 identifica la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan este por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales³⁵”.

La prohibición de discriminación se interpreta como un blindaje del principio de igualdad, sin embargo, reconocer y luchar contra la discriminación no es fácil. En ciertas ocasiones, la línea que separa una acción legítima de una discriminatoria puede ser difusa. Por esta razón, resulta esencial profundizar y examinar en detalle las diferentes modalidades de discriminación³⁶ definidas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, que busca garantizar la igualdad de trato y prevenir cualquier forma de discriminación.

En primer lugar, la normativa aborda la *discriminación directa o de trato*, fenómeno que se manifiesta cuando una persona es tratada de modo menos favorable que otras en una situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en la ley. Por otro lado, la *discriminación indirecta o de impacto* que se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas prohibidas por la ley.

Asimismo, se hace referencia a la *discriminación por error*, aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas, así como a la *discriminación oculta*, que encubre la auténtica intención discriminatoria.

Igualmente describe la *discriminación por asociación* que sucede cuando se discrimina a una persona o grupo basándose en su relación o sus contactos con una o más personas sobre las que recae una discriminación por alguno de los motivos protegidos enumerados en la legislación vigente.

A las formas de discriminación mencionadas, se alude a la *discriminación múltiple*, fenómeno en el cual una persona es discriminada por más de un motivo, ya sea de manera aditiva, cuando el efecto específico de los diferentes motivos de discriminación puede ser

³⁵ OHCHR. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

³⁶ BOE-A-2022-11589 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. (2022, 12 julio). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/07/12/15/con>

distinguido, o interseccional, cuando la discriminación está basada en una combinación de dos o más características.

La Ley 15/2022 contempla el denominado *acoso discriminatorio*. Se define a los efectos de esta ley, como cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Por otro lado, tipifica como discriminatoria toda *acción que induzca, ordene o instruya a discriminar* por las causas previstas en la ley, siempre que dicha influencia sea concreta, directa y efectiva en suscitar actos discriminatorios.

Finalmente, menciona las *represalias* definidas como cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto.

La discriminación es, por tanto, una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, que se manifiesta como un desprecio hacia individuos o grupos basado en prejuicios o estigmas injustificados, con el resultado de socavar sus derechos fundamentales. Este acto discriminatorio, que surge de estereotipos y prejuicios, no puede ser abordado eficazmente si solo nos centramos en sus efectos sin considerar sus causas subyacentes.

*"Quien se ajusta a la norma puede caer en el error de creer que la norma no existe. Quien se asemeja a la mayoría puede caer en el error de creer que la identificación con esa mayoría que dicta la norma no tiene importancia. Quien se ajusta a la norma tal vez no se percate de cómo esta excluye o denigra a otros. Quien se ajusta a la norma a menudo es incapaz de imaginar sus efectos, ya que la aceptación de lo propio se da por supuesta"*³⁷.

Este pasaje del libro "Contra el odio" de Carolin Emcke refleja la gran dificultad de combatir el discurso del odio. Reconocer que la aceptación de lo que se considera "normal" puede llevar a una falta de conciencia sobre las injusticias y discriminaciones que pueden estar inherentes en dicha normalidad.

³⁷ Emcke, C. (2017). *Contra el odio: Un alegato en defensa de la pluralidad de pensamiento, la tolerancia y la libertad*. Taurus p.97-98.

Es crucial reconocer y confrontar los prejuicios y estereotipos arraigados en la sociedad para construir una comunidad más inclusiva y justa. Esto implica desafiar activamente las normas establecidas y desarrollar una sensibilidad hacia las experiencias de aquellos que son excluidos o denigrados por ellas. Al hacerlo, podemos trabajar hacia una sociedad donde el Derecho actúe como un garante de la igualdad y el respeto como principios rectores, y donde el discurso del odio no tenga cabida.

3. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN ANTE EL DISCURSO DEL ODIO.

La regulación que el legislador español ha incluido en el ordenamiento jurídico castigando las conductas penalmente relevantes del discurso del odio, ha sido motivadas mayoritariamente por mandatos con origen en estancias internacionales. En este sentido, es fundamental acudir a la motivación de estos textos, con el objetivo de identificar que normativa internacional contienen estándares de protección frente al discurso del odio penalmente relevante en nuestro país para así conocer el alcance de la protección de estos y como son aplicados por los diferentes órganos encargados de fiscalizar su cumplimiento.

3.1. Normativa internacional y europea sobre el discurso del odio.

3.1.1. Naciones Unidas.

En el marco inicial de este análisis, se erige la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, la cual, aunque no aborda directamente la problemática del discurso de odio, establece principios fundamentales en varios de sus artículos. Por ejemplo, el artículo 2 DUDH establece la igualdad de derechos sin discriminación, el artículo 12 DUDH garantiza la protección de la vida privada y el honor, y el artículo 19 DUDH, reconoce la libertad de opinión y expresión. Asimismo, el artículo 29 DUDH, párrafo 3, especifica que los derechos no pueden ser ejercidos en contra de los principios de las Naciones Unidas, mientras que el artículo 30 DUDH prohíbe cualquier interpretación que otorgue derecho para suprimir los derechos declarados en la Declaración.

Con el fin de materializar los principios contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados han emprendido labores de codificación para convertirlos en documentos convencionales que establezcan obligaciones concretas. Uno de los principales textos en este sentido es el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Este pacto, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y ha sido ratificado por 113 Estados, entre ellos España. El PIDCP contiene disposiciones claramente aplicables para perseguir el discurso del odio, entre las cuales destacan los artículos 19 y 20.

El artículo 19 PIDCP establece los derechos fundamentales relacionados con la libertad de expresión. Según este artículo, ninguna persona puede ser molestada debido a sus opiniones. Además, afirma que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, lo que incluye la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de cualquier tipo, sin importar fronteras, ya sea de forma oral, escrita, impresa, artística o por cualquier otro medio de su elección.

Sin embargo, este derecho no es absoluto y viene con deberes y responsabilidades especiales. Esto significa que puede estar sujeto a ciertas restricciones, las cuales deben estar expresamente establecidas por la ley y ser necesarias para cumplir con dos propósitos principales. En primer lugar, asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás y, en segundo lugar, proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública.

Por otro lado, el artículo 20 del PIDCP aborda dos cuestiones específicas. En primer lugar, prohíbe toda propaganda a favor de la guerra mediante la ley. En segundo lugar, establece que toda apología del odio nacional, racial o religioso que incite a la discriminación, la hostilidad o la violencia también estará prohibida por la ley.

El PIDCP establece la creación del Comité de Derechos Humanos, que opera bajo la jurisdicción de la Asamblea General de las Naciones Unidas y tiene la responsabilidad de supervisar el cumplimiento del pacto. De acuerdo con los artículos 76 y 77 de su reglamento, el Comité está facultado para elaborar y adoptar observaciones generales sobre temas específicos relacionados con el pacto o sus Protocolos Opcionales, con el propósito de asistir a los Estados Parte en el cumplimiento de sus obligaciones. En este marco, ha desarrollado la Observación General número 11 y número 34, las cuales abordan la implementación de los artículos 20 y 19 del PIDCP, respectivamente.

La Observación N°11 resalta la carencia de información adecuada en muchos informes presentados por los Estados Parte sobre la aplicación del artículo 20. Por consiguiente, se hace un llamado a los Estados para que establezcan disposiciones legislativas que prohíban la propaganda en favor de la guerra y la apología del odio nacional, racial o religioso. Aunque el Comité reconoce la compatibilidad de estas prohibiciones con el derecho a la libertad de expresión, enfatiza la necesidad de establecer leyes claras y sanciones adecuadas para garantizar su efectividad.

Por otro lado, la Observación General N° 34, vigente desde 2011 y que sustituye a la Observación General N°10, resalta la importancia crucial de la libertad de expresión para fomentar el intercambio de ideas y la transparencia, aspectos esenciales para la promoción y salvaguardia de los derechos humanos. Este documento presenta nuevas directrices para el adecuado ejercicio de las libertades de opinión y expresión, las cuales han experimentado notables cambios debido a la digitalización. Además, establece cinco requisitos para las restricciones a estas libertades. Estos requisitos incluyen la necesidad de contar con respaldo legal, proteger un interés jurídico en riesgo, definir claramente qué comportamientos no están protegidos, garantizar una protección completa y ajustarse al principio de proporcionalidad.

El segundo instrumento legal fundamental que complementa y fortalece el marco establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos es la **Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial**.

Destaca por su enfoque innovador en la protección contra el discurso de odio, especialmente a través de su artículo 4 CEDR, que condena la propaganda y actividades que fomentan la superioridad racial y la discriminación. Este artículo insta a los Estados a adoptar medidas legales para penalizar la difusión de estas ideas, así como la financiación de actividades racistas y la prohibición de organizaciones que promuevan la discriminación racial.

A diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no siempre aborda el discurso de odio como un crimen, la CEDR sí establece la prohibición penal de tales comportamientos en consonancia con los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Además, la CEDR surge de una preocupación internacional por la discriminación racial mantenida por los Estados, lo que también la diferencia del PIDCP al imponer obligaciones estatales en lugar de otorgar derechos individuales.

En lo que respecta a los mecanismos de control para garantizar el cumplimiento de la CEDR, se crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CoERD). Se trata de un órgano de expertos independientes facultado para examinar denuncias de particulares que sean posibles víctimas de violación de derechos fundamentales por parte de su Estado. Además, está capacitado para hacer recomendaciones sobre cualquier asunto relacionado con la discriminación racial que considere que los Estados parte deben abordar

con mayor atención. Entre estas recomendaciones se incluyen la Recomendación General n°15 y n° 35.

La Recomendación General N.º 15 desarrolla y destaca la importancia del anteriormente mencionado artículo 4 CEDR. En el momento de adoptar la Convención, se reconoció la necesidad de prohibir la difusión de ideas que promuevan la superioridad racial y actividades organizadas que puedan incitar a la violencia racial, especialmente debido al temor de un resurgimiento de ideologías autoritarias.

Los Estados Partes tienen la responsabilidad de no solo crear leyes pertinentes, sino también de asegurar su efectiva aplicación para abordar las amenazas y actos de violencia racial. Se destaca la importancia de intervenir de inmediato para responder de manera eficaz a estas situaciones, ya que la violencia racial puede generar un ciclo de hostilidad y discriminación. Además, se enfatiza que prohibir la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial es compatible con el derecho a la libertad de opinión y expresión, aunque implica responsabilidades especiales para los ciudadanos, como la obligación de no difundir ideas racistas. También se menciona la necesidad de sancionar la financiación de actividades racistas y se insta a los Estados Partes a revisar si su legislación nacional cumple con esta exigencia.

Por otro lado, la Recomendación general N.º 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial aborda la lucha contra el discurso de odio racista. Se destaca la importancia de ver la relación entre el rechazo del discurso de odio y la libertad de expresión como complementaria, no como un juego de suma cero. Se enfatiza la necesidad de adoptar medidas legislativas y políticas para combatir el discurso de odio racista, integrándolas en planes nacionales de acción contra el racismo y estrategias de integración.

Además, se menciona la importancia de la educación intercultural, el fomento del conocimiento de la historia y tradiciones de grupos raciales y étnicos, y la promoción de una cultura de respeto de los derechos humanos universales. Se recomienda que los Estados partes retiren las reservas a la Convención y se insta a promover el diálogo intercultural, respaldado por análisis de datos sistemáticos y medios de difusión éticos y objetivos.

Aparte de los textos internacionales comentados hasta el momento, es necesario destacar cinco documentos creados por la Organización de Naciones Unidas y su Consejo

de Derechos Humanos, que contienen una serie de recomendaciones que reflejan el estado de la situación de la protección ante el discurso del odio a nivel intencional, con la que podremos obtener una visión actual y global del alcance del problema.

Declaración de Durban (2001): Destaca la obligación de penalizar la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, así como la ilegalidad de las organizaciones que promuevan estas ideas o actúen violentamente en base a ellas.

Informe sobre Difamación de Religiones (2006): Encargado a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, subraya la preocupación por la difamación de las religiones y la incitación al odio racial y religioso.

Informe sobre Formas Contemporáneas de Racismo (2006): Encargado al Relator Especial, resalta la necesidad de definir claramente el discurso de odio y evitar limitar excesivamente la libertad de expresión.

Sesión del Consejo de Derechos Humanos (2010): Expresa preocupación por el aumento global de la incitación al odio racial y religioso, instando a los Estados a adoptar medidas efectivas para combatirlo.

Plan de Acción de Rabat (2012): Ofrece recomendaciones claras, como la necesidad de distinguir entre diferentes tipos de discursos de odio en la legislación nacional y la derogación de leyes de blasfemia que puedan interferir con la libertad de religión.

3.1.2. El Consejo de Europa.

El Consejo de Europa, establecido por el Tratado de Londres en 1949, tiene como objetivo principal fomentar la cooperación entre los Estados europeos para crear un espacio político y legal común en el continente, basado en principios democráticos, respeto a los derechos humanos y el imperio de la ley.

En este sentido, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 1950, es crucial. Este convenio establece límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, especialmente en lo que respecta al discurso del odio, combinando el artículo 10.2, que protege la libertad de expresión, con el artículo 17, que prohíbe el abuso de este derecho.

El trabajo del Consejo de Europa en el ámbito del discurso del odio se inició con dos recomendaciones y una declaración: la Recomendación 453 de 1966 y la Recomendación R (97) 20, así como la Declaración sobre la libertad del debate político en los medios de comunicación de 2004. Estos documentos, aunque no son legalmente vinculantes, sirven como orientación para que los Estados Miembros desarrollen su legislación nacional.

La **Recomendación 453 de 1966** se centra en medidas para combatir la incitación al odio racial, nacional y religioso, solicitando acciones legales efectivas para prevenir actividades como la incitación pública al odio, la distribución de material con contenido de odio, la pertenencia a asociaciones con esos propósitos y el uso de símbolos de odio.

La **Recomendación R (97) 20 de 1997** establece estándares de protección contra el discurso del odio, incluyendo una definición del mismo. Destaca la responsabilidad especial de las autoridades públicas de abstenerse de expresar discursos de odio, la necesidad de un marco legal coherente para abordar este problema, un control judicial independiente y sanciones proporcionales para delitos de odio. También sugiere medidas para evitar discursos de odio en los medios de comunicación y promueve la educación y concienciación sobre este problema.

La **Declaración sobre la libertad del debate político en los medios de comunicación de 2004** reitera la importancia de combatir el discurso del odio y enfatiza que la libertad de debate político no incluye la libertad de expresar opiniones racistas o que inciten al odio, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de intolerancia.

También en el seno del Consejo de Europa, es relevante mencionar el **Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia**, también conocido como Convención de Budapest del 2001. Este protocolo, firmado en Estrasburgo el 28 de enero de 2003, aborda la penalización de acciones racistas y xenófobas realizadas a través de sistemas informáticos. Los Estados se comprometen a considerar como delito la difusión de contenido racista y xenófobo en línea, así como las amenazas y la difusión de material que niega crímenes contra la humanidad.

La **Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)**, desde su establecimiento en 1993, ha emergido como una institución clave en la lucha contra diversas formas de discriminación en Europa. Su labor se ha destacado especialmente en la

coordinación de estrategias para combatir los crímenes de odio, lo que ha contribuido a su reputación y prestigio en este campo.

Este organismo está compuesto por un comité de expertos independientes que operan de dos maneras principales. En primer lugar, realizan visitas regulares a los países que forman parte de la ECRI, elaborando informes detallados sobre la situación de los derechos humanos en cada uno de ellos. Además, elaboran Recomendaciones de Política General, que ofrecen orientación y directrices para abordar problemas específicos, como el discurso del odio.

Un ejemplo destacado de estas recomendaciones es la **Recomendación de Política General N° 15**, que se centra en el discurso del odio. Acompañada de un Memorándum Explicativo, este documento proporciona un análisis completo y exhaustivo sobre este fenómeno. En él, la ECRI identifica elementos clave para reconocer el discurso de odio, como la publicidad del mensaje, su contenido y el daño potencial que puede causar.

Es importante destacar que la ECRI no solo se enfoca en sanciones penales para abordar el discurso del odio, sino que también promueve medidas complementarias. Estas incluyen la autorregulación, campañas educativas para sensibilizar a la población, así como medidas para la integración social de grupos minoritarios afectados.

El Memorándum Explicativo va más allá al proponer un plan de acción detallado a corto, medio y largo plazo. Este plan se centra en la concienciación pública sobre el problema, el apoyo a las víctimas, la promoción de la autorregulación, la imposición de responsabilidades civiles y administrativas, y, en última instancia, la aplicación de sanciones penales en casos graves de discurso de odio. Esta estrategia integral busca abordar las causas subyacentes del discurso de odio y mitigar sus impactos en la sociedad.

3.1.3. La Unión Europea.

Desde 2009, la Unión Europea cuenta con su propia declaración de derechos legalmente vinculante, conocida como la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)**. Aunque no introduce nuevos derechos, su valor radica en el reconocimiento explícito del papel crucial de los derechos fundamentales en la UE.

El artículo 21 de la Carta establece el derecho a la no discriminación, instando a los Estados miembros a tomar medidas necesarias para prevenirla en todos los ámbitos y proteger a los individuos tanto del poder público como de otros ciudadanos. Este artículo también aborda los elementos clave que podrían constituir un discurso de odio, demostrando su clara intención de evitar cualquier forma de discriminación, incluso aquellas que no estén específicamente mencionadas.

La Unión Europea reconoció la necesidad de establecer límites a los derechos fundamentales tras la publicación de la Carta. Para ello, se basó en normativas internacionales que abogan por medidas penales contra el discurso del odio. La **Decisión Marco 2008/913/JAI** del Consejo fue crucial en este sentido, particularmente en España, donde se utilizó para justificar modificaciones en el Código Penal en 2015.

El documento detalla conductas que deben ser penalizadas, como la incitación pública al odio racial o religioso, la negación de crímenes de genocidio, y establece sanciones penales para quienes las cometan o sean cómplices. También señala que las investigaciones de estos delitos no deben depender de la denuncia de la víctima y considera como agravante el motivo discriminatorio al determinar las sanciones.

Asimismo, la Unión Europea ha aprobado diversas directivas para combatir la discriminación, algunas de las cuales no hacen referencia explícita al discurso del odio, pero reflejan la intención de detener esta tendencia. Destacan la **Directiva 2000/78/CE** sobre igualdad de trato en el empleo, la **Directiva 2000/43/CE** sobre igualdad de trato racial y la **Directiva 2010/13/UE** sobre servicios de comunicación audiovisual, que prohíbe la incitación al odio en dichos servicios.

3.2. Marco legal español.

Una vez estudiados los estándares internacionales que son de aplicación en España, es necesario analizar qué tipo de regulación ha sido incluida por el legislador en nuestro ordenamiento jurídico.

La **Constitución española de 1978** regula materias relevantes respecto al estudio del discurso del odio.

El punto de partida se encuentra en el **artículo 1 CE** que define la igualdad como un valor superior y preminente del ordenamiento jurídico. La igualdad constitucional se

presenta así con una triple condición: como valor superior del ordenamiento jurídico (**artículo 1.1 CE**), como principio ("*Los españoles son iguales ante la ley*" - **artículo 14 CE**), cuya promoción y efectividad incumbe a las autoridades públicas (**artículo 9.2 CE**), y como un derecho fundamental que prohíbe la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otras condiciones personales o sociales (**artículo 14 b CE**).

Avanzando en su articulado, el **artículo 10 CE** regula la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. El concepto de dignidad humana tiene una vertiente interna y una externa. Por un lado, la interna debe entenderse en el sentido de que todos los seres humanos tenemos la libertad para decidir de forma autónoma, libre y consciente sobre nuestra propia vida; y la vertiente externa que consiste en la pretensión de respeto por parte de los demás en la externalización de esta vertiente interna. El respeto a la dignidad de la persona es independiente a cualquier circunstancia o característica individual y por lo tanto, no admite ningún tipo de situación discriminatoria.

El **artículo 18.1 CE** se encarga de incluir dentro del elenco de derechos fundamentales, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y propia imagen. Su protección abarca tanto la vertiente individual, cuando una persona es objeto de un ataque directo contra su honor, como la colectiva, cuando el ataque afecta a un grupo al que pertenece. Este reconocimiento es vital para legitimar la protección activa de los grupos frente a ataques que atentan contra su honor en el discurso del odio.

Los artículos previamente mencionados han sido objeto de análisis tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como por la doctrina al momento de aplicar las restricciones contempladas en el **artículo 20 CE** (que garantiza la libertad de expresión y difusión de ideas, pensamientos y opiniones), en casos de discursos que incitan al odio hacia minorías étnicas en nuestro país.

En relación al **Código Penal**, la tipificación del discurso del odio se manifiesta principalmente en el **artículo 510 CP**, el cual experimentó importantes cambios con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Esta modificación tuvo como propósito principal incorporar disposiciones específicas para abordar el discurso del odio y el negacionismo.

Este artículo aborda el discurso del odio tipificando tres grupos de conductas: incitación al odio, producción y distribución de materiales de odio, y enaltecimiento público de delitos graves. También penaliza la lesión a la dignidad de grupos específicos y el

enaltecimiento de delitos cometidos contra ellos. Se establece una penalización agravada cuando estas conductas se llevan a cabo a través de medios de comunicación social. Finalmente, se contempla la destrucción de materiales utilizados en estos delitos y la responsabilidad penal para personas jurídicas, especialmente en portales dedicados a este tipo de contenido.

De forma accesoria, el Código penal tipifica en el **artículo 607 CP** el delito de genocidio, cuyo propósito es destruir total o parcialmente a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

Finalmente, en el ámbito penal se contemplan también diversas disposiciones para abordar la discriminación y el odio. El **artículo 22.4 CP** establece la discriminación como circunstancia agravante, particularmente cuando los delitos se cometen por motivos racistas, religiosos, de género u otros. Las amenazas dirigidas a grupos específicos son delitos según los **artículos 170.1 y 173.2 CP**, mientras que los funcionarios públicos enfrentan sanciones por delitos motivados por discriminación, como el abuso de autoridad, según los **artículos 174.3 y 175.4 CP**. El **artículo 314 CP** aborda la discriminación laboral, y los **artículos 511 y 512 CP** penalizan la negación de servicios públicos o su prestación por motivos discriminatorios. Además, el **artículo 515 CP** sanciona las asociaciones que promuevan el odio o la discriminación. Por último, los delitos contra la libertad religiosa, como impedir la práctica religiosa o profanar lugares de culto, están regulados en los **artículos 522 a 525 CP**.

4. MANIFESTACIONES DEL DISCURSO DEL ODIOS: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL CON ÉNFASIS EN EL DISCURSO RACISTA.

A la luz de los preceptos analizados en el apartado anterior, podemos observar que la lucha contra el discurso del odio, desde sus inicios, ha estado ligado a la protección de minorías, entendiendo dicho concepto no desde un punto de vista exclusivamente cuantitativo, como un sector de la población numéricamente inferior, sino también cualitativo, como un sector socialmente subordinado³⁸.

La definición de minoría proporcionada por Francesco Capotorti en 1979, destaca esta relación al describir a una minoría como “un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en situación no dominante, cuyos miembros, súbditos del Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico unas características que difieren de las del resto de la población y manifiestan, incluso de modo implícito, un sentimiento de solidaridad al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma”³⁹.

En el ámbito del Derecho internacional, se ha ampliado la protección de minorías hacia los colectivos vulnerables en general. Esta evolución plantea la pregunta de si en el Derecho español se sigue esta misma tendencia, es decir, si el artículo 510 CP se aplica solo cuando el discurso discriminatorio va dirigido a grupos vulnerables, y no a grupos hegemónicos.

Parte de la doctrina argumenta que el delito de incitación al odio debería aplicarse solo a grupos vulnerables debido a su historial de persecución y vulneración de derechos, lo que hace que los mensajes violentos dirigidos hacia ellos sean especialmente peligrosos. Sin embargo, los operadores jurídicos españoles han optado por una interpretación que incluye a los grupos hegemónicos dentro de los protegidos contra el delito de incitación al odio pues consideran que términos como "motivos racistas" o "de orientación sexual" abarcan tanto a grupos vulnerables como a blancos o heterosexuales.

³⁸ Puerta, A. J. F. (2023). Incitación al odio y colectivos vulnerables, del Derecho internacional al Derecho español: especial referencia al delito de incitación al odio por motivos religiosos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 73(285), p.364

³⁹ Doc, U. N. E/CN. 4/Sub. 2/384/Rev. 1, para 568. *Cited in: Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation.*

Esta interpretación se ha respaldado con la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, que afirma que el legislador ya ha tenido en cuenta la protección de los colectivos desfavorecidos al tipificar los grupos protegidos, de manera que los tribunales no tienen que realizar ningún tipo de “juicio de vulnerabilidad” posterior.

La vulnerabilidad implica una situación de inferioridad, exclusión o estigmatización⁴⁰, pero no todos los individuos de un grupo vulnerable se ven afectados de la misma manera, ya que la vulnerabilidad puede manifestarse de forma diferente en cada miembro. Esto se debe a que la legislación antidiscriminatoria presupone un contexto de desigualdad estructural, amplificando el daño potencial del discurso discriminatorio. Además, Landa destaca que la fuerza comunicativa de un acto discriminatorio depende directamente del contexto social e histórico en el que se encuentre el colectivo receptor del mismo⁴¹.

En este sentido, es esencial examinar la posición social de un grupo, ya que los grupos vulnerables varían según el lugar y el momento histórico, lo que puede influir en la existencia del discurso de odio.

En el contexto europeo actual y según el Informe sobre delitos de odio elaborado por el Ministerio del Interior en 2022, se puede identificar diversos tipos principales de odio, que incluyen el antigitanismo, el antisemitismo, la aporofobia (odio hacia las personas pobres), así como la discriminación basada en creencias o prácticas religiosas, la discriminación por razón de enfermedad y hacia personas con discapacidad, la discriminación por sexo/género, la discriminación basada en ideología, orientación sexual e identidad de género, así como el racismo y la xenofobia.

En este análisis jurisprudencial, mi atención se centra en el discurso de odio basado en motivos étnicos o raciales, dada su trascendencia en el contexto actual. Según el Informe sobre delitos de odio, en el año 2022, el ámbito que registra el mayor número de delitos es el de "racismo/xenofobia", con un aumento del 18,15% respecto al año anterior,

⁴⁰ Mira, J. C. (2020). Discurso del odio y minorías: Redefiniendo la libertad de expresión. *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, (28), p.176.

⁴¹ Mira, J. C. (2020). Discurso del odio y minorías: Redefiniendo la libertad de expresión. *Op. Cit.*, p.175.

alcanzando un total de 755 hechos conocidos constitutivos de delitos de odio⁴². Este incremento subraya la urgencia de abordar este fenómeno y sus consecuencias.

En este sentido, la Recomendación n.º 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, dedicada a combatir el discurso del odio racista, resalta la vulnerabilidad inherente de los grupos protegidos. En su sexto párrafo, se hace hincapié en la necesidad de abordar todas las formas específicas de discurso mencionadas en el artículo 4, dirigidas hacia grupos identificados por el artículo 1 de la Convención. Esto incluye a los pueblos indígenas, grupos definidos por su ascendencia, así como a inmigrantes o no ciudadanos, como trabajadores domésticos migrantes, refugiados y solicitantes de asilo. Además, se aborda el discurso dirigido a mujeres pertenecientes a estos y otros grupos vulnerables. El Comité también ha observado el discurso de odio dirigido hacia personas de ciertos grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, como las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras formas de odio hacia grupos etnorreligiosos.⁴³

4.1. Discurso xenófobo y racista.

La palabra "xenofobia" proviene del griego antiguo, donde "*xenos*" significa 'extranjero' y "*phobos*" denota 'miedo' o incluso 'terror'⁴⁴. Así, la xenofobia se refiere a la aversión o hostilidad hacia personas que no son de la misma nacionalidad o no son percibidas como tales.

Xenofobia, racismo y discriminación étnica son términos que a menudo se entrelazan, ya que comparten similitudes, aunque también presentan diferencias⁴⁵. El racismo se define como una actitud que considera a una raza como superior a las demás, lo que conlleva a la segregación y la creencia de que los miembros de otras razas no deben mezclarse con los propios. El racismo es un concepto más amplio que la xenofobia, ya que un individuo racista puede sentir hostilidad hacia personas de otras razas,

⁴² Ministerio de Interior. *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*. Madrid: Ministerio del Interior, 2022.

⁴³ Puerta, A. J. F. (2023). Incitación al odio y colectivos vulnerables, del Derecho internacional al Derecho español: especial referencia al delito de incitación al odio por motivos religiosos. *Op. Cit.*, p.365

⁴⁴ Gall, O., Iturriaga, E., Morales, D., & Rodríguez, J. (2022). *El racismo. Recorridos conceptuales e históricos*. Universidad Nacional Autónoma de México.

⁴⁵ Valiente Martínez, Francisco. (2020). *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*, *Op.Cit.*

independientemente de si comparten la misma nacionalidad o no. Sin embargo, la característica discriminatoria es innegable en ambos casos.

El TEDH ha abordado esta cuestión, señalando que la etnicidad y la raza son conceptos interrelacionados pero distintos. Mientras que la noción de raza se basa en una clasificación biológica de los seres humanos según características físicas como el color de la piel, la etnicidad está relacionada con aspectos culturales, sociales y lingüísticos compartidos por un grupo de personas. La discriminación basada en la etnicidad se considera una forma de discriminación racial, siendo ambas manifestaciones objeto de rechazo por parte de organismos internacionales.

Es importante subrayar que el concepto de raza desde una perspectiva biológica carece de respaldo científico, ya que la diversidad humana no puede reducirse a categorías raciales. Por otro lado, la noción amplia de raza incluye aspectos relacionados con el origen étnico y cultural de las personas, siendo este último un factor relevante en la construcción de identidades grupales. La etnia, entendida como un componente de la noción general de raza, enfatiza las diferencias culturales como elemento distintivo⁴⁶. Aunque pueda existir superposición entre ambas categorías, es importante reconocer que la pertenencia étnica puede manifestarse de diversas formas, como la lengua, la religión o la nacionalidad.

El discurso del odio basado en motivos étnicos y raciales ha sido objeto de debate en la Corte de Estrasburgo en varias ocasiones. Uno de los primeros casos fue el de *Glimmerveen y Haagenbeek contra Holanda* en 1979⁴⁷ en donde el demandante fue condenado por la posesión de panfletos dirigidos a los “holandeses blancos” que tenían que asegurarse que todo aquel que no fuera blanco abandonara Holanda. La Comisión declaró la demanda inadmisibile, ya que la libertad de expresión no puede ser utilizada para difundir ideas discriminatorias por motivos raciales.

Una sentencia polémica que refleja esta tensión entre la libertad de expresión y la lucha contra el discurso racista fue la de *Jersild contra Dinamarca* de 1994⁴⁸. En este caso, un periodista fue condenado por incluir comentarios racistas en un documental sobre un

⁴⁶ Díaz López, J. A. (2018). Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio. *Op.Cit.*

⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Glimmerveen y Haagenbeek c. Holanda*. Decisión de la Comisión TEDH de 11 de octubre de 1979.

⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Jersild c. Dinamarca*. Sentencia de 23 de septiembre de 1994.

grupo juvenil llamado los "Greenjackets". Aunque el TEDH reconoció la importancia de combatir el discurso racista, también defendió la libertad de informar en un sistema democrático. Se argumentó que el periodista no tenía intenciones racistas y simplemente buscaba exponer y analizar las opiniones del grupo, lo que finalmente llevó a la protección de su derecho a la libertad de expresión.

En el ámbito español, también se han abordado casos relacionados con el discurso del odio basado en motivos raciales. Por ejemplo, la Sentencia 1396/2011 del Tribunal Supremo⁴⁹ se centró en el caso de la asociación "Hammerskin-España", que promovía la discriminación y el odio racial. Los acusados formaban parte de esta asociación y organizaban conciertos con mensajes de odio y supremacía racial.

Un ejemplo más reciente es la Sentencia 675/2020 del Tribunal Supremo⁵⁰, donde se condenó a varios acusados por difundir canciones con contenido discriminatorio en un concierto. El Tribunal confirmó la responsabilidad penal de los acusados, argumentando que la libertad de expresión no protege el discurso del odio y que la difusión de expresiones ultrajantes no es necesaria para proteger dicho derecho.

Aunque los esfuerzos internacionales por eliminar el racismo y la xenofobia son innegables, los resultados obtenidos hasta la fecha han sido poco alentadores, lo cual nos insta a reflexionar sobre las raíces profundas de esta problemática persistente. Al analizar esta situación, es esencial estudiar la evolución del racismo a lo largo del tiempo, desde las antiguas creencias en la superioridad racial respaldadas por argumentos religiosos y biológicos, hasta la manifestación más sutil pero igualmente perniciosa del racismo en la actualidad.

El racismo tradicional, arraigado en la idea de la superioridad de ciertas razas humanas sobre otras, se fundamentaba en argumentos religiosos y biológicos que justificaban la discriminación y la desigualdad social. Estos argumentos, como los basados en el darwinismo social, respaldaban la noción de una selección natural que favorecería a ciertos grupos étnicos.

⁴⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª.) Sentencia núm. 1396/2011, de 28 de diciembre.

⁵⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª.) Sentencia núm. 675/2020, de 11 de diciembre.

Aunque este tipo de racismo ha perdido influencia directa, su legado persiste en una forma más sutil y encubierta de discriminación: el nuevo racismo. Este “neo-racismo⁵¹” es más sutil y se manifiesta a través de prejuicios implícitos, sobreentendidos y afirmaciones indirectas. Se disfraza de igualdad de trato, pero en realidad perpetúa discriminaciones y desigualdades, negando la existencia de estas últimas y culpabilizando a las víctimas. Este tipo de racismo simbólico se caracteriza por no confesar directamente su naturaleza racista, lo que le permite mantener una apariencia de respetabilidad.

Un ejemplo evidente de esta dinámica se observa en los discursos racistas que surgen en el contexto del fútbol. A pesar de las leyes existentes en España, como la Ley 19/2007 diseñada para combatir la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, y la presencia de una Comisión Estatal encargada de hacer cumplir esta ley, los estadios parecen haberse convertido en lugares propicios para expresiones de valores racistas y xenófobos, donde comportamientos violentos y discursos de odio son socialmente más tolerados.

Esta dinámica de discriminación en el fútbol se manifiesta de diversas maneras. No se limita únicamente a los ataques racistas dirigidos a jugadores como Samuel Eto'o, Iñaki Williams, Marcus Rashford, así como el más reciente caso de Vinícius Jr., que son justificados bajo la excusa de su estilo de juego y sus celebraciones de goles. Además de estos ataques evidentes, este tipo de racismo también se hace presente de manera más sutil. Por ejemplo, en las declaraciones de los comentaristas⁵², se observa claramente cómo los jugadores blancos son retratados como líderes inteligentes, de calidad y trabajadores, mientras que se elogia a los jugadores africanos o afrodescendientes únicamente por su físico y potencia natural, como si estas características no fueran resultado de su propio esfuerzo.

Esta forma de racismo, más sutil, insinúa que las víctimas tienen la opción de decidir si sufren o no, reforzando así la dicotomía nosotros-ellos⁵³. Esta construcción de la otredad, previamente analizada como uno de los elementos clave en el discurso del odio,

⁵¹ Rey Martínez. (2019). *Derecho antidiscriminatorio*, Op. Cit.

⁵² Sánchez, D. M. (2023). No es Vinicius, es España: el problema del racismo en el fútbol. Disponible en: <https://theconversation.com/no-es-vinicius-es-espana-el-problema-del-racismo-en-el-futbol-206294>

⁵³ Ausina, R. T., de Lara González, A., & Giménez, C. O. (2023). El Caso Vinícius Jr.: ¿discurso de odio, discurso odioso... y pan y circo? *Diario La Ley*, (10266)

establece que los extranjeros son vistos como amenazas para la estabilidad social, a menos que demuestren lo contrario.

En los últimos años, hemos sido testigos de un alarmante incremento en la emisión de mensajes potencialmente ofensivos y peligrosos dirigidos hacia grupos estigmatizados. Este fenómeno se vio exacerbado por la crisis sanitaria y económica desencadenada por la COVID-19, que como bien señalan Bayer y Bárd “no solo se ha cobrado vidas humanas, sino que reforzó los problemas existentes y ha golpeado con más fuerza a las minorías que de otro modo ya eran vulnerables”⁵⁴.

Un ejemplo claro de esta situación fue el incremento de episodios de racismo dirigidos hacia la población china y asiática en todo el mundo. Por ejemplo, en Huelva se reportaron casos de discriminación hacia cinco estudiantes chinos en un bar, donde se sospecha que la razón principal fue su origen étnico y el temor al contagio del virus⁵⁵. Además, la retórica utilizada por líderes políticos, como Donald Trump al referirse al "virus de Wuhan", contribuyó a exacerbar este problema.

No obstante, la causa principal del aumento del racismo y la xenofobia en los últimos años se encuentra en el aumento del flujo migratorio, especialmente proveniente de naciones en desarrollo. Investigaciones como las Müller y Schwarz⁵⁶ han evidenciado una conexión directa entre el incremento de este discurso discriminatorio y el aumento de los crímenes de odio reportados en regiones específicas.

La conversión de unas sociedades homogéneas en unas sociedades heterogéneas es un cambio que está costando aceptar, lo que provoca un sentimiento negativo hacia las nuevas personas y sus culturas. El Barómetro de la desinformación y los discursos de odio contra migrantes, presentado por Oxfam Intermón⁵⁷, revela que entre las narrativas de odio más difundidas se encuentra la creencia de que los migrantes reciben una gran cantidad de

⁵⁴ Calderón, C. A., Holgado, P. S., Quintana-Moreno, C., Amores, J. J., & Herrero, D. B. (2022). Discurso de odio y aceptación social hacia migrantes en Europa: Análisis de tuits con geolocalización. *Comunicar: revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, (71), 21-35.

⁵⁵ Munera, I. (2020, 2 febrero). Brotes racistas en todo el mundo contra chinos y asiáticos tras el brote de coronavirus. EL MUNDO. Disponible en: <https://www.elmundo.es/papel/2020/02/02/5e36b134fdddf44318b46a2.html>

⁵⁶ Müller, K., & Schwarz, C. (2021). Fanning the flames of hate: Social media and hate crime. *Journal of the European Economic Association*, 19(4), p. 2131-2167.

⁵⁷ Barómetro de la desinformación y los discursos de odio frente al migrante. Disponible en: <https://www.oxfamintermon.org/es/publicacion/barometro-desinformacion-odio>

recursos estatales. Esta percepción de un exceso de recursos para los migrantes, junto con la asociación del colectivo migrante con la delincuencia y la violencia, tiene un gran impacto en la sociedad.

La falta de comprensión del fenómeno migratorio, junto con el aumento del populismo político y la legislación antinmigración, ha generado una fobia colectiva hacia migrantes y refugiados en los países receptores, manifestada como una percepción de "invasión migrante". Esto destaca el impacto significativo del discurso público en la opinión social sobre la migración y sus actores.

Estas expresiones de intolerancia, en forma de nacionalismo agresivo contra minorías o inmigrantes, han sido objeto de escrutinio por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosas ocasiones. Un ejemplo destacado es el caso de *Féret contra Bélgica* en 2009⁵⁸. En esta resolución, se cuestionó la condena impuesta al presidente del partido Frente Nacional por la difusión de panfletos que abogaban por la expulsión de inmigrantes irregulares de Bélgica. Aunque las expresiones se realizaron en el contexto de una campaña electoral, y el debate político está protegido por la libertad de expresión, el Tribunal consideró adecuada la condena según el artículo 10 del CEDH. Se argumentó que las expresiones utilizadas para promover el proyecto político del partido incitaban claramente a la discriminación y al odio racial.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos subraya la importancia de que los políticos eviten difundir declaraciones que alimenten la intolerancia. En el caso *Sánchez c. Francia* en 2011⁵⁹, el exalcalde y candidato político fue condenado por no moderar comentarios discriminatorios en su cuenta de Facebook. Aunque argumentó incapacidad para controlarlos, se confirmó su responsabilidad como administrador del espacio público en línea.

De manera similar, en el caso *Le Pen c. Francia* en 2010⁶⁰, el demandante, presidente del partido "Frente Nacional" francés, fue condenado por declaraciones que realizó sobre los musulmanes en una entrevista con el diario *Le Monde*. Alegó que su condena por incitación a la discriminación violaba su derecho a la libertad de expresión. El

⁵⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Féret c. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio de 2009.

⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Sánchez c. Francia*. Sentencia de 2 de septiembre de 2011.

⁶⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Le Pen c. Francia*. Sentencia de 20 de abril de 2010.

Tribunal consideró inadmisibile la demanda, observando que las declaraciones se hicieron en un contexto de debate sobre la integración de los inmigrantes, pero presentaron a la comunidad musulmana de manera que probablemente generaría rechazo y hostilidad. La interferencia con su derecho a la libertad de expresión fue considerada necesaria en una sociedad democrática, dada la gravedad de los comentarios y su impacto en la dignidad y seguridad del pueblo francés.

En estas últimas sentencias se refleja un patrón de discurso político discriminatorio e incitación al odio contra la comunidad musulmana, exacerbado por la islamofobia arraigada en las sociedades occidentales sobre todo desde los ataques del 11 de septiembre de 2001.

El auge de la islamofobia en Europa se ha visto alimentado por las migraciones de países de mayoría musulmana, que han adquirido tintes dramáticos y masivos en los últimos años, mezclando elementos culturales, religiosos y la amenaza terrorista⁶¹.

En la esfera política de nuestro país, Vox ha estado en el centro de atención en varios incidentes que han suscitado controversia. Uno de los casos⁶² involucra al entonces secretario general de Vox, Javier Ortega Smith, y la asociación Musulmanes contra la Islamofobia. En un evento celebrado en el Casino de Agricultura de Valencia, Smith hizo declaraciones polémicas refiriéndose a la "invasión islamista" como una amenaza para Europa y la civilización occidental. Sus palabras sugerían medidas extremas como derribar catedrales para construir mezquitas y aplicar la ley islámica, la sharia. La asociación presentó una denuncia ante la fiscalía especializada en delitos de discriminación y odio de Valencia, argumentando que estas afirmaciones incitaban al odio hacia las comunidades musulmanas, lo que supuestamente violaba el artículo 510.1 del Código Penal. Sin embargo, tras analizar el contenido del vídeo, se determinó que no constituía un delito, y el caso fue archivado.

Más recientemente, Vox se vio envuelto en otro incidente judicial⁶³ relacionado con las redes sociales. En 2022, Twitter suspendió temporalmente la cuenta del partido durante un periodo electoral debido a dos tuits controvertidos sobre estadísticas de inmigración en

⁶¹Árabe, C. (2007). *Musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e islamofobia. Percepciones sobre discriminación e islamofobia*. Madrid: Casa Árabe-Instituto Internacional de Estudios Árabes y del Mundo Musulmán.

⁶² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª.) Auto núm. 20774/2019. de 18 de noviembre.

⁶³ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª). Sentencia núm.246/2022 de 28 de febrero.

Cataluña y comentarios políticos sobre la comunidad musulmana en esa región. La suspensión provocó que la Junta Electoral Central interviniera para evaluar si esta acción de Twitter afectaba los principios de igualdad, transparencia y pluralismo político en el proceso electoral. La conclusión fue que la suspensión de la cuenta de Vox fue legal y proporcionada, desestimando así el recurso presentado por el partido.

En el debate político, y en el social, se ha arraigado una distinción excesivamente simplista entre musulmanes tolerantes y musulmanes intolerantes. Esta percepción, no hace sino reforzar los estereotipos que subrayan la propia condición intolerante del Islam. En otras palabras, clasificar a más de mil quinientos millones de seguidores de una religión en términos de buenos y malos según su interpretación del Corán genera una presunción de culpabilidad, considerando a todo musulmán como potencialmente peligroso hasta que se demuestre lo contrario⁶⁴.

Este enfoque es uno de los principales desafíos de la islamofobia, ya que se basa en una realidad innegable: la existencia de grupos radicales extremadamente violentos y referencias a la violencia en algunos textos sagrados. Sin embargo, Bravo López argumenta que más que un discurso islamóforo, lo que realmente prevalece es una corriente de antimusulmanismo, es decir, una forma de islamofobia dirigida no solo hacia un enemigo externo, sino también interno⁶⁵.

En este análisis, se observa un claro reposicionamiento del racismo a nivel global en los últimos años. Dentro de este contexto, podemos identificar tres manifestaciones contemporáneas del racismo como son la islamofobia, el antisemitismo y el antigitanismo. Hay quien considera que los dos primeros no son formas de racismo sino de intolerancia religiosa. No obstante, sin que los argumentos que se esgrimen en contra de judíos y musulmanes dejen de ser etnocéntricos, muchos responden también a las lógicas del racismo.

⁶⁴ Valiente Martínez, Francisco. (2020). *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión, Op.Cit.*

⁶⁵ Valiente Martínez, Francisco. (2020). *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión, Op.Cit.*

4.2. Discurso antisemita.

El término “antisemitismo” aparece por primera vez en 1879 a manos de un periodista llamado W. Marr. En sus textos, que han sido un punto de referencia, se esbozan algunos motivos del odio contra los judíos. Se pueden dilucidar tres tipos de odio al judío o de antisemitismo. En primer lugar, el religioso, que discrimina a los judíos por cuestiones de fe y por no aceptar a Jesús como Mesías. Los cristianos culpaban a los judíos como los principales responsables de la crucifixión de Jesucristo. En segundo lugar, un antisemitismo político, que niega derechos civiles a los judíos, por no integrarse en las sociedades en las que viven. Y, por último, otro, aún más radical, que considera la existencia de los judíos como un mal en sí mismo.⁶⁶

En el contexto actual, el antisemitismo se manifiesta principalmente a través de la negación o justificación del Holocausto. En respuesta a esta problemática, el TEDH ha tratado numerosos casos que implican el delicado equilibrio entre la libertad de expresión y la protección contra la incitación al odio hacia las comunidades judías.

En el caso *Garaudy c. Francia* de 2003⁶⁷, el demandante, autor del libro "*The Founding Myths of Modern Israel*", fue condenado por negar crímenes de lesa humanidad, difamar a la comunidad judía e incitar al odio racial. A pesar de alegar violación de su libertad de expresión, el Tribunal desestimó su demanda al considerar que su negación del Holocausto y difamación racial eran contrarias a los valores fundamentales del CEDH.

Por otro lado, en las sentencias *Honsik c. Austria*⁶⁸ y *Marais c. Francia*⁶⁹ también abordan la negación del Holocausto. En ambos casos, la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó las reclamaciones de los demandantes, subrayando la importancia de combatir la difusión de la negación del genocidio nazi en la sociedad contemporánea.

En el caso *M'Bala M'Bala*⁷⁰ c. Francia de 2015, un cómico fue condenado por proferir insultos públicos dirigidos a personas judías durante un espectáculo. Aunque

⁶⁶ Arroyo Mateos, E. (2020). Teoría Del Conocimiento En El Discurso Antisemita.

⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) *Garandy c. Francia*. Decisión de 24 de junio de 2003.

⁶⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala primera). *Honsik c. Austria*. Decisión de 18 de octubre de 1995.

⁶⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala primera). *Marais c. Francia*. Decisión de 24 de junio de 1996.

⁷⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) *M'Bala M'Bala c. Francia*. Sentencia de 20 de octubre de 2015.

argumentó libertad de expresión, el Tribunal consideró su actuación como una manifestación de odio y antisemitismo, lo cual fue considerado incompatible con el espíritu del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este caso resalta la responsabilidad de los artistas y comediantes en la promoción de un discurso respetuoso y no discriminatorio.

Más recientemente, en el asunto *Pastörs c. Alemania* de 2019⁷¹, un diputado fue condenado por negar el Holocausto durante un discurso en el Parlamento regional. El Tribunal consideró que sus declaraciones difamatorias, destinadas a desacreditar a los judíos, no estaban protegidas por el derecho a la libertad de expresión y que la condena era necesaria en una sociedad democrática para proteger los valores fundamentales de igualdad y no discriminación.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional aborda en varias ocasiones el discurso antisemita como en 1991 con el Caso Violeta Friedman, en 1996 en el Caso Makoki y en 2007 con el Caso Liberia Europa.

El caso Violeta Friedman⁷², resuelto por el Tribunal Constitucional en 1991, involucra a una ciudadana judía de origen rumano que presentó un recurso de amparo para proteger su derecho al honor y dignidad. Esto se debió a declaraciones realizadas por el antiguo oficial nazi León Degrelle en una entrevista publicada en la revista *Tiempo*, donde cuestionaba la existencia del Holocausto con afirmaciones como: "¿Los judíos? Si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido vivos de los hornos crematorios".

Esta sentencia es de gran relevancia ya que marcó doctrina sobre el discurso de odio y fue una de las primeras en estudiar profundamente este fenómeno. Además, destaca por reconocer, en base al artículo 162.1 CE, que la legitimación activa para litigar en amparo se extiende más allá de la víctima directa, abarcando a toda persona que invoque un interés legítimo⁷³. Esto implica que los grupos étnicos, aunque no tengan personalidad jurídica, pueden ser reconocidos como titulares de derechos y representados legalmente para defender su honor colectivo. En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce la importancia de otorgar la legitimación activa a estos grupos para proteger sus derechos,

⁷¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Pastörs c. Alemania*. Sentencia de 3 de octubre de 2019.

⁷² Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 214/1991, de 11 de noviembre.

⁷³ Valiente Martínez, Francisco. (2020). *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*, *Op.Cit.*

evitando así el vacío legal que podría surgir de no admitir su participación en procesos legales en defensa de su identidad y dignidad.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995⁷⁴, conocida como el "Caso Makoki", se examinó si un cómic de naturaleza satírica, sin intención de ser una investigación histórica, podría constituir injurias y, por lo tanto, no estar amparado por la libertad de expresión. El fallo determinó que cada viñeta por sí misma era agresiva y exhibía una actitud racista al elogiar a los perpetradores nazis y denigrar a las víctimas. El Tribunal no consideró como atenuante el supuesto contexto humorístico y sí tomó en cuenta como agravante que estuviera dirigido especialmente a un público joven, lo cual acentuaba su impacto negativo.

Resulta muy interesante la postura que adopta el Tribunal Constitucional cuando aborda estos dos casos, ya que no lo hace desde la perspectiva de la provocación a cometer futuros delitos, sino desde el enfoque de la difamación inamisible para los miembros de una minoría étnica⁷⁵.

La Sentencia 235/2007⁷⁶ se centra en el caso de la Librería Europa, propiedad de Pedro Varela Geiss. Desde su apertura, la librería distribuía material que negaba el Holocausto y promovía teorías revisionistas, además de atacar de manera vejatoria a la comunidad judía. Varela fue denunciado por un delito de negación y justificación del Holocausto, así como por incitación al odio racial y discriminación por motivos antisemitas.

El Tribunal Constitucional calificó el material vendido en la librería como incitación a la discriminación y odio hacia la comunidad judía. La cuestión principal era si Varela tenía derecho a promover estas ideas, lo que generó un intenso debate en la doctrina legal. Posteriormente, la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Varela c. España⁷⁷ se centró en la falta de notificación adecuada al demandante sobre la recalificación de los cargos, lo que invalidó la condena.

⁷⁴ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 176/1995, de 11 de diciembre.

⁷⁵ Rey Martínez. (2019). *Derecho antidiscriminatorio, Op. Cit.*

⁷⁶ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre.

⁷⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª.) *Varela Geiss c. España*. Sentencia de 5 de marzo de 2013.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha abordado el discurso de odio basado en motivos antisemitas en varias sentencias. En el "Caso Librería Kalki"⁷⁸, emitió una sentencia absolutoria, argumentando que, aunque los acusados difundían ideas nazis, estas no alcanzaban el umbral para ser consideradas delito según el Código Penal vigente. Se destacó la falta de incitación directa a la violencia y de evidencia de una organización estructurada para promover la discriminación. Asimismo, en el Auto 204/2015 del 5 de febrero de 2015⁷⁹ (Rec. 1521/2014), se condenó a varios individuos por asociación ilícita, incluyendo la disolución de la asociación Blood&Honour. Esta organización organizaba conciertos y eventos para difundir su ideología nacionalsocialista y obtener recursos.

En la actualidad, el antisemitismo no se percibe como un problema principal, especialmente en el mundo occidental. A pesar de esto, persiste como una ideología sin demasiada fuerza que se manifiesta como hemos podido ver en actos vandálicos y negación del Holocausto.

Sin embargo, la comunidad judía ha observado un aumento de discursos antisemitas tras el conflicto en Israel, generando un clima hostil⁸⁰. La Federación de Comunidades Judías de España y el Movimiento contra la Intolerancia han denunciado este incremento y piden precaución al abordar el conflicto Israel-Hamas para evitar la agresión hacia los judíos.

4.3. Discurso antigitanista.

El antigitanismo, arraigado en prejuicios históricos que datan de la Edad Media, persiste en la sociedad actual, manifestándose a través de diversas formas de discriminación y violencia dirigida hacia la comunidad gitana⁸¹. Esta problemática, reconocida por la Unión Europea en 2005, y añadida en España en 2022⁸² como forma de discriminación penalizable, se define como una forma específica de racismo, una ideología basada en la

⁷⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª.) Sentencia núm. 259/2011, de 12 de abril.

⁷⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª.) Auto núm. 204/2015, de 5 de febrero.

⁸⁰ Matellano, P. H., & Matellano, P. H. (2024, 8 abril). La comunidad judía advierte que los discursos de odio antisemitas en España "se han disparado" a raíz de la guerra en Israel y pide "desvincularlo" EL MUNDO. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2024/04/08/6613c7a8fdddff26648b45a3.html>

⁸¹ Fundación Secretariado Gitano. (2021). Discurso de odio antigitano y crisis de la COVID-19. Disponible en: https://www.gitanos.org/centro_documentacion/publicaciones/fichas/133448.html.es

⁸² BOE-A-2022-11588 Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (2022, 12 julio). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/07/12/6>

superioridad racial, una forma de deshumanización y de racismo institucional alimentado por una discriminación histórica, que se manifiesta, entre otras cosas, por la violencia, el discurso de odio, la explotación y la discriminación en su forma más flagrante.

El antigitanismo se manifiesta tanto en formas explícitas, como insultos y agresiones físicas, como en manifestaciones más sutiles, como el uso de estereotipos y el discurso de odio. Esta discriminación estructural permea todos los ámbitos de la vida de las personas gitanas, contribuyendo a su estigmatización y exclusión social.

Tres dos recientes ilustran la persistencia y gravedad del antigitanismo en la sociedad española. El primero de ellos, en Talavera de la Reina⁸³, durante la pandemia de COVID-19, la aplicación desproporcionada de medidas coercitivas contra familias gitanas generó una ola de comentarios de odio en redes sociales. Frases como "Son unas putas ratas callejeras que tenían que estar todos pudriéndose" reflejan la hostilidad y deshumanización hacia la comunidad gitana.

El segundo de ellos tiene lugar en Santoña⁸⁴, donde las declaraciones irresponsables del alcalde que vinculaban a la población gitana con la propagación del virus desencadenaron una ola de mensajes y bulos antigitanos. En algunos de estos mensajes se incitaba al encierro de la población gitana en campos de concentración, recordando técnicas de exterminio nazis. Frases como "Que los cojan y los lleven al penal, y que los tengan allí, dentro de las murallas, que canten y bailen allí encerrados como en un campo de concentración hasta que se mueran todos" muestran la gravedad del discurso de odio antigitano.

A pesar de los avances legislativos en la protección de los derechos de la comunidad gitana, persisten casos de discriminación directa e indirecta, lo que resalta la urgencia de abordar este problema de manera integral. Organizaciones como la Fundación Secretariado Gitano y la Comisión Europea han documentado numerosos casos de antigitanismo, destacando la importancia de combatir esta forma de discriminación en todas sus manifestaciones.

⁸³ Fundación Secretariado Gitano. (2021). *Discurso de odio antigitano y crisis de la COVID-19*. Op. Cit.

⁸⁴ Fundación Secretariado Gitano. (2021). *Discurso de odio antigitano y crisis de la COVID-19*. Op. Cit.

Resulta especialmente preocupante que, en el año 2022, el discurso de odio antigitano fuera el más frecuente en las redes sociales de la Unión Europea⁸⁵. Según informes de la Comisión Europea, el 16,8% de los casos reportados de discurso de odio en línea estaban dirigidos contra la comunidad gitana. En España, la tasa de eliminación de estos contenidos de odio reportados es muy alta, alcanzando el 78,9%.

En diciembre de 2023, la Comisión Europea publicó un nuevo Eurobarómetro Especial sobre la Discriminación en Europa⁸⁶. Esta encuesta amplia involucró a casi 26,400 personas de los 27 Estados miembros de la UE (con una muestra de 1,004 personas en España). La discriminación contra la comunidad gitana se consideró la más extendida entre todos los grupos estudiados, con un promedio del 65% en la UE y un 70% en España. Este dato representa un aumento en la percepción de la discriminación en comparación con el Eurobarómetro anterior de 2019, donde los porcentajes fueron del 61% en la UE y del 65% en España. Este incremento puede interpretarse de dos maneras: por un lado, como un dato positivo que refleja un mayor reconocimiento o conciencia social sobre la realidad del antigitanismo; por otro lado, como un dato preocupante que indica que la discriminación antigitana sigue estando muy presente en la sociedad.

El debate sobre la existencia del racismo en España es complejo y multifacético, pero diversos estudios y análisis como el mencionado Eurobarómetro Especial sobre la Discriminación en Europa y el proyecto EASIE proporcionan una perspectiva esclarecedora sobre esta cuestión.

En ellos se destacan que la mayoría de la población española muestra actitudes abiertas y comprensivas hacia la inmigración internacional, dato que contrasta con una creciente incidencia de hostilidad antinmigrante en otros países europeos. Sin embargo, estos estudios también revelan recelos y críticas respecto al impacto de la inmigración en el acceso a servicios públicos y su financiación, que no siempre pueden atribuirse

⁸⁵ Anti-Roma hate speech is the most frequent one in social media in the EU - Fundación Secretariado Gitano. Disponible en: <https://www.gitanos.org/actualidad/archivo/137025.html>

⁸⁶ New Eurobarometer on discrimination shows antigypsyism as most widespread discrimination. Fundación Secretariado Gitano. Disponible en: <https://www.gitanos.org/actualidad/archivo/157140.html#:~:text=La%20Comisi%C3%B3n%20Europea%20public%C3%B3%20en,muestra%20de%201.004%20personas>.

simplemente a prejuicios, si no a preocupaciones relacionadas con la justicia distributiva y la competencia por recursos limitados⁸⁷.

A pesar de las actitudes mayoritariamente positivas hacia la inmigración, la información generada por encuestas de opinión plantea interrogantes sobre la fiabilidad de los datos. La presión de la deseabilidad social puede inhibir la manifestación de posturas verdaderas, lo que podría subestimar la prevalencia de opiniones reacias en materia migratoria. Además, la irrupción de partidos con retórica antinmigrante en el sistema político español podría influir en la expresión pública de actitudes desfavorables hacia los inmigrantes.

A primera vista, la mayoría de los españoles tienden a negar la existencia del racismo, ya sea en ellos mismos o en la sociedad en general. Esta percepción se ve respaldada por cifras que sugieren una baja autoevaluación de actitudes racistas, según revela un estudio del CIS que sitúa la media nacional en 2,2 en una escala del 1 al 10⁸⁸.

Sin embargo, este aparente consenso se ve desafiado por la persistencia de actitudes y comportamientos discriminatorios hacia las minorías étnicas y los inmigrantes. A menudo, estas manifestaciones de discriminación pasan desapercibidas o se minimizan, ya sea por falta de conciencia o por una negativa a reconocer la realidad del problema.

Una de las razones detrás de esta discrepancia entre la autopercepción y la realidad del racismo radica en la influencia de ideas preconcebidas, sesgos y estereotipos arraigados en la sociedad. Estos elementos, alimentados por la desinformación y los mecanismos cerebrales de simplificación de la información, pueden conducir a la formación de juicios negativos hacia determinados grupos étnicos o culturales.

El fenómeno del sesgo implícito, descrito como pensamientos no neutrales que afectan al comportamiento sin que la persona sea consciente de ello, juega un papel crucial en la perpetuación de la discriminación. Estos sesgos, junto con los estereotipos que se

⁸⁷ Rinken, S. (2021). Las actitudes ante la inmigración y los inmigrantes en España: Datos recientes y necesidades de conocimiento.

⁸⁸ Alcalde, S. (2023, 24 mayo). ¿Es España racista? Así es la huella invisible de la discriminación racial. Disponible en: https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-ng/es-espana-racista-asi-es-huella-invisible-discriminacion-racial_16947

transmiten a través de agentes externos, contribuyen a la creación de una atmósfera de desigualdad y exclusión para las poblaciones racializadas en España.

A pesar de los avances en la legislación antidiscriminatoria y los esfuerzos por promover la inclusión y la diversidad, el racismo sigue siendo una realidad palpable en la sociedad española. La falta de reconocimiento y la minimización de este problema por parte de figuras de autoridad, como lo ilustra el caso reciente en el fútbol español anteriormente comentado, demuestra la necesidad urgente de abordar el racismo de manera integral y comprometida.

En conclusión, si bien muchos españoles pueden negar la existencia del racismo, la evidencia sugiere lo contrario. El racismo en España no solo es una realidad sino también un problema que requiere una atención urgente y acciones concretas para su erradicación. La negación o minimización del racismo solo sirve para perpetuar la discriminación y la injusticia en nuestra sociedad.

5. ¿EXISTE LA LIBERTAD DE ODIAR?

La "paradoja de la tolerancia" planteada por Karl Popper hace años sigue siendo relevante hoy más que nunca. Se debate qué nivel de intolerancia puede tolerar una sociedad abierta y tolerante. Popper argumentaba que la tolerancia ilimitada inevitablemente conduce a su propia desaparición y abogaba por que las sociedades tuvieran el derecho de prohibir expresiones que incitaran a la persecución del diferente y cerraran la mente a argumentos contrarios⁸⁹. Escrito en medio de la Segunda Guerra Mundial y marcado por el auge del nazismo, su reflexión ha ganado especial relevancia jurídica en Europa en el contexto actual marcado por la diversidad cultural y el surgimiento del concepto legal del "discurso del odio", la discusión sobre los límites de la libertad de expresión adquiere una nueva relevancia.

La libertad de expresión es uno de los derechos clásicos que desde siempre integran cualquier declaración de derechos que se precie. De un modo u otro ha aparecido en todas. En el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; en el artículo 19 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966... Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que no existe una declaración de derechos que no recoja la libertad de expresión. Del mismo modo, se afirma también en todas y cada una de las Constituciones de la historia de España, ocupando normalmente en un lugar muy destacado en ellas.

Este reconocimiento universal tiene, no obstante, una característica propia: con frecuencia los textos constitucionales incluyen salvaguardas específicas destinadas a aclarar que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado. El Convenio Europeo de Derechos Humanos señala que su ejercicio puede someterse por ley a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones. La Constitución Española dedica todo un artículo, el 20.4, a resaltar los límites de la libertad de expresión, derivados del respeto a otros derechos y a las leyes que los desarrollen.

Así que parece que el Estado ha tenido siempre un especial empeño en aclarar que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado. Esta precaución llama la atención porque no se da con ningún otro derecho fundamental. Hasta tal punto que podríamos decir que lo que caracteriza a la libertad de expresarse en el Estado constitucional no es su

⁸⁹ Urías, J. (2017). La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión. *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica.

reconocimiento, sino su limitación. El temor a las consecuencias de la difusión ilimitada de ideas y opiniones parece ser una constante en nuestro entorno político y jurídico. Esto debe entenderse como un reflejo del enorme potencial político y democrático de esta libertad, a la que se supone capaz de alterar gobiernos y modular sociedades. Sin embargo, tantas precauciones y limitaciones a veces han socavado -históricamente y en la actualidad- la naturaleza misma de la libre expresión como derecho fundamental.

Los derechos fundamentales son esenciales para la democracia, ya que garantizan que no se convierta en un sistema opresivo basado únicamente en mayorías numéricas. La toma de decisiones colectivas solo es legítima si respeta un núcleo mínimo de libertad individual, que debe ser protegido frente al poder estatal y a las mayorías. Técnicamente, lo que caracteriza a un derecho fundamental es su garantía de indemnidad y su aplicabilidad directa, lo que significa que no está sujeto a disposiciones legislativas que lo restrinjan.

En el caso específico de la libertad de expresión, su aplicabilidad directa es innegable. No se requiere ninguna regulación estatal para poder expresar libremente opiniones. Sin embargo, esta misma característica dificulta determinar cuál es el contenido protegido e indisponible de este derecho. Algunos textos constitucionales sugieren que el legislador puede establecer límites a la libertad de expresión según considere necesario⁹⁰. Esto plantea la pregunta de si la libertad de expresión tiene un contenido mínimo e intangible o si sería un mandato dirigido al legislador para que, en la medida de lo posible, y siempre que no haya otros bienes más importantes en juego, permitiera a la ciudadanía expresar sus opiniones.

En ausencia de un contenido concreto, serían los tribunales en cada caso los encargados de examinar, a la luz del contexto y las circunstancias de ese caso, si conviene primar el derecho a expresarse o cualquier otro valor estatal en juego. En este sentido, es crucial atender a los diferentes presupuestos de que parten el TEDH y nuestro TC en materia de libertad de expresión y discurso de odio.

El TEDH, desde su génesis como respuesta al totalitarismo, se ha erigido como defensor de la democracia militante. Esto se refleja en su cláusula de abuso de derecho, en el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), concebida para combatir a los enemigos de la democracia y preservar el propio sistema democrático. Esta

⁹⁰ Urías, J. (2017). La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión. *Op. Cit.*

cláusula ha sido aplicada con frecuencia por el TEDH para restringir el discurso antidemocrático y negacionista, considerándolo un abuso de derecho. Por ejemplo, en el caso de la negación del Holocausto, el TEDH ha considerado que tal discurso constituye un abuso de derecho y queda excluido de la protección de la libertad de expresión, en virtud del artículo 17 del CEDH⁹¹.

Además, el TEDH ha establecido criterios para evaluar si un mensaje está protegido por la libertad de expresión. Estos criterios incluyen el contenido del mensaje, la forma de difusión, las características del medio de comunicación y el propósito o finalidad del emisor. Sin embargo, es importante señalar que el TEDH no ha sido consistente en este enfoque, y ha habido críticas respecto a la falta de un análisis completo de las circunstancias del mensaje en algunos casos.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional (TC) adopta una postura más amplia respecto a la libertad de expresión. Se diferencia del enfoque del TEDH, el TC no adhiere a la noción de una "democracia militante", donde se exige una adhesión positiva al ordenamiento y a la Constitución. Por ello, "es evidente que 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" (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2)¹⁰. Es decir, "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.

El TC ha desarrollado lo que se conoce como el "principio del daño", que implica la necesidad de distinguir entre expresiones cuya restricción sería legítima por lesionar bienes jurídicos importantes y aquellas que, aunque puedan ser consideradas como ofensivas o reprobables, no revistan suficiente gravedad para justificar su prohibición. Este principio del daño implica un equilibrio delicado entre la protección de la libertad de expresión y la salvaguarda de otros valores constitucionales.

En relación al discurso del odio, el TC reconoce que este tipo de expresiones pueden estar protegidas por la libertad de expresión, salvo en aquellos casos extremos en los que afecten a otros bienes constitucionales como el honor, la dignidad humana y la

⁹¹ Alcácer Guirao, R. (2012). Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes. *Op. Cit.*

prohibición de discriminación. En este sentido, el TC ha establecido criterios para determinar cuándo un discurso del odio no está protegido por la libertad de expresión. Por ejemplo, el TC ha excluido de protección constitucional expresiones vilipendiadoras, racistas o humillantes, así como discursos que inciten a delitos graves o promuevan la discriminación, el odio o la violencia. En estos casos, el Tribunal ha requerido que tales conductas representen un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación.

No obstante, la jurisprudencia del TC ha sido objeto de críticas debido a su falta de precisión en la categorización del discurso del odio y a su tendencia a valorar de forma excesiva la lesividad de este tipo de expresiones. Esto ha generado un debate sobre el alcance y los límites de la libertad de expresión en el contexto de la protección de otros derechos y valores constitucionales.

A la luz de lo cual puede concluirse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con los límites de la libertad de expresión ante discursos extremos presenta una virtud y una deficiencia. La virtud sería haber reconocido el carácter abierto de nuestro ordenamiento constitucional y, en consecuencia, haber deducido la exigencia del principio del daño como presupuesto para legitimar un límite a la libertad de expresión, excluyendo de tal consideración la pura discrepancia o contradicción por las ideas que se defiendan. Esto le ha permitido fijar una serie de pautas ofensivas que reconoce como límites a la libertad de expresión ante este tipo de discursos, según se ha visto. La deficiencia de esta jurisprudencia estaría entonces en la amplitud de estos cánones, con un contenido ofensivo basado en la intencionalidad o en peligrosidades potenciales y, como consecuencia de ello, en su aplicación concreta a partir de genéricas presunciones y de pretendidas idoneidades sin un auténtico sustento fáctico como ofensas⁹².

Abordar el problema de los discursos del odio parece enfrentarnos a la difícil tarea de determinar cuándo el carácter delictivo de un discurso hace necesario recortar la libertad de expresión. Entre uno y otra parece existir un juego de suma cero. Sin embargo, como señala Rey Martínez: “La relación entre el rechazo del discurso de odio racista y el florecimiento de la libertad de expresión debe verse como complementaria, y no como la

⁹² Teruel Lozano, G. M. (2018). Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (114).

expresión de un juego de suma cero, en que la prioridad que se dé a no sea a expensas del otro”⁹³

En una sociedad pluralista y democrática, la ética cívica implica una corresponsabilidad hacia los demás, reconociendo su dignidad en cualquier diálogo sobre lo justo. Los discursos de odio erosionan la convivencia y rompen los lazos interpersonales⁹⁴. La calidad de una sociedad democrática debería medirse por su capacidad de reconocer la dignidad mutua, no por hasta qué punto se puede perjudicar a otros sin incurrir en delitos.

Es difícil mantener el respeto por las personas y defender la autoestima social sin empoderar a los ciudadanos para que vean a sus conciudadanos como individuos válidos, no reduciéndolos a su color de piel, raza, etnia, religión, discapacidad o situación económica. En la actualidad, las fobias sociales tienen repercusiones legales bajo el término "discurso del odio", que estigmatiza a grupos. Es esencial que el derecho proteja a los marginados, pero una convivencia pacífica requiere más que eso; necesita que la ética humanice las relaciones diarias, fomentando el diálogo. Aquellos que dialogan auténticamente difícilmente buscarán dañarse mutuamente.

Por ello, la interpretación única de nuestras libertades constitucionales, como la de opinión, pensamiento y conciencia, simplifica en exceso estos conceptos. Si bien es verdad que el conocimiento solo cobra relevancia cuando se comparte, las personas tienen la libertad de tener pensamientos sin necesidad de expresarlos. Muchas ideas permanecen en la mente sin llegar a palabras, como dice el conocido aforismo: "es mejor ser amo de mi silencio que esclavo de mis palabras".

En respuesta a si existe la libertad de odiar, afirmo rotundamente que sí. Las personas tienen derecho a sentir odio hacia quien sea⁹⁵. Sin embargo, el derecho a manifestar ese odio no es absoluto, ya que puede chocar con los derechos de los demás cuando se convierte en expresión. Es en ese momento cuando se debe considerar limitar esa libertad de expresión.

⁹³ Cortina Orts, A. (2017). ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? In *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (pp. 77-92). Ministerio de Justicia.

⁹⁴ Cortina Orts, A. (2017). ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? *Op. Cit.*

⁹⁵ Valiente Martínez, Francisco. (2020). *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión, Op.Cit.*

6. CONCLUSIONES.

1. Diferenciación entre delitos de odio y discurso del odio.

La distinción entre delitos de odio y discurso del odio es esencial para comprender su naturaleza y alcance. Mientras que los delitos de odio se refieren a infracciones penales específicas motivadas por el odio hacia ciertos grupos o individuos, el discurso del odio abarca un concepto más amplio, que incluye expresiones basadas en el odio pero que no necesariamente constituyen conductas penales. Sin embargo, algunas de estas expresiones, por su grado de lesividad efectiva, se encuentran tipificadas en el Código Penal, constituyendo así una categoría dentro de los propios delitos de odio.

2. Necesidad de clarificar y aportar una definición unificada del discurso del odio.

A pesar de que existe suficiente fundamento en el derecho internacional para afirmar la existencia de un auténtico deber de prohibición del discurso del odio, los instrumentos internacionales fallan a la hora de brindar una definición más o menos precisa de este concepto. Esta dificultad surge de la diversidad de interpretaciones y contextos culturales en los que el discurso del odio se manifiesta. La falta de consenso respecto a su alcance y naturaleza complica aún más la tarea de proporcionar una definición que abarque todas las posibles expresiones de este fenómeno. Sin embargo, afrontar este problema es crucial pues esta ambigüedad en su definición dificulta su abordaje efectivo.

3. Colectivo afectado, mensaje ofensivo y riesgo de discriminación como elementos del discurso fóbico.

En primer lugar, este tipo de discurso se enfoca específicamente en ciertos grupos de personas, creando una clara división entre "nosotros" y "los otros". En segundo lugar, este discurso se caracteriza por expresar mensajes ofensivos o denigratorios hacia el grupo afectado, lo que alimenta estereotipos, prejuicios y, en última instancia, la discriminación. Por último, se cuestiona la normalidad del grupo en sí, lo que conduce a su desacreditación y a su percepción como algo anormal o incompatible con la sociedad.

4. La implementación de estándares internacionales en la protección contra el discurso del odio en España.

Los estándares internacionales de protección contra el discurso del odio son esenciales en el ordenamiento jurídico español, reflejando obligaciones específicas para garantizar la seguridad y respuesta a las víctimas. La ratificación de tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial obliga a España a limitar la libertad de expresión para salvaguardar derechos y valores como el respeto a los demás y la seguridad nacional.

Aunque existe un compromiso relativo en la implementación de estos estándares, la influencia de organismos internacionales como el Consejo de Europa y la Unión Europea se percibe más en el poder ejecutivo y legislativo que en el judicial. Estos estándares incluyen la necesidad de limitaciones legítimas, proporcionales y necesarias en una sociedad democrática, así como la exclusión de la protección para la negación de hechos históricos probados. Los tribunales nacionales deben considerar estos estándares al juzgar casos de discurso de odio, aprovechando la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para asegurar la coherencia con los derechos fundamentales establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos.

5. El viejo y el nuevo racismo.

El racismo tradicional, basado en la superioridad racial justificada por argumentos religiosos y biológicos, ha evolucionado hacia un "neo-racismo" más sutil. Este nuevo tipo de discriminación se manifiesta a través de prejuicios implícitos y afirmaciones indirectas, disfrazándose de igualdad mientras perpetúa desigualdades. Aunque el racismo directo ha perdido influencia, su legado persiste en formas encubiertas de discriminación que niegan su naturaleza racista y culpan a las víctimas, manteniendo una apariencia de respetabilidad.

6. La persistencia del racismo en sus diferentes formas y manifestaciones contemporáneas.

El análisis detallado de las manifestaciones contemporáneas del racismo, como la islamofobia, el antisemitismo y el antigitanismo, revela la persistencia de este fenómeno en la sociedad actual, a pesar de los esfuerzos internacionales por eliminarlo. Estas formas de discriminación, arraigadas en prejuicios históricos y religiosos, persisten en diferentes contextos sociales y políticos, reflejando la complejidad y profundidad del problema.

La islamofobia ha adquirido tintes dramáticos y masivos en los últimos años, mezclando elementos culturales, religiosos y la amenaza terrorista. Por otro lado, el antisemitismo, manifestado a través de la negación del Holocausto y la difamación racial, sigue siendo una preocupación persistente, especialmente en Europa, y que ha aumentado tras el conflicto en Israel en los últimos meses. Además, el antigitanismo, basado en estereotipos históricos y la exclusión social, preocupa profundamente. Se considera la forma de discriminación más extendida entre todos los grupos estudiados, con un promedio del 65% en la UE y un 70% en España en el año 2023.

7. El discurso xenófobo en el ámbito político y su impacto social.

En los últimos años, ha crecido el racismo y la xenofobia en los discursos políticos de los líderes de países con tradición democrática. La crisis desencadenada por la COVID-19, junto con el aumento del flujo migratorio, ha exacerbado esta problemática, alimentada por la falta de comprensión sobre este fenómeno y el auge del populismo político. Este contexto ha agudizado la discriminación hacia grupos estigmatizados y ha generado una fobia colectiva hacia migrantes y refugiados. Este preocupante panorama refleja la falta de una respuesta contundente por parte de los partidos políticos y otras instituciones para promover valores fundamentales como la pluralidad, la diversidad y la democracia, poniendo en entredicho los cimientos mismos de la sociedad democrática.

8. ¿Hay racismo en España?

El debate sobre el racismo en España es complejo. Aunque la mayoría de los españoles tienden a negar la existencia del racismo, ya sea en ellos mismos o en la sociedad en general (siempre en comparación con otros países), este aparente consenso se ve desafiado por la persistencia de actitudes y comportamientos discriminatorios hacia las minorías étnicas y los inmigrantes. A menudo, estas manifestaciones de discriminación pasan desapercibidas o se minimizan, ya sea por falta de conciencia o por una negativa a reconocer la realidad del problema.

9. TEDH y TC: Visiones contrapuestas sobre el discurso del odio.

El debate sobre los límites de la libertad de expresión, especialmente en relación con discursos extremos, se ve influido por diferentes enfoques adoptados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español. Mientras que el TEDH, como defensor de la democracia militante, ha aplicado la cláusula de abuso de

derecho para restringir discursos antidemocráticos, el TC adopta una postura más amplia, reconociendo la protección incluso de expresiones que atacan al propio sistema democrático. Ambas instituciones han establecido criterios para determinar cuándo un discurso está protegido por la libertad de expresión, aunque la jurisprudencia del TC ha sido criticada por su falta de precisión en la categorización del discurso del odio y su tendencia a valorar excesivamente la lesividad de estas expresiones.

10. Libertad de expresión y discurso del odio: ¿Existe libertad de odiar?

Los organismos internacionales establecen tres características esenciales para los límites a la libertad de expresión: Deben estar establecidos por ley, asegurando transparencia y legitimidad; deben tener un fin legítimo, protegiendo bienes jurídicos relevantes, ya sean individuales, como el honor, o colectivos, como la seguridad pública; y por último, deben ser necesarios para lograr esa protección, minimizando la restricción a la libertad de expresión.

La libertad de pensamiento es el paso previo a la expresión de toda opinión o conocimiento. Es plausible afirmar que esta libertad es total, dado que el pensamiento es una acción libre e independiente. Esto implica que hay un derecho absoluto a odiar, pero la manifestación de dicho derecho si está sujeta a restricciones y límites, pues puede provocar perjuicios a los derechos de otros.

En palabras del Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres: *“Combatir el discurso de odio no significa limitar o prohibir la libertad de expresión. Se trata de impedir la escalada de dicha incitación al odio hacia algo más peligroso, en particular, instigando a la discriminación, la hostilidad y la violencia, lo cual está prohibido según el derecho internacional”*.⁹⁶

⁹⁶ United Nations. Discurso de odio frente a libertad de expresión | Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/hate-speech/understanding-hate-speech/hate-speech-versus-freedom-of-speech>

7. BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS

- Allport, G. W., Clark, K., & Pettigrew, T. (1954). The nature of prejudice.
- Article 19 (2015). Hate Speech' Explained A Toolkit. Article 19. Londres.
- Cámara Arroyo, S. (2017). El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*.
- Dervin, F., & Dervin, F. (2016). Discourses of othering. *Interculturality in education: A theoretical and methodological toolbox*, pp.43-55.
- Eibl-Eibesfeldt. (1994). *Amor y odio. Historia natural del comportamiento humano*. Barcelona: Salvat, pp.224 y 225.
- Emcke, C. (2017). *Contra el odio: Un alegato en defensa de la pluralidad de pensamiento, la tolerancia y la libertad*. Taurus, p.97-98.
- Gall, O., Iturriaga, E., Morales, D., & Rodríguez, J. (2022). *El racismo. Recorridos conceptuales e históricos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Garton Ash, T. (2017). Libertad de palabra. *Diez principios para un mundo conectado*. Barcelona: Tusquets, p.299.
- Lorenzo Copello, Patricia (2019): La manipulación de los delitos de odio, en Portilla Contreras/Velásquez Velásquez (coord.) *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Madrid: Dykinson, p.461.
- Pascale, P. (2010). Nuevas formas de racismo: estado de la cuestión en la psicología social del prejuicio. *Ciencias Psicológicas*, 4(1), p.57.
- Rey Martínez. (2019). *Derecho antidiscriminatorio* / Fernando Rey Martínez. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Ríos Vega, Spigno, I., Vázquez Alonso, V. J., & Alonso Sanz, L. (2021). Estudios de casos líderes europeos y nacionales. *Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI: Cuestiones actuales y problemáticas / directores: Luis Efraín Ríos Vega, Irene Spigno; coordinador: Víctor J. Vázquez Alonso. Universidad de Sevilla; coautores: Lucía Alonso Sanz [y 14 más]* ([1a edición]). Tirant lo Blanch.

- Taricco, V. y Torres, N. (2019). Los discursos de odio como amenaza. Universidad de Palermo.
- Vicente Martínez. (2018). *El discurso del odio análisis del artículo 510 del Código Penal* / Rosario de Vicente Martínez (1a ed.). Tirant lo Blanch.

ARTÍCULOS DE REVISTA

- Alcácer Guirao, R. (2012). Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14).
- Árabe, C. (2007). Musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e islamofobia. *Percepciones sobre discriminación e islamofobia*. Madrid: Casa Árabe–Instituto Internacional de Estudios Árabes y del Mundo Musulmán.
- Calderón, C. A., Holgado, P. S., Quintana-Moreno, C., Amores, J. J., & Herrero, D. B. (2022). Discurso de odio y aceptación social hacia migrantes en Europa: Análisis de tuits con geolocalización. *Comunicar: revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, (71), 21-35.
- Cortina Orts, A. (2017). ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? In *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Ministerio de Justicia.
- Díaz López, J. A. (2018). Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio. *Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación Interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia*.
- Doc, U. N. E/CN. 4/Sub. 2/384/Rev. 1, para 568. Cited in: *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation*.
- Goodey, J., & Aromaa, K. (2008). Hate crime: papers from the 2006 and 2007 Stockholm criminology symposiums, p.5.
- Landa Gorostiza, J. M. (2012). Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de "lege lata", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7,2012, p.331 y 332.
- Ministerio de Interior. *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*. Madrid: Ministerio del Interior, 2022.

- Mira, J. C. (2020). Discurso del odio y minorías: Redefiniendo la libertad de expresión. *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, (28).
- Morales, M. C. M. (2004). Creencias estereotípicas y género: sexismo ambivalente. *In Psicología social, cultura y educación*. Pearson Educación, p.789-797.
- Müller, K., & Schwarz, C. (2021). Fanning the flames of hate: Social media and hate crime. *Journal of the European Economic Association*, 19, p.2131-2167.
- Osorio, J. L. F. (2017). El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, p.3.
- Parekh, B. (2006). Hate Speech. Is there a case of banning? *Public Policy Research*, 12, pp.37-56.
- Puerta, A. J. F. (2023). Incitación al odio y colectivos vulnerables, del Derecho internacional al Derecho español: especial referencia al delito de incitación al odio por motivos religiosos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 73.
- Rovira, D. P. (2004). Relaciones intergrupales. *In Psicología social, cultura y educación*. Pearson Educación, p.7.
- Teruel Lozano, G. M. (2018). Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (114).
- Urías, J. (2017). La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión. *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica.
- Valdeiglesias, S. P. (2004). Aspectos teóricos sobre el estereotipo, el prejuicio y la discriminación. *Seminario médico*, 56(2), p.141.

CITAS DE INTERNET

- Alcalde, S. (2023, 24 mayo). ¿Es España racista? Así es la huella invisible de la discriminación racial. Disponible en: https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-ng/es-espana-racista-asi-es-huella-invisible-discriminacion-racial_16947
- Anti-Roma hate speech is the most frequent one in social media in the EU - Fundación Secretariado Gitano. Disponible en: <https://www.gitanos.org/actualidad/archivo/137025.html>

- Arroyo Mateos, E. (2020). Teoría Del Conocimiento En El Discurso Antisemita.
- Ausina, R. T., de Lara González, A., & Giménez, C. O. (2023). El Caso Vinícius Jr: ¿discurso de odio, discurso odioso... y pan y circo?. Diario La Ley, (10266)
- Barómetro de la desinformación y los discursos de odio frente al migrante. Disponible en: <https://www.oxfamintermon.org/es/publicacion/barometro-desinformacion-odio>
- BOE-A-2022-11588 Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (2022, 12 julio). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/07/12/6>
- BOE-A-2022-11589 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. (2022, 12 julio). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/07/12/15/con>
- Consejo Europeo (1997). Recommendation N°. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on "Hate Speech".
- Consejo Europeo (2015). ECRI General Policy Recommendation No. 15 on combating Hate Speech.
- Fundación Secretariado Gitano. (2021). Discurso de odio antigitano y crisis de la COVID-19. Disponible en: https://www.gitanos.org/centro_documentacion/publicaciones/fichas/133448.html.es
- García-Bullé, S. (2022). *¿Qué es la otredad y por qué necesitamos entenderla?* Obtenido de Observatorio/ Instituto para el futuro de la educación de Monterey: Disponible en: <https://observatorio.tec.mx/edu-news/que-es-la-otredad/>
- League, A.-D. (2017). Pirámide del odio. Disponible en: <https://www.adl.org/resources/tools-and-strategies/piramide-del-odio>
- Matellano, P. H., & Matellano, P. H. (2024, 8 abril). La comunidad judía advierte que los discursos de odio antisemitas en España "se han disparado" a raíz de la guerra en Israel y pide "desvincularlo" EL MUNDO. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2024/04/08/6613c7a8fdddff26648b45a3.html>
- Munera, I. (2020, 2 febrero). Brotes racistas en todo el mundo contra chinos y asiáticos tras el brote de coronavirus. EL MUNDO. Disponible en: <https://www.elmundo.es/papel/2020/02/02/5e36b134fdddffd4318b46a2.html>

- New Eurobarometer on discrimination shows antigypsyism as most widespread discrimination - Fundación Secretariado Gitano. Disponible en: <https://www.gitanos.org/actualidad/archivo/157140.html#:~:text=La%20Comisi%C3%B3n%20Europea%20public%C3%B3%20en,muestra%20fue%20de%201.004%20personas>
- OHCHR. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- OSCE. (2003). Decision No. 4/03 Tolerance and Non-Discrimination. Disponible en: <https://www.osce.org/mc/19382>
- OSCE, O. (2009). Hate crime laws. A practical guide. Disponible en: <http://www.osce.org/odibr/36426>
- Real Academia Española (2022). *Diccionario de la lengua española* (23.^a edición). *Discriminar*. Disponible en: <https://dle.rae.es/discriminar>
- Real Academia Española (2022). *Diccionario de la lengua española* (23.^a edición). *Odio*. Disponible en: <https://dle.rae.es/odio>
- Rincken, S. (2021). Las actitudes ante la inmigración y los inmigrantes en España: Datos recientes y necesidades de conocimiento.
- Sánchez, D. M. (2023). No es Vinicius, es España: el problema del racismo en el fútbol. Disponible en: <https://theconversation.com/no-es-vinicius-es-espana-el-problema-del-racismo-en-el-futbol-206294>
- United Nations. (1948). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* | Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- United Nations.. Discurso de odio frente a libertad de expresión | Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/hate-speech/understanding-hate-speech/hate-speech-versus-freedom-of-speech>

8. ANEXO: JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHO HUMANOS

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Glimmerveen y Haagenbeek c. Holanda*. Decisión de la Comisión TEDH de 11 de octubre de 1979.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Jersild c. Dinamarca*. Sentencia de 23 de septiembre de 1994.
- Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala primera). *Honsik c. Austria*. Decisión de 18 de octubre de 1995.
- Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala primera). *Marais c. Francia*. Decisión de 24 de junio de 1996.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) *Garandy c. Francia*. Decisión de 24 de junio de 2003.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Féret c. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio de 2009.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Le Pen c. Francia*. Sentencia de 20 de abril de 2010
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª) *Varela Geis c. España*. Sentencia de 5 de marzo de 2013.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) *M'Bala M'Bala c. Francia*. Sentencia de 20 de octubre de 2015.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Pastörs c. Alemania*. Sentencia de 3 de octubre de 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Sánchez c. Francia*. Sentencia de 2 de septiembre de 2021.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 214/1991, de 11 de noviembre.
- Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 176/1995, de 11 de diciembre.

- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre.
- Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 117/2015, de 21 de agosto.

TRIBUNAL SUPREMO

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a) Sentencia núm. 224/2010, de 3 de marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2.^a) Sentencia núm. 259/2011, de 12 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2.^a) Sentencia núm. 1396/2011, de 28 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2.^a) Auto núm. 204/2015, de 5 de febrero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2.^a) Auto núm. 20774/2019. de 18 de noviembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2.^a) Sentencia núm. 675/2020, de 11 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.^a). Sentencia núm.246/2022 de 28 de febrero.