



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

¿Cuánto odio cabe en la libertad de expresión?: Una perspectiva interdisciplinaria sobre los límites del discurso de odio.

Presentado por:

Jimena Piedras Benito

Tutelado por:

Luis Carlos Amezúa Amezúa

Valladolid, 5 de junio de 2024

RESUMEN:

Asistimos a un momento histórico caracterizado por la libre circulación de información y opiniones, con las redes sociales como nueva herramienta fundamental de difusión e intercambio. La creciente polarización social se refleja en la propagación de mensajes humillantes y discriminatorios contra diferentes grupos, este es el denominado “discurso de odio”. Dicho fenómeno, facilitado por la digitalización y las nuevas formas de comunicación, representa un riesgo para las democracias modernas, menoscabando los derechos fundamentales y la paz social. La lucha contra este tipo de mensajes plantea desafíos en cuanto a la limitación de la libertad de expresión y suscita el enorme peligro de una restricción excesiva de la misma. La doctrina y jurisprudencia existentes ante el conflicto está lejos de ser unánime, y el debate acerca de la limitación del principal derecho fundamental que contribuye a la formación de la opinión pública resulta un reto normativo para los sistemas democráticos.

ABSTRACT:

We are witnessing a historical moment characterized by the free circulation of information and opinions, with social networks as a new fundamental tool for dissemination and exchange. The growing social polarization is reflected in the propagation of humiliating and discriminatory messages against different groups, the so-called “hate speech”. This phenomenon, facilitated by digitalization and new forms of communication, represents a risk for modern democracies, undermining fundamental rights and social peace. The fight against this type of messages poses challenges in terms of limiting freedom of expression and raises the enormous danger of excessive restriction of freedom of expression. The existing doctrine and jurisprudence on the conflict is far from unanimous, and the debate about the limitation of the main fundamental right that contributes to the formation of public opinion is a normative challenge for democratic systems.

PALABRAS CLAVE: discurso del odio, libertad de expresión, dignidad, daño, democracia deliberativa.

KEY WORDS: hate speech, freedom of speech, dignity, harm, deliberative democracy.

ÍNDICE

1	INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA	6
2	EL LENGUAJE DE LA LIBERTAD.....	8
2.1	Una aproximación liberal a la libertad de expresión. Teoría de la libertad de expresión.	8
2.2	Los usos del lenguaje en una sociedad donde existe el odio.....	12
2.3	Los límites del lenguaje de odio en una sociedad democrática.	15
3	LA PROTECCIÓN, LA PROHIBICIÓN Y SUS DIFICULTADES.	22
3.1	El discurso extremo, el discurso político y el lenguaje de odio como delito.	22
3.2	Criterios que caracterizan al colectivo vulnerable necesitado de protección.	25
3.3	Medidas contra el discurso de odio y sus problemas.	30
4	COMPARACIÓN ESTADOS UNIDOS Y EUROPA.....	34
4.1	El enfoque norteamericano.	34
4.1.1.	<i>Schenck v. United States</i> . La doctrina del peligro claro e inminente.	34
4.1.2	<i>Abraham v. United States</i>	36
4.2	Enfoque europeo.....	38
4.2.1	<i>El Caso Lüth</i>	41
4.3	Estudio comparado entre Estados Unidos y Europa.	43
5	LA EVOLUCIÓN DE LAS LIMITACIONES DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN ANTE EL DISCURSO DE ODIO EN ESPAÑA.	50
5.1	<i>Caso Friedman</i> y reforma del Código Penal de 1995. La primera aproximación a la calificación del discurso de odio.	50
5.2	STC 237/2007, la DECISIÓN MARCO 2008/913/JAI y la reforma del Código Penal de 2015. El alejamiento de España de la doctrina del TEDH.	53
5.3	Cambio de paradigma y problemática actual tras la reforma de 2015.	57

6	CONCLUSIONES	64
7	BIBLIOGRAFÍA	68

1 INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

El momento actual, de libre y constante circulación de información y opiniones, bebe de una continua e imparable polarización de la sociedad manifestada en muy diversos aspectos. Con una simple tarea de observación, es fácil de percibir en la ciudadanía una voluntad de difusión de mensajes humillantes o discriminatorios contra ciertos colectivos, sencillos de identificar por haber sido centro de ataques a lo largo de la historia por la posesión de un rasgo distintivo inherente.

Esta serie de mensajes humillantes y vejatorios forman parte del denominado “discurso de odio”, para el cual no existe una definición universal consensuada por el derecho internacional, debido al constante debate que genera su limitación. En términos generales puede definirse como un tipo de comunicación, bien oral o escrita, que utiliza un lenguaje de rechazo o discriminación contra un grupo social en base a su religión, etnia, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otras formas de identidad, menoscabando su dignidad.

La digitalización está suponiendo un obstáculo en la mejora de la calidad de nuestras democracias, pues la deliberación exige ciudadanos comprometidos, no es válida cualquier ocurrencia y la moralización de la vida pública está creciendo en esta época de “*fake news*” y “hooliganización” del discurso público¹. El auge del discurso de odio y su libre circulación, acrecentada por el papel protagonista de las redes sociales, constituye un riesgo para los sistemas democráticos, con base en la protección de los derechos fundamentales y el mantenimiento de la paz social.

La lucha contra estos mensajes que lesionan valores protegidos constitucionalmente como la dignidad o el honor, vienen de la mano de una inevitable y polémica limitación del derecho a la libertad de expresión, traducidas en soluciones políticas, sociales y jurídicas. La controversia y nudo del debate surge en la búsqueda de límites a la hora de recortar esos discursos sin producir enormes restricciones en la libertad de expresión. ¿Hasta qué punto puede

¹ VÁZQUEZ ALONSO, V. J. “Hasél II o La persecución penal de la inquina (a propósito de un texto de Jacobo Dopico)”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm 21, 2021, p. 396.

limitarse la libertad de expresión en un contexto de odio y de qué manera?
¿Quiénes son aquellos que deben ser protegidos del discurso de odio?

Estas son las cuestiones a las que se procurará dar respuesta en el presente trabajo. Se tratará, por un lado, de identificar el verdadero concepto de “discurso de odio”, localizando en qué situaciones un discurso es solamente extremo u ofensivo, y protegido por el derecho a la libertad de expresión, y cuándo verdaderamente se está ante un discurso que deba ser restringido por estar dirigido a un colectivo vulnerable. Este cuestionamiento resulta importante, porque como expresa TERUEL LOZANO, el discurso de odio está de moda, y es preocupante, en primer lugar, porque su extensión es una prueba de falta de madurez cívica en la sociedad en la que cuajan; y, por otro lado, por la facilidad con la que se abren procesos penales por este tipo de discursos, teniendo en cuenta el riesgo que esto comporta para la libertad de expresión. Esta segunda afirmación conecta con el otro aspecto que se va a tratar, el del exceso de punitivismo aumentado por el papel de las redes sociales y la “guerra cultural”.

Estas cuestiones serán tratadas con un enfoque interdisciplinar, desde la teoría de los derechos humanos, el derecho constitucional y el derecho penal, apoyándose en una bibliografía selecta que acompaña nuestra tesis. Partiendo de un análisis del lenguaje, sus usos en la libertad y sus límites en una sociedad democrática. Seguido de un estudio comparativo de los dos principales enfoques existentes respecto de la tolerancia al discurso de odio: en primer lugar, el enfoque norteamericano, caracterizado por una delimitación positiva de la libertad de expresión, influenciado por las tesis abiertas estadounidenses con bases en la teoría de Stuart Mill aplicadas por el Juez Holmes; y en segundo lugar, el enfoque europeo, caracterizado por una delimitación positiva de la libertad de expresión, con bases en una fortalecida democracia militante que toma de ejemplo a Alemania y se desarrolla en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por último, se hará un recorrido por la evolución que ha tenido España en la limitación de la libertad de expresión respecto al discurso de odio, traducida en dos reformas del Código Penal y numerosas controversias.

2 EL LENGUAJE DE LA LIBERTAD.

2.1 Una aproximación liberal a la libertad de expresión. Teoría de la libertad de expresión.

Considerando la libertad de expresión como base del sistema democrático, reflexionar sobre ella incluye considerar los aspectos fundamentales de un modelo jurídico y político de organización social.² La libertad de expresión es una manifestación de la teoría de la libertad más general. El momento en que Benjamin Constant pronuncia su famoso discurso sobre la libertad³, el trasfondo intelectual y político es el de la preocupación por la dominación de la libertad por parte del poder colectivo.

La teoría que reúne el mayor compendio de argumentos en defensa de la libertad de expresión es la de John Stuart Mill, cuya obra representa el más puro ejemplo de teoría liberal de la libertad de expresión al publicar *On Liberty* en el año 1859. Su discurso abarca ampliamente la libertad individual y los límites de intervención de lo público en la esfera privada, estableciendo como problema primario la justificación de la intervención de lo público en lo privado. En la base de su teoría está la inexistencia de causas que puedan justificar la intervención en la esfera de la libertad individual si los actos individuales que se desarrollan en la misma no perjudican los intereses ajenos. Siendo esta intrusión en los intereses ajenos el único motivo que puede justificar que el sujeto deba responsabilizarse ante la sociedad. Mill parte de que: “Debe existir la más completa libertad para profesar y discutir, como materia de convicción ética, toda doctrina, por inmoral que pueda ser considerada” (Mill, 1968: 76).⁴

Son numerosos los autores que van a tomar la libertad de expresión como único principio que debe guiar al ser humano en todo discurso, lo que les hará considerar ilegítima cualquier tipo de restricción o prohibición al respecto, incluso

² ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. “Los contextos de la libertad de expresión: paradigmas y nuevas fronteras”. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, núm 21, 2020, p. 135.

³ CONSTANT, B. “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”. *Centro de estudios constitucionales*, 1989.

⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 138.

aquellas que estén orientadas a retener actuaciones dañinas. Es Rawls quien definirá esto como “libertades básicas” en su obra fundamental “*A Theory of Justice*” (1971), y puede concentrarse en tres argumentos principales. El autor CUEVA FERNÁNDEZ realiza una clasificación de estos argumentos que resulta clara e interesante, en ellos se sostiene la justificación de una férrea defensa de la libertad de expresión y una limitación casi absoluta de las prohibiciones del discurso de odio por considerarse perjudiciales para el libre desarrollo de las sociedades.

En primer lugar, nos encontramos el *argumento de la autonomía*, también denominado “derecho a la independencia moral” por Ronald Dworkin. Esta teoría defiende que el autoritarismo es la única forma de gobierno de la que provienen las limitaciones a la libertad de expresión, es decir, los regímenes totalitarios o sistemas que no tratan a los ciudadanos como personas libres e iguales, imponiendo una serie de criterios que les privan de su capacidad de decisión. Prohibir el discurso de odio es permitir al Estado que el discurso que esté permitido sea solamente aquel que él mismo autoriza, lo que le da un poder que sobrepasa su necesaria neutralidad moral sobre las opiniones existentes en la sociedad, y que verá notablemente afectada la libertad de la ciudadanía. Esta postura es similar a la defendida por aquellos que rechazan los límites basándose en el valor de la autorrealización individual afirmando: “Los individuos no serán capaces de desarrollarse intelectual y espiritualmente, a menos que sean libres de formular sus creencias y actitudes políticas a través de la discusión pública y en respuesta a la crítica de otros”.⁵

En segundo lugar, nos encontramos el *argumento de la democracia*, iniciado por Alexander Meiklejohn⁶, basado principalmente en el entendimiento de la libertad de expresión como el primero de los derechos fundamentales dentro de la sociedad democrática. La amplia concepción de esta libertad se convierte en el único medio que garantice un proceso democrático genuino y efectivo. Se

⁵ CUEVA FERNÁNDEZ, R. “El «discurso del odio» y su prohibición.” *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, núm 35, 2012, p. 442

⁶ Autor y filósofo británico que en su obra *Free Speech and its Relationship with Self-government*, publicada en el año 1948, unía la democracia con la libertad de expresión.

subraya que las limitaciones de esta procederán a impedir el normal desenvolvimiento del proceso democrático, que implica que se conozcan todos los puntos de vista del conflicto. En un sistema en que todos deben ser escuchados por igual, el establecimiento de limitaciones inevitablemente minará su legitimidad. Bien es cierto que el propio autor no habla de la libertad de expresión política como un derecho absoluto, pues debe estar sujeta a limitaciones en aquellos casos donde su ejercicio pueda obstruir el proceso democrático o infringir los derechos de otros. Los límites referidos pueden ser formales, es decir, jurídicos; o de carácter informal, configurando una opinión pública libre, pues las instituciones tienen la responsabilidad de completar la educación moral de sus ciudadanos, garantizándoles “el derecho de control y vigilancia a través de la manifestación de sus opiniones”.⁷

En tercer lugar, encontramos el *argumento del libre mercado de las ideas*, sostenido por autores que siguen a J. Stuart Mill, afirmando que las opiniones verdaderas prevalecen, pues son estas las que encuentran apoyo en la sociedad frente a las falsas. Es este “libre mercado de las ideas” el que permitirá la obtención de la verdad siempre que en él no intervenga ninguna autoridad pública. Esta tesis fue la sostenida por el magistrado Oliver W. Holmes en su histórico voto disidente en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Abrams v. United States* (1919). Este es un caso que se desarrollará un poco más adelante, pero que es determinante en esta postura doctrinal para sostener que la manera de probar la veracidad de un pensamiento se encuentra en el poder que este tiene para ser aceptado entre todos aquellos que se presentaran en libre concurrencia.⁸ Esta línea es la que consideran autores que precedieron a Mill en este discurso, como Milton, Locke, Voltaire o Jefferson. Se otorga plena confianza al libre encuentro de las ideas para alcanzar la búsqueda de la verdad y la bondad con el objetivo de avanzar en el conocimiento, pues existe una relación proporcional entre libertad de expresión y conocimiento, bajo una concepción instrumental de la libertad de expresión. Este argumento podría

⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 137.

⁸ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 442

enriquecerse con el *argumento de la diversidad* que expone el pensador Isaiah Berlin, en el que se subraya la riqueza de la diversidad y su valor moral, y su importancia en democracias pluralistas y complejas como las actuales.⁹

Es el propio CUEVA FERNÁNDEZ el que desarrolla una crítica extensa hacia este último argumento defendido por la corriente liberal más contundente, también porque parece ser el único de los cuatro que permanece en el tiempo. Empezando por el concepto de “mercado de las ideas” y la inexistencia de este en su perfección dentro de las sociedades contemporáneas, debido al predominio de grupos dominantes con condiciones aventajadas y una significativa brecha económica, social y cultural. Además, se cuestiona el término “verdad”, y con esto, el verdadero significado de la verdad socialmente, y las razones que argumentan que no hay justificación suficiente para que deba ser el principal valor social ni tampoco prioritario frente a otros intereses. Conectando las dos ideas anteriores se llega a la conclusión de que la analogía con el mercado no es correcta, ya que este mecanismo está destinado a conseguir la eficiencia, pero no la justicia distributiva, por lo que no hay criterio para identificar la “verdad” con ninguno de estos dos conceptos. Por todo esto, parece que los consumidores de este mercado reciben las ideas según sus propios intereses, esto hace que lo que prevalezca entonces sea el interés de la mayoría, pero no la verdad. Dicho esto, este argumento solamente sería válido si los sujetos pudieran disponer de información perfecta sobre el mercado de las ideas y por ello ser totalmente libres a la hora de aportar y elegir opciones que en este existen.¹⁰ Sin embargo, el liberalismo tiene una dimensión desigualitaria que no puede olvidarse, esta se resume en el derecho de propiedad. La propiedad juega un papel fundamental en la distribución desigual de las libertades entre los individuos, especialmente en lo que respecta a la participación política y ciudadanía a través del sufragio censitario. Es un factor clave en la configuración de la soberanía nacional. Esta desigualdad se manifiesta de manera intrínseca a través de los propietarios, quienes están calificados políticamente y legalmente en función de sus posesiones. También se refleja en aspectos extrínsecos, como

⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 139.

¹⁰ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 443

la influencia de la propiedad sobre la libertad de prensa, donde los factores económicos y de propiedad de los medios de comunicación pueden limitar el acceso y la diversidad de voces. Esto implica que la libertad de prensa no es uniforme para todos, ya que está sujeta a influencias externas y condicionamientos materiales. Este panorama se ve aún más alterado en la era de internet, donde las dinámicas de la libertad de expresión están experimentando cambios significativos.

2.2 Los usos del lenguaje en una sociedad donde existe el odio.

Ante una sociedad con el odio como realidad presente, el lenguaje adquiere una importancia crítica, y con ello todos los usos que se realizan del mismo. El lenguaje no es sólo una herramienta para la comunicación sino un medio poderoso que influye en las actitudes, comportamientos y percepciones de las personas como seres humanos racionales. De esta forma, el lenguaje puede utilizarse para la promoción de la tolerancia, la comprensión y el respeto mutuo, pero también para crear un clima hostil de odio y división. La manera en que se construye y emplea el lenguaje puede ser clave para fomentar la cohesión social y la diversidad o tener el efecto contrario, y ser la semilla para la discriminación y la violencia.

Nos encontramos ante una recurrente disputa acerca de los límites de la libertad de expresión y la manera en que esta se adapta a una conversación pública de masas, la cual ha hecho necesaria una redefinición de las prácticas culturales que se asocian a la libre expresión de ideas en el medio social.¹¹

Actualmente, se ha generado un lenguaje particular que tiene un enorme potencial comunicativo y todo se debe a la colectiva utilización de las redes sociales. La libertad de expresión permite que hoy las opiniones acerca de cualquier polémica adquieran una exposición pasajera, pero con un impacto sin precedentes, con todo lo que implica en cuanto al daño a aquellos grupos contra los que se emita la cuestión en el marco de la *guerra cultural*¹². Las guerras

¹¹ CORRECHER MIRA, J. "La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?". *InDret*, núm 2, 2021, p.5.

¹² CORRECHER MIRA, J., *op. cit.*, p. 90 / El concepto "guerra cultural" lo desarrolla James Davison Hunter. Tratándose de una disputa por la hegemonía desde distintos aspectos de la vida

culturales siempre han estado presentes, pero el caldo de cultivo de las redes sociales ha sido determinante para su actual exceso de exposición. Internet se ha convertido en el campo de batalla política perfecta, donde el lenguaje agresivo triunfa. Un gran ejemplo de esto es la influencia de la *Alt-Right* o derecha alternativa en las prácticas discursivas que llevaron a Trump a la victoria en las elecciones presidenciales de 2016 y la retórica belicista del *trumpismo* que llega a su punto álgido con el asalto al Capitolio tras investidura de Joe Biden como presidente en 2020. Estamos siendo testigos del uso de esta misma retórica por parte de determinados colectivos en torno al debate público sobre determinadas discusiones amplias acerca de feminismo, apropiación cultural, identidades sexuales, límites del humor o incluso cuestiones más concretas con una mayor relevancia jurídica como la regulación de la prostitución o la memoria histórica.¹³

En este apartado, a través de ideas de distintos autores, se analizará la manera en que se pueden utilizar esas palabras, bien en el discurso público o en las interacciones cotidianas, y el impacto que esto puede tener en la calidad de vida y en la convivencia de una sociedad marcada por el odio.

Existe un argumento histórico sobre la distinción entre las palabras y expresiones que pueden ser causantes de un daño y la conducta que causa este daño, proponiendo que es esta última la única que debe tomarse en consideración, pues es la proximidad a la fuente de daño lo que determina si este se produce en mayor o menor medida. Una buena manera de empezar a analizar los usos del lenguaje es la que usa CUEVA FERNÁNDEZ para desmontar este argumento, sosteniendo que puede ser una postura válida desde la perspectiva de la graduación de la pena o la búsqueda de sanción sobre un daño producido pero no debe servir para cancelar a las palabras como posibles productoras de daños, de una manera similar a los actos, sobre todo si tomamos el punto de vista del receptor del discurso.¹⁴ Esto lleva necesariamente servirse de la teoría

social, consolidándose a través de prácticas dominantes que pretenden un cambio en la representación pública de una determinada cuestión y la traducción en términos políticos que implica.

¹³ CORRECHER MIRA, J., *op. cit.*, p. 91.

¹⁴ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 447.

del carácter del lenguaje que desarrolla Austin en su ensayo *Cómo hacer las cosas con palabras*¹⁵, donde se amplía un concepto que ya se había esbozado anteriormente sobre las dos funciones que tiene el lenguaje: por un lado, la performativa, que implica la realización un acto determinado cuando concurren en ella varios elementos; y la segunda, constativa, de carácter meramente descriptivo¹⁶. Resultando interesante para el caso solamente la función performativa, este concepto venía a explicar que el lenguaje no sólo describe la realidad, sino que posee poder suficiente para realizar acciones y cambiar el estado de las cosas. Estos enunciados performativos poseen la característica de que para ser efectivos despliegan a su vez una triple función: la función locucionaria, en la que la expresión posee un significado; la ilocucionaria expresará la creencia; y por último, la perlocucionaria inducirá una creencia en el oyente.¹⁷ Estas tres funciones que genera una misma expresión pueden producirse de manera independiente o conjunta, y esto nos hará interpretarla como una amenaza, advertencia o promesa siempre que se conozca la autoridad del hablante para realizar la acción y el contexto en que se realiza el enunciado. Esta perspectiva deja claro que una expresión puede definitivamente inducir a conductas, reacciones, estados de ánimo o creencias.¹⁸ Como ejemplo claro de carácter performativo del lenguaje dentro del terreno del odio es el insulto, el cual al pronunciarlo crea algo que antes no existía. El insulto -y el lenguaje del odio en tanto que insulto- es un acto que extrae su fuerza de ese carácter dependiente del lenguaje que tiene todo sujeto. Y por eso, este tipo de lenguaje puede ser un acto de agresión y de violencia en sí mismo.¹⁹

¹⁵AUSTIN, J. L., *How to Do Things with Words*, (1962) 2ª edición, editada por Sbisà and J.O. Urmson, Oxford, Oxford University Press, 1975.

¹⁶ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p.447.

¹⁷ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p.447

¹⁸ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p.447.

¹⁹PÉREZ DE LA FUENTE, Ó. "Libertad de expresión y lenguaje del odio como un dilema entre libertad e igualdad". *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, núm 6-12, 2019. p. 17

Siguiendo con este análisis un poco más en profundidad sobre el lenguaje de odio, el concepto “discurso de odio” ha recibido múltiples críticas debido a su denominación de “discurso” cuando no tiene por qué ser necesariamente un discurso, sino que puede ser simplemente un insulto, y que no necesariamente denota odio, sino que puede expresar otros sentimientos y emociones más débiles. El error puede encontrarse a la hora de calificarlo como discurso, pues esto parece que denomina un tipo de diálogo que trata de justificar la verdad de una proposición o la justicia de una norma cuando, en una acción comunicativa, el oyente ha puesto en cuestión una de ellas.²⁰

La clave de esto está en la acción comunicativa, puesto que, en su dimensión pragmática, implica la relación entre dos sujetos (hablante y oyente) que, conscientes o no, se reconocen mutuamente como tal. Racionalmente, tendemos a considerar al objeto de la expresión como un interlocutor válido, dispuesto a intercambiar argumentos, mientras que, en el lenguaje cotidiano, el discurso suele ser monológico, sin entrar en argumentaciones. Esto es especialmente evidente en el discurso de odio, y también es esto a lo que se debe su potencia, pues en él el hablante no reconoce al público como interlocutor válido, sino como objeto de desprecio o manipulación. Desde el punto de vista lingüístico, quiebra el presupuesto inevitable que presta a cualquier tipo de comunicación el sentido y la validez, negando al oyente la capacidad de interlocución, tratándole como un objeto y no un sujeto.²¹ El reconocimiento mutuo de las personas como interlocutores válidos es esencial en cualquier discurso racional, pero los discursos de odio fracturan esa intersubjetividad humana que, según Hannah Arendt, nunca debería ser dañada.²²

2.3 Los límites del lenguaje de odio en una sociedad democrática.

²⁰ CORTINA ORTS, A. “Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática.” *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm 94, 2017, p. 88.

²¹ CORTINA ORTS, A., *op. cit.*, p.81

²² CORTINA ORTS, A., *op. cit.*, p.89

Reflexionar sobre la libertad supone plantearse los fundamentos de una sociedad democrática. Existe una relación simbiótica entre la libertad de expresión y la democracia constitucional.²³

El actual contexto nacional e internacional hace aumentar la complejidad acerca de la represión penal del discurso de odio en la esfera de un estado democrático, puesto que una restricción demasiado amplia de la libertad de expresión limita la discusión pública proveniente de la necesaria confrontación dialéctica que define una sociedad pluralista. Parece interesante recordar la paradoja de la tolerancia de Popper, que sintetizada dice que “Si extendemos la tolerancia ilimitada aún a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y, junto con ellos, de la tolerancia”. Respecto de esto, el autor americano Bollinger considera que “un enfoque renovador de la libertad de expresión requiere capacidad empática respecto de los intolerantes, para que así, mediante una tolerancia de las condiciones que determinan dicha posición, sea posible construir una sociedad más tolerante”.²⁴

El grado de tolerancia con el discurso intolerante denota el grado de estabilidad y seguridad de un sistema democrático. Rawls considera que el respeto a una Constitución justa permite ampliar los espacios de libertad para los colectivos intolerantes, mientras que, una *sobrecriminalización* de los delitos de opinión muestra una falta de solidez en que se asientan ciertas convicciones generales a nivel cultural, utilizando la penalidad de manera errónea, confirmando una pretendida estabilidad del sistema político. CORRECHER MIRA nos propone un ejemplo, “Piénsese, por poner un ejemplo, en el delito de ultrajes a España recogido en el art. 543 CP. Que un sentir patriótico requiera para su construcción y asentamiento en el *sentido común* colectivo la penalización de conductas o expresiones que atentan contra ese sentimiento, como ocurre con la quema de

²³ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 135.

²⁴ CORRECHER MIRA, J., *op. cit.*, p.91.

banderas, evidencia las carencias político-sociales sobre las que se asienta un proceso de construcción nacional.”²⁵

En un Estado con un buen funcionamiento de su sistema democrático, debe promocionarse un proceso abierto de deliberación pública en que la ciudadanía tenga la posibilidad de depositar y defender sus convicciones ideológicas. Habermas denomina el “espacio público-político” al contexto de interrelación entre sociedad civil y sistema político en que se articulan demandas que beben de la opinión pública. Este espacio no es efectivo sin la implicación de los poderes públicos, que tienen como labor hacer desaparecer las interferencias y garantizar un medio social donde se produzca el intercambio de ideas. La restricción de la libertad bajo este concepto debe ser mínima, aunque inevitablemente produzca una apertura a que la expansión del discurso de odio que supongan un *efecto silenciador*²⁶ hacia aquellos colectivos vulnerables que puedan haber sufrido situaciones de discriminación estructural.

Fiss defenderá concretas y contingentes restricciones a la libertad de expresión que penalicen el discurso de odio si estas están justificadas de manera en que se garantice la Primera Enmienda. En España, parece acoger esta doctrina REY MARTÍNEZ, cuando expone que “el discurso discriminador no sólo atenta contra la dignidad personal de las víctimas (...) sino que también atenta contra la sociedad, pues el daño se produce mediante actos que estigmatizan a todos los miembros de un grupo, fracturando la cohesión social, y atenta, por último, contra el mismo principio democrático porque devalúa la participación de los grupos, convirtiéndolos en minorías aisladas y sin voz en el proceso político”.²⁷

²⁵ CORRECHER MIRA, J., *op. cit.*, pp.91-92.

²⁶ *Silent effect*. Concepto creado por el jurista americano Owen Fiss, que se centra en una crítica al discurso de odio desde la perspectiva del daño que esta causa en la participación en la esfera pública de las minorías. El discurso de odio dificulta que ciertos colectivos tengan igualdad de oportunidades en los términos de libertad de expresión de ideas que reconoce la Primera Enmienda, pues coarta su plena participación en las actividades de la sociedad civil, entre ellas el debate público. [FISS O. “El efecto silenciador de la libertad de expresión”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm 4, 1996, pp. 7-17].

²⁷ CORRECHER MIRA, J., *op. cit.*, p.94.

Debe subrayarse la importancia de promover la libertad de expresión como instrumento clave para favorecer la deliberación política, sin que esto suponga que el Estado, mientras crea las bases que permiten el derecho a la libre expresión de ideas acabe favoreciendo el surgimiento de discursos que promuevan la discriminación, el odio o la violencia respecto de distintos colectivos. La tolerancia o neutralidad respecto del discurso contrario a la libertad o la igualdad no caracteriza un Estado democrático comprometido, de hecho, es el punto en que surge necesaria la introducción de regulaciones que contengan dicho discurso. Es evidente que dentro de cada Estado democrático debe estudiarse el contexto político-cultural concreto, de forma que se analicen las convicciones y el discurso de odio predominante en el área.

Parece que la tendencia actual al observar la forma en que se aplica la normativa administrativa y penal antidiscriminatoria, apunta a una mayor tolerancia institucional hacia ciertos discursos que podemos denominar de “signo extremista”. Tendiendo a equiparar como grupos merecedores de protección legal, por un lado, a aquellos que pertenecen a colectivos vulnerables en función de raza, etnia, género, orientación sexual, etc.; pero también a otros con razón de ser en ideologías que incitan al odio y la discriminación, de manera específica los grupos neonazis. Existe una legitimación a nivel discursivo a discursos racistas y xenófobos, ofreciéndoles protección de igual manera que a los otros grupos antes mencionados.

El grado de libertad de expresión parece ser el que muestra el grado de democracia dentro de un país²⁸. La libertad de expresión es irrenunciable en una sociedad democrática, sobre todo desde el punto de vista que debe tener una sociedad abierta en la que se puedan expresar y escuchar diferentes voces. No cabe duda de que el discurso de odio es un obstáculo para construir una convivencia democrática, no obstante, caer en la prohibición de una serie de expresiones es una técnica a veces peligrosa, pues ha sido utilizada de manera sistemática y característica por los regímenes totalitarios.²⁹ El compromiso

²⁸ CORTINA ORTS, A., *op. cit.*, p.85.

²⁹ CORTINA ORTS, A., *op. cit.*, p.83.

público con la autonomía y el pluralismo configuran un papel destacado en la libertad de expresión. Desde este punto de vista existe una fuerte predisposición contra la censura, influenciado por la interpretación norteamericana basada en las tesis de John Stuart Mill.

Surge un problema a la hora de determinar cuáles deben ser los límites cuando se trata de expresiones que están basadas en xenofobia, racismo, misoginia, homofobia o aporofobia³⁰. Es decir, los umbrales parece que deben encontrarse allá donde se lesionan bienes jurídicamente protegibles, y los discursos de odio pueden dañar esos bienes.³¹ Es aquí donde el papel del derecho se vuelve fundamental, por su función punitiva y rehabilitadora, pero también comunicativa y pedagógica, pues deja constancia de que la sociedad no está dispuesta a tolerar determinadas acciones que violan los valores que le dan sentido o identidad.³²

El debate en los países democráticos alcanza su punto más controvertido en el conflicto entre el ejercicio de la libertad de expresión de aquel que pronuncia un discurso que es presuntamente dañino y el hecho de que este pueda atentar contra un bien jurídico que una sociedad debe proteger. Esto es, porque la libertad de expresión es un derecho fundamental en las sociedades abiertas, el cual debe ser potenciado y defendido, pero no es absoluto sino sujeto a límites cuando viola otro derecho o bien básico. El propio Antonio Guterres, Secretario General de Naciones Unidas pronuncia durante un discurso en 2019 que “hacer frente al discurso de odio no significa limitar la libertad de expresión, sino impedir que este mensaje degenera en algo más peligroso”.³³

³⁰ La expresión aporofobia es un neologismo acuñado por la filósofa Adela Cortina Orts en 1995, en su obra “Aporofobia. El rechazo al pobre”, refiriéndose al “*rechazo, aversión, temor y desprecio hacia el pobre, hacia el desamparado que, al menos en apariencia, no puede devolver nada bueno a cambio*”. [CORTINA ORTS, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona, Paidós, 2017].

³¹ CORTINA ORTS, A., *op. cit.*, p.84.

³² CORTINA ORTS, A., *op. cit.*, p.84.

³³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “La estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso de odio”, p. 1.
https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf

Cuando se considera la democracia como un intercambio entre individuos libres e iguales, es esencial que un compromiso con la igualdad se refleje en la exclusión del discurso de aquellos que no respetan las normas del juego, ya que socavan la dignidad de todos los participantes y obstaculizan la plena participación de las minorías. Por otro lado, un compromiso con la libertad implica que el peligro principal radica en prohibir opiniones en lugar de permitir las, confiando en que los individuos tienen la capacidad de discernir el discurso de odio por sí mismos. Este dilema moral entre libertad e igualdad plantea la posibilidad de sacrificar un valor importante en la elección. Sin embargo, existe el riesgo de una *pendiente resbaladiza* al eliminar cualquier discurso que resulte ofensivo, molesto o disidente, algo que una democracia no puede permitirse, dada su conexión inherente con el pluralismo y un debate público vigoroso.³⁴

Dicho lo anterior, el principal principio a proteger es la igualdad entendida en el sentido de la autonomía personal, es decir, la capacidad de todo sujeto racional para conformar su voluntad de acuerdo con una evaluación crítica ³⁵. Se evalúa la igualdad según las circunstancias globales, con la intención de proteger la dignidad como la existencia social básica de las personas, su reconocimiento como iguales a nivel global. La protección puede ir encaminada en dos aspectos, por un lado, el político y por otro lado el que desarrollan los individuos en ámbitos no políticos, por tanto, en sus “vidas ordinarias”.

El primer aspecto, el político, se relaciona directamente con la democracia deliberativa. Dentro de ella, el bien participativo a proteger es el debate entre sujetos libres e iguales, algo que no puede producirse individualmente, y que es necesario preservar pues se elabora de forma conjunta, pero se necesita de dichos individuos. La deliberación democrática puede ponerse en peligro por el efecto silenciador del discurso de odio, arruinando el derecho a la libertad de expresión de los miembros de los grupos vulnerables. Los canales para que la deliberación democrática se proyecte no pueden quedar libres cuando se enfrentan a conductas intimidatorias, basadas en el insulto o la amenaza

³⁴ PÉREZ DE LA FUENTE, Ó., *op. cit.* p. 31.

³⁵ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p.449.

sistemática, pues esto no reproduce condiciones de deliberación democrática ni aporta información que pueda ayudar a adoptar opciones libremente elegidas. Simplemente pretende socavar la autonomía personal de los terceros que pertenecen a grupos vulnerables a merced de la creación de un *clima que les haga callar*.³⁶

El segundo aspecto podría considerarse el de actuar o expresarse de forma diferente en contextos que no son estrictamente políticos. La manera de asegurar a los miembros del grupo las condiciones básicas de su desenvolvimiento mediante la prohibición del discurso de odio. El derecho a circular libremente en sus vidas ordinarias, comprendiendo el trabajo, el ocio y cualquier tipo de actividad cotidiana que pudieran ser impedidas bajo una atmósfera atemorizadora ³⁷ .

³⁶ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pp.449-450.

³⁷ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p.450.

3 LA PROTECCIÓN, LA PROHIBICIÓN Y SUS DIFICULTADES.

3.1 El discurso extremo, el discurso político y el lenguaje de odio como delito.

Es posible afirmar que existe una cierta desnaturalización del concepto de discurso de odio, causada por su utilización generalizada, y esto ha hecho que sus límites puedan llegar a resultar borrosos y peligrosos a la hora de limitar el derecho a la libertad de expresión. Como ya ha sido esbozado en el primer capítulo, la misma noción de *discurso* resulta confusa como forma de intercambio de razones, situándolo en un lugar de reflexión e intercambio comunicativo.³⁸ Existe una cierta tendencia en las sociedades democráticas que sostiene que ciertos discursos extremos deben quedar excluidos del libre mercado de las ideas³⁹, haciendo que se pueda calificar como discurso de odio cualquier discurso extremo.

Es necesario distinguir entre el discurso de odio, que no es protegido generalmente por la libertad de expresión y el discurso ofensivo e impopular que sí que lo es. El concepto “discurso del odio” o *hate speech* es más amplio que el de “delitos de odio”, el primero concierne a nuestras sociedades y el segundo se circunscribe a la protección jurídica, sea penal o administrativa. CORTINA ORTOS realiza una enumeración interesante acerca de las características que distinguen el *hate speech* cuando este puede ser considerado delito, pues son diferentes los canales existentes que hacen que el discurso de odio desemboque en delito de odio, cuando se cumplen unos rasgos comunes que los distinguen de otro tipo de discursos y delitos.

En primer lugar, el discurso de odio se dirige hacia un individuo debido a una característica que lo identifica como parte de un grupo específico. Este aspecto distingue los discursos y delitos de odio de otras formas de violencia, ya que las víctimas son seleccionadas no por su identidad personal, sino por su pertenencia

³⁸ CORRECHER MIRA, J., op. cit., p. 100.

³⁹ TERUEL LOZANO, Germán. “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”. *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, núm. 17, 2017, p. 2

a un colectivo. En segundo lugar, se estigmatiza y deshonra al grupo al atribuirle acciones dañinas para la sociedad o referirse a una historia pasada que ha alimentado el prejuicio. En tercer lugar, se señala al colectivo como objeto de odio, promoviendo narrativas que buscan justificar el menosprecio que se espera que la sociedad sienta hacia ellos, a veces incluso incitando a actos violentos contra sus miembros. En cuarto lugar, quien emite el discurso cree en la existencia de una desigualdad estructural con la víctima, considerándose en una posición de superioridad, utilizando el discurso de manera similar a como opera la ideología en el marco marxista, distorsionando la realidad para perpetuar y reforzar esa supuesta superioridad estructural, y alimentando la identidad subordinada de las víctimas. En quinto lugar, aunque no siempre incita a la violencia, el discurso de odio suele carecer de argumentación sustancial, ya que se basa principalmente en expresar desprecio y promover su aceptación.⁴⁰

Es complejo el hecho de delimitar cuándo estamos ante determinados discursos que pueden constituir delito o no, porque se trate de discursos extremos y ofensivos, y cuando estamos frente al discurso de odio punible y limitable, pues la mayoría de estos discursos tienen como base una estrategia agresora. Las propuestas excluyentes o discriminatorias que determinados grupos organizados difunden contra otros a los que quieren marginar, configuran el punto de partida para la asunción de dos principales tácticas, especialmente peligrosas cuando resultan coordinadas. Por un lado, se trata de *herir la reputación* del colectivo vulnerable, y por otro, *atemorizarle*. Pudiendo ilustrar en este sentido con ejemplos que se han quedado en una mera polémica como las declaraciones de J.K. Rowling sobre las personas trans⁴¹ o el libro “Nadie nace en un cuerpo equivocado”⁴²; y otros que han sido judicializados, aunque posteriormente

⁴⁰ CORTINA ORTS, A. *op. cit.* p.79-80.

⁴¹ Asegurando en redes sociales que “las mujeres trans no son mujeres” y que estaría dispuesta a pasar dos años en la cárcel por sostener su opinión. [Uceda, Q. (2023, 20 octubre). JK Rowling, dispuesta a cumplir dos años de prisión para defender sus ideas sobre las mujeres trans. *La Vanguardia*. https://www.lavanguardia.com/gente/20231020/9314585/jk-rowling-dispuesta-cumplir-dos-anos-prision-defender-ideas-sobre-mujeres-trans.html#google_vignette]

⁴² Alegato contra la autodeterminación de género, la teoría “queer” y el activismo trans. Publicado por José Errasti y Marino Álvarez Pérez en 2022. [Carrasco, S. (2022, 19 febrero). ‘Nadie nace en un cuerpo equivocado’: una crítica a la autodeterminación de género. *El*

considerados amparados por la libertad de expresión, como el caso del autobús de *Hazte Oír*⁴³ o los tuits del cantante César Strawberry en los que se hacían ironías con ciertos atentados terroristas.⁴⁴

“El discurso público se está convirtiendo en un arma para cosechar ganancias políticas con que estigmatiza y deshumaniza a las minorías, los migrantes, los refugiados, las mujeres y todos aquellos etiquetados como *los otros*” dice Antonio Guterres en mayo de 2019. Dentro de la política, el denominado “discurso político”, caracterizado por su marcada voluntad populista y agresiva triunfa, no obstante, constituye el núcleo del contenido protegido por la libertad de expresión por no ser considerado discurso de odio, sino una herramienta más del proceso democrático que hace uso de lo “políticamente incorrecto”, contribuyendo al disenso y la confrontación dialéctica. Pues es el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora TEDH) el que afirma que afirma que “el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (desde ahora CEDH) no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés general”.⁴⁵

La ultraderecha europea se está sirviendo de los medios sociales y diversas formas de comunicación de nuestro tiempo como trampolines para promover la intolerancia. Distinciones como las enunciadas por Guterres son bastante frecuentes en discursos de partidos políticos como VOX, donde el juego de las redes sociales y la crispación son el clima perfecto para la proliferación del odio⁴⁶.

País. <https://elpais.com/babelia/2022-02-19/nadie-nace-en-un-cuerpo-equivocado-la-razon-se-defiende.html>]

⁴³ La organización ultracatólica *Hazte Oír*, para expresar su posición contra la apodada “Ley Trans”, conduce por el centro de Madrid un autobús con el mensaje “Los niños tienen pene, las niñas tienen vulva. Que no os engañen”. [Agencias. (2022, 31 octubre). *Hazte Oír* vuelve pone en circulación un autobús contra la ley trans. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vida/20221031/8588336/autobus-hazte-oir-madrid-ley-trans-mujeres-pene.html>]

⁴⁴ Ver STC 35/2020, de 25 de febrero.

⁴⁵ STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*.

⁴⁶ VELASCO, Marina. (2021, 26 abril). La estrategia de Vox para normalizar el discurso de odio. *ElHuffPost*. https://www.huffingtonpost.es/entry/la-estrategia-de-vox-para-normalizar-su-discurso-de-odio_es_60816c26e4b0dff2540242d9.html

Este es el caso de la lona colocada en el metro de Madrid contra los menores migrantes, con datos manipulados⁴⁷ y el uso de bulos o los ataques por Twitter (ahora X) a la población musulmana en Cataluña, donde la propia red social suspendió la cuenta del partido político de manera temporal por incitación al odio.⁴⁸

Lo que hace VOX no es nuevo, existen sentencias como la del Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona en la sentencia de 10 de diciembre de 2013, donde se aceptaron discursos políticos similares en contenido bajo la protección de la libertad de expresión. En este caso, el alcalde de Badalona, Xavier García Albiol (Partido Popular), llenó el municipio de carteles para “limpiar” la ciudad de la población migrante. Indudablemente, la ultraderecha comparte esa convicción, la firme creencia de que simplificar los problemas, distorsionar el lenguaje y difundir mensajes que desacrediten el cambio cultural y el reconocimiento de nuevas identidades son pasos cruciales hacia la victoria. Las múltiples crisis que hemos enfrentado en este siglo, el declive de amplios sectores de la clase media, los flujos migratorios y el temor de las generaciones más jóvenes a un estándar de vida inferior al de sus padres, todos estos factores facilitan enormemente su tarea. Aunque, en el trasfondo del discurso ultraderechista, late el objetivo de desmantelar el Estado del bienestar, el cual constituye el único escudo protector de los más vulnerables.⁴⁹

3.2 Criterios que caracterizan al colectivo vulnerable necesitado de protección.

La complicada delimitación normativa del discurso de odio ha llevado a que sean necesarios estándares internacionales para establecer patrones. Un posible punto de partida es el artículo 4 de la *Convención Internacional sobre la*

⁴⁷ Campaña basada en el bulo en que se decía que los menores no acompañados reciben un subsidio mensual de 4.700 euros. [Blanco, P. R., (2021, 21 abril). Vox miente sobre los 4.700 euros que Madrid paga por menor extranjero no acompañado. *El País*. https://elpais.com/elpais/2021/04/21/hechos/1619007080_623729.html]

⁴⁸ Pozas, A. (2022, 8 marzo). El Supremo avala que Twitter suspendiera la cuenta de Vox por un mensaje racista. *elDiario.es*. https://www.eldiario.es/politica/supremo-avala-twitter-suspendiera-cuenta-vox-mensaje-racista_1_8811396.html .

⁴⁹ URÍAS, J. “El discurso de odio como excusa”. *IDEES*, núm 50, 2020.

eliminación de todas las formas de discriminación racial (CEDR)⁵⁰, de 21 de diciembre de 1965, que establece unas obligaciones positivas respecto a los Estados firmantes para que estos incluyan en sus ordenamientos jurídicos tipologías penales que castiguen la difusión de ideas basadas en el odio o la superioridad racial. En este sentido, ya es posible observar la orientación que va a tomar el criterio principal de protección contra el discurso de odio, que se traducirá en determinadas y meditadas limitaciones de la libertad de expresión. Este criterio no es ni más ni menos que la identificación del sujeto pasivo, plural en este caso, de estos ataques, el colectivo vulnerable.

Las formas de prohibición del discurso de odio se orientan al rechazo de conductas que tienen como objetivo subordinar a un colectivo, promoviendo el respeto de los derechos humanos y la convivencia a nivel mundial. El tronco común dentro de los bienes jurídicos que se subsumen bajo los supuestos protegidos, es que todos se predicen respecto a un colectivo como víctima potencial.

La importancia de la noción de vulnerabilidad es crucial como característica del colectivo, pues va a determinar la importancia de la expresión de opiniones a efectos de considerarlo como discurso de odio u otro tipo de discurso. De forma que el aspecto al que se preste más atención sea el efecto discriminatorio que el lenguaje pueda tener respecto del colectivo al que se dirige, pues es la vulnerabilidad el aspecto que rompe la igualdad material, y que debe ser revisado para su posible enjuiciamiento. El carácter vulnerable del colectivo determina cuán dañino es el discurso de odio, pues es la permeabilidad del grupo para sufrir consecuencias discriminatorias lo que justifica la limitación de la libertad de expresión.

Este concepto se ha ido construyendo a lo largo del tiempo, pues depende de factores históricos, sociales e institucionales, que cambia y se transforma con el

⁵⁰ Artículo 4 CEDR: *“Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación...”*

tiempo, no existe un significado determinista. El profesor PRESNO LINERA se refiere a los colectivos vulnerables como “grupos de población particularmente desfavorecida y vulnerable que necesita una protección especial”. No obstante, la jurisprudencia del TEDH ha ido construyendo una noción más concreta en la que incluye a colectivos como la minoría étnica gitana, las personas con problemas de salud mental, los enfermos de V.I.H., o los demandantes de asilo.⁵¹

Los ordenamientos jurídicos europeos han encontrado trabas a la hora de materializar esta protección a los grupos vulnerables. El primero de los problemas que se plantea es que se observa necesaria la protección de los grupos y no de los individuos, algo no frecuente en códigos como el nuestro. Lo más común es la protección de determinados individuos que poseen cierta condición que los hace vulnerables, y el ataque que ellos puedan recibir es lo que les hace necesitados de una u otra protección. Esto crea grupos diferenciados socialmente, con una serie de rasgos atribuibles de manera más o menos inmediata.⁵²

La cuestión que surge tras esto es la de la vulnerabilidad de los sujetos y la determinación de la herramienta para medirla. Se descarta casi inicialmente el criterio de la superioridad numérica pues hay multitud de ejemplos de minorías potentemente organizadas que ostentan posiciones de poder frente a ciertas mayorías. Partiendo de esta base, se establecen una serie de pautas que puedan construir una noción de vulnerabilidad. La primera de estas, parte de la existencia de un “señalamiento” previo del colectivo del que se trate por *prejuicios* arraigados en la sociedad, en este sentido hay instrumentos de protección que se han servido de este criterio, como puede ser la ya nombrada CEDR⁵³ o la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*⁵⁴. En el discurso de odio la asimetría de poder no

⁵¹ CORRECHER MIRA, J., *op. cit.*, p. 126.

⁵² CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.* p. 443.

⁵³ Aprobada el 21 de diciembre de 1965 por la ONU.

⁵⁴ Aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la ONU.

es contingente o producida por la coincidencia, sino más bien un *rasgo sistémico* del contexto del mundo en cual aparece el discurso.⁵⁵

El otro criterio utilizado en este sentido es *la titularidad más o menos amplia de derechos*, es decir, el hecho de formar parte de un colectivo o grupo concreto que no posee ciudadanía completa o no se le reconocen sus derechos de forma plena, a diferencia de otros miembros de la sociedad. Esta falta de derechos ha hecho que a lo largo de la historia estas personas no hayan sido tratadas de igual manera dentro de las comunidades, lo que ha ocasionado que no hayan podido desarrollar sus facultades en diversos aspectos dentro de los sistemas democráticos, desde la participación política a las libertades de expresión, manifestación, reunión y asociación.⁵⁶

La pérdida del carácter vulnerable del grupo como requisito del tipo conlleva agrandar el espectro de aplicación judicial del precepto con la limitación del derecho a la libertad que supone. Esta limitación puede presentarse de manera directa, provocando un exceso de criminalización dentro de los delitos caracterizados “de expresión”, y por otro lado, de manera indirecta, por el *efecto silenciador* que genera.

Una forma de ilustrar esta primera consecuencia acerca de la importancia de identificación del sujeto pasivo del delito de odio para evitar *sobrecriminalización*, es el *Caso Zozulya*. El incidente se produjo el 15 de diciembre de 2019, durante un partido de la Liga de Segunda División entre el Albacete y el Rayo Vallecano. Roman Zozulya, jugador del Albacete previamente asociado a grupos de ideología fascista en Ucrania, fue insultado por algunos aficionados del Rayo Vallecano con gritos de "nazi" y "puto nazi". Esto llevó al árbitro a suspender el partido, invocando la *Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte*. La ley tiene como objetivo prevenir la discriminación, el racismo y la xenofobia en el deporte, especialmente entre los grupos ultras asociados a movimientos neonazis, que han promovido estas actitudes en los estadios a través de cánticos y simbología filonazi. El Rayo

⁵⁵ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.* p. 446.

⁵⁶ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.* p. 446.

Vallecano recibió una multa de 18.000 euros y el cierre parcial del estadio como consecuencia. Esta fue la primera vez en España que se suspendió un evento deportivo debido a insultos hacia los deportistas. Resulta llamativo que la primera vez que se suspende un evento deportivo en España por insultar a un jugador en el campo haya sido en un caso como el de Zozulya, donde se cuestiona su supuesta afinidad ideológica con movimientos ultranacionalistas, fascistas o neonazis en su país de origen, con los que era sabido que simpatizaba. La calificación de los gritos de "nazi" como insultos merecedores de suspensión, incluso cuando se les añade el adjetivo "puto" acompañando la convicción ideológica de una persona, no plantean más que una realidad incómoda. Sin embargo, es difícil argumentar una infracción según la Ley 19/2007, dada la amplitud de sus términos y la laxitud con la que se han tratado otras expresiones más agresivas como insultos racistas a jugadores negros como Wilfred, Eto'o, Iñaki Williams o Vinicius. El problema principal radica en el mensaje que esta decisión envía al conjunto de la sociedad, al parecer equiparando una ideología como el nazismo con la protección antidiscriminatoria de la ley, que contradice la idea de una sociedad tolerante pero también democrática que no puede permitir el racismo y la xenofobia. Esta paradoja plantea un conflicto entre la defensa de la tolerancia y la impugnación de discursos contrarios a los valores democráticos.⁵⁷

El segundo aspecto en que se manifiesta la limitación de la que hablamos es lo que se denomina como *efecto silenciador*. Este efecto, como ya se ha explicado previamente, genera un temor en el que las víctimas del discurso de odio viven inmersas, que puede abarcar desde el miedo a la segregación o marginación dentro de la vida social hasta a su propia seguridad personal. Además de la inseguridad que conlleva demandar conductas que les discriminan por el propio miedo a las represalias que puedan sufrir, tanto económicas y sociales como respecto de su salud mental. Esto conecta con el llamado *efecto desaliento*, que genera una sensación en la sociedad de miedo a la hora de expresar su opinión por no asumir el riesgo de correr represalias por aquello que se expresa.

⁵⁷ CORRECHER MIRA, J., *op. cit.*, pp.95-99.

3.3 Medidas contra el discurso de odio y sus problemas.

Son diversas las medidas propuestas o incluso llevadas a cabo para combatir el discurso de odio y al mismo tiempo preservar la libertad de expresión, pues en ocasiones se corre el peligro de caer en un exceso de punitivismo. Por esta razón, debe tratarse el tema de los discursos de odio no solo desde el punto de vista de los delitos, aunque sea necesaria la utilización del Derecho Penal, sino que también debe abrirse el espacio cada vez más al Derecho Administrativo y Antidiscriminatorio. Bien es cierto que las reclamaciones civiles han sido fuertemente criticadas por ser calificadas de insuficientes, sin embargo, no existen, al menos de momento, razones lo suficientemente sólidas para suprimirlas. La justificación penal necesita siempre partir de un daño que sea objetivable, es decir, un daño lo suficientemente próximo a un bien jurídico como para que este corra peligro.⁵⁸

Recurro de nuevo al autor CUEVA FERNÁNDEZ en su propuesta de soluciones que el recaba en su estudio del *hate speech* y cómo combatirlo. Estas soluciones se desarrollan en dos líneas: en primer lugar, aquellas construidas con respecto al bien participativo de la deliberación democrática; en segundo lugar, la construcción de medidas que permitan al colectivo vulnerable desenvolverse en las democracias con igualdad respecto del resto de la sociedad.

Respecto al *bien participativo de la deliberación democrática*, debe abordarse desde esferas fuera del ámbito penal, pues como primer objetivo se trata de impulsar una autorregulación por parte de los medios de comunicación, refiriéndose a la incuestionable responsabilidad que tienen los medios de comunicación ante ciertos contextos de tensión. Existe jurisprudencia del TEDH que ha sido trascendente en este sentido, y que han justificado que la sociedad tiene derecho a ser destinataria de ideas como base para crear una opinión pública enmarcada en la libertad, como en el caso de *Observer y Guardian vs. United Kingdom*⁵⁹, y que los medios de comunicación tienen un papel

⁵⁸ CUEVA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.* p., 450.

⁵⁹ Ver *Caso Sunday Times*. STEDH de 26 de noviembre de 1991, *Observer y Guardian c. Reino Unido*. TEDH.

fundamental en este sentido. Esto alcanza uno de sus puntos álgidos con la sentencia *Jersild vs. Dinamarca*⁶⁰, donde se condena al país por violación del artículo 10 CEDH⁶¹, por la condena a un periodista que había incluido una serie de declaraciones de un grupo de extrema derecha en un documental.

Siguiendo en esta línea, se trata de otorgar la palabra a aquellos que no la tienen, con el sentido de que la víctima se pueda arropar en el grupo al que pertenece y ha sido objetivo del ataque. El grupo vulnerable del que forma parte la víctima debe tener la posibilidad de responder con argumentos que contribuyan a la deliberación. Los medios que se adopten para la respuesta deben ser proporcionales respecto del medio que se ha utilizado para difundir el mensaje de odio. Lo que busca este sistema es minimizar la presencia directa de la víctima con ayuda del apoyo del grupo, sin olvidar que en primer lugar se encuentra la libertad sustantiva del individuo y no del grupo, y si estos están organizados, se les deben exigir una serie de requisitos para intervenir en el debate que sirva como respuesta. Los portavoces que representen al grupo son fruto de una elección por el resto de los miembros, de manera que existan una serie de niveles democráticos. Lo que se busca con esta propuesta es la evitación de vulnerabilidades o discriminaciones transversales dentro del propio colectivo del que se trata. Ejemplos de esto podemos encontrar con las nuevas corrientes de feminismo *trans-excluyente*, que justifica que las mujeres transexuales “borran” la identidad de las cisgénero o corrientes racistas dentro del propio movimiento feminista.

Como tercera propuesta en este ámbito se puede hablar del desarrollo de normas que impidan la extensión del discurso de odio en el terreno educativo. El uso de la cultura y la educación como herramienta para que los individuos adopten un enfoque crítico acerca de su entorno y la realidad. En cuanto a esto, existe cierta jurisprudencia controvertida en torno a la figura del docente con el *Caso Keegstra* desarrollado en el Tribunal Supremo de Canadá⁶². Esta sentencia

⁶⁰ Ver STEDH de 23 de septiembre de 1994, *Caso Jersild c. Dinamarca*.

⁶¹ Se desarrollará la explicación de este artículo en el próximo capítulo.

⁶² *R. vs. Keegstra, 1990*. El incidente involucraba a un profesor de secundaria cuyas clases frecuentemente promovían ideas antisemitas. Posteriormente, evaluaba a sus estudiantes sobre

subraya la posibilidad de impedir la impartición de clase, con más importancia en niveles inferiores a quienes pretendan la propagación de un mensaje de carácter coactivo que pueda desarrollar conductas problemáticas u odiosas en un futuro.

En cuanto a la construcción de medidas que permitan al colectivo vulnerable desenvolverse en las democracias con igualdad respecto del resto de la sociedad, las soluciones se sitúan en la línea de políticas destinadas a impedir la promoción del odio, violencia, discriminación contra ciertos grupos o la difamación o el insulto contra ellos o sus miembros.

estos temas y otorgaba altas calificaciones a aquellos que mostraban acuerdo con su contenido. Como resultado de esto, fue despedido de la escuela donde trabajaba. A pesar de apelar hasta alcanzar el máximo tribunal del país, el Tribunal Supremo de Canadá desestimó su demanda.

4 COMPARACIÓN ESTADOS UNIDOS Y EUROPA

4.1 El enfoque norteamericano.

Para Estados Unidos, la libertad de expresión se ampara bajo la Primera Enmienda de su Constitución, que dice que “el Congreso no hará ninguna ley recortando la libertad de expresión o de prensa”. Se prioriza una libertad negativa fundamentada en la concepción del mercado de las ideas⁶³. Las sentencias que actúan como punto de partida para la delimitación de esta concepción de la libertad de expresión son fundamentalmente dos, *Schenck v. United States* y *Abraham v. United States*. La primera de ellas representa una primera manifestación a la teoría del *Daño claro y peligro inminente*, y la segunda supone un cambio en el arquetipo existente en la defensa de la libertad de expresión. En ambas sentencias cobra un protagonismo especial el personaje de Oliver Wendell Holmes, quien puede considerarse el fundador de la doctrina de la competición de ideas en Estados Unidos, pues con la resolución del caso *Schenck* y la redacción del voto discrepante en el caso *Abrams* asistimos a un punto de inflexión a la hora de analizar los fundamentos constitucionales del límite del discurso de odio.⁶⁴

4.1.1. *Schenck v. United States*. La doctrina del peligro claro e inminente.

El caso *Schenck* es uno de los primeros, no obstante, más relevantes asuntos acerca de la forma de limitar la libertad de expresión y del alcance de la Primera Enmienda. Posee muchas similitudes con el caso *Abrams* pues ambos personajes habían sido imputados por incumplimiento de las disposiciones de la Ley de Espionaje⁶⁵. Los hechos se resumen en que Charles Schenck, secretario

⁶³ GRAU-ÁLVAREZ, J. “La libertad de expresión y discurso del odio: Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa”. *ICADE. Revista De La Facultad De Derecho*, núm 111, 2021, p. 4.

⁶⁴ GRAU-ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, pp. 5.

⁶⁵ El artículo en cuestión declaraba ilegal “la realización de falsos testimonios o noticias que interfiriesen con el éxito de las operaciones militares y navales, o que promoviesen el éxito del enemigo, o cualquier otra causa en relación con la insubordinación, deslealtad”. (Espionage Act, 1917). [GRAU-ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 6].

general del del partido socialista, se opuso a la implementación del servicio militar obligatorio, por lo que el partido distribuyó 15.000 folletos que llamaban a los hombres a resistirse a la selección para el servicio militar obligatorio. *Schenck v. Estados Unidos* confirmó las condenas de los acusados en virtud de la Ley Federal de Espionaje. Se les acusó de distribuir folletos con el objetivo de resistir el reclutamiento militar para ir a la guerra. Su defensa se basó en que el discurso antibelicista de los folletos se encontraba amparado bajo la Primera Enmienda. La Corte Suprema rechazó este argumento, sosteniendo que la protección de la palabra depende del contexto en el que se produce. Porque la retórica empleada por parte de los acusados creó un “peligro claro y presente” para el éxito de la guerra, no estaba protegida.⁶⁶

Los abogados de la defensa argumentaron que la discusión ilimitada es el único medio para alcanzar la verdad, tesis que Holmes continuaría posteriormente en el caso *Abrams*, sin embargo, en este caso, el Juez defendió como constitucional el enjuiciamiento de *Schenck* por el contexto de guerra en el que se encontraban, en el cual las circunstancias permitían una limitación mayor de la libertad de expresión.

Con esta sentencia, Holmes introdujo la doctrina del *Daño o peligro inminente*, y da lugar a la famosa referencia que pasará a la historia “gritar fuego en un teatro lleno de gente y causar el pánico”⁶⁷. Con esto quiere explicar la consideración de determinadas conductas como punibles que pueden tener como consecuencia una limitación de la libertad de expresión, en aquellos momentos en que den lugar a actos que supongan un peligro real e inminente a la hora de realizar la acción. No obstante, *Schenck v. United States* crea dudas en el propio Holmes en cuanto a la limitación de la libertad de expresión, y actualmente tiene difícil cabida como argumento para limitar el discurso. Esto es debido a que se parte de un parámetro subjetivo y circunstancial como es la guerra, contexto en el que se consideran reprobables ciertas conductas que no se hubieran considerado de esta manera en otra situación.

⁶⁶ HOLMES, O. W. (1919). *Schenck v. United States*.

⁶⁷ “Shouting fire in a crowded theater” (Holmes, 1919)

La doctrina que aquí empleó Holmes fue derogada medio siglo después en *Brandenburg v. Ohio*, sentencia determinante para la limitación de la expresión de un discurso, pues esta pasó a estar protegida en cualquier ámbito excepto en aquellos en que el discurso mantuviera una intención de causar violencia y probabilidad de causar ese resultado de forma inminente (esto llegó a conocerse como el *Test de Brandenburg*, y fue utilizado por el Tribunal para considerar si determinados discursos debieran estar limitados).

A pesar de todas estas contradicciones surgidas y la inutilización posterior de la doctrina, el *Test del del peligro claro e inminente* sirvió también como base de la doctrina de las *Fighting Words* en *Chaplinsky v. New Hampshire*.⁶⁸

En todo caso, este se convierte en el primer límite a la libertad de expresión norteamericana. No se puede hablar de discurso de odio como tal, sino de la violencia y el peligro que emana del discurso pronunciado.

4.1.2 *Abraham v. United States*.

El primer paso que representa la libertad negativa que hemos esbozado anteriormente tiene como base el histórico voto disidente del juez Holmes, en el caso *Abraham v. United States*, donde desarrolló el concepto del “mercado de las ideas”.

Los hechos relatan que cuatro activistas socialistas que se habían exiliado en Estados Unidos con motivo de la persecución política desatada en Rusia bajo el gobierno zarista, criticaron severamente las acciones del gobierno estadounidense, particularmente la decisión del presidente Woodrow Wilson de enviar tropas a ese país para combatir la revolución bolchevique. Como parte de

⁶⁸ El tribunal sentencia a Chaplinsky por el uso de un conjunto de palabras que considera agresivas, ya que las ve como causantes de daño y con potencial para incitar a la violencia inmediata, lo que podría provocar disturbios públicos. De hecho, afirmar que las palabras de Chaplinsky no estaban protegidas por la Primera Enmienda sería una quiebra con la trayectoria legal establecida hasta entonces. (*Chaplinsky v. New Hampshire*. Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 9 de marzo de 1942)

las acciones emprendidas para manifestar su posicionamiento político, convocaron a una huelga general.⁶⁹

Esta sentencia representa un punto de partida al cambio de paradigma en las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en cuanto al delito de odio, debido a que fue una de las primeras justificaciones para una libertad de expresión más amplia con el lenguaje de la Primera Enmienda⁷⁰.

Esta sentencia fue polémica, debido a que el Tribunal condenó mayoritariamente a los acusados bajo las disposiciones de la Ley de Espionaje de 1917 siguiendo la línea marcada por Holmes en *Schenk v United States*. Pues lo consideraron como peligro cercano e inminente siguiendo la trayectoria jurisprudencial ante la distribución de panfletos con lemas anarquistas y comunistas.

El voto discrepante de Holmes abandonando su posición en sentencias anteriores enuncia por primera vez la doctrina del *Mercado libre de ideas*, que defiende la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática. La raíz de esta teoría establece que, si una persona está convencida de la validez de sus ideas y cree en su capacidad para persuadir a los otros, no necesitará recurrir a la represión para imponer sus puntos de vista. En cambio, confiará en la libre competencia de ideas en el mercado de ideas, donde las creencias más verdaderas y convincentes prevalecerán de manera natural. Holmes argumenta que la verdad se prueba mejor a través del diálogo abierto y la discusión pública, en lugar de ser impuesta por la fuerza o la coerción del Estado. Sugiere que cuando las personas se dan cuenta de que las opiniones pueden cambiar y que la verdad puede emerger del intercambio libre de ideas, están más inclinadas a confiar en la libertad de expresión como el mejor camino hacia el progreso social y la realización de los deseos colectivos.

Para Holmes, el hecho de distribuir panfletos en este caso estaba salvaguardado por la Primera Enmienda de la Constitución pues en este caso no era aplicable lo dispuesto para *Schenck*, dado que no se trataba de la admisión o no de un

⁶⁹*Abrams v. United States*. Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 1919.

⁷⁰ GRAU-ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 7

castigo a los acusados, pues se les estaba castigando por sus convicciones y no por sus actos.

En esta línea, desde *Abrams*, hay casos que destacan por seguir con esta concepción del mercado de las ideas, destaca el caso *Gertz v. Robert Welch Inc*⁷¹, en que una revista acusa a un abogado de comunista y leninista por denunciar a un policía. El Tribunal lo considerará amparado por la Primera Enmienda, puesto que por lesiva que pudiera parecerles la idea, su corrección depende de la competición con otras ideas⁷².

Puede observarse la influencia indiscutible de esta sentencia en corrientes de muy diversa índole, no solo legales sino también políticas, filosóficas o económicas que han sido clave para el desarrollo de los movimientos liberales. Esto podemos apreciarlo a través de la opinión de diversos pensadores liberales respecto de este tema a partir del marco teórico que estableció Holmes.

4.2 Enfoque europeo.

En Europa el discurso de odio supone un límite a la libertad de expresión, y de esta manera lo expresa el TEDH alejándose así del enfoque estadounidense. Siguiendo la línea jurisprudencial que inició el Tribunal Supremo Alemán, se decantará por una denominada libertad positiva con un modelo de democracia militante, nos serviremos de Alemania para comparar Europa como conjunto por su trayectoria jurisprudencial. Aunque claro está que siempre consideraremos la Unión Europea como conjunto por el principio de primacía del ordenamiento europeo al que se sometieron los ordenamientos jurídicos de los países comunitarios al comenzar a formar parte de la Unión, no tendría sentido otra cosa que compararlos de manera conjunta.

Dicho esto, no apoyamos en Alemania como guía de este enfoque, siendo la dignidad humana el valor fundamental que orienta su ordenamiento jurídico y que está recogida en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn⁷³, mientras

⁷¹ *Gertz v. Robert Welch Inc.* Sentencia Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 1974.

⁷² GRAU-ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 8.

⁷³ Art 1.1 Ley Fundamental de Bonn: "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público".

que el derecho a la libertad de expresión podemos encontrarlo en el artículo 5⁷⁴. En la tradición jurídica alemana, el derecho a la dignidad humana ocupa un lugar central y sirve como punto de referencia fundamental en el sistema legal. Se entiende como un concepto que precede al derecho positivo y que refleja una cualidad intrínseca de la persona, sirviendo como base para otros derechos. Los límites a la libertad de expresión se detallan más específicamente en el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁵. De este modo, Europa incorpora estos principios en su legislación, en lugar de dejarlos exclusivamente a la interpretación judicial, estableciendo límites claros y prácticos dentro de un marco legal más comprensible y directo en comparación con las múltiples doctrinas presentes en el sistema legal estadounidense. Las constituciones europeas posteriores seguirán la línea recogida en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental, como por ejemplo la española, la cual protege la dignidad de la persona en su artículo 10.1 CE, separado de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

La segunda causa de bifurcación es la concepción de democracia militante o *Wehrhafte Demokratie*, que implica que la Ley Fundamental no protegerá bajo ningún concepto expresiones que tengan la intención de destruir el autogobierno democrático. Hay una serie de valores de carácter superior que son reconocidos por encima del resto y ante el ataque a los mismos el estado no se posiciona de manera neutral., sino que los defiende bajo el imperio de la ley⁷⁶. No obstante, la limitación o establecimiento del discurso que es válido es peligroso y

⁷⁴ Artículo 5 Ley Fundamental de Bonn: “1) Cada uno tendrá derecho a expresar y difundir su opinión por la palabra, el escrito y la imagen, y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantizan la libertad de prensa (*Pressefreiheit*) y la libertad de información a través de la radiofonía y del cinematógrafo. No se podrá establecer la censura. 2) Estos derechos no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal.”

⁷⁵ Art 10.2 Convenio de Roma. 1950: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

⁷⁶ GRAU-ÁLVAREZ, J. (2021). *op. cit.*, p. 11.

característico de regímenes autoritarios que se apoyan en la censura y la persecución de ideas, y es en este punto en el que surge el dilema sobre la tolerancia con el intolerante bajo un régimen democrático.

A partir de ahí, el estudio de la evolución de la libertad de expresión en este continente puede realizarse a través de la jurisprudencia dictada por el TEDH, que desempeña su labor desde el año 1954 pero comienza su actividad en 1998, fecha de entrada en vigor del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Convenio de Roma)*. El TEDH se posicionará manteniendo la defensa de la libertad de expresión necesaria para la democracia y en el proceso de formación de la opinión pública que proclama el artículo 10.1 CEDH, pero de ese ámbito de protección va a excluir los discursos que atenten contra la dignidad de la persona. La cubierta que protege a la libertad de expresión es más reducida debido a que se protege de igual manera o incluso en mayor medida los derechos de honor, libertad religiosa, no discriminación e interdicción de las incitaciones al odio.⁷⁷

El TEDH entiende que la libertad de expresión es un derecho susceptible de ser ejercido de forma incorrecta o abusiva y, por lo tanto, susceptible de ser coartado por el artículo 17 del Convenio de Roma⁷⁸, que prohíbe el abuso de derecho. El margen entre el uso legítimo y el abuso del derecho es el área necesitada de determinación. Se deben clarificar los criterios que utiliza el TEDH cuando una legislación nacional está causando una vulneración controvertida del derecho a la libertad de expresión, pues es sólo en este caso en que el asunto deja de considerarse una cuestión nacional para convertirse en una violación de los derechos fundamentales.

⁷⁷ CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. “La protección de los derechos frente a los discursos del odio” en Lucía Alonso y Víctor J. Vázquez (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2017, p. 21 – 22.

⁷⁸ Art 17 Convenio de Roma. Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

4.2.1 *El Caso Lüth.*

Para comprender cuál fue el punto de inflexión que situó a Alemania y su Tribunal Supremo como referente en la forma en que el Estado regula su concepción de dignidad y las actividades que puedan ir en contra de su voluntad⁷⁹, resulta interesante recurrir al *Caso Lüth*. En Alemania, en 1950, Eric Lüth, un escritor y director de cine, hace un llamado público en un periódico alemán, instando a la población a boicotear el estreno de una película dirigida por Veit Harlan. Harlan era conocido por su colaboración con el régimen nazi, produciendo y promoviendo películas propagandísticas antisemitas.⁸⁰

Es interesante dentro de este caso, centrarnos en la resolución del Tribunal respecto a la protección de la libertad de expresión. Parecía claro que ante conflictos entre la dignidad de la persona y la libertad de expresión siempre se decantaba por la primera, pero en este caso, quien denunciaba era quien que estaba presuntamente vulnerando la dignidad de Lüth. Cabe pensar que si el caso se hubiese dado a la inversa (existencia de discurso del odio contra una persona perteneciente a un grupo vulnerable o protegido, en este caso los judíos) la resolución hubiese limitado la libertad de expresión de Veit Harlan en favor de Lüth.⁸¹

Lo realmente curioso en este caso es la manera en que se establece el límite a la libertad de expresión que recoge el artículo 5.2 de la Ley Fundamental y si aquí prevalecería frente a los intereses económicos⁸². El derecho esencial a la

⁷⁹ PÉREZ DE LA FUENTE, Ó., "Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio: Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana". *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm 21, p. 84.

⁸⁰ *Caso Lüth*. Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 1958.

⁸¹ GRAU-ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 12.

⁸² Esto es a lo que se denomina "test de ponderación" y que es conocido como "Test de Estrasburgo". Las exigencias de las que se trata son: a) la previsión legal de la medida limitadora; b) los fines legítimos de la injerencia; c) la medida restrictiva del derecho a la libre expresión debe ser necesaria para una sociedad democrática, siendo este criterio donde se integraría de forma estricta el juicio de proporcionalidad. Vid. CORRECHER MIRA, *op. cit.*, p. 107.

En casos como este se acude a reglas de ponderación, es decir, que se decida si los valores incorporados en las leyes generales o los incorporados en el derecho fundamental tienen más peso bajo las circunstancias del caso concreto. En este caso se estaba ponderando un derecho fundamental con derecho de daños

libertad de expresión, como manifestación directa de la individualidad en la sociedad, se considera uno de los derechos más importantes según los principios establecidos en la Ley Fundamental. Sin embargo, este derecho encuentra límites en las leyes generales, tal como se indica en el artículo 5.2 de la Ley Fundamental, cuando existe la posibilidad de causar daño a un derecho legalmente protegido de un tercero. En tales casos, la protección de este bien jurídico tiene prioridad sobre el ejercicio de la libertad de expresión, por tanto, es necesario llevar a cabo una evaluación cuidadosa de los derechos involucrados para determinar si se justifica la intervención en el discurso en cuestión. Las leyes generales a las que se hace referencia en el artículo pueden consistir en normas del derecho privado que salvaguardan intereses personales y que, en ciertas circunstancias, pueden restringir el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión establecido en el artículo 5.1. Sin embargo, esto no implica que las normas generales del derecho privado siempre tengan prevalencia sobre las expresiones de opinión.⁸³ En la ponderación del caso Lüth no se reconoce un derecho frente al Estado, sino que prevalece la visión de que el boicot defiende los valores centrales del consenso constitucional como democracia militante y, por ende, aumenta el bienestar general, estableciendo un firme compromiso de vinculación de Alemania contra el nazismo.⁸⁴

La esencia de la limitación de la libertad de expresión es la vulneración de la dignidad de la persona, como derecho superior del orden constitucional, también, en función del lugar en que se encuentre el objetivo contra el discurso nazi. Podemos pensar que, si el discurso de Lüth no hubiera involucrado referencias al nazismo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Alemán, no hubiese sido protegido por entrar en conflicto con las buenas costumbres de Alemania.

Para GRAU ALVÁREZ, la controversia que se plantea tras este caso es la subjetividad respecto del mismo, por el posicionamiento no neutral del Estado por la salvaguarda de derechos fundamentales respecto de discursos nazis. En primer lugar, es la comparación de la diferencia de trato con otros grupos

⁸³ GRAU-ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 13.

⁸⁴ GRAU-ÁLVAREZ, J. *op. cit.*, p. 13.

protegidos, como los inmigrantes turcos en Alemania o los homosexuales. En segundo lugar, el problema de *pendiente resbaladiza*, que puede llegar a implicar la protección de determinados colectivos considerados vulnerables, argumentando que esa protección está amparada por valores centrales constitucionales de la democracia militante, existiendo la posibilidad en el tiempo de establecimiento de grupos privilegiados que dejen al margen al resto y contra los cuales cualquier opinión contraria fuese prohibida.⁸⁵

4.3 Estudio comparado entre Estados Unidos y Europa.

Mientras que el paradigma estadounidense se ha caracterizado por una mayor tolerancia en materia de libertad de expresión, limitándose únicamente a restringir aquellos discursos que comportasen una incitación constatable y directa a la comisión de un delito, el TEDH se ha preocupado, si bien manteniendo la idea de la necesaria defensa de este derecho por su papel esencial en la contribución a la formación de la opinión pública, de excluir del ámbito de protección del artículo 10.1 CEDH a todos aquellos que atenten contra la dignidad de la persona. Mientras que, en el modelo europeo, la base del sistema de libertad de expresión es la dignidad de la persona, con la necesidad de su defensa por parte del Estado para limitar todas aquellas formas de expresión que puedan vejar o denigrar o atenten contra valores constitucionales situados al mismo nivel que el derecho a la libertad de expresión.

Es importante destacar aquellos casos que caracterizan a Europa, donde cobra importancia la doctrina del abuso de derecho del artículo 17 CEDH, en los que el TEDH excluye determinados discursos de la ponderación, realizando una *delimitación negativa* del derecho a la libertad a la hora de expresar ideas. A esta delimitación negativa, algunos autores como ALCACER GUIRAO la denominan *efecto guillotina*, basada en aplicar la doctrina del abuso de derecho en determinados supuestos relativos a discursos negacionistas o próximos al revisionismo histórico del Holocausto. Parece lógico que debido al contexto político cultural de aprobación del CEDH, posterior a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se entiende la intolerancia respecto del ensalzamiento

⁸⁵ GRAU-ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 14.

de actos genocidas cometidos durante el Holocausto.⁸⁶ El TEDH entiende que no hay tutela de la libertad de expresión ante mensajes negacionistas de tal calibre, sino que se aprecia un abuso de derechos que busca acabar con el sistema democrático.

Esta es la principal diferencia respecto del discurso de odio en Europa y Estados Unidos, y no es casualidad que el tratamiento sea diferente si tenemos en cuenta el contexto histórico del que proceden cada una de las concepciones, donde la experiencia vivida ha sido prácticamente opuesta. Europa actúa de manera consciente con las atrocidades de las que es heredera, directamente provenientes de los discursos de odio que fueron protagonistas en la Alemania nazi o la Italia fascista, y que marcaron prácticamente la mitad del siglo XX, basado en la restricción de los derechos fundamentales a través de instrumentos normativos específicamente contruidos para cancelar a determinados seres humanos por su condición. Los delitos de odio producidos como consecuencia del discurso de odio concluyen en la producción de dolor, sin que necesariamente esto atente contra la sociedad democrática de manera instantánea o potencial⁸⁷, y es esto mismo lo que utiliza nuestra doctrina para justificar la intervención del Estado como agente activo para rechazar el discurso de odio y salvaguardar la democracia, y que por tanto nos distancia de la posición neutral del enfoque estadounidense de la cuestión.

Las diferencias empiezan a surgir al comenzar a hablar de grupos o clases protegidas, es el momento en que ambos tribunales adoptan posiciones distintas al valorar si determinados discursos incitan al odio contra ciertos grupos o si interfieren con sus derechos (al honor, ofensa, vejación, escarnio)⁸⁸. Por ello, realizaremos un breve análisis más actual acerca del posicionamiento que toman Europa y Estados Unidos respecto del discurso de odio orientado a determinados grupos concretos como son los judíos o los homosexuales.

⁸⁶ CORRECHER MIRA, J., *op. cit.*, p.109.

⁸⁷ STEDH de 9 de febrero de 2012, *Vedjeland y otros c. Suecia*, nº 1813/07.

⁸⁸ GRAU-ÁLVAREZ, J. *op. cit.*, p. 19.

En cuanto a los judíos, relacionado con los acontecimientos del Holocausto, el tratamiento que se da al conflicto es distinto para Europa y Estados Unidos. En Europa son calificados como grupo protegido, esto podemos observarlo en sentencias como *Garaudy v. France*⁸⁹ o *Gollnisch v. France*⁹⁰, donde se observa la posición de intolerancia del TEDH frente a todo individuo o grupo que sitúe su discurso bajo la negación del Holocausto o el antisemitismo. Distinta de esta es la interpretación que otorga a un caso similar el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Village of Skokie v. NSPA*, en el que se planteaba si suponía incitación a la violencia la marcha de un grupo neonazi. En un primer momento se prohibió a través de una ordenanza que, posteriormente, se declaró inconstitucional por considerar que también debían protegerse las ideas que la sociedad califica como no aceptables o despreciables.

Otro de los grupos que es necesario analizar es el colectivo LGTBIQ+. Para el espectro norteamericano destaca el caso *Snyder v. Phelps*⁹¹ en el cual el Tribunal da la razón a la congregación justificando que el discurso quedaba amparado bajo la Primera Enmienda sin ser exigible ningún tipo de responsabilidad civil por los daños morales causados. Europa actúa de manera diferente en este aspecto, aunque no siempre ha sido así, ha sido necesario el transcurso de los años para que se produzca una condena al discurso homófobo. La evolución que ha atravesado el Tribunal de Estrasburgo respecto de la homofobia, desde la comprensión de las legítimas leyes penales que castigaban su conducta, hasta la protección y reconocimiento de los derechos del colectivo LGTBIQ+⁹². De esta evolución derivan sentencias como *Vejdeland v. Sweden*⁹³, la cual fue polémica

⁸⁹ Ver STEDH de 24 de junio de 2003, *Garaudy c. Francia*.

⁹⁰ Ver STEDH de 7 de junio de 2011, *Gollnisch v. Francia*

⁹¹ Los hechos ocurren en 2011, cuando durante el funeral de Matthew Snyder, un militar estadounidense fallecido en Iraq abiertamente gay, miembros de la Wetsboro Baptist Church (congregación abiertamente homófoba y discriminatoria) se manifestaron contra los militares homosexuales y contra el colectivo en general pronunciando expresiones tales como “tropas de maricones” “arderéis en el infierno”.

⁹² GRAU-ÁLVAREZ, J. *op. cit.*, p. 20.

⁹³ En los hechos “se condenaba a un grupo de personas por distribuir folletos en taquillas de los estudiantes de un colegio, los cuales contenían mensajes criticando el comportamiento homosexual como desviación humana que destruía la sociedad” (*Vejdeland v. Sweden*, 2012)

por aceptar la exclusión o información o ideas que pueden ser ofensivas o molestas dentro de la libertad de expresión. El TEDH argumentó que el contenido de los folletos era perjudicial y que la libertad de expresión empleada de forma irresponsable no merecía protección constitucional (*Vejdeland, 2012*)⁹⁴. No obstante, la primera sentencia que considera la homofobia una discriminación es *Da Silva Mouta v. Portugal*⁹⁵. Siendo la protección del colectivo irregular dentro de Europa, pues no todos los países reconocen sus derechos en términos de matrimonio y adopción.

El único momento en el que ambas doctrinas siguen un cauce común es incluso complicado caracterizarlo bajo el discurso de odio, pues versa acerca de la razón por la cual el rechazo de una práctica militar está amparado bajo la libertad de expresión. Estas sentencias son la previamente expuesta *Schenck v. United States*, obsoleta y anulada desde *Brandenburg* y la sentencia europea *Ergin v. Turkey*⁹⁶.

Sería posible resumir la posición europea en términos de libertad respecto del discurso de odio en tres asunciones. La primera, es que la doctrina europea sobre la libertad de expresión reconoce la importancia de proteger el derecho a expresar opiniones, pero establece límites claros para prevenir la promoción o justificación del discurso de odio. La segunda es que, se entiende que el discurso de odio atenta contra la dignidad humana y los derechos de otros, por lo que se considera una forma de expresión no protegida por la libertad de expresión en Europa. La tercera es que, la legislación europea, como el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, proporciona un marco legal para regular el discurso de odio, permitiendo la restricción de expresiones que inciten a la discriminación, la violencia o la hostilidad hacia grupos específicos.

También concentraremos en tres asunciones la jurisprudencia americana en términos de libertad de expresión respecto del discurso de odio. En primer lugar,

⁹⁴ GRAU-ÁLVAREZ, J. *op. cit.*, p. 21.

⁹⁵ Ver STEDH *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, nº 33290/96, de 21 de diciembre de 1999.

⁹⁶ Ver STEDH de 28 de julio de 1998, *Ergin v. Turkey*.

la verdad o falsedad de las ideas se determina mediante su confrontación unas con otras, no a través de decisiones judiciales. La segunda, que la incitación al odio por sí sola no constituye un delito. Cualquier expresión, ya sea literaria, artística o periodística, que esté al mismo nivel que el discurso no justifica la intervención del Estado. La tercera idea es que los tribunales y el Estado deben mantener una postura neutral hacia las ideas y discursos de los individuos, y solo se penalizarán las conductas que inciten no solo al odio, sino también a la violencia.⁹⁷

Dentro del enfoque estadounidense, el mercado de las ideas funciona como una profecía que se autocumple⁹⁸, pues es complicado afirmar que este mercado actúa de forma perfecta sin estar realmente intervenido, como sí lo está en la política, la economía o la sociedad en general. No puede negarse la influencia de factores que pueden distorsionar la competencia dentro del mercado o favorecer ciertas ideas sobre otras, generando sesgos. Esto es demostrable relacionándolo con la actitud no neutral del Tribunal Supremo en términos de aborto, esclavitud o delitos contra la seguridad nacional⁹⁹.

En Europa, se enfrenta el desafío de la falta de un conjunto claro de criterios, doctrinas o metodologías que garanticen cuándo el TEDH aplicará o no el margen de apreciación nacional. La consecuencia de esta falta de claridad es la inseguridad jurídica, que ha sido objeto de críticas principales debido a la carencia de un enfoque sistemático. Al favorecer la discrecionalidad del margen de apreciación nacional, no se logra establecer un orden constitucional uniforme en cuanto a la forma de limitar la libertad de expresión. Esto puede resultar en ocasiones en la condena de acciones que, si se realizaran en otros países, no serían consideradas punibles.

La propuesta que encuentro más viable es aquella presentada por GRAU ÁLVAREZ, la cual representa un punto intermedio entre las dos propuestas. Por un lado, se reconoce que el mercado de las ideas no puede ser el único pilar de

⁹⁷ GRAU-ÁLVAREZ, J. *op. cit.*, p. 9.

⁹⁸ GRAU-ÁLVAREZ, J. *op. cit.*, p. 22.

⁹⁹ GRAU-ÁLVAREZ, J. *op. cit.*, p. 22.

la libertad de expresión, ya que permitir ciertos discursos de odio, como los ejemplificados en *Skokie* resulta contraproducente cuando la Constitución establece un compromiso con la igualdad racial y adopta una postura neutral ante la intolerancia hacia las minorías étnicas. Desde la perspectiva estadounidense, el precio de la libertad implica que los individuos pertenecientes a minorías puedan sentirse agraviados por ciertos discursos de otros. Por otro lado, adoptar una forma de Estado que tome partido y no sea neutral, ofreciendo protección a ciertos grupos, plantea desafíos. En primer lugar, existe el riesgo de que el Estado adopte una postura paternalista. En segundo lugar, este paternalismo podría dar lugar a un sistema de censura y persecución más característico de regímenes autoritarios que de democracias plenas. Sin embargo, identificar estos problemas en la práctica resulta complicado. En la actualidad, el verdadero desafío radica en la falta de certeza jurídica provocada por la discreción otorgada al margen de apreciación nacional.

5 LA EVOLUCIÓN DE LAS LIMITACIONES DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN ANTE EL DISCURSO DE ODIOS EN ESPAÑA.

5.1 Caso *Friedman* y reforma del Código Penal de 1995. La primera aproximación a la calificación del discurso de odio.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional número 214/1991, de 11 de noviembre*, sienta un precedente absolutamente revolucionario en cuanto al tratamiento penal del discurso de odio como delito, la libertad de expresión y el antisemitismo en la Justicia Española, aun cuando el propio Tribunal no utilizaba la categoría de discurso de odio¹⁰⁰. Al fallar el Tribunal Constitucional en términos de vulneración del derecho al honor, se consigue abrir un debate que genera controversias incluso a día de hoy sobre el tratamiento del discurso de odio como delito.

Esta sentencia es histórica, entre otras cosas porque por primera vez falla en favor de una solicitud de amparo de una persona individual ante la vulneración del derecho al honor de todo un colectivo, los judíos, por causa de unas declaraciones que directamente ponen en entredicho el Holocausto y la comisión de genocidio al pueblo judío durante el nazismo. Bien es cierto que el Tribunal clarifica que no es el discurso negacionista del Holocausto lo que se castiga, pues este no puede ser excluido de manera radical del ámbito de protección que abarca la libertad de expresión: “es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia-, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 C.E.), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”¹⁰¹.

¹⁰⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Opiniones Constitucionales”. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2018, p. 3 – 4.

¹⁰¹ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ nº8.

No obstante, son las expresiones de carácter racista manifestadas, las que van a ser valoradas por su carácter ofensivo, además de procederse a identificar los bienes jurídicos lesionados y la ruptura del derecho al honor.

La demandante es Violeta Friedman, una judía rumana superviviente del campo de concentración de Auschwitz-Birkenau, donde fue conducida junto con sus familiares durante el Holocausto. A la edad de catorce años, el régimen nazi asesinó a todos los parientes que fueron llevados allí con ella, los cuales fueron exterminados en cámaras de gas. El demandado y responsable de las declaraciones es León Degrelle, exjefe de las *Waffen SS* acogido por el general Franco en España. Fundador del movimiento político "Christus Rex"¹⁰², acaba falleciendo en España con dicha nacionalidad en el año 1994. Unos años antes, en el 1985, realiza unas declaraciones que son publicadas en la revista *Tiempo*, en un artículo que firma Juan Girón Roger con el título "Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle". En este artículo afirma que "el problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan" o "si hay tantos judíos ahora resulta difícil creer que han salido de los hornos crematorios".¹⁰³

Estas declaraciones son las que hacen que la señora Friedman comience su batalla judicial, acudiendo en primer lugar a un juzgado de primera instancia de Madrid. Esta primera demanda de protección civil del derecho al honor apela a la Ley de 1978 de protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona¹⁰⁴, desestimada por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid el 16 de junio de 1986 entendiendo que Friedman no tenía legitimación por no referirse las expresiones a ella de manera individual. Sentencia confirmada dos años después por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid apelando a las mismas razones. En última instancia se recurrió en 1989 en la Sala Primera del Tribunal Supremo donde tampoco tuvo éxito. Es necesario

¹⁰² *Parti Rexiste*, partido político belga, de inspiración católica y nacionalista de extrema derecha, que estuvo activo en Bélgica entre los años 1935 y 1945.

¹⁰³ STC 214/1991, de 11 de noviembre.

¹⁰⁴ Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

esperar seis años al recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional para que Violeta Friedman reciba la razón por su condición de víctima del Holocausto, la Sala Primera entendió que Degrelle “no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis” sino que “efectuó juicios ofensivos al pueblo judío manifestando, además, expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer”. Para el Tribunal es una incitación racista que constituye un atentado al honor de la actora y todas aquellas personas que estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, no se trata de correcciones personales de la historia sobre la persecución de los judíos, sino que conlleva imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas. Concluyendo: “Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.”¹⁰⁵

La sentencia subraya claramente que el derecho a la libertad de expresión sí puede llegar a amparar el derecho a expresar y difundir una determinada perspectiva del entendimiento de la historia, pero nunca alcanza el menosprecio y la discriminación hacia personas o grupos, afirmando el tribunal la existencia de connotaciones “antijudías” en las declaraciones de Degrelle. Esta sentencia no sustituirá a una legislación antinazi como la que existe en países como Alemania, Austria o Bélgica, pero transformará la situación en gran medida, desembocando en una serie de reformas legislativas en España a principios de los noventa con la intención de perseguir de manera penal los delitos racistas. Hemos de destacar que los discursos racistas normalmente están constitucionalmente desterrados, no por la defensa de aquello que proponen,

¹⁰⁵ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ nº8.

sino porque ofenden de manera potencial, pues buscan humillar, vejar o incitar a actos de odio o discriminación contra una persona o grupo social.

El discurso de odio se incorpora por primera vez al ordenamiento jurídico español en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre en el artículo 510 CP, en el Título XXI “Delitos contra la Constitución”, Capítulo IV, Sección 1ª “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución”. La incorporación de este artículo, tras el Caso Friedman, va a reflejar la voluntad del legislador de desarrollar un cuerpo normativo antidiscriminatorio, de forma que se sigan los parámetros de los estándares internacionales respecto del discurso de odio. Por tanto, esta causa introduce directamente el agravante ante una motivación racista de delito, así como la creación de un nuevo tipo delictivo: la provocación o incitación a la discriminación.

Lo dispuesto en este artículo 510.1 CP en la redacción de 1995 también está determinado por la obligación positiva que recoge el art. 4 CEDR, que tiene como objetivo imponer la tipificación penal de aquellas conductas que promuevan el odio o la discriminación racial. Este precepto ha sido profundamente criticado, entre otras cosas por la utilización de términos poco concretos de los que resulta complicado averiguar un significado acotado, con la inseguridad jurídica que ello puede acarrear, como puede ser el término “provocación” como verbo típico, teniendo en cuenta los problemas que plantea en relación con el acto preparatorio punible del art. 18.1 CP¹⁰⁶.

5.2STC 237/2007, la DECISIÓN MARCO 2008/913/JAI y la reforma del Código Penal de 2015. El alejamiento de España de la doctrina del TEDH.

¹⁰⁶ **Artículo 18 LO 10/1995, de 23 de noviembre.** 1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

La otra sentencia que ha sido determinante en España para marcar la trayectoria de la evolución jurisprudencial en los términos que estamos tratando es la STC 235/2007, de 7 de noviembre. Por un lado, se convirtió en una de las razones que llevaron a la reforma del Código Penal en el año 2015; y por otro, sirvió para definir el camino que va a seguir España en materia de limitación de la libertad de expresión ante el discurso de odio, alejándose en algunos términos de la jurisprudencia que ha marcado el TEDH.

Considero de importancia una breve explicación acerca de los antecedentes de hecho para comprender la trascendencia también a la hora de compararlo con el Caso Friedman. Los hechos, que datan de 1998, relatan que Pedro Varela Geiss, titular de la librería Europa (en Barcelona) y presidente de CEDADE¹⁰⁷ entre 1978 y 1993, se dedicaba a vender y distribuir de manera habitual, materiales que negaban el Holocausto y promovían el odio hacia la comunidad judía desde el año 1996. La distribución de libros, publicaciones y diversos materiales incitaban a la discriminación y el odio racial contra los judíos. El público de la librería, en su mayoría jóvenes, tenía afinidad con ideologías belicistas y de carácter violento, además de ser un canal distribuidor de estas publicaciones a varios países de Europa. El Tribunal condena a Varela por delito continuado de genocidio del artículo 607.2 CP¹⁰⁸, imponiendo una pena de prisión de dos años, además de un delito continuado de provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas o antisemitas, conforme al artículo 510.1 CP, con una pena de tres años de prisión, multa y costas correspondientes.¹⁰⁹

Tras estos hechos, se presenta una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, relativa al artículo 607.2 CP, la cual será fundamental para marcar la nueva tendencia en la interpretación constitucional de los delitos

¹⁰⁷ Círculo Español de Amigos de Europa, grupo de ideología nacionalsocialista y red internacional de difusión de propaganda neonazi.

¹⁰⁸ Artículo 607.2 CP: “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”

¹⁰⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre. (Antecedentes de hecho)

relacionados con la apología al genocidio pues se declara que la negación de la existencia de prácticas genocidas por regímenes políticos totalitarios está amparada por la libertad de expresión. La asunción del contenido de la STC/2007 supone derogar el artículo 607.2, aduciendo que “la mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane (...) ni tan siquiera tendencialmente puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad (...) la constitucionalidad, *a priori*, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado” (FJ 8º).¹¹⁰ El fallo del Tribunal Constitucional no es unánime, es una sentencia que desencadena polémica y son cuatro los votos particulares por parte de cuatro magistrados. El voto expresado por el magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas entiende que: “[...] el llamado negacionismo es, en sí mismo y cuando menos, un claro menosprecio hacia las víctimas que lo sufrieron y así se presenta en cuantas ocasiones se produce en la realidad de quienes sostienen, por ejemplo, que el Holocausto no existió y que es sólo propaganda sionista. (STC 235/2007)”.¹¹¹

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal modifica la regulación de conductas de incitación al odio y a la violencia por dos motivos. El primero de ellos es la sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, la cual ya ha sido desarrollada, así como destacada su trascendencia a la hora de interpretar la negación del delito de genocidio, limitando su aplicación a aquellos supuestos en que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías, y permitiendo que la libertad de expresión ampare aquellos discursos sin referencias violentas o insultos. El Tribunal afirma: “[...] la libertad de

¹¹⁰ CORRECHER MIRA, J., *op. cit.*, p.114.

¹¹¹ GRAU-ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 27.

expresión comprende la libertad de crítica aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. El ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución.” (STC 235/2007, FJ 4º).

El segundo motivo es la Decisión Marco 2008/913/JAI¹¹², que regula una serie de conductas respecto a la incitación al odio y que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico. Se ajustan a la exigencia de la Decisión Marco, tanto el artículo 510 como el 607 CP, cambiando este último de ubicación también por imposición del Tribunal Constitucional de que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio u hostilidad. El apartado XXVI del preámbulo de la LO 1/2015 especifica las dos conductas que tipifica esta nueva regulación, siendo “de una parte, y con una penalidad mayor, 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; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y 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.”¹¹³

¹¹² Ver Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

¹¹³ Apartado XXVI preámbulo LO 1/2015, de 30 de marzo.

Además, considero de importancia destacar la previsión de una agravación de la pena para los supuestos de comisión de estos delitos a través de internet u otros medios de comunicación, pues es un primer acercamiento a la consideración penal dentro del terreno de las redes sociales y los medios de comunicación de masas, que tantas confusiones genera en términos de límites de la libertad de expresión.

5.3 Cambio de paradigma y problemática actual tras la reforma de 2015.

Tras la reforma del Código Penal de 2015, España ha hecho en muy diversas ocasiones, uso de la represión penal para limitar el derecho a la libertad de expresión. Es fácil observar, como ya hemos comentado, la manera en que el discurso de odio se entremezcla con otros discursos extremos que tienen el odio como elemento característico, y aunque también son susceptibles de ser limitados por hacer un uso abusivo de la libertad de expresión, no se dirigen contra aquellas personas necesitadas de protección como son los colectivos vulnerables, haciendo que el propio significado del discurso de odio quede desnaturalizado.

La protección que establece el Tribunal Constitucional español, sigue la línea del TEDH, situando la dignidad humana como elemento fundamental que guía el sistema de libertad de expresión. Los límites que el ordenamiento jurídico español marca constitucionalmente, se encuentran en artículo 20.1, a) de la Constitución Española¹¹⁴, refiriéndose al respeto de los derechos reconocidos en el Título I CE y los preceptos de las leyes que desarrollen el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia, entendiendo que todo ello engloba a la libertad de expresión. Este es el camino en términos de enjuiciamiento que el Tribunal Constitucional español ha tomado de forma habitual para justificar la limitación de mensajes considerados contrarios a los valores constitucionales. Sin embargo, en los últimos años,

¹¹⁴ Artículo 20.1 CE: "1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; c) A la libertad de cátedra; d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

parece que los límites han sobrepasado el art. 20 CE, y esta tendencia utilizada está siendo fuertemente cuestionada, debido a que comienza a existir un criterio de delimitación negativa de un derecho fundamental como es el de libertad de expresión. Las consecuencias pueden ser graves si las expresiones incluidas en esta categoría llevan de la mano la privación de protección constitucional, amparándose en un juicio basado en el contenido del mensaje y la intencionalidad o en peligrosidades potenciales.¹¹⁵ Podemos encontrar una cantidad considerable de jurisprudencia en la que se ha utilizado el justificante del discurso de odio como vía para acotar la libertad de expresión sin que llame la atención. El peligro está allí donde ciertas expresiones o conductas que ofendan a determinados segmentos de la población pero que sí deben estar protegidas por la Constitución se restrinjan siendo calificadas como discurso de odio. En palabras de TERUEL LOZANO, se viene utilizando esta categoría como un cajón de sastre en el que puede incluirse cualquier forma de discurso extremo que exprese intolerancia por algún motivo anti-democrático¹¹⁶, llegando a restringir la libertad de expresión de manera excesiva.

Existen casos relativamente recientes, que han tenido especial trascendencia por haber sido categorizados bajo el discurso de odio, desbordando su propio contenido, y reflejando la tendencia actual de España, en los que, aunque no me detendré de manera extensa, considero de importancia mencionar. Estamos ante la STC 177/2015, de 22 de julio sobre una condena por injurias al Rey¹¹⁷, y 112/2016, de 20 de junio, sobre una condena por enaltecimiento al terrorismo¹¹⁸. Estas dos sentencias se caracterizan “con la declarada finalidad de silenciar discursos hostiles y ofensivos, se alteran o tergiversan los estándares habituales

¹¹⁵ TERUEL LOZANO G., *op. cit.*, p. 3

¹¹⁶ TERUEL LOZANO G., *op. cit.*, p. 3

¹¹⁷ Este asunto trae causa de un recurso contra una condena impuesta por la comisión de un delito de injurias contra la Corona, con circunstancia agravante de disfraz, por haber quemado una foto de SS.MM. los Reyes después de la celebración de una manifestación anti-monárquica convocada con motivo de una visita de los Monarcas a Gerona. (STC 177/2015, de 22 de julio).

¹¹⁸ Se recurre en este caso la condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) por la intervención en un homenaje a una persona que había formado parte de la banda terrorista ETA. (STC 112/2016, de 20 de junio).

de interpretación constitucional para restringir el contenido protegido de la libertad de expresión”¹¹⁹ por parte del Tribunal.

En la primera de ellas, el TC aplica la doctrina europea del discurso de odio para enmarcar una serie de actos que constituyen un delito de injurias a la Corona, no prestando atención a la fundamental y necesaria referencia del discurso de odio, como es la existencia de grupo vulnerable. Se encasilla bajo el discurso de odio una forma de actuación que es una manifestación de discurso político. El Tribunal argumenta que la quema pública de un retrato de los Reyes de España constituye una acción que además de ofensiva, incita al odio y la exclusión por la fuerza simbólica que tiene la quemar una imagen física de cara a la sociedad. Esta resolución tiene como consecuencia una equiparación de la Casa Real y la Monarquía como institución con las víctimas del discurso hostil como pueden ser las minorías étnicas, los inmigrantes o el colectivo LGTBIQ+.

La segunda de ellas, se considera que una serie de actos que justifican y celebran el terrorismo deben constituir una sanción penal, por manifestar discurso de odio y riesgo para terceros, por ser una “expresión de odio basado en la intolerancia, (...) manifestado a través de un nacionalismo agresivo (...) con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos”¹²⁰. La limitación del ejercicio de libertad de expresión podría ser correcta por incitación a la violencia terrorista del artículo 578 CP¹²¹, pero no lo es justificándolo ante una manifestación del discurso de odio, simplemente porque el pretendido destinatario del mensaje no es un colectivo vulnerable. El mal uso del concepto de discurso de odio se convierte en un problema cuando se emplea para silenciar mensajes que pueden ser ofensivos pero que deberían estar protegidos por el derecho a la libertad de expresión. En este contexto, se descuidan los principios de proporcionalidad y se distorsiona el significado del discurso de odio, utilizando esta figura para restringir mensajes que podrían ser perjudiciales para algunos

¹¹⁹ ALCÁCER GUIRAO, R. “Opiniones Constitucionales”. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2018, p.9.

¹²⁰ STC 112/2016, de 20 de junio.

¹²¹ Ver art 578 CP.

sectores de la sociedad, pero que no constituyen una amenaza directa para valores constitucionales como el honor, la dignidad o la seguridad.

Como última sentencia, considero interesante destacar la STS 135/2020, de 7 de mayo que resuelve el recurso interpuesto al conocido artista Pablo Hásel, quien ya poseía una previa condena de la Audiencia Nacional, por la comisión de delitos de enaltecimiento al terrorismo, injurias a la corona e injurias a la policía. La popularidad que desarrolló este litigio es consecuencia de la posterior entrada en prisión del condenado por la comisión de dicho delito, cuando Hásel ya contaba con condena por delitos de expresión en otro fallo que desencadenó grandes polémicas. Estos síntomas ponen de manifiesto la oscura zona que atraviesa el sistema de libertad de expresión, corriéndose el riesgo de obviar de algunos presupuestos epistemológicos que sostenían un concepto fuerte de libertad de expresión.

El segundo caso de Hásel es un buen ejemplo para ilustrar las consecuencias prácticas del contexto jurídico y cultural actual. No se trata tanto de juzgar al artista por su obra, sino de cómo se relativizan las expresiones distorsionadoras o extremas que pueden emplearse en una creación y en los nuevos entornos tecnológicos. En este caso, todo gira en torno a unos tuits realizados por una celebridad en un contexto contestatario.¹²²

Considero interesante seguir la tesis de VÁZQUEZ ALONSO acerca de la ausencia de tipicidad en estas expresiones que han sido consideradas como constitutivas de tres delitos. Reflejando esta sentencia que la tendencia jurisprudencial seguida en este sentido en España padece tres problemáticas. En primer lugar, respecto de las injurias a la Corona, los tuits enjuiciados son arrebatos antimonárquicos despreciativos, pero resulta excesivo calificarlos de delitos penales, alejándose considerablemente de la doctrina del TEDH, que ha señalado la difícil compatibilidad de los tipos penales que limitan la crítica a las instituciones estatales con el CEDH. En segundo lugar, respecto del enaltecimiento al terrorismo, la sentencia no aplica correctamente la jurisprudencia constitucional que exige un análisis estricto sobre si las

¹²² VÁZQUEZ ALONSO, V. J., *op. cit.*, p.396.

expresiones en cuestión realmente propician o alientan una situación de riesgo para personas, derechos de terceros o el sistema de libertades, la mera adhesión ideológica a posiciones políticas debería estar protegida por los artículos 16 y 20 de la Constitución Española, y no ser penalizada. Por último, respecto de las críticas a la policía, tipificadas en el artículo 504.2 CP¹²³, el Tribunal descarta de forma confusa que las críticas virulentas a la policía estén protegidas por la libertad de expresión. Estas críticas, aunque severas, están vinculadas a sucesos o procesos penales de relevancia pública que son cuestionables de ser penalizadas. El TEDH ha protegido expresamente el discurso anti policial como una forma de crítica al poder público y la "dignidad" institucional de los cuerpos de seguridad debe ser interpretada de manera restrictiva.

Para finalizar, resulta interesante sacar una serie de conclusiones sobre la situación actual que atraviesa España y su ordenamiento jurídico, pudiendo concentrarla en dos factores. El primero de ellos es la tipificación del delito de enaltecimiento al terrorismo en el ordenamiento jurídico español y las implicaciones que esto tiene para la comprensión jurídica de la peligrosidad del discurso público. Se está estableciendo una cultura en la que el derecho penal prevalece sobre el discurso dañino. Esta tipificación afecta la interpretación de la libertad de expresión, y se añade a esto la incorporación del concepto de "discurso de odio" en nuestra dialéctica jurídica. Este término a menudo parece ser indeterminado y frecuentemente se utiliza para excluir manifestaciones del ámbito protegido por la libertad de expresión.

En segundo lugar, observamos una tendencia a restringir la libertad de expresión en discursos que no cumplen con ciertos estándares de decoro y valor democrático, excluyendo así las expresiones más extremas o inusuales. Se percibe la necesidad de una teoría de la libertad de expresión que también considere su importancia para la autorrealización individual, y no solo su valor como herramienta democrática. En este contexto, se nota una menor adherencia

¹²³ Ver artículo 504.2 CP.

del ordenamiento jurídico español a la doctrina del TEDH, especialmente en lo que concierne a la protección penal de instituciones y símbolos.¹²⁴

Este incremento en la restricción está claramente asociado a la nueva interpretación de los riesgos que llevan consigo los discursos en un contexto tecnológico y de los *mass media*, que posibilitan un escenario nuevo e inexistente hasta la fecha, el fenómeno de la viralidad. No nos concierne en este trabajo, pero existe un gran debate doctrinal acerca del aguante de nuestro sistema de libertad de expresión e información a la brusca rotura que supone la comunicación en red. En el ordenamiento español podemos observar la confusa reacción ante la comprensión de los límites del humor, la sátira, el derecho de protesta, etc.¹²⁵

¹²⁴ VÁZQUEZ ALONSO, V. J., *op. cit.*, p.396.

¹²⁵ VÁZQUEZ ALONSO, V. J., *op. cit.*, p.396.

6 CONCLUSIONES

En el transcurso del trabajo hemos podido comprobar el complicado escenario que genera un contexto socio-político en el que la libertad de expresión es un derecho fundamental y esencia de las democracias modernas, pero en el que el odio se sitúa como elemento vertebrador. A su vez, toda la controversia que genera la limitación de esta libertad de expresión, en aras de garantizar la dignidad humana como el primer derecho fundamental que guía los ordenamientos europeos, y el peligro que se corre al limitar no solo los mensajes que verdaderamente atentan contra la dignidad de las personas, sino también aquellos que resulten malsonantes, ofensivos, molestos o puedan calificarse como extremos.

La definición del discurso de odio es poco clara, parece que es posible adjudicar algunas notas a la definición, pero la falta de unanimidad hace de su reconocimiento una tarea difícil. Dentro de las múltiples interpretaciones, se deduce que se trata de aquellas expresiones dirigidas contra colectivos especialmente vulnerables, que posean un fuerte elemento ofensivo que las caracterice y que esta sea su intención, la de ofender a través de insultos o provocaciones. Esto es importante por el mero hecho de no calificar de discurso de odio conductas diversas que manifiesten intolerancias y por ello sean definidos como odiosos, con el peligro que ello supone en la limitación de la libertad de expresión.

La propia conceptualización de la libertad de expresión ha sufrido cambios a lo largo de la historia, siendo necesario destacar el factor histórico como fundamento de los derechos, pues la circunstancia y condiciones en que van a desarrollarse será un aspecto clave para definir las características que van a poseer y las dificultades a las que van a enfrentarse. El ejercicio de los derechos está forzosamente determinado por el contexto material y las condiciones técnicas. En el devenir de la historia, la libertad de expresión ha abarcado desde libertad de palabra, imprenta, prensa, y los medios de comunicación como los medios técnicos de expresión del pensamiento, la opinión y la información. Las condiciones a día de hoy han seguido cambiando y con ello los canales de información mediante los que se expresa la opinión y se crea el debate público.

Hoy, las redes sociales e internet se presentan como la forma de expresión de la libertad de los individuos, así como el medio de proliferación del discurso de odio y sus consecuencias. Internet y las redes sociales han creado una nueva forma de espacio público, que presenta una dimensión con capacidad inclusiva y posibilidades de movilización social y de interacción, pero ha creado también unas redes de comunicación en las que prevalece lo sentimental y visceral a la deliberación. El mensaje es persuasivo y posee un potente efecto en términos de agresividad.

Los ordenamientos jurídicos han establecido sus propios límites en aquellos casos en que el mensaje difundido escapa de la esfera protegida, por lesionar otros derechos fundamentales. Esta limitación de derechos es la causante de enfrentamiento, habiendo que ponderar los derechos fundamentales en conflicto para que pueda prevalecer el que se considera amparado. Las democracias deben garantizar y fortalecer un sistema que fomente el debate y el intercambio de ideas de manera constante en un clima tolerante, contando la libertad de expresión con una particular protección en textos normativos nacionales e internacionales. Se ha realizado un estudio comparado de los dos sistemas de entendimiento del derecho a la libertad de expresión que guían el mundo contemporáneo, mediante la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A través de este análisis se ha comprendido la concepción norteamericana de la libertad de expresión, entendida de manera amplia y concebida como derecho fundamental supremo, solamente limitable cuando se trate de mensajes que incitan de manera directa y flagrante a la violencia o la comisión de un delito. Por otro lado, la concepción europea, con la dignidad humana como el derecho fundamental que guía sus sistemas democráticos, menos flexible a la hora de considerar punibles determinados discursos de odio cuando estos chocan frontalmente con otros derechos como el de igualdad. Esta diferencia en el tratamiento de la libertad de expresión no es casualidad, sino que está fuertemente influenciada por el pasado histórico de cada uno de los contextos geográficos, y no cabe duda que las consecuencias del Holocausto se traducen en los ordenamientos jurídicos y el tratamiento del odio a día de hoy.

En el caso español, se ha podido extraer la percepción de un taxativo entendimiento de la libertad de expresión por parte de los tribunales a la hora de aplicar delitos de opinión en términos de delitos de injurias a la Corona o enaltecimiento del terrorismo. España se separa de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando el Tribunal Constitucional como motivo de enjuiciamiento determinados discursos de carácter ofensivo, sin un análisis detallado de las características del sujeto pasivo del discurso en términos de vulnerabilidad, o desatendiendo la calificación del verdadero grado de peligrosidad que pudiera llegar a causar. Así se han enjuiciado penalmente calificados como delitos de odio y limitando su difusión discursos que tenían como sujeto pasivo la Corona o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con el peligro que esto puede acarrear en términos de libertad de expresión.

El instrumento utilizado para combatir el discurso de odio ha sido el Derecho Penal, recurso que no deja de ser criticable por su carácter expansivo. El Derecho Penal no tiene como objetivo práctico la consecución de una sociedad moralmente buena, sino para la sanción de comportamientos realmente graves, no sólo desagradables. El deseo de terminar con opiniones consideradas peligrosas puede acarrear un control institucional a través de las redes, transformando las democracias modernas en sociedades de delatores características de sistemas totalitarios.

Debe darse la importancia que corresponde a la identificación del colectivo vulnerable y centrar los esfuerzos en su protección. Pues se está produciendo una clara pérdida de la noción de vulnerabilidad, la única que se ha tomado como referencia para identificar a los colectivos protegidos. Esto provoca, en primer lugar, la alteración del tratamiento penal del discurso de odio del artículo 510 CP y cierta banalización respecto de la discriminación que sufren estos colectivos, por el hecho de tratar de la misma manera a todos los colectivos que puedan circunscribirse dentro de las categorías que integran los motivos de discriminación. Además, el aumento en la incriminación de conductas consideradas discurso de odio por criticar los sentimientos morales mayoritarios implica una lesión de la libertad de expresión que es prescindible y que puede desembocar en un “efecto desaliento” respecto de la libre expresión de ideas, debido al exceso de criminalización que este entendimiento del discurso de odio

supone respecto de las posiciones que difieren del pensamiento político y cultural hegemónico. Esto resulta muy problemático en cuanto al desarrollo de la opinión pública, y contribuye a que las verdaderas causas por las que deberían limitarse ciertos discursos extremos para la protección de los colectivos vulnerables, acaben diluyéndose en un *mare magnum* junto con otros motivos que no responden a los términos por los que el discurso de odio debe constituirse como límite de la libertad de expresión.

7 BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

ALCÁCER GUIRAO, R. “Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 14-2, 2012, pp. 2-32

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

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

ANSUATEGUI ROIG, F. J. “Los contextos de la libertad de expresión: paradigmas y nuevas fronteras”. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, núm 21, 2020, pp. 135–152.

AUSTIN, J.L., *How To Do Things With Words*, Oxford University Press, Great Britain, 1962.

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

CONSTANT, B. “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”. *Centro de estudios constitucionales*, 1989.

CORRECHER MIRA, J. “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”. *InDret*, núm 2, 2021, pp. 86-149.

CORTINA ORTS, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona, Paidós, 2017.

CORTINA ORTS, A. “Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática.” *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm 94, 2017, pp. 4-4.

CUEVA FERNÁNDEZ , R. “El «discurso del odio» y su prohibición.” *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, núm 35, 2012, pp. 437–455.

DE LUCAS MARTÍN, J. “Sobre autoritarismo y discursos de odio”. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm 155, 2021, pp. 13-25.

DÍEZ BUESO, L. “Discurso de odio en las redes sociales: la libertad de expresión en la encrucijada”. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm 61, 2020, pp. 50-64.

FISS O. “El efecto silenciador de la libertad de expresión”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm 4, 1996, pp. 7-17.

GRAU-ÁLVAREZ, J. “La libertad de expresión y discurso del odio: Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa”. *ICADE. Revista De La Facultad De Derecho*, núm 111, 2021, pp. 1–33.

MATIA PORTILLA, F. J. “Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España”. *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm 42, 2018, pp. 273-310.

PÉREZ DE LA FUENTE, Ó. “Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio: Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana.” *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm 21, pp. 90-127.

PÉREZ DE LA FUENTE, Ó. “Libertad de expresión y lenguaje del odio como un dilema entre libertad e igualdad”. *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, vol. 6, núm. 12, 2019, pp. 5-34.

PÉREZ DE LA FUENTE, Ó. “Libertad de expresión y performatividad. Análisis de algunos casos judiciales sobre lenguaje del odio y/o simbólico”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm 45, 2021, pp. 127-156

REVENGA SÁNCHEZ, M. “Los discursos del odio y la democracia adjetivada. Tolerante, intransigente, ¿militante?”, en REVENGA SÁNCHEZ M. (dir.) *Libertad de expresión y discursos de odio*, 2015, pp. 15-32.

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

TRIAS SAGNIER, J. “La negación del Holocausto. El caso de Violeta Friedman contra León Degrelle”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm 10, 2017, pp. 48-55.

URÍAS, J. “El discurso de odio como excusa”. *IDEES*, núm 50, 2020.

VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (2021). “Hasél II o La persecución penal de la inquina (a propósito de un texto de Jacobo Dopico)”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm 21, 2021, pp. 392-398.

ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

Velasco, M. (2021, 26 abril). La estrategia de Vox para normalizar el discurso de odio. *ElHuffPost*. https://www.huffingtonpost.es/entry/la-estrategia-de-vox-para-normalizar-su-discurso-de-odio_es_60816c26e4b0dff2540242d9.html

[Consultado 20 de abril, 2024]

Blanco, P. R., (2021, 21 abril). Vox miente sobre los 4.700 euros que Madrid paga por menor extranjero no acompañado. *El País*. https://elpais.com/elpais/2021/04/21/hechos/1619007080_623729.html

[Consultado 20 de abril de 2024]

Pozas, A. (2022, 8 marzo). El Supremo avala que Twitter suspendiera la cuenta de Vox por un mensaje racista. *elDiario.es*. https://www.eldiario.es/politica/supremo-avala-twitter-suspendiera-cuenta-vox-mensaje-racista_1_8811396.html [Consultado 20 de abril de 2024]

LEGISLACIÓN

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

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

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

Ley 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

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

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 diciembre 1979.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, Asamblea General de las Naciones Unidas, 21 de diciembre de 1965.

Ley Fundamental de Bonn, 1949.

Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

Espionage Act, 1917.

JURISPRUDENCIA

España

STC 214/1991, de 11 de noviembre.

STC 235/2007, de 7 de noviembre.

STC 117/2015, de 22 de julio.

STC 11/2016, de 20 de junio.

STC 35/2020, de 25 de febrero.

STS 135/2020, 7 de mayo de 2020.

Sentencia de 11 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa.

Europa

STEDH de 26 de noviembre de 1991, *Observer y Guardian c. Reino Unido*.

STEDH de 21 de diciembre de 1991 Da Silva Mouta C. Portugal.

STEDH, de 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*.

STEDH de 28 de julio de 1998 Ergin c. Turkey.

STEDH de 24 de junio de 2003, caso Garaudy c. Francia.

STEDH de 16 de julio de 2009 *Féret c. Bélgica*.

STEDH de 7 de junio de 2011 *Gollnisch c. Francia*.

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

Caso Luth, 1958.

Estados Unidos

Schenck v. United States, 1919.

Abrams v. United States, 1919.

Chaplinsky v. New Hampshire, 1942.

Gertz v. Robert Welch Inc., 1974

National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 1977

Snyder v. Phelps, 2011

Canadá

R. v. Keegstra, 1990

