

CUANDO LAS PALABRAS GENERAN ODIOS: LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL¹

When words spawn hate: Limits to freedom
of expression in the Spanish constitutional order

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

Universidad de Murcia
germanmanuel.teruel@um.es

Cómo citar/Citation

Teruel Lozano, G. M. (2018).

Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 13-45. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.01>

Resumen

Este trabajo tiene como objeto estudiar el discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español. En primer lugar, se identificará este sistema constitucional como abierto y personalista, lo que exige justificar los límites a la libertad de expresión en la existencia de una ofensa a un bien jurídico sin que la pura defensa de una idea pueda considerarse como tal. En segundo lugar, se evidenciarán las insuficiencias en la jurisprudencia constitucional en relación con el discurso del odio. En tercer lugar, se propondrán unos cánones abstractos

¹ Quiero expresar mi agradecimiento al profesor Víctor Vázquez por las sugerencias y comentarios críticos que han enriquecido este trabajo, el cual se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación “Protección de las minorías frente a los discursos del odio. La construcción multidisciplinar de la tolerancia desde el Derecho penal a las Políticas públicas” (DER2015-66189-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. La versión definitiva del mismo fue presentada para su publicación en marzo de 2018.

para justificar los límites a la libertad ante este tipo de discursos. Por último, se ofrecerá una caracterización del discurso del odio adecuada al marco constitucional.

Palabras clave

Libertad de expresión; discurso del odio; ponderación; proporcionalidad; principio de ofensividad.

Abstract

This paper aims to study the hate speech as a limit to freedom of speech in the Spanish constitutional order. First, this constitutional system will be identified as open and personalist, which asserts the harm principle so as to justify the limits to freedom of speech, excluding the advocacy of ideas as an offense. Second, the paper will analyze the shortcomings in constitutional jurisprudence in relation to hate speech. Third, it will propose abstract rules which define the limits to freedom of speech before hate speech. Finally, the paper will give a characterization of hate speech suitable to the constitutional framework.

Keywords

Freedom of speech; hate speech; balancing; proportionality; harm principle.

SUMARIO

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: TRES TESIS Y UN COROLARIO SOBRE EL DISCURSO DEL ODIOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. II. ¿MODELOS EN EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN? EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. III. LA CONTROVERTIDA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL DISCURSO DEL ODIOS. IV. RECONSIDERACIÓN DE LOS CÁNONES DE ENJUICIAMIENTO DE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UN ORDENAMIENTO ABIERTO Y PERSONALISTA ANTE DISCURSOS EXTREMOS: 1. Cuestión metodológica previa: enjuiciamiento de la adecuación de los límites penales a la libertad de expresión a través de una ponderación constitucionalmente orientada. 2. Cánones materiales de enjuiciamiento a la luz del bien jurídico protegido: 2.1 *Injuria, humillación o vejación de una persona por su condición sexual, racial, o por cualquier otro aspecto discriminatorio*. 2.2. *Amenazas reales*. 2.3. *Provocación que genere un peligro cierto e inminente de acciones prohibidas*. 3. Circunstancias a considerar en el enjuiciamiento en concreto del carácter ofensivo de las expresiones. V. PROPUESTA DE REDEFINICIÓN DE LA CATEGORÍA DEL DISCURSO DEL ODIOS ATENDIENDO A SU OFENSIVIDAD. VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. BIBLIOGRAFÍA.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: TRES TESIS Y UN COROLARIO SOBRE EL DISCURSO DEL ODIOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En un momento de crisis, cuando vuelve a observarse en Europa el ascenso de grupos sociales y de partidos políticos con discursos intolerantes que cuestionan los valores democráticos de convivencia, se hace más evidente la peligrosidad del denominado «discurso del odio» y se reclaman respuestas frente al mismo. Sin embargo, la necesidad de enfrentarse a este tipo de discursos ha mostrado también una preocupante tendencia restrictiva de la libertad de expresión que obliga a descender al porqué y a las razones últimas de su protección constitucional. Hay que afrontar no solo el problema de proteger la libertad, sino también el de justificarla².

Es notable el contraste que se da, por un lado, entre el amplio reconocimiento que las distintas cartas de derechos hacen de la libertad de expresión y la proclamación de su importancia para una sociedad democrática libre y, por

² Véase Bobbio (1997: 16), quien señala que el problema actual de los derechos se sitúa en la protección y no tanto en su necesidad de reconocimiento y justificación.

otro lado, los nuevos límites que el legislador impone, con la aparición de delitos de opinión cada vez más restrictivos e, incluso, con la extensión de la idea de que hay ciertas expresiones, ciertos discursos odiosos que por su propio contenido no deben tolerarse en el espacio público. Mensajes que deben excluirse, *ratione materiae*, del libre mercado de las ideas³. Parece olvidarse que en particular la libertad de expresión reclama su tutela «anche se (o meglio proprio quando) possa provocare reazioni nella società», como expresara Esposito (1958a: 990). En este sentido, la doctrina de la libertad de expresión, según ha advertido Scanlon, afirma «que los actos protegidos [por esta libertad] son inmunes a [limitaciones jurídicas], aunque de hecho acarreen daños que normalmente bastan para justificar la imposición de sanciones legales», y, precisamente por ello, porque esta conclusión puede parecer «irracional», se hace necesario construir una «defensa filosófica» de la libertad de expresión (Scanlon, 2014: 318).

A este respecto, en una aproximación «filosófica más que normativa» (Carbonell, 2014: 76), han surgido diferentes justificaciones de esta libertad que han ido evolucionando y matizándose con el tiempo y, en lo que es más importante, «han producido visiones contradictorias sobre la concreta naturaleza y el alcance de los legítimos derechos de expresión», como reconoce Rosenfeld (2000: 472). Siguiendo a este mismo autor podrían destacarse cuatro justificaciones clásicas a esta libertad⁴, en algunos casos complementarias y en otros contrapuestas⁵. La búsqueda de la verdad, que hundiría sus raíces en la filosofía utilitarista de Stuart Mill y que encontró su formulación jurídica más precisa en el célebre voto disidente del juez Oliver Wendell Holmes en el asunto *Abrams v. United States* [250 U.S. 616 (1919)] donde defendió la tesis del libre mercado de las ideas. La democrática, que destaca la función esencial

³ En relación con el negacionismo del Holocausto véanse, entre otras, las decisiones del TEDH de 24 de junio de 2003, asunto *Roger Garaudy v. Francia*; de 1 de febrero de 2000, asunto *Hans Jorg Schimanek v. Austria*; y de 7 de junio de 2011, asunto *Bruno Gollnisch v. Francia*; y la STEDH (Sección 2.ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto *Perinçek v. Suiza*, párrs. 51 y ss. En relación con discursos racistas, antisemitas, homófobos o islamófobos, véanse las decisiones del TEDH de 20 de febrero de 2007, asunto *P. Ivanov c. Rusia* y de 16 de noviembre de 2004, asunto *M. A. Norwood c. Reino Unido*.

⁴ *Ibid.* A este respecto puede verse también Carbonell (2014: 84). Con un interesante análisis de la fundamentación de la libertad de expresión, contrastando la visión norteamericana con la alemana, véase Pérez de la Fuente (2010).

⁵ En este sentido, el voto concurrente del juez Louis Brandeis en el caso *Whitney v. California* [274 U.S. 357 (1927)], en el que se sintetizan buena parte de estas justificaciones filosóficas a la libertad de expresión.

de la libertad de expresión en el autogobierno democrático pero que puede llevarse al extremo de justificar que se excluyan de protección formas expresivas que se consideran irrelevantes para la formación de la opinión pública en una democracia, como por ejemplo las manifestaciones artísticas o los discursos extremos que contravienen los valores democráticos⁶. La basada en el contrato social, de tipo procedimental en relación con la teoría de la justicia de Rawls (1990), afirma que la legitimidad de las instituciones políticas depende de que se alcance un acuerdo (real o hipotético) entre los miembros de la sociedad, lo que exige que estos adopten decisiones informadas en un espacio de discusión libre de cualquier tipo de idea, sin admitir restricciones *a priori*. Y, por último, la que atiende a la autonomía individual, reconociendo que los hombres son libres de elegir sus creencias e ideas sin que el Estado pueda convertirse en un censor. Según esta lectura, la persona es autónoma y ha de reputarse soberana en sus decisiones para formarse sus propios criterios, lo que exige dar protección a cualquier forma de expresión⁷. Más recientemente, como explica Rosenfeld, han surgido planteamientos que ponen su acento en cómo la libertad de expresión puede afectar a la autonomía y dignidad de los miembros de la comunidad, en particular de quienes pertenecen a grupos sensibles que se pueden ver afectados por discursos dominantes que resultan excluyentes⁸. Se abren así nuevos debates en la concepción de la libertad de expresión ante la realidad de las actuales sociedades multiculturales y la relevancia que adquiere la identidad⁹.

⁶ A este respecto constituye un clásico la visión de Meiklejohn (1948 y 1960), quien relaciona el concepto de democracia y el de autogobierno de las personas, justificando que no hubiera límites a la libre circulación de información e ideas para que los ciudadanos pudieran formarse su propia opinión sin interferencias públicas. También debe destacarse la obra de Kalven (1965).

⁷ Precisamente esta justificación sería la que habría reconocido el propio Milton en su discurso *Areopagítica*, y será la que posteriormente estaría en la base del pensamiento de Kant o, más recientemente, de Dworkin (2013).

⁸ En esta línea destaca la posición de Fiss (1996, 1997, 1999 y 2010) quien, poniendo en relación libertad de expresión, igualdad y democracia, se ha opuesto a la neutralidad estatal que predicaban las doctrinas liberales y ha reclamado «la protección de la integridad del discurso público —que asegure que el público escuche todo lo que debe escuchar—». Aunque no afecten directamente a la fundamentación de la libertad, sino al reconocimiento de sus límites, pueden verse también obras que buscan dar protección a distintas minorías frente a discursos extremos, como las de Waldron (2012 y 2016); Mackinnon (1993), y Matsuda (1993).

⁹ Como ha advertido Alcácer Guirao (2015: 70), refiriéndose al modelo europeo de reconocimiento de la libertad de expresión, «la multiculturalidad existente en la

Ahora bien, en la búsqueda de una adecuada fundamentación a la libertad de expresión considero que lo que no debe olvidarse nunca es que esta es probablemente más que ninguna otra la libertad de quien, a través de la palabra, quiere romper con lo establecido. Es la libertad del provocador, del sátiro, del disidente político, del hereje (Pulitanò, 2015: 8). Demuestra así una clara dimensión como derecho de defensa: para expresar ideas neutrales o conformes a los valores comunes de una sociedad no se necesita de la libertad de expresión. El primer acercamiento a esta libertad ha de ser, por ello, «liberal», reconociendo la misma como libertad negativa. Sin perjuicio de que, por otro lado, se reconozca que la libertad de expresión es más que eso y que esta ha de ser considerada, también, como una «libertad para» participar en democracia (Pérez de la Fuente, 2010: 107 y ss.; Carruso, 2013). Aún más, la libertad de expresión proyectada en el Estado social reclama una implicación activa de los poderes públicos para remover los obstáculos que puedan limitar el disfrute de todos los ciudadanos de una libertad igual e, incluso, ampara que el Estado intervenga para estimular «una deliberación robusta sobre las decisiones públicas que asegure la participación de los individuos y los grupos sociales en el proceso político» y para promover «concepciones de la vida buena que realicen el ideal de autonomía» frente a «las opciones consideradas malas o repugnantes» (Pérez de la Fuente, 2010: 122). Pero, y es aquí la clave, esta segunda dimensión no puede comportar la «institucionalización» o «funcionalización» de la libertad de expresión¹⁰; de una libertad que, como se ha dicho y se verá a continuación, es primero y antes que nada un derecho de defensa.

Esta complejidad en la fundamentación de la libertad de expresión ha llevado a que se reconozca una doble naturaleza a la libertad de expresión, en sentido individual e institucional. Así lo afirmaba tempranamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia al caso *Handyside c. Reino Unido* cuando declaraba que: «La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de [una sociedad democrática], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres»¹¹. El

sociedad es lo que legitima la restricción del discurso público, en aras a la protección de la dignidad identitaria de las comunidades culturales, étnicas o religiosas, o de grupos tradicionalmente minoritarios y discriminados».

¹⁰ A la «funcionalización de los derechos» se ha referido Solozábal Echevarría (1988: 145), cuyas conclusiones hago mías. En este sentido, en la doctrina italiana véase Barile (1984: 12).

¹¹ STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside v. Reino Unido* [traducción propia].

Tribunal Constitucional español, por su parte, también ha ido dibujando la compleja naturaleza de las libertades de expresión y de información y ha sostenido que son derechos de libertad, derechos de defensa frente al poder que exigen la no injerencia por parte de los poderes públicos y que no necesitan de reconocimiento alguno por el Estado¹²; aunque, al mismo tiempo, ha dado un notable peso a la opinión pública libre como fundamento esencial de estas libertades¹³.

Ocurre, y aquí sitúo la prevención de este trabajo, que el equilibrio entre estas dos dimensiones de la libertad de expresión podría estar alterándose como consecuencia del reconocimiento del discurso del odio como límite a esta libertad. La bienintencionada y necesaria protección de determinados grupos sociales articulada a través del castigo a ciertos discursos o, simplemente, privándoles de protección constitucional puede terminar implicando una «institucionalización» de la libertad de expresión y de esta forma puede menoscabar su naturaleza como derecho de defensa. Una preocupación que me lleva a formular tres tesis sobre el discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, que trataré de demostrar a lo largo del presente trabajo. La primera tesis que planteo es que en el ordenamiento constitucional español, definido como un orden abierto y personalista, para justificar una limitación a la libertad de expresión se ha de constatar la efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, excluyendo la pura defensa de unas ideas como forma ofensiva adecuada a estos efectos. Precisamente esta peculiar calificación constitucional como orden abierto y personalista es la que justifica que a lo largo de este trabajo las referencias comparadas se centren en Italia, o incluso en los Estados Unidos, más que en el Convenio de Europa o en Alemania, países con una concepción militante que nos aleja del modelo constitucional que aquí se tomará como referencia, tal y como se verá. Como segunda tesis sostendré la insuficiencia de los criterios jurisprudenciales que ha dibujado el Tribunal Constitucional en relación con el discurso del odio como límite a la libertad de expresión de acuerdo con las exigencias de un ordenamiento abierto y personalista. Y, como tercera tesis, propugnaré que, atendiendo a estos parámetros, solo es legítimo constitucionalmente restringir la libertad

¹² Así, por ejemplo, SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 77/1982, de 20 de diciembre.

¹³ En particular, véase la STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha negado que estas libertades tengan un carácter prestacional, si bien sí que ha reconocido que en ocasiones puedan deducirse de las mismas algunas obligaciones positivas para el Estado en aras de garantizar la mayor eficacia de las mismas en el marco de nuestro Estado social (STC 6/1981, de 16 de marzo, FFJJ 4 y 5).

de expresión en casos de discurso del odio cuando se constate de forma efectiva la existencia de una humillación o una amenaza real a una persona, o la generación de un peligro cierto e inminente de que se cometan actos violentos o discriminatorios. Por último, como corolario de lo anterior, ofreceré una definición del discurso del odio atendiendo a la ofensividad del mensaje.

II. ¿MODELOS EN EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN? EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El reconocimiento de la libertad de expresión está íntimamente imbricado con el concepto de democracia; o, por mejor decir, siguiendo a Revenga (2015: 15), puede convenirse que «la libertad de expresión se encuentra en una relación tan simbiótica con la democracia constitucional que cualquier debate sobre su contenido o sobre la razón de ser [de] las limitaciones a la libertad de expresarse acaba por convertirse en una discusión sobre los fundamentos y la justificación de la democracia misma». Lo cual ha llevado a que existan notables discrepancias entre las respuestas que ofrece cada ordenamiento constitucional a cuestiones relacionadas con la libertad de expresión y sus límites. Tanto que Bustos Gisbert (2015: 126-133), en un intento de analizar desde el pluralismo constitucional el discurso del odio y negacionista como límite a la libertad de expresión, ha concluido que «mas que un constitucionalismo en red» estaríamos ante un «constitucionalismo en caos», con evidentes diferencias conceptuales y contextuales entre los distintos ordenamientos.

Por tanto, afrontar un análisis sobre el contenido y límites a la libertad de expresión ante el discurso del odio exige fijar un modelo de referencia. Y a este respecto, aunque sea como «licencia académica» (Revenga Sánchez, 2015: 15), se suelen distinguir dos sistemas enfrentados¹⁴: por un lado, el modelo norteamericano, que se asocia a una visión «tolerante» de la democracia, anudada al reconocimiento de la libertad de expresión como libertad negativa que reclama del Estado una posición abstencionista, neutral y que, en especial, se muestra reacio a cualquier limitación de esta libertad en atención al contenido del discurso. Y, por otro lado, estaría el modelo asociado a Europa en el que la libertad de expresión es concebida como una libertad eminentemente positiva

¹⁴ A este respecto pueden verse, entre los más recientes en nuestra doctrina, Revenga Sánchez (2015) y Alcácer Guirao (2015). Asimismo, para acercarse al contraste entre la visión europea y la norteamericana, véase Coleman (2012); Krotoszynski (2004), y Bognetti (2005).

en el marco de una democracia militante¹⁵, también calificada «intransigente» (Revenga Sánchez, 2015: 29 y ss.), que compromete activamente al Estado como garante del debate público, aunque ello exija expulsar ciertos tipos de discursos del libre mercado de las ideas. Sin embargo, siendo lo anterior cierto, comparto con Bustos Gisbert (2015: 142) que esta narrativa que se ha señalado como «europea» solo caracteriza a algunos Estados del continente y, como mucho, es extensible en el ámbito regional al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; pero con carácter general no se puede trazar un modelo europeo común en el reconocimiento de la libertad de expresión. Así las cosas, a mi juicio, el ordenamiento español —como también le ocurre al italiano— no se compadecería con los modelos ni tolerante norteamericano ni intransigente europeo antes citados. Considero, en este sentido, que nuestro ordenamiento respondería a un modelo abierto¹⁶ y personalista¹⁷.

Esta caracterización se basa, esencialmente, en el reconocimiento de la libertad como un derecho de la propia persona para su desarrollo libre y autónomo, aunque resulta «egoísta»¹⁸. Ello lleva, en primer lugar, a que su

¹⁵ La formulación original de esta categoría se encuentra en Lowenstein (1937: 417 y ss.). También resulta de notable interés el estudio de Fox y Nolte (1995: 1-62).

¹⁶ Así, Nuvolone (1966: 353) definía la «città aperta» como «una “civitas” il cui ordinamento giuridico è incardinato sul principio della libertà per tutti di manifestare la propria opinione su qualsiasi argomento...». En sentido similar, Mantovani (1968: 363). De manera general pueden verse las obras de Lucas Verdú (1993); Díaz Revorio (1997) y, por supuesto, Popper (2010).

¹⁷ Al referirme en este trabajo a ordenamientos de tipo personalista entiendo por tales aquellos que sitúan el reconocimiento de la persona, sus derechos inherentes y sus libertades fundamentales como núcleo irreductible reconocidos como un fin en sí mismo para el libre desarrollo de la persona; por tanto, no susceptible de «funcionalización» (*funzionalizzazione*) en pro de otros valores sociales o culturales, religiosos o políticos. Esto último lo diferencia de la concepción funcional, según la cual la libertad vendría reconocida para dar protección a unas «particolari finalità ultraindividuali», desde finalidades sociales o públicas a democráticas, o incluso para la defensa de una determinada verdad o cualificación ideológico-política (Mantovani, 1968: 12). No obstante, como señala este autor, en rigor ambas caracterizaciones son «funcionales», ya que en la primera el reconocimiento se daría en función del individuo y en la segunda en función de esos otros fines supraindividuales. En relación con las distintas fundamentaciones filosóficas antes expuestas, la concepción personalista de la libertad de expresión hundiría sus raíces en la visión basada en la autonomía individual.

¹⁸ Uno de los más preclaros exponentes de esta visión ha sido Esposito (1958b: 8-9), el cual ha reconocido la libertad de manifestación del pensamiento entre los «diritti

delimitación no admita excluir ningún tipo de discurso por su contenido¹⁹, por lo que debería rechazarse cualquier intento de configurar el ámbito inicialmente protegido de la libertad de expresión a partir de unas materias «privilegiadas»²⁰, como tampoco resultaría legítimo excluir *ratione materiae* ciertos tipos de discursos por aquello que idealmente defienden o propugnan por mucho que contrasten con el orden constitucional de valores. No cabe la imposición de «dogmas» ideológicos como límites a la libertad (Merli, 2008: 94) que terminen por «trasformare lo Stato in una Chiesa con i suoi dommi da garantire contro gli infideli» (Esposito, 1958b: 52). Y, en segundo lugar, implica que las limitaciones a la libertad de expresión habrán de estar justificadas en un daño o puesta en peligro de un bien jurídico constitucional principalmente de carácter individual, sin perjuicio de otras que se puedan imponer por razones de tiempo, modo y lugar. En este sentido, el Tribunal Constitucional, además de rechazar que el modelo español responda al de democracia militante, ha concluido que: «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 [...] *a non ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional*»²¹. Todo lo cual no excluye que también se afirme la importancia de esta libertad para el orden democrático y se reconozca su dimensión como valor objetivo del ordenamiento, como ya se ha advertido anteriormente con cita a una nutrida jurisprudencia constitucional.

En una concepción abierta y personalista el Estado puede adoptar una posición activa para la remoción de obstáculos a los efectos de que cualquier ciudadano pueda disfrutar de forma efectiva de esta libertad y para estimular en el espacio público aquellos discursos que el Estado considere que contribuyen

individualistici» que son «attribuiti all'«uomo» come tale a vantaggio dell'uomo, al singolo per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei duoi bisogni e desideri individuali...»; y añadía que viene garantizada «al singolo come tale independentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato, independentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalle funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito perchè l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insime operare: i vivi con i vivi ed i morti con i vivi e non per le utilità social delle unioni di pensiero».

¹⁹ De manera muy clara así lo ha afirmado Solozábal Echevarría (1998: 144).

²⁰ Esta posición fue afirmada en la doctrina italiana por Fois (1957) y Delitala (1976: 951 y ss.). Sirva la contestación de Barile (1984: 82).

²¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4.º (énfasis míos).

positivamente a la realización de los valores constitucionales y a la formación de una adecuada opinión pública libre. Así, esta concepción abierta y personalista de la libertad, a diferencia del modelo norteamericano que se construye sobre un ideal de neutralidad institucional en el debate público, se enmarca en el reconocimiento del Estado social y democrático, lo que permite que la intervención estatal trascienda a la perspectiva puramente abstencionista o, como mucho, censura cuando se superan los (restrictivos) límites a su ejercicio.

Ahora bien, sin negar esa relevancia «ultraindividual» de la libertad (Mantovani, 1961: 16), la concepción personalista se ha de imponer como un *prius* con respecto a la caracterización funcional o institucional²². Al final, como ha sostenido Solozábal Echevarría (1998: 145), «el problema importante no es el de reconocer una transcendencia indudable, en el terreno político fundamentalmente, a la libertad de expresión, cuestión esta que nadie niega, sino el de atribuir consecuencias jurídicas a la misma, aceptando que tal relieve convierta a los derechos de comunicación de derechos fundamentales individuales en simples derechos cubiertos con una garantía institucional».

Pues bien, será bajo el prisma axiológico de un modelo abierto y personalista a partir del cual se estudie en este trabajo el discurso del odio como límite a la libertad de expresión.

III. LA CONTROVERTIDA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL DISCURSO DEL ODIO

El Tribunal Constitucional ha ido consolidando una jurisprudencia en relación con los límites a la libertad de expresión ante discursos extremos en general, y ante el discurso del odio en particular, que por mucho que se ha ido consolidando en el tiempo sigue presentando unos perfiles en algunos puntos controvertidos²³. A este respecto cabe destacar cómo el Tribunal

²² En este sentido, como dijera Esposito (1958b: 12), «non la democraticità dello Stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà, sicchè possa determinare la funzione ed i limiti, ma che le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà (e cioè del valore della persona umana) porta tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico». Por su parte, Barile (1984: 10) la ha calificado como una libertad «“anche” funzionale».

²³ Las primeras sentencias datan de los años noventa y versaron sobre casos que afectaban a discursos racistas y negacionistas del Holocausto. Fueron los casos conocidos como *Violeta Friedman* (STC 214/1991, de 11 de noviembre) y *cómic racista* (STC 176/1995, de 11 de diciembre). Posteriormente, el Tribunal Constitucional declaró

Constitucional no ha dudado en reconocer, al menos en términos generales, la relevancia de la libertad de expresión como «uno de los pilares de una sociedad libre y democrática»²⁴, aunque ello no la haga inmune a limitaciones cuando entre en colisión con otros bienes constitucionales. Y, en este sentido, en lo que más interesa a este trabajo, el Tribunal, como se acaba de señalar en el apartado anterior, parece haber consagrado el «principio del daño». Ello obliga a distinguir entre aquellas expresiones cuya restricción sería legítima al lesionar de forma efectiva bienes jurídicos; de otras que, por mucho que no sean «digna[s] de respeto» para la «moral cívica» en una sociedad abierta, van a estar amparadas por no revestir suficiente gravedad²⁵. Como ha destacado Alcácer Guirao (2018: 15), siguiendo a Schauer y Bollinger, «si las democracias deben proteger la libertad de expresión no es porque no cause daños, sino *pese* a los daños que causa» —de ahí la necesidad de valorar adecuadamente la lesividad de los discursos para justificar su proscripción—. Algo que el Tribunal Constitucional ha incorporado a su jurisprudencia al reconocer, por un lado, que «la mera circulación pública de ideas o doctrinas» no puede estar sujeta a controles por parte de los poderes públicos²⁶ (lo que en términos de la doctrina norteamericana sería la *advocacy of ideas*), y, por otro, que no será legítimo excluir de protección constitucional porque las ideas u opiniones expresadas resulten «contrarias a la esencia misma de la Constitución»²⁷. Se descarta así que nuestro sistema se corresponda con «modelo de “democracia militante”»²⁸. Unas conclusiones que le han llevado, por ejemplo, a la decisión, en cierto modo «valiente» (Alcácer Guirao, 2018: 19), de declarar que la pura negación o cuestionamiento del Holocausto y de la actuación nazi, por muy reprochable que resulte, va a estar amparada por la libertad de expresión²⁹.

Por el contrario, de forma contradictoria con estos postulados, y aun cuando se puedan considerar más como excesos retóricos que como núcleo de

inconstitucional la expresión «nieguen o» del delito de negacionismo del genocidio (art. 607.2 del Código Penal vigente en ese momento) y realizó una interpretación constitucionalizada del resto del precepto (STC 235/2007, de 7 de noviembre). De forma más reciente, en las SSTC 177/2015, de 22 de julio, y 112/2016, de 20 de junio, se ha pronunciado en sendos recursos de amparo en condenas por un delito de injurias a la Corona y otro de enaltecimiento del terrorismo.

²⁴ Entre otras muchas, STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.a).

²⁵ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, doctrina que ha ido manteniendo en las sentencias posteriores.

²⁹ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8.

la *ratio decidendi* de las decisiones, en la jurisprudencia del Constitucional también se encuentran vestigios de una clara «funcionalización» de esta libertad en casos en los que ha privado de protección a discursos antidemocráticos —calificados como discurso del odio—, destacando que la finalidad de la libertad de expresión es «contribuir a la formación de una opinión pública libre»³⁰.

Al final, cuando se trata de mensajes que el Tribunal Constitucional reconoce como discurso del odio, parece que se cae en una valoración «hipertrofiada» de su lesividad (Alcácer Guirao, 2018: 15). Algo que se agrava por la falta de precisión de esta categoría en la propia jurisprudencia constitucional. En este sentido, el Constitucional empezó identificando el discurso del odio con aquellas manifestaciones «de carácter racista o xenófobo» que van a resultar vilipendiadoras o humillantes, y con las que suponen una «incitación racista», algo que, siguiendo la jurisprudencia de Estrasburgo, concretaba como la «incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular»³¹. Unos discursos que quedaban excluidos de protección constitucional. Sin embargo, en las sentencias más recientes el Tribunal ha llevado su concepción del discurso del odio al paroxismo, extendiendo el mismo al puro discurso intolerante³². Una inter-

³⁰ Así, en la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4, aunque el Tribunal se refería al lenguaje de odio incorporado por los mensajes y a su hostilidad, enfatizaba que tales discursos no encontraban cobertura en la libertad de expresión por ser cooperadores con una «intolerancia excluyente», que no contribuye a la formación de la opinión pública y que resulta incompatible con el «sistema de valores de la democracia». También en su STC 176/1995, de 11 de diciembre, afirmaba que era evidente que el cómic sancionado entraba «en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales», en contradicción con la protección de la infancia y la juventud reclamada constitucionalmente, y reconociendo la moral como un límite a la libertad de expresión.

³¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5. En las sentencias previas el Tribunal Constitucional, aunque afrontaba casos claramente reconocibles dentro de lo que terminará entendiéndose por discurso del odio, no incorpora todavía esta categoría a su jurisprudencia.

³² En la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4, se ampliaba la categoría del discurso del odio más allá de lo que denomina sus formas «más toscas» (cuando se proyectan sobre las «condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas»), y se incluían otras facetas de lo que el Tribunal denomina «discurso fóbico», «siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes». No quedarán amparados aquellos mensajes que inciten «al odio y la

pretación que sin lugar a dudas supone una «banalización» de la propia categoría y desfigura los límites a la libertad de expresión, al punto de que el propio Tribunal Europeo ha terminado por censurarla³³.

Descendiendo en concreto al conflicto entre discurso del odio y libertad de expresión, el Tribunal Constitucional ha identificado que el ejercicio de esta entraría en colisión, fundamentalmente, con el honor, reforzado por otros bienes como la dignidad humana y la prohibición de discriminación³⁴. Ahora bien, aunque el Tribunal partía de una concepción «personalista» de este bien jurídico, al final terminó superando la misma³⁵. En primer lugar, al proscribir insultos a personas «individualmente consideradas» cuando fueran realizados de forma «innominada, genérica o imprecisa», es decir, que no estuvieran «perfecta y debidamente individualizados ad personam»³⁶. Y, en segundo término, cuando reconoció la condición como sujetos pasivos a

intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia» o que «que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural». Una doctrina que ha mantenido en la STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 2.ii).

³³ Así se ha concluido en la STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera v. España*, en la que ha estimado que la condena por injurias al rey que juzgó la STC 177/2015, de 22 de julio viola la libertad de expresión al no poder entenderse como necesaria la sanción impuesta. En su argumentación el Tribunal Europeo entiende que por provocadoras que fueran la quema de los retratos no puede entenderse como una forma de discurso del odio ni de provocación a la violencia. Ya en su voto disidente a la STC 177/2015, de 22 de julio, el magistrado Juan Antonio Xiol cuestionó la «banalización del discurso del odio» en la que había caído la sentencia. En este mismo sentido el voto particular de la magistrada Adela Asúa, al que se adhiere el magistrado Fernando Valdés, reprochó que la interpretación que hace la sentencia de la categoría del discurso del odio, «no solo carece totalmente de sustento fáctico, sino que desfigura el concepto del “discurso del odio” y distorsiona peligrosamente su alcance». También Alcácer Guirao (2018: 18) ha criticado esta «maniobra de prestidigitación conceptual» por la que se ha vaciado el concepto de discurso del odio para identificarlo con «la mera manifestación de hostilidad».

³⁴ Véanse, en particular, las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; o la 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

³⁵ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 6.b).

³⁶ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 6.b). Así entendido, y como explicaba el propio Tribunal, se trataría de ataques que vejan u ofenden a una persona, «aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad». De tal suerte que, al entender del Tribunal Constitucional, una expresión vejatoria dirigida genéricamente contra un pueblo o raza lesionará, sin lugar a dudas, los derechos de los

grupos sociales como el «pueblo judío»³⁷, y no solo a personas jurídicas con base personalista. Se le dota de esta forma al honor de una «dimensión colectiva»³⁸ que, reforzado por una visión supraindividual de la dignidad humana, termina erigiéndose en un «superlímite» a la libertad de expresión (Teruel Lozano, 2015: 368, 538 y ss.)³⁹. Algo que exige estudiar más en detalle su jurisprudencia sobre las pautas generales que ha acuñado el Tribunal para resolver estos casos.

Así, valorando las pautas o criterios que justifican la privación de amparo constitucional a este tipo de discursos, el Tribunal Constitucional ha señalado los siguientes: en primer lugar, ha excluido de protección a «las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes»⁴⁰. Ahora bien, si con carácter general se asume que la libertad de expresión no ampara un derecho al insulto, entendido como expresiones «absolutamente vejatorias», aquellas «ofensivas u oprobiosas»⁴¹, o como las que siendo formalmente injuriosas no resultan necesarias para la exposición, en los supuestos de discurso del odio basta un juicio sobre la intención y el contenido racista o xenófobo de los mensajes para excluirlos de protección⁴². Asimismo, el Tribunal tampoco ha admitido que se dé protección a los discursos apologetas «de los verdugos» que comporten humillación de las víctimas⁴³.

miembros de tal grupo. En este sentido, véase también STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5, último párrafo.

³⁷ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2. En la STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3, el Tribunal apuntaba esta posibilidad aunque se centró en la cuestión de la legitimación más que en la titularidad del bien jurídico que, en aquel caso, era de la Sra. Friedman, aunque se hubiera visto lesionado de forma mediata por los ataques al pueblo judío según se ha dicho en la nota anterior.

³⁸ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2.

³⁹ Véase también Alcácer Guirao (2018: 19).

⁴⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5. En sentido similar, SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5.

⁴¹ Entre otras muchas, STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 9.

⁴² Así, aunque el Tribunal Constitucional refiera con carácter general en sus sentencias su doctrina general sobre el derecho al insulto como límite termina por admitir la sanción de expresiones por su «carácter» racista o xenófobo o por su «intención» cuando estén destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra ciertos grupos. Véanse las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 235/2007, de 7 de noviembre, FFJJ 5 y 6. En sentido crítico, Alcácer Guirao (2018: 16 y ss.) y Teruel Lozano (2015: 293 y ss.)

⁴³ Entre otras, STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5, retomando la jurisprudencia de su sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5.

En segundo lugar, no encontrarán amparo constitucional los discursos incitadores a determinados delitos de particular gravedad. Aquí el Tribunal ha distinguido dos supuestos: por un lado, teniendo en cuenta la «especial peligrosidad» del mal que se quiere prevenir⁴⁴, ha justificado que se castiguen formas de incitación indirecta a la comisión de delitos como el genocidio o el terrorismo, exigiendo una genérica peligrosidad y una débil idoneidad como forma de incitación⁴⁵. Por otro lado, también ha concluido que no estarán amparados los discursos que supongan una provocación a la discriminación, al odio o a la violencia. En estos casos ha requerido que tales conductas representen «un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación»⁴⁶. Pues bien, acogiendo esta lectura constitucionalizada, el Tribunal Supremo ha reinterpretado estos delitos y, tras abandonar su concepción

⁴⁴ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 9, que retoma en la STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 3.

⁴⁵ Así, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 9, se consideraba legítimo castigar penalmente este tipo de conductas «aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia». De forma más precisa, en la STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 3, se advierte que la sanción penal del discurso del odio requiere «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades». Algo que no ha de interpretarse como una exigencia de peligro concreto sino de un peligro potencial o hipotético. Y es que, como aclara el propio Tribunal, lo que se requiere es que tales manifestaciones de discurso del odio propicien o alienten, «aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo», pero no que la creen de forma efectiva (FJ 4). Como mucho, lo que ha de crearse es «un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas» (FJ 5). De tal suerte que lo que se va a valorar es la incitación como «acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta», su «idoneidad para contribuir a perpetuar una situación de violencia» (FJ 5). Una visión que, como el propio Tribunal Constitucional reconoce, se comparece con la que viene manteniendo el Tribunal de Estrasburgo. Con un análisis de la doctrina de este último, véanse Valero Heredia (2017), Teruel Lozano (2017) y Sottiaux (2003 y 2011). Más burda ha sido, sin embargo, la apreciación del riesgo evidente para el orden público de la quema de los retratos de los Reyes en la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 5; tanto que, como se ha dicho, ha terminado dando lugar a una condena por la STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera v. España*, donde se ha descartado que se hubiera dado tal situación de riesgo.

⁴⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 9

como formas de peligro abstracto, los ha redefinido como tipos de peligro potencial o hipotético⁴⁷.

Por último, el Tribunal Constitucional ha mantenido su jurisprudencia sobre las amenazas, excluyendo de protección a los mensajes que «incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores»⁴⁸, aunque en su aplicación a mensajes que reconoce como discurso del odio la valoración del efecto coactivo real que los mismos hubieran presentado ha quedado totalmente diluida en genéricas apreciaciones sobre la finalidad o el significado excluyente del discurso⁴⁹.

A la luz de lo cual puede concluirse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con los límites de la libertad de expresión ante discursos extremos presenta una virtud y una deficiencia. La virtud sería haber reconocido el carácter abierto de nuestro ordenamiento constitucional y, en consecuencia, haber deducido la exigencia del principio del daño como presupuesto para legitimar un límite a la libertad de expresión, excluyendo de tal consideración la pura discrepancia o contradicción por las ideas que se defiendan. Esto le ha permitido fijar una serie de pautas ofensivas que reconoce como límites a la libertad de expresión ante este tipo de discursos, según se ha visto. La deficiencia de esta jurisprudencia estaría entonces en la amplitud de estos cánones, con un contenido ofensivo basado en la intencionalidad o en peligrosidades potenciales y, como consecuencia de ello, en su aplicación concreta a partir de genéricas presunciones y de pretendidas idoneidades sin un auténtico sustento fáctico como ofensas⁵⁰. Al final, el Tribunal Constitucional aplica unos criterios que se acercan más al test del *bad tendency* que al *clear and present danger* (Sottiaux, 2003 y 2011).

⁴⁷ Sobre los delitos de provocación al odio, STS 259/2011, de 12 de abril. Y sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo, aunque con una jurisprudencia en algún punto contradictoria, STS 378/2017, de 25 de mayo. En sentido similar pueden verse las SSTs 560/2017, de 13 de julio; 600/2017, de 25 de julio; y 52/2018, de 31 de enero. Previamente ya había avanzado esta lectura restrictiva del tipo penal en la STS 354/2017, de 17 de mayo. Se han alejado de esta doctrina las SSTs 4/2017, de 18 de enero; y 706/2017, de 27 de octubre.

⁴⁸ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4, retomando la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 15.

⁴⁹ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4.

⁵⁰ A este respecto véanse los contundentes votos particulares de la magistrada Adela Asúa, al que se adhiere el magistrado Fernando Valdés, a la STC 177/2015, de 22 de julio, y del magistrado Juan Antonio Xiol, a esta misma sentencia y a la STC 112/2016, de 20 de junio.

IV. RECONSIDERACIÓN DE LOS CÁNONES DE ENJUICIAMIENTO DE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UN ORDENAMIENTO ABIERTO Y PERSONALISTA ANTE DISCURSOS EXTREMOS

1. CUESTIÓN METODOLÓGICA PREVIA: ENJUICIAMIENTO DE LA ADECUACIÓN DE LOS LÍMITES PENALES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A TRAVÉS DE UNA PONDERACIÓN CONSTITUCIONALMENTE ORIENTADA

Como se ha podido comprobar, el Tribunal Constitucional, cuando se acerca a supuestos de colisión de la libertad de expresión con otros bienes, realiza una doble operación lógica, aunque en ocasiones no resulta todo lo clara que sería deseable⁵¹: primero identifica los bienes en conflicto y luego los criterios o cánones que, aplicados al caso en concreto, permitirán decidir sobre la legitimidad constitucional de la injerencia. Ya sea en su enjuiciamiento de decisiones judiciales como de la validez abstracta de una ley, el Tribunal supervisa la ponderación realizada por los jueces al aplicar la norma limitadora o somete a un juicio de proporcionalidad a la misma para ver en qué medida esta ha respetado el contenido constitucionalmente protegido del derecho en juego.

Pues bien, precisando el esquema que mantiene el Tribunal, en este trabajo se partirá de una concepción amplia de los derechos fundamentales: se entiende que todo derecho fundamental cuenta con un espacio garantizado

⁵¹ Así, el Tribunal Constitucional en ocasiones parece haber situado en el ámbito de la delimitación del contenido del derecho, y no en el de la limitación del mismo, el enjuiciamiento de si una conducta constituye ejercicio lícito del derecho fundamental o si, por el contrario, encaja como un ilícito penal (cfr. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ. 2.e) donde recoge su doctrina al respecto). O en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ. 5, el Tribunal concluía que la redacción vigente del delito interfería en el ámbito propio de la delimitación del derecho y penetraba en su contenido esencial. Y sobre la complejidad de los criterios que incorpora el Tribunal Constitucional en este juicio de proporcionalidad al revisar la ponderación de los jueces véase la STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 6, donde, entre otras cosas, refiere que el campo de acción de la libertad de expresión viene «delimitado» por la «ausencia de expresiones injuriosas», algo que, a mi entender, entraría en la valoración de la limitación. Con un minucioso estudio, en el que se reconoce la «confusa» terminología del Tribunal y se sintetiza su jurisprudencia, vid. Rodríguez Montañés (2012: pp. 55 y ss). También resulta de especial interés sobre la delimitación y limitación de la libertad de expresión Magdaleno Alegría (2006: pp. 107 y ss.) y Aragón Reyes (2000). Con carácter general, véanse, entre otros muchos: Bastida Freijedo (2004), Díez-Picazo (2008), y Medina Guerrero (1996).

constitucionalmente *prima facie* (delimitación), que podrá verse restringido cuando se dé una colisión con otros bienes o valores constitucionales (límites externos), respetando en todo caso los «límites de los límites», entre los cuales el juicio de proporcionalidad⁵². Por ello considero particularmente importante definir categorías de discursos que identifiquemos como límites, para lo cual será necesario encontrar los cánones o reglas que justifiquen su ofensividad. Por último, a la hora de afrontar la revisión constitucional de estos límites se apuesta entonces por operar metodológicamente siguiendo un *definitional balancing*, convertido en una suerte de «ponderación constitucionalmente adecuada» (u orientada) que requiriera un primer juicio de «ponderación de reglas o ponderación abstracta» antes de llegar a la «ponderación orientada al caso en concreto» (Medina Guerrero, 2002: 1688). En particular, ello lleva a que, al enjuiciar un límite a la libertad de expresión, en aquello que Solozábal Echevarría (1998: 149) ha denominado el «juicio de constitucionalidad sobre esa concretización del derecho fundamental», deba atenderse a la ofensividad constitucional como un «*prius* lógico» que ha de fundar cualquier limitación. Este enjuiciamiento se podría articular a través de un «juicio de racionalidad o de adecuación» del límite que podría encajarse como un momento previo al juicio de proporcionalidad⁵³, en el cual se valoraría la vinculación negativa del

⁵² En relación con el principio de proporcionalidad y la ponderación, resultan imprescindibles Alexy (2007); Bernal Pulido (2005), y Prieto Sanchís (1990 y 2003). Para una visión crítica, véase García Amado (2013 y 2016).

⁵³ Siguiendo con matices a Rodríguez Montañés (2012: 59), se trataría de enjuiciar la constitucionalidad de los límites a la libertad de expresión, especialmente penales, a partir de un juicio sucesivo en dos pasos: en primer lugar, «un juicio de racionalidad o adecuación sobre la justificación de la limitación», que ha de justificar cualquier límite a un derecho fundamental, especialmente si este es penal (así, SSTC 111/1993, FJ 9; 55/1996, FJ 7; 161/1997, FJ 10). Este juicio exigiría identificar los bienes constitucionalmente relevantes y valorar la restricción a la libertad que conlleva la conducta que se limita, su ofensividad, para hallar esa frontera entre lo constitucionalmente amparado y lo injusto. Por ello son útiles los cánones constitucionales. Este entroncaría con lo que Vives Antón (2011: 820 y ss.), desde la perspectiva penal, ha llamado el «principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», presentando este como un «bien jurídico procedimental». También creo que podría relacionarse con el juicio de racionalidad que invocaba el magistrado Jiménez de Parga y Cabrera en su voto particular a la STC 55/1996, de 28 de marzo. El segundo juicio sucesivo sería entonces un «juicio de proporcionalidad», siguiendo su formulación clásica (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta). El fin último de este juicio sería valorar la proporcionalidad entre el reproche de injusto propio de la conducta con la magnitud de la respuesta jurídica. Juicio que en el caso penal debería verse reforzado como consecuencia del principio de

legislador y de los jueces al contenido constitucional de la libertad definido por los cánones y reglas antedichas.

Por ello en los siguientes apartados se estudiarán primero esos cánones generales de enjuiciamiento y luego los elementos fácticos que en el caso en concreto permiten determinar la gravedad de la lesión o puesta en peligro y, en consecuencia, si constitucionalmente se trata de una conducta amparada o no.

2. CÁNONES MATERIALES DE ENJUICIAMIENTO A LA LUZ DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

2.1. *Injuria, humillación o vejación de una persona por su condición sexual, racial, o por cualquier otro aspecto discriminatorio*

Como se ha señalado el discurso del odio puede lesionar el honor de las personas cuando nos encontremos con mensajes insultantes o que impliquen una humillación o vejación a una persona. Protege frente a la deshonra o la difamación, frente a aquello que pueda mermar la estima o la reputación social de una persona. Conductas que ciertamente no pueden quedar amparadas por la libertad de expresión. Ahora bien, en un orden abierto y personalista el honor tiene un contenido esencialmente individual, vinculado con la dignidad humana de una persona «individualmente considerada», pero no como un bien colectivo o con dimensión supraindividual.

Así las cosas, desde esta perspectiva, aunque se acepte dar protección al honor de personas jurídicas, sin embargo no pueden asumirse las ofensas a un

extrema ratio y de otros principios penales con relevancia constitucional (Mir Puig, 2010: 74). El Tribunal, por su parte, no parece asumir una posición tan amplia y ha reducido este juicio a valorar si el legislador hubiera incurrido en un «derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria» (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8). En otros casos ha considerado también el posible efecto disuasorio que pudiera generar la sanción de conductas cuando estuviera en juego el potencial ejercicio de una libertad fundamental [en particular STC 136/1999, de 20 de julio; y en doctrina Cuerda Arnau (2007: 29)]. Por mi parte comparto que, como afirmaran los magistrados García Manzanao y Gimeno Sendra en su voto particular a la STC 161/1997, de 2 de octubre: «la proporcionalidad no significa tan solo, desde mi punto de vista, una adecuación de medios a fines desde la perspectiva cuantitativa, [...] o, al menos, no sólo es encuadrable la proporcionalidad en tal dimensión cuantitativa». A este respecto véase también la STC 136/1999, de 20 de julio, y la crítica realizada por el magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera en su voto particular (punto 5 de las conclusiones).

genérico grupo o a un pueblo, reconociendo a estos como titulares de un derecho al honor colectivo, como parece deducirse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁴. Cuestión distinta es que ante determinados ataques pueda reconocerse el interés legítimo de ciertos colectivos desde la perspectiva de su legitimación activa en un proceso⁵⁵.

Como tampoco creo que resulten convincentes las tesis que, sin pretender abandonar un acercamiento personalista, sostienen que la difusión de mensajes racistas o xenófobos menoscaba el reconocimiento y el estatus de la persona fomentando una «sociedad del desprecio»⁵⁶. Esta visión sobredimensiona la protección del honor frente a la libertad de expresión, por un lado, extendiendo aquello que se considera ofensivo «a cualquier expresión vejatoria o que genere “sentimientos de hostilidad” hacia personas o grupos», y, por otro, quitando «toda relevancia al criterio de la innecesidad de tales manifestaciones ofensivas para la transmisión del mensaje», tal y como ha señalado Alcácer Guirao (2018: 18). Lo cual lleva a su vez a desconocer que en muchas ocasiones este tipo de mensajes tienen relevancia pública o, cuando menos, pretenden trasladar a la sociedad determinados debates, por muy polémicos o molestos que resulten. Y, por esta razón, estas genéricas ofensas contra un grupo o colectivo evidencian que la respuesta a las mismas ha de venir dada con más y mejores discursos, no mediante represión y censura. ¿O es que se pretende negar la «responsabilidad moral» de los ciudadanos? (Dworkin, 1996: 200).

Aún más, a diferencia de la visión americana, en un orden abierto y personalista el Estado dispone de mecanismos muy potentes para promover otros discursos que ayuden precisamente a contrarrestar cualquier genérico intento de intoxicar a la opinión pública y, de hecho, nada le impide intervenir precisamente para promover en el espacio público valores positivos de convivencia y para asegurar la posición y el reconocimiento de estos

⁵⁴ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 3.

⁵⁵ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3

⁵⁶ La expresión es de De Pablo Serrano (2017: 145-160) —y, de manera más extensa, De Pablo Serrano (2018)—, quien de forma iluminante trata de dotar de solidez al honor (en relación con la dignidad humana y otros valores) para hacer frente a el puro discurso del odio. Esta posición entroncaría, en cierto modo, con la mantenida por el Tribunal Constitucional, tal y como se ha visto, en su sentencia al caso *Violeta Friedman* y posteriores, en las que reconocía que el derecho al honor de los miembros de un pueblo o étnica se ve lesionado cuando se desprecia genéricamente a su pueblo o raza (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8). La mejor representación de estos postulados se encontraría en Waldron (2012).

colectivos. Pero la sanción o censura sólo será legítima cuando se constate que se ha producido, aun de forma indirecta o innominada, una vejación clara e innecesaria a una persona. En nuestro orden constitucional, en una sociedad plural, no cabe restringir la libertad de expresión para proteger la sensibilidad individual ni los sentimientos colectivos ante genéricas difamaciones a grupos sociales⁵⁷.

2.2. Amenazas reales

Para poder apreciar un discurso como amenazante, éste deberá haber demostrado efecto coactivo suficiente para afectar a la libertad individual de una persona o grupo de personas. Algo que exige enjuiciar las circunstancias concretas y sus efectos reales sobre las personas, sin que el enjuiciamiento pueda quedarse, tal y como ha hecho el Tribunal Constitucional, en valoraciones difusas sobre el carácter más o menos «lúgubre» de la escena o en riesgos que se dicen evidentes pero que no se sustentan en ninguna circunstancia fáctica⁵⁸. Aquellas que justifican un límite a la libertad de expresión en un orden abierto y personalista han de ser, siguiendo al Tribunal Supremo norteamericano, *true threats*⁵⁹.

No se obvia, como ha reconocido el profesor Rey Martínez (2015), que existe un pernicioso racismo líquido en nuestra sociedad al que hay que

⁵⁷ A este respecto, véase Alonso Álamo (2014: 299), aunque refiriéndose en exclusiva al ámbito penal.

⁵⁸ La crítica se realiza en particular a la STC 177/2015, de 22 de julio, como, por otro lado, se ha cuestionado en la STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera v. España*.

⁵⁹ El Tribunal Supremo norteamericano ha reconocido que pueden sancionarse las «amenazas serias» (*true threats*), entendiendo por tales cuando «the speaker means to communicate a serious expression of an intent to commit an act of unlawful violence to a particular individual or group of individuals, see, *e. g.*, *ibid.* The speaker need not actually intend to carry out the threat. Rather, a prohibition on true threats protects individuals from the fear of violence and the disruption that fear engenders, as well as from the possibility that the threatened violence will occur. *R. A. V., supra*, at 388. Intimidation in the constitutionally proscribable sense of the word is a type of true threat, where a speaker directs a threat to a person or group of persons with the intent of placing the victim in fear of bodily harm or death» [*Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. (2003), 343]. Previamente, puede verse *Watts v. United States*, 394 U.S. (1969), 750. En general sobre estas cuestiones, véanse Kretzmer y Kershman (2000: 24 y ss.) y Rodríguez Montañés (2012: 145 y ss.).

enfrentarse. E igualmente hay que reconocer el «efecto silenciador» (Fiss, 1996) que pueden tener este tipo de discursos, disuadiendo a personas o grupos sociales de que participen en el espacio de deliberación público. Sin embargo, este tipo de daños son muy difusos y, por ello, no considero que tengan sustento suficiente para justificar un límite a la libertad de expresión. Ello no perjudica, por el contrario, que, como se acaba de decir, el Estado pueda adoptar políticas precisamente para evitar tales efectos nocivos, promoviendo discursos favorables a la igualdad y negando cualquier tipo de apoyo público a los discursos que promuevan el odio o la discriminación.

2.3. *Provocación que genere un peligro cierto e inminente de acciones prohibidas*

La provocación o la incitación a actos ilícitos también puede proscribirse en atención al peligro que generan. El nudo gordiano se encuentra entonces en definir cuál es el riesgo o peligro que justifican una limitación a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista; un punto en el que se ha advertido que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que incorpora a su vez la del Tribunal Europeo, debe reputarse insuficiente⁶⁰. A mi entender, por muy graves que sean los males que se pretenden evitar, ello no justifica legitimar que se pueda restringir la libertad de expresión ante peligros potenciales. Y, por ello, se propone incorporar a nuestro ordenamiento el criterio más depurado del peligro “cierto e inminente” de que se cometan actos ilícitos (violentos o discriminatorios, en nuestro caso), según la clásica formulación de la jurisprudencia estadounidense⁶¹.

⁶⁰ Especialmente, las SSTC 235/2007, de 7 de noviembre; y 112/2016, de 20 de junio.

⁶¹ Ha sido en *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) cuando este test ha adoptado su formulación más depurada, entendiéndose que no estará amparado un mensaje cuando «is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.». El test había nacido de la pluma del O. W. Holmes en la *Schenck v. United States*, 249 U.S. (1919), 47 y progresivamente fue imponiéndose y depurándose. La primera concepción del mismo la esbozarían en sus votos particulares los jueces O. W. Holmes y L. Brandeis en los casos *Abrams v. United States*, 250 U.S. (1919), 616; *Gitlow v. People*, 268 U.S. (1923), 652; *Whitney v. California*, 247 U.S. (1927), 357, 375, donde estos jueces enfatizarían precisamente que cualquier expresión es una forma de incitación y que solo el peligro a un daño inminente y grave justifica limitar la libertad de expresión. Posteriormente, en el caso *Dennis v. United States*, 341 U.S. (1951), 494, 584, el Tribunal Supremo aplicó el test del *clear and present danger*, pero con una cierta flexibilidad, teniendo en cuenta la gravedad del mal que se quería evitar y la probabilidad de que se verificara, de tal

Debemos tener en cuenta que en la medida que nos encontramos con contextos sociopolíticos difícilmente mesurables hay que exigir la inminencia temporal y una alta probabilidad para dotar de solidez al juicio de peligrosidad⁶². ¿Cómo puede valorar un juez con un mínimo de seguridad si a medio o largo plazo un discurso o una publicación pueden llegar a desencadenar actos violentos u hostiles? Amén de que si los peligros que puede generar un discurso son lejanos, ¿no resultaría más adecuado responder a los mismos con «más» discurso y mejores argumentos en una sociedad plural —como se ha dicho—. Además, ¿cómo se va a poder responsabilizar a una persona por decir o publicar algo que solo de forma remota puede preverse que genere algún tipo de actitud ilícita? No debemos olvidar que en este tipo de casos no estamos restringiendo la libertad de expresión porque el discurso cause en sí mismo un daño (como por ejemplo en una injuria), sino por la capacidad de influir en terceras personas para que estas, a su vez, causen el mal que se quiere evitar. Al final, si no hay certeza e inminencia, el juicio de peligrosidad abre la puerta a la arbitrariedad judicial y aboca a que se termine castigando un discurso por-

suerte que un mal grave podía justificar que se castigara un discurso aunque el riesgo no fuera inminente. Esta reformulación del test se ve influenciada por la propuesta del juez L. Hand, quien había postulado como test alternativo el *direct incitement approach*, basado en el contenido y la naturaleza de las palabras usadas. En *Yates v. United States*, 354 U.S. (1957), 298, el Tribunal Supremo resolvió la cuestión sin aplicar el test del *clear and present danger*, atendiendo más al contenido del mensaje (el jurado se había basado en la distinción entre *advocacy of abstract doctrine* y *advocacy of action*, y no en el hecho de si el mensaje urgía a hacer algo o simplemente instaba a creer en algo), que a su peligrosidad real. Pues bien, con la consagración del test del *clear and present danger* en la sentencia de *Brandenburg*, pueden diferenciarse dos elementos para valorar si la injerencia en la libertad es legítima: 1) la intención subjetiva de incitar; 2) que el discurso sea idóneo para que se produzca de forma inminente la acción ilegal. Sobre esta evolución pueden verse, entre otros muchos Sottiaux (2003: 663 y ss.) o Rodríguez Montañés (2012: 159 y ss.).

⁶² En este sentido, en los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, adoptados en noviembre de 1996, se establece que para poder limitar la libertad de expresión por amenazar la seguridad nacional, además de la finalidad de incitar y la idoneidad a generar violencia inminente, se ha de exigir «una conexión directa e inmediata entre la expresión y la probabilidad o el acontecimiento de tal violencia». En nuestro ordenamiento, véanse especialmente los votos particulares de la magistrada Adela Asúa, al que se adhiere el magistrado Fernando Valdés, y del magistrado Juan Antonio Xiol a la STC 177/2015, de 22 de julio. A nivel doctrinal, sobre la exigencia de una peligrosidad real, véanse, entre otros, Pelissero (2000: 129) o Alesiani (2006: 197).

que «parezca» peligroso⁶³; no por sus efectos, sino por cómo «suene»⁶⁴ (si la provocación es directa o indirecta, o si el tono resulta más o menos vehemente)⁶⁵. O, como ocurre en ocasiones, atendiendo a la pura intencionalidad o tendencia del mensaje, aplicando el test del *bad tendency*, cuyo uso fue descartado por la jurisprudencia norteamericana (Sottiaux, 2003: 665, y Sottiaux, 2011).

Por estas mismas razones también hay que exigir una concreción de los actos a los que se provoca (resultado lesivo prohibido), los cuales han de estar claramente prohibidos por el ordenamiento jurídico. Es por ello que, a mi entender, no pueden restringirse discursos porque infundan o generen odio, ya que odiar no es un acto ilícito. Lo que sí que está prohibido son los actos violentos o discriminatorios y, por ende, puede restringirse la provocación a los mismos. En este mismo sentido, la creación de un clima de hostilidad tampoco constituye en sí mismo un resultado lesivo prohibido. A diferencia de lo que ha concluido el Tribunal Constitucional, entiendo que no se puede considerar legítimo restringir la libertad de expresión porque exista el peligro de que se cree un genérico clima de hostilidad el cual, a su vez, pueda desencadenar actos dañinos⁶⁶. Cuestión distinta es si el clima de hostilidad se presenta como un resultado de

⁶³ Como advierte Rodríguez Montañés (2012: 317): «La diferenciación entre acción y expresión, entre la intolerancia como idea y la acción intolerante —conceptualmente clara— se diluye hasta hacerse indistinguible cuando no se exige ni la incitación a una concreta acción lesiva, ni la probabilidad, ni la inminencia de una acción tal que se produzca como consecuencia de la incitación o la provocación, sino tan solo el peligro potencial, la incitación indirecta y la provocación mediata. Tales categorías parecen demasiado alejadas de la lesión de los bienes jurídicos que se pretende proteger para, incluso desde esta perspectiva, considerar el discurso intolerante delito y no simplemente discurso». A este respecto puede verse también Teruel Lozano (2015: 353 y ss., y 489 y ss.).

⁶⁴ Bognetti (1960: 40) advertía en la doctrina italiana cómo en ocasiones se había reducido el juicio de idoneidad a constatar que el discurso pudiera «suonare come una vera apologia di delitto alle orecchie di chi le recep».

⁶⁵ Como reconoció el juez Holmes en su voto disidente al caso *Gitlow v. New York* (268 US 652, 673 —1925—), «the only difference between the expression of an opinion and an incitement in the narrower sense is the speaker's enthusiasm for the result». De ahí que en buena medida sea estéril el debate sobre si cabe castigar mensajes apologéticos o que suponen una incitación indirecta o encubierta. Lo importante es, por un lado, desde el punto de vista objetivo, que tales mensajes generen un peligro de que se cometan los males que se quieren prevenir; y, por otro, que subjetivamente se hayan realizado con la intención de provocar los mismos. A este respecto, véase Alcácer Guirao (2018: 20 y ss.).

⁶⁶ Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional español, según se ha visto, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 9.

peligro concreto. En este caso la efectiva creación del clima (como peligro concreto) puede ser una situación que justifique la limitación ante la posibilidad, cierta —alta probabilidad— e inminente, de que se den actos discriminatorios o violentos (esos sí, constitutivos del resultado lesivo prohibido)⁶⁷.

Esta lectura restrictiva que exige un peligro cierto e inminente de que se cometan actos violentos o discriminadores contra personas o grupos es la única que, a la postre, termina por ofrecer una mínima seguridad y por garantizar el suficiente espacio para el ejercicio de la libertad de expresión ante discursos provocadores. Y es que, por mucho que se quiera enfatizar la gravedad de los males que se quieren prevenir (genocidio, terrorismo, actos violentos contra grupos sociales...), lo cierto es que, atendiendo a la realidad de la sociedad española actual, estos constituyen un mal más retórico que real en cuanto a la probabilidad de que se contamine nuestra sociedad con estos mensajes y se produzcan tales actos como consecuencia de su difusión. Hoy por hoy, y a salvo de que las circunstancias concretas demuestren lo contrario, castigar este tipo de mensajes supone dar tutela a una suerte de paz pública o a un sentimiento de tranquilidad colectiva frente a quienes promueven mensajes inquietantes, extremistas, que contradicen nuestro orden de valores de convivencia. Pues bien, frente a estos mensajes, como dijo el juez Brandeis, «sunlight is said to be the best disinfectant».

3. CIRCUNSTANCIAS A CONSIDERAR EN EL ENJUICIAMIENTO EN CONCRETO DEL CARÁCTER OFENSIVO DE LAS EXPRESIONES

Una vez definidas las pautas que en abstracto justificarían la imposición de un límite a la libertad, que permiten deslindar aquellas conductas abusivas de las que quedarían amparadas como legítimo ejercicio de la libertad de expresión, se hace necesario definir cuáles son los elementos fácticos que en el caso en concreto permiten realizar el enjuiciamiento. En este punto se pueden tomar como referencia, entre otras, la Recomendación n.º 15 para la lucha contra el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la

⁶⁷ Esta sería la interpretación que creo que puede hacerse del voto particular de la magistrada Adela Asúa, al que se adhiere el magistrado Fernando Valdés, a la STC 177/2015, de 22 de julio, cuando se refiere a «la creación de un clima de hostilidad y exclusión, generador de un efecto cierto de amenaza que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados colectivos socialmente vulnerables». El clima sería el resultado de peligro que evidencia la amenaza perturbadora del ejercicio de los derechos. A nivel doctrinal, sobre estas cuestiones, pueden verse, en especial, Alesiani (2006: 207 y ss.) y Teruel Lozano (2015: 487 y ss.).

Intolerancia (ECRI), y la Recomendación general n.º 35 del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial de agosto de 2013 sobre la lucha contra el discurso del odio racista, en las que se destacan aspectos como: el contenido y la forma del discurso, en relación con la naturaleza y fuerza del lenguaje usado (si se trata de provocaciones directas, agresivas...); el contexto general en el que el discurso tiene lugar, que incluye el clima económico, social y político (por ejemplo, si se produce en un momento de tensiones sociales); la posición o condición del emisor y su capacidad para influir en terceros (así, si se trata de un líder religioso o político); el contexto específico de las afirmaciones y los objetivos del discurso y la intencionalidad (por ejemplo, si ha sido un discurso aislado, si se han producido en un debate...); así como otras cuestiones relacionadas con el alcance del discurso, como son el medio usado (si se ha difundido en directo o en vivo...), o la naturaleza de la audiencia (si resultaba más o menos susceptible a acoger este tipo de discursos, etc.).

Sobre la base de estos elementos el juez estará en condiciones de justificar si el acto reúne la ofensividad requerida para reprochar la conducta de acuerdo con los cánones generales antes señalados los cuales, en buena lid, deberían estar incorporados como elementos de los correspondientes tipos normativos pero que, de no estarlo, habrán de ser considerados en una interpretación constitucionalizada de los mismos.

V. PROPUESTA DE REDEFINICIÓN DE LA CATEGORÍA DEL DISCURSO DEL ODIO ATENDIENDO A SU OFENSIVIDAD

Por último, atendiendo a las pautas que se han identificado en los apartados anteriores, es el momento ahora de proponer una definición de la categoría del discurso del odio válida para un ordenamiento abierto y personalista⁶⁸, sobre todo ante la insuficiencia de las definiciones ofrecidas normativamente que se basan casi exclusivamente en el contenido del mensaje comunicativo y en la intencionalidad: que se difunda odio u hostilidad contra un grupo social por unos motivos discriminatorios, pero sin considerar las exigencias ofensivas antes señaladas (efectiva humillación o amenaza, o peligrosidad concreta e inminente)⁶⁹. Con esta revisión crítica no se niega que los discursos que pro-

⁶⁸ Con una crítica desde el punto de vista terminológico, véanse Rey Martínez (2015: 51-88) y Revenga Sánchez (2015: 18-19).

⁶⁹ Entre otros textos, pueden verse R (97) 20 del Consejo de Europa sobre discurso del odio de 30 de octubre de 1997; o la Recomendación n.º 15 de la Comisión Europea

pagan ideas discriminadoras resultan a todas luces perniciosos; pero, como se ha afirmado, el reconocimiento de la libertad de expresión implica en principio declarar inmunes jurídicamente determinadas expresiones por mucho que socialmente consideremos que resultan dañinas o peligrosas (Scanlon, 2014: p. 318). Todo ello, además, en relación con una categoría que ha demostrado una fuerte vis expansiva. Así, como se acaba de señalar, el discurso del odio suele incluir discursos racistas y xenófobos, y también otros mensajes discriminatorios (homófobos, islamófobos...), aunque en ocasiones se ha extendido de forma confusa a otros tipos de discursos extremos como el negacionismo de crímenes de guerra o contra la humanidad, la apología del terrorismo, el fundamentalismo religioso o los puros discursos intolerantes desde cualquier perspectiva, incluso la política.

Es por ello que se justifica la conveniencia de perfilar aquellos elementos que definen la categoría del discurso del odio, en sentido estricto (y, diría, restrictivo):

- 1) Expresiones dirigidas contra una persona integrante de un grupo social especialmente vulnerable, definido por determinadas características (raciales, étnicas, religiosas, de condición sexual, etc.). Esta especial vulnerabilidad evidenciaría la situación de «desigualdad estructural» a la que se refiere Cortina (2016) y permite construir el discurso en clave excluyente, de enfrentamiento entre «los unos» frente a «los otros».
- 2) Contenido ofensivo de las expresiones en atención a la característica significativa del grupo. Este contenido ofensivo puede darse: por resultar insultante, vejatorio, humillante; amenazante; o por provocar a la comisión de actos de violencia o discriminación contra un grupo social o sus miembros generando un peligro cierto e inminente de que se cometan tales actos.
- 3) Intencionalidad directa, referida al elemento ofensivo (insultar, vejar, provocar...), y también una motivación concreta al actuar por razón de las condiciones identificativas del grupo social especialmente vulnerable.

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

A lo largo del presente trabajo se han tratado de justificar tres tesis y se ha decantado un corolario en relación con la definición del discurso del odio

contra el Racismo y la Intolerancia para la lucha contra el discurso del odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015.

en un ordenamiento abierto y personalista. Asimismo, la lectura de este trabajo creo que confirma la preocupación inicial en cuanto al peligro de que la lucha contra el discurso del odio pueda estar comportando «un giro de la libertad de expresión como un derecho clásico, un derecho de defensa, que prohíbe la intervención tendente a coartar su comunicación, hacia una libertad de opinión pública, subrayando su dimensión institucional» (Solozábal Echevarría, 1998: 145). En particular, la «jurisprudencia de excepción» (Alcácer Guirao, 2018: 8) que ha mantenido el Tribunal Constitucional ante el discurso del odio debe ser matizada; se hace necesario perfilar con más precisión los cánones y criterios abstractos que definen los límites de la libertad de expresión precisamente para dotar de un mayor espacio para su ejercicio. Y, a este respecto, la jurisprudencia norteamericana nos ha ofrecido unos criterios especialmente interesantes para un ordenamiento abierto como el nuestro, al menos en lo que se refiere al enjuiciamiento de las restricciones a esta libertad. Porque, como se ha dicho, precisamente nuestro orden constitucional no cae en un «nihilismo», lo que justifica que el Estado pueda intervenir, aunque no desde una perspectiva censora. Tampoco en los Estados Unidos fue fácil asumir tan alto estándar de protección para la libertad de expresión, y todavía hoy son notables las críticas e incluso ciertos retrocesos que se pueden apreciar en su jurisprudencia. Una tensión que es evidente también en España, como demuestran los votos disidentes en las principales sentencias estudiadas de nuestro Tribunal Constitucional, o el amplio interés doctrinal suscitado en los últimos tiempos por estas cuestiones. De igual manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha debatido e incluso dividido al dar respuesta a este tipo de execrables discursos⁷⁰.

En este trabajo, atendiendo a la interpretación abierta y personalista de nuestro ordenamiento jurídico, se ha propuesto como antídoto un enjuiciamiento más atento de las normas que castigan el discurso del odio. Es por ello que la respuesta a este tipo de expresiones debe trascender la penal, aunque ésta pueda ser necesaria en ocasiones, y debe tratar de evitarse la sanción

⁷⁰ A este respecto destacan los votos particulares de la jueza Palm y el de los jueces Tulkens, Casadevall y Greve, y muy especialmente el del juez Bonello, quien directamente reclama incorporar el canon del «peligro cierto e inminente», en la STEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek v. Turquía* (n. 1). En sentido similar, véanse los votos que mantienen estos y otros jueces a las SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Gerger v. Turquía*; *Sürek y Özdemir v. Turquía*; *Ceylan v. Turquía*; *Arslan v. Turquía*; y *Sürek v. Turquía* (n. 3). Puede verse también, aunque en relación con el discurso del odio, el contundente voto particular de los jueces Sajó, Zagrebelsky y Tsotsoria a la STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret v. Bélgica*.

administrativa a la que cada vez se recurre más pero que presenta serias dudas de constitucionalidad. Más allá, para ciertos supuestos también cabría estudiar la posibilidad de responder civilmente⁷¹. Pero, sobre todo, debe advertirse que considerar amparada por la libertad una determinada idea no quiere decir «santificarla». Por tanto, amparar solo significa, en estos casos, renunciar a su represión jurídica. A partir de ahí también habrá que buscar mecanismos sociales para repudiar aquellos discursos nocivos cuando no causen un daño suficiente para ser declarados ilícitos. Como expresara Milton (2000: 30-31), «son los libros como manjares y viandas; unos de buena, otros de mala sustancia [...] Los manjares sanos para un viciado estómago poco o nada difieren de los insalubres; y los mejores libros no son inaplicables, para la mente dañada, a ocasiones de mal». Por ello, más que en otra cosa, debemos confiar en la educación cívica para garantizar que nuestra sociedad es suficientemente madura como para no contaminarse por el más odioso de los discursos⁷².

Bibliografía

- Alcácer Guirao, R. (2015). Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE. UU. y Europa, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 45-86.
- (2018). Opiniones constitucionales, *Indret*, 1, 38 pp. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1362.pdf>.
- Alesiani, L. (2006). *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC.
- Alonso Álamo, M. (2014). *Sentimientos y Derecho Penal en Id., Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- Aragón Reyes, M. (2000). *Delimitación, limitación y colisión de derechos en materia de libertad de información, en Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*. Tomo I. Valencia: Fundación Valenciana de Estudios Avanzados.
- Barile, P. (1984). *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Giuffrè.
- Bastida Freijedo, F. J., Villaverde Menéndez, I., Requejo Rodríguez, P., Presno Linera, M. Á., Aláez Corral, B. y Fernández Sarasola, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC.
- Bobbio, N. (1997). *Letá dei diritti*. Torino: Einaudi.

⁷¹ Recomendación General n.º 15 de la ECRI sobre lucha contra el discurso de odio de 8 de diciembre de 2015, apdo. 8.

⁷² Nuevamente traigo aquí el voto concurrente del juez Louis Brandeis en el caso *Whitney v. California* [274 U.S. 357 (1927)].

- Bognetti, G. (1960). Apologia di delitto punibile e principi costituzionali di libertà d'espressione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 183-205.
- (2005). The concept of human dignity in european and USD constitutionalism. En G. Nolte (ed.), *European and US constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bustos Gisbert, R. (2015). Libertad de expresión y discurso negacionista. En M. Revenga Sánchez (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 126-133). Madrid: Universidad de Alcalá; Defensor del Pueblo.
- Carbonell, M. (2014). El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional. En H. Vázquez Ramos (coord.), *Cátedra nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carruso, C. (2013). *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*. Bologna: Bologna University Press.
- Coleman, P B. (2012). *Censored: how european «hate speech» laws are threatening freedom of speech*. Viena: Kairós.
- Cortina, A. (2016). ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? Conferencia impartida en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 25 de octubre.
- Cuerda Arnau, M. L. (2007). Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento. *Revista General de Derecho Penal*, 8, 2007.
- De Pablo Serrano, A. (2017). Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio. Sociedad del desprecio y discurso del odio. En L. Alonso y V. Vázquez (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos* (pp. 145-160). Sevilla: Athenaica.
- (2018). *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el derechos históricos y en derecho vigente español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Delitala, G. (1976). *I limiti giuridici alla libertà di stampa, Diritto penale. Raccolta degli scritti*. Tomo II. (pp. 951 y ss.). Milano: Giuffrè.
- Díaz Revorio, F. J. (1997). *La Constitución como orden abierto*. Madrid: McGraw-Hill.
- Díez-Picazo, L. M. (2008). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- (2013). Foreword. En I. Hare y J. Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy* (pp. V-IX). Oxford: Oxford University Press.
- Espósito, C. (1958a). *La bestemmia nella Costituzione italiana*. Giurisprudenza costituzionale.
- (1958b). *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*. Milán: Giuffrè.
- Fiss, O. (1996). El efecto silenciador de la libertad de expresión. *Isonomía*, 4, 24-25.
- (1997). *Libertad de expresión y estructura social*. México: Fontamara.
- (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa.
- (2010). *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Fois, S. (1957). *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*. Milano: Giuffrè.
- Fox, G. H. y Nolte, G. (1995). Intolerant democracies. *Harvard International Law Journal*, 36, 1-62.
- García Amado, J. A. (2013). Ponderación y submisión: ¿son intercambiables y se eligen a conveniencia?. En R. Ortega García (coord.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica: ensayos contemporáneos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2016). Conflictos de derechos: qué son y cómo se resuelven. En J. A. García Amado (coord.), *Razonar sobre derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hare, I. y Weinstein, J. (2013). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Kalven, H. (1965). The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana. *The Supreme Court Review*, 1965 (1965), 1-32. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/scr.1965.3108783>.
- Kretzmer, D. y Kershman F. (2000). *Freedom of speech and incitement against democracy*. The Hague; London; Boston: Kluwer Law International.
- Krotoszynski, R. J. (2004). A comparative perspective on the first amendment: free speech, militant democracy, and the primacy of dignity as a preferred constitutional value in Germany. *Tulane Law Review*, 78, 1549-1609.
- Lowenstein, K. (1937). Militant democracy and fundamental rights. *American Political Science Review*, 31 (3), 417-432. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1948164>.
- Lucas Verdú, P. (1993). *La Constitución abierta y sus enemigos*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Mackinnon, C. A. (1993). *Only words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Magdaleno Alegría, A. (2006). *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Mantovani, F. (1961). Libertà di manifestazione del pensiero e libertà di stampa. *Archivio Giuridico*, vol. CLX, fasc. 1-2.
- (1968). Mezzi di diffusione e tutela dei diritti umani, *Archivio Giuridico*, vol. CLXXV, fasc. 1-2.
- Matsuda, M. J. (1993). *Words that wound: critical race theory, assaultive speech, and the first amendment*. Boulder: Westview Press.
- Medina Guerrero, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill.
- (2002). La articulación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la tutela de las libertades de expresión e información. En *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente* (vol. 2). Madrid: Congreso de los Diputados.
- Meiklejohn, A. (1948). *Free speech and its relation to self-government*. New York: Harper.
- (1960). *Political freedom: the constitutional powers of the people*. New York: Harper.
- Merli, A. (2008). *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Milton, J. (2000). *Aeropagítica*. Traducción de José Carner. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Mir Puig, S. (2010). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. En S. Mir Puig y J. J. Queralt Jiménez (dirs.). *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nuvolone, P. (1966). Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva lógica dell'ordinamento, Legge Penale e Libertà del pensiero. *III Convegno di Diritto Penale* (p. 353). Padova: CEDAM.
- Pelissero, M. (2000). *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*. Napoli: Jovene.

- Pérez de la Fuente, O. (2010). 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*, 21, 90-124.
- Popper, K. (2010). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Madrid: Paidós.
- Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate.
- (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Pulitanò, D. (2015). Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio. *Diritto penale contemporaneo*, 28, 10 pp.
- Rawls, J. (1990). *Sobre las libertades*. Madrid: Paidós.
- Revenga Sánchez, M. (2015). Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante? En *Libertad de expresión y discursos del odio*. Madrid: Universidad de Alcalá; Defensor del Pueblo.
- Rey Martínez, F. (2015). Discurso del odio y racismo líquido. En M. Revenga Sánchez (dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 51-88). Madrid: Universidad de Alcalá; Defensor del Pueblo.
- Rodríguez Montañés, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rosenfeld, M. (2000). La filosofía de la libertad de expresión en América. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 469-484.
- Scanlon, T. (2014). Teoría de la libertad de expresión. En R. Dworkin (comp.). *La filosofía del Derecho* (pp. 318-351). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Solozábal Echevarría, J. J. (1988). Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8 (23), 139-156.
- Sottiaux, S. (2003). The 'Clear and Present Danger Test' in the Case Law of The European Court of Human Right. *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 64, 653-681.
- (2011). 'Bad Tendencies' in the EctHR's 'Hate Speech' Jurisprudence. *European Constitutional Law Review*, 7 (1), 40-63. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019611100048>.
- Teruel Lozano, G. M. (2015). *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2017). El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27, 75-102.
- Valero Heredia, A. (2017). Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 305-333. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.11>.
- Vives Antón, T. (2011). *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Waldron, J. (2012). *The harm in hate speech*. Massachusetts: Harvard University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674065086>.
- (2016). Dignity and defamation: the visibility of hate. *Harvard Law Review*, 123 (7), 1597-1657.