



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Público General

Área de Derecho Penal

Curso 2021/2022

LIBERTAD DE EXPRESIÓN: SUS POTENCIALES LÍMITES EN LOS DISCURSOS DE ODIO HACIA COLECTIVOS VULNERABLES.

Énfasis en la jurisprudencia del TC y TEDH

Irene Martí García

Tutor: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Junio 2022

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**Departamento de Derecho Público General
Área de Derecho Penal**

LIBERTAD DE EXPRESIÓN: SUS POTENCIALES LÍMITES EN LOS DISCURSOS DE ODIO HACIA COLECTIVOS VULNERABLES.

Énfasis en la jurisprudencia del TC y TEDH

FREEDOM OF EXPRESSION: ITS POTENTIAL LIMITS IN HATE SPEECH TOWARDS VULNERABLE GROUPS.

Emphasis on the jurisprudence of the TC and ECtHR.

Irene Martí García

irenemartigarcia@usal.es

Tutor: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

RESUMEN

El respeto al derecho a la libertad de expresión es un requisito esencial para el funcionamiento del Estado democrático, a la vez que es condición y llave de otros derechos y libertades públicas. No obstante, su mal uso a través de los discursos de odio (*hate speeches*) puede llevar a que los *enemigos de la democracia* bajo el ejercicio de dicho derecho, atenten contra el mismo sistema que les brinda la oportunidad de manifestar sus ideas. De esta forma, y a causa de la preocupante oleada de intolerancia marcada por el racismo, xenofobia, LGTBIfobia y aporofobia (entre otras), agravada por su propagación a través de las redes sociales, encuentro imprescindible investigar, analizar y resolver de la manera más proporcional posible y sin riesgo de atacar a la libertad de expresión, los más graves *discursos de odio*.

Palabras clave: libertad de expresión, discurso de odio, democracia, límites.

ABSTRACT

Respect for the right to freedom of expression is an essential requirement for the functioning of the democratic state, as well as a condition and key to other public rights and freedoms. However, its misuse through hate speeches can lead the enemies of democracy, through the exercise of this right, to attack the very system that gives them the opportunity to express their ideas. In this way, and because of the worrying wave of intolerance marked by racism, xenophobia, LGTBIphobia and aporophobia (among others), aggravated by its propagation through social networks, I find it essential to investigate, analyse and resolve the most serious hate speeches in the most proportional way possible and without the risk of attacking freedom of expression.

Keywords: freedom of expression, hate speech, democracy, limits.

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN
 1. *CONCEPTO*
 2. *RELEVANCIA*
 3. *LÍMITES*
 4. *REDES SOCIALES*
- III. DISCURSO DE ODIO
 1. *IDENTIFICACIÓN*
 - 1.1. CONCEPTO
 - 1.2. DESTINATARIOS
 - 1.3. ELEMENTOS A CONSIDERAR PARA SU IDENTIFICACIÓN
 2. *CLASIFICACIÓN DE DISCURSO DE ODIO Y SUS POSIBLES RESPUESTAS*
 3. *REGULACIÓN JURÍDICA*
 - 3.1. EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
 - 3.2. EN LOS INSTRUMENTOS NACIONALES
 4. *LÍMITES DEL DISCURSO DEL ODIO*
 - 4.1. ELEMENTOS A VALORAR
 - 4.2. INTERPRETACIÓN DE ESOS ELEMENTOS
 5. *EXPRESIONES QUE NO DEBEN SER DIRECTAMENTE CONSIDERADAS COMO DISCURSOS DE ODIO*
- IV. ANÁLISIS: CRÍTICAS, RIESGOS Y PROPUESTAS
 1. *CRÍTICAS A LA REGULACIÓN DEL DISCURSO DE ODIO*
 2. *RIESGOS DEL DISCURSO DE ODIO*
 3. *PROPUESTAS*
- V. CONCLUSIONES
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político¹.

Esta descripción, a través de la cual se presenta y define nuestro país en su Carta Magna, exige tolerancia, así como la promoción y protección de derechos tan fundamentales como son la libertad de expresión, de pensamiento y de conciencia. Cada ser humano es libre de expresar y compartir sus ideas, pensamientos y opiniones por muy ofensivos que puedan ser, sin temor ni interferencias indebidas, puesto que el ejercicio de estos derechos es intrínseco a una sociedad justa y abierta donde se pueda acceder a la justicia y disfrutar efectivamente de los derechos humanos.

Sin embargo, en una sociedad liberal como en la que vivimos, donde prima la teoría de la moral deontológica, basada en que cada persona de forma subjetiva decide lo que es *bueno y correcto* siguiendo sus emociones, sin necesidad de probarlo ni razonarlo y sin estar sujeto a juicios morales, los valores universales y derechos humanos pierden su sentido. Este emotivismo que renuncia a la razón supone la inconmensurabilidad de la moral de cada persona además de la desaparición del debate sobre las cuestiones más profundas, reduciéndose todo a meras exhibiciones demagógicas a través de las cuales, en nombre de la libertad, sobre todo de expresión, se tergiversan los debates políticos y morales apareciendo los *discursos de odio*, manifestaciones que no corresponden con el derecho mencionado. Expresiones que, sin un argumento ni razonamiento lógico de fondo, pueden tener la capacidad de humillar e incitar al odio y al menosprecio de personas, especialmente, de aquellas que pertenecen a colectivos en situaciones de vulnerabilidad por una serie de rasgos actuales o de su pasado, poniendo consecuentemente en riesgo su derecho a la no discriminación y en último término, la democracia. Por ello, primero habrá que observar si dichas expresiones se encuentran dentro de los límites de la libertad de expresión, y en caso afirmativo, cuando nos encontremos ante un conflicto de derechos entre la libertad de expresión y el derecho antidiscriminatorio, será imprescindible analizar el mismo en el ámbito constitucional mediante la caracterización y solución del conflicto, y sólo después, en su caso, trasladar esta solución al ordenamiento penal.

¹ Artículo 1.1 de la Constitución Española

Así, en el presente texto trataré de presentar, en primer lugar, el derecho a la libertad de expresión, y en segundo lugar, la identificación de los discursos de odio así como sus niveles de gravedad, para finalizar creando una guía de referencia, marcada por una serie de elementos así como su debida interpretación, con la que poder detectar si se trata de libertad de expresión o no, y en su caso, resolver los conflictos entre los derechos de libertad de expresión y antidiscriminatorio sin poner en riesgo la democracia. Acompañándome en todo momento de regulaciones normativas y jurisprudencia nacionales y comunitarias procedentes, particularmente, del Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. CONCEPTO

La libertad de expresión y opinión (en adelante, libertad de expresión) es un derecho humano fundamental, protegido por el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y con un carácter legalmente vinculante en los tratados internacionales y regionales más importantes sobre derechos humanos².

La libertad de expresión, como indica la Constitución Española (CE) en su artículo 20 significa, derecho de toda persona a *expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones*, así como a *comunicar o recibir libremente información veraz*. Respecto al modo y medio de expresión, puede ser materializado *mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción* (incluyendo formas no verbales, audiovisuales, artísticas...) y difundido por cualquier medio (ya sea impreso, radio, televisión o internet). En cuanto a su extensión geográfica, es un derecho universal *sin limitación de fronteras*, como ya expresaba el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU. Resumiendo, el derecho internacional de los derechos humanos exige a los Estados la garantía a todas las personas de

² Véase el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 9 de la Carta Africana (Banjul) de Derechos Humanos (CADHP); el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (AmCHR), y el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

la libertad de buscar, recibir o impartir información e ideas de cualquier índole, independientemente de fronteras, por cualquier medio que la persona elija³.

En el ordenamiento jurídico español, se aprecia su carácter de derecho fundamental por su ubicación sistemática dentro de la Carta Magna en su Título I (*De los derechos y deberes fundamentales*), Capítulo II (*Derechos y libertades*), Sección I (*derechos fundamentales y libertades públicas*). De este modo, su protección dentro de la CE es máxima, pues este derecho, como indica el artículo 53.1 y 2 CE, debe estar regulado por Ley Orgánica, vincular a todos los poderes públicos, ser tutelado por un procedimiento, basarse en el principio de preferencia y sumariedad de jurisdicción social, así como, estar amparado por la vía judicial ordinaria y ser tuteado ante el Tribunal Constitucional mediante un recurso de amparo.

El doble contenido de la libertad de expresión

La libertad de expresión posee un doble contenido, por un lado, el derecho a libertad de la opinión, es decir, el derecho a expresar, criticar y discrepar de pensamientos, ideas y opiniones. En este caso, su contenido no se calificará como verdadero o falso puesto que depende de un juicio o valoración personal, lo que supone límites mucho más laxos. Por otro lado, el derecho a la libertad de información, el cual conlleva el poder comunicar y recibir libremente información veraz y objetiva sobre hechos por medios de difusión. En su identificación, y a diferencia del anterior, se analizará la existencia o ausencia de veracidad (que no quiere decir verdad absoluta) del material expresado e interés público. El derecho a la información debe probar para poder ser limitado, como resolvió la Corte Suprema de los EEUU en el emblemático caso *New York Times versus Sullivan* ante una demanda de difamación, mala fe o manifiesto desdén por la verdad, pues las/os periodistas deben actuar de buena fe con el fin de proporcionar la información lo más exacta posible y digna de crédito⁴. Esto supone límites más estrictos que en el caso anterior. Sin embargo, a pesar de este deber y responsabilidad de acuerdo a la deontología periodística, cabe subrayar la tolerancia que los personajes públicos deben poseer respecto a información desagradable o incómoda que les ataña (salvo que conste mala fe en los actores), debido a la importancia de la protección de la libertad de las/os periodistas al escribir sus noticias, pues en caso contrario, se correría el riesgo de que estas

³ ARTICLE 19, *Manual sobre el Discurso del Odio*, Londres, 2015.

<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/03/ARTICLE-19-Manual-sobre-el-%E2%80%98Discurso-de-Odio%E2%80%99.pdf>

⁴ STC 30/2010, de 17 de mayo

profesionales dejaran de publicar comentarios e historias importantes sobre interés público por miedo a futuras demandas de personajes públicos por difamación, como ha ocurrido en numerosos casos en EEUU, como el de la reciente demanda por difamación presentada por la republicana estadounidense Sarah Palin hacia *The New York Times* debido a una información que el diario corrigió dos días más tarde. No se debe permitir y abrir la puerta a la penalización de errores no intencionales de los medios de comunicación⁵.

En el contexto español, estas diferencias entre el derecho de opinión y el derecho de información se observaron claramente a partir del caso José María García vs José Luis Roca (TC)⁶, cuando el primero, periodista deportivo, fue condenado por el antiguo delito de desacato a las Cortes de Aragón y a un diputado de las mismas y presidente de la Federación Española de Fútbol (RFEF), José Luis Roca, por supuesta vulneración del derecho a comunicar libremente información (art. 20.1.d CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En dicho suceso se consideró por un lado que, la aplicación del derecho a la información fue correcta ya que el periodista había transmitido información veraz (relativa a la percepción improcedente de dietas cobradas por el Ministro). Por otro, se castigó el exceso en el ejercicio del derecho de opinión al estimar que se había dañado el *honor* del presidente de la RFEF, alegando que, en la transmisión, José María García había hecho juicios de valor traspasando los límites del derecho a la crítica. Consecuentemente y a mi modo de ver, se puso en riesgo el derecho a la libertad de expresión, y se plasmó el problema que esta doble dimensión plantea en su clasificación. Pues, en la práctica no siempre está claro si se está ante una exteriorización de opiniones o afirmación de hechos, en muchos casos concurren ambas, es decir, la mayoría de afirmaciones fácticas van acompañadas de la valoración de estas y, a su vez los juicios de valor presuponen hechos, lo que conlleva dudas puesto que sus límites son diferenciados. Como solución, el Tribunal Constitucional español, a partir de sus sentencias 6/1988 y 107/1988 donde ya reflejaba esta dificultad, opta por una valoración global del supuesto e inclinación por un u otro precepto de acuerdo al *elemento que en ellas aparezca como preponderante*, así una vez tomada esta decisión, se analiza la presencia o no de los requisitos que condicionan su admisión en cada caso⁷.

⁵ SÁNCHEZ-VALLEJO, M., *Sarah Palin contra la Primera Enmienda*, El País, Nueva York, 2022.

⁶ STC 105/1990, de 6 de junio.

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad*, Anuario de Derecho Penal, 1991, p. 339-362.

2. RELEVANCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El papel axial que la libertad de expresión posee en la democracia se justifica por ser condición y llave de otros derechos y libertades públicas, como son la libertad ideológica, religiosa y de pensamiento (art. 16 CE), de reunión y manifestación (art. 21) y de asociación (art. 22). Además, este derecho, mediante la información y el ejercicio de la crítica política, contribuye a la formación de la opinión pública y al pluralismo ideológico y político, ingredientes esenciales para el ejercicio de la democracia.

Asimismo, este derecho es a su vez garantía de discursos antidemocráticos, pues como expresó el Tribunal Constitucional en su sentencia 6/2000, de 17 de enero: *El artículo 20.1 de la CE no reconoce un pretendido derecho al insulto pero sí garantiza la libertad de crítica aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige*⁸. El derecho internacional de derechos humanos no protege la expresión ofensiva, perturbadora o escandalosa ya que no existe un derecho a no ser ofendido. Sin embargo, los gobiernos tienen derecho a sancionar discursos y expresiones *ofensivas*, cualidad cuya naturaleza es inherentemente subjetiva, y que junto con la ambigüedad de las leyes que regulan estas prohibiciones, suponen un problema. Luego, es bastante discutible que la ofensa a pesar de ser discriminatoria deba conformar una base para restringir una expresión, salvo que se trate de los casos en los que el derecho internacional requiere que los Estados prohíban formas específicas del *discurso de odio: la incitación directa o pública al genocidio y cualquier tipo de fomento de odio discriminatorio que constituya una incitación a la discriminación, hostilidad y violencia*⁹. El alcance del derecho a la libertad de expresión es muy amplio, y como consecuencia, incluye la expresión de opiniones que otras personas consideren muy ofensivas, abarcando incluso expresiones discriminatorias¹⁰. Concluyendo, el importante valor de las libertades del art. 20 se debe y se justifica puesto que *“no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión libre, indisoluble ligada al pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”* (STC 12/1982, de 31 de marzo).

⁸ STC 6/2000, del 17 de enero.

⁹ ARTICLE 19, *Manual sobre el Discurso del Odio*, Londres, 2015.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos (Comité DH), *Comentario General No. 34, CCPR/C/GC/34*, 12

Incluso, más allá de su importante papel, el Tribunal Constitucional, desde un primer momento, mediante su sentencia 104/86 de 17 de julio (caso Soria Semanal), así como en el caso Egin de 12 de diciembre del mismo año, otorgó a las libertades del artículo 20 *una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales*, comenzando de este modo la aceptación explícita de la doctrina de la posición preferente en situaciones de conflicto. La justificación de esta se basó en los siguientes rasgos de la libertad de expresión: la dimensión de garantía de la formación de la opinión pública libre ligada al pluralismo político la cual constituye uno de los pilares de una sociedad libre y democrática, su carácter irradiante sobre otras libertades, y su directa vinculación sobre la libertad ideológica¹¹. Igualmente, además de estas razones gubernamentales claves para garantizar una buena gobernanza y progreso económico y social, se debe a cuestiones personales, dado que dicho derecho es esencial para el desarrollo, la dignidad y la realización de cada persona al permitir el libre intercambio de opiniones, el debate y la crítica.

A modo de inciso, respecto a la mención “*posición preferente en situaciones de conflicto*”, cabe subrayar la diferencia existente entre conflicto de derechos y los límites de cada uno. Por un lado, en el conflicto hay una colisión entre dos o más derechos, una antinomia, una divergencia entre dos alternativas donde habrá que escoger una (intentando dañar lo menos posible a la otra por el principio de proporcionalidad) puesto que se excluyen mutuamente y son incompatibles. Asimismo, esta decisión puede llevar a un conflicto, más allá de lo normativo, a nivel moral, que se resolverá a través de diferentes teorías y corrientes jurídicas. En el caso del derecho a la libertad de expresión, frecuentan los conflictos con el derecho al honor o a la no discriminación. Por otro lado, se encuentran los límites de los derechos, que pueden ser externos, como los que indica el art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹², e internos de cada derecho, donde no se exige que haya otro derecho, sino que marcan la línea entre la existencia o no de tal derecho. Esto ocurre cuando se abusa del derecho a la libertad de expresión y este deja de existir para tratarse de otra cosa, como puede ser un *discurso de odio*.

¹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad*, Anuario de Derecho Penal, 1991, p. 339-362.

¹² Art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.*

3. LÍMITES

La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 10.2 expone que el ejercicio de estas libertades entraña deberes y responsabilidades al afirmar que

podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

A su vez, el artículo 20.4 de la Constitución Española indica que el límite de dicho derecho se encuentra en *el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia* (límite relacionado con bienes jurídicos individuales). Y por supuesto, más relacionado con el tema que nos atañe, la libertad de expresión, como el resto de derechos reconocidos constitucionalmente, está sometida al derecho a la igualdad (y, por lo tanto, a la no discriminación) considerada como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), pilar sobre el que se asienta toda la estructura de garantías, así como el presupuesto para el disfrute y ejercicio del resto de derechos fundamentales. Luego, la libertad de expresión es salvaguardada en defensa de la libertad de los intolerantes, con la condición de que no se dañe o ponga en peligro un bien jurídico protegido constitucionalmente¹³, caso en el que deberá haber un juicio de ponderación y de proporcionalidad.

En definitiva, la libertad de expresión, como cualquier derecho, no es un derecho absoluto, y en circunstancias excepcionales puede ser restringido al amparo del derecho internacional de los derechos humanos. Puesto que, concretamente, es el derecho a la no discriminación (en especial, a determinadas personas en situaciones de vulnerabilidad, y motivadas por su potencial pertenencia a este grupo) el que es capaz de limitar la libertad de expresión, entiendo que las bases para la protección contra el *discurso de odio* deberían incluir todas las características protegidas que aparecen bajo las disposiciones de no discriminación del derecho internacional de los derechos humanos, como defiende la organización en defensa de la libertad

¹³ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

de expresión e información Artículo 19¹⁴. Y en todo caso, ante situaciones de conflicto de derechos, será indispensable ir caso a caso, como se verá posteriormente al presentar el delito de discurso de odio.

4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS REDES SOCIALES

Para finalizar la introducción al derecho de la libertad de expresión no se puede obviar un factor clave como es el nuevo medio de difusión, que desde la última década dicho derecho posee, las redes sociales, objeto considerado en la reciente jurisprudencia del TEDH y del TC.

Las redes sociales no son sólo un nuevo medio de expresión, sino que constituyen un medio esencial para la formación pública, alcanzando cada vez un mayor paralelismo con posiciones respecto al periodismo. Estas poseen efectos positivos al dar voz a personas no mediatizadas, a periodistas que gracias a este medio no se ven censurados ni reprimidos por las empresas ni partidos ideológicos que limitan la información emitida por los medios de comunicación tradicionales. Favorece la dimensión colectiva de la libertad de expresión por su inabarcable fuente de difusión de información, conocimiento y creación, así como la democratización de los medios de comunicación al servir como vía para el poder cultural.

Sin embargo, también constituye un instrumento que amenaza de diferentes formas a bienes jurídicos ya existentes (lo que lleva a plantearse la necesidad de una nueva respuesta), posibilita las colisiones con otros derechos, como en los casos más graves de *discurso de odio* o en las peligrosas *fake news*, como ocurrió en el caso del asalto al Capitolio cuando Donald Trump meses antes de que la ciudadanía acudiera a las urnas, sembró a través de su cuenta de Twitter la idea de una elección amañada lo que (junto con otros rumores propagados por las teorías conspiratorias de QAnon, miembros de la plataforma *#StopTheSteal*, y activistas de extrema derecha) desembocó en este acontecimiento. Otro inconveniente se debe a la inexistencia de fronteras en las redes y la globalización, las cuales les otorgan un poder incalculable al ampliar el escenario y permitir una enorme y rápida propagación de los mensajes emitidos por estas vías (requiriendo respuestas internacionales). Además del problema que las redes sociales, por su naturaleza transnacional, crean respecto a la identificación del Estado responsable para juzgar a la persona autora de los mensajes y que, junto con la posibilidad del anonimato,

¹⁴ ARTICLE 19, *Manual sobre el Discurso del Odio*, Londres, 2015.

dificultan su sanción. En suma, el mundo virtual puede suponer un potencial escenario de confrontación y servir de arma política, nacional e internacional (el *ciberpoder*).

Por todo ello, en primer lugar, en caso de una supuesta vulneración de derechos, es necesario valorar factores como la persona creadora del mensaje (si es un personaje público, si es periodista, etc.), su número de seguidoras/es, su repercusión en otros medios, o a quién va dirigido (por ejemplo, si es una persona o grupo en situación de vulnerabilidad, foco de discriminación). En resumen, se debe estudiar caso a caso bajo el principio de ponderación del conflicto con el fin de que ningún derecho quede menospreciado. Asimismo, y en segundo lugar, la evolución de las TIC lleva a la disputa entre utilizar las viejas herramientas para los nuevos problemas, reinterpretando o retocando los delitos clásicos, o crear nuevos delitos vinculados a nuevos bienes jurídicos.

Para finalizar, presentar una última cuestión en cuanto a su regulación y limitaciones, *¿quién debe regular y restringir los mensajes difundidos por las redes sociales?* Esta interrogación se puso en manifiesto de nuevo a causa del asalto al Capitolio, cuando tras este suceso el ex presidente estadounidense fue expulsado permanentemente de Twitter a causa del *riesgo de más incitación a la violencia*. Hecho que derivó en muchas críticas y reflexiones sobre quién controla a *los controladores*. Como dijo Angela Merkel, la libertad de expresión solo puede restringirse *de acuerdo con la ley y dentro de un marco definido por los legisladores, no por decisión de los administradores de las plataformas de redes sociales*. Pero tampoco es buena idea que lo hagan los gobiernos, como afirmó el director de la ONG Artículo 19, argumentando que *la historia ha demostrado que dejar que los gobiernos regulen la libertad de expresión es una mala idea*¹⁵. En mi opinión, es necesario el abordaje de la libertad de expresión en el ciberespacio, donde se den unas pautas que permitan en ocasiones muy excepcionales (como, de incitación al genocidio, a la violencia o a la discriminación a colectivos marginales) la limitación de la libertad de expresión. Pautas, además, basadas siempre en los estándares internacionales de derechos humanos, pues de estas dependerá la calidad de la información recibida, y con ella, de nuestras democracias.

Tras esta breve presentación sobre el derecho a la libertad de expresión, me centraré en sus límites y conflictos con otros derechos. En especial, examinaré los *discursos de odio*, uno de

¹⁵ WALLACE, A., *Asalto al Capitolio: cómo las redes sociales silenciaron a Trump (y el debate sobre la libertad de expresión que se generó)*, BBC News Mundo, 2021. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55641435>

los muchos límites que la libertad de expresión posee, mayoritariamente aquellas expresiones dirigidas hacia grupos de personas en situaciones de vulnerabilidad, que tantos problemas suponen a la hora de interpretar los parámetros para poder ser considerados legítimamente y proporcionalmente como objetos de sanción e incluso de penalización.

III. DISCURSO DE ODIO

1. IDENTIFICACIÓN

1.1. CONCEPTO

El *discurso de odio* (procedente de la expresión anglosajona *hate speech*) ha sido definido en tratados internacionales y regionales de derechos humanos a través de variedad de estándares (que lo identifican y limitan) los cuales varían según las legislaciones nacionales y también con el paso del tiempo a través sus actualizaciones (por ejemplo, incorporando las consecuencias del desarrollo de la tecnología).

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) en su Recomendación de Política General núm. 15, relativa a la lucha contra el discurso del odio y memorándum explicativo, describió recientemente discurso del odio como *el uso de una o más formas de expresión específicas —por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones*. Asimismo, añade *la forma de negación, trivialización, justificación o condonación públicas de los crímenes contra la humanidad, así como la incitación a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto*. Con la condición de que esta actuación esté basada en *una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual*.

Por lo tanto, el discurso de odio requiere para su existencia de los siguientes requisitos:

1. Expresar opiniones o ideas al público externo, es decir, el discurso tiene lugar en un contexto público.

2. Cuya intencionalidad sea al menos una de las determinadas en la definición mencionada: humillar, instigar al odio, acosar, etc.
3. A través de una de variadas formas que puede adoptar: escrita, no-verbal, visual o artística.
4. Mediante la difusión por medios como pueden ser internet, material impreso, radio o televisión.
5. Por razón de determinadas características reales o percibidas, que van más allá del mero prejuicio, y de forma discriminatoria.
6. Con influencia sobre personas.
7. Sin que necesariamente conlleve consecuencias concretas.

De esta descripción de discurso de odio se deduce su vinculación con la libertad de expresión y con sus límites, ya que se materializa mediante actos de pura expresión y/o propaganda. La dificultad se encuentra en la identificación de los límites de la libertad de expresión que llevan a hablar de discurso de odio y no de dicho derecho, y en su caso, a ser sancionado y en último término, con la categoría de delito. Cabe mencionar que no todo discurso de odio es castigado y, por lo tanto, hay que distinguir *discurso de odio* y delito de discurso de odio.

Diferencia con el delito de odio

Por otro lado, y a pesar de que en algunos medios de comunicación se utilizan ambos términos de forma indiscriminada, no deben confundirse el delito de discurso de odio y el delito de odio. Los dos reflejan intolerancia y prejuicio, sin embargo, en el delito de odio se pone en riesgo un bien jurídico individual, pues para su existencia se requiere la concurrencia de dos componentes, uno objetivo y otro subjetivo: el primero se basa en acciones susceptibles de ser consideradas delito (por ejemplo, agresión, amenaza, daño a la propiedad), y el segundo, que el hecho se haya cometido basándose en prejuicios a un determinado colectivo, es decir, escogiendo a la víctima por alguna característica *protegida*, como pertenecer a una minoría étnica. Mientras que en el delito de discurso de odio lo que se intenta proteger es un bien jurídico colectivo, como la dignidad colectiva, pero no se exige para su comisión un tipo penal básico. De este modo, este delito demuestra ser una manifestación de los excesos de las políticas preventivas, castigando meras expresiones que pueden no suponer un riesgo real e

inminente para grupos vulnerables, y en algunos casos, ni siquiera ir dirigidos hacia estos como se verá en páginas posteriores, debido a una regulación imprecisa y excesivamente genérica.

1.2. DESTINATARIAS/OS

El *discurso de odio* es una expresión de odio discriminatorio hacia un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia o presunción de pertenencia a una determinada comunidad.

Su protección se dirige específicamente a *grupos sociales caracterizados por su situación actual o potencial de marginación social, o por haber sido tradicionalmente objeto de discriminación*¹⁶. Es el carácter vulnerable del colectivo el determinante del efecto dañino del discurso del odio, debido a su mayor probabilidad de sufrimiento de las consecuencias discriminatorias derivadas del mensaje, y que por tanto, podría justificar la preeminencia del derecho antidiscriminatorio sobre la libertad de expresión, ante un conflicto entre ambos derechos¹⁷.

Todo ello pone de relieve dos puntos clave en la categoría del discurso de odio, y en la legitimación o no de restricciones a la libertad de expresión: por un lado, el origen de esta garantía en el derecho antidiscriminatorio, y por otro, su fundamento basado en la evitación de discursos que apoyan la persistencia de una desigualdad existente en las sociedades, así como, en el fomento de la igualdad de oportunidades.

Finalmente, cabe mencionar cuáles son concretamente los grupos sociales hacia los que se dirigen los discursos de odio. El Código Penal indica en su artículo 510 que es delito cuando los motivos por los que se realiza dicha expresión de odio son alguno de los siguientes: *racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad*. Por otro lado, el mismo Código, esta vez en su artículo 22.4, al mencionar la agravante por discriminación señala motivos *racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su*

¹⁶ ALCÁCER GIRAO, R., *Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática*, Revista Crítica Penal y Poder, núm. 18, 2019, p. 20.

¹⁷ CORRECHER MIRA, J., *La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?*, InDret, núm. 2, 2021, p. 126.

*sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*¹⁸

1.3. ELEMENTOS A CONSIDERAR PARA SU IDENTIFICACIÓN

La tarea más difícil que tiene lugar en este ámbito es la de reconocimiento y valoración de las expresiones constitutivas de *discurso de odio*. A continuación, se exponen los posibles elementos y factores a considerar (de los que existe un gran desacuerdo) para resolver esta cuestión: la característica protegida que va a identificar a un grupo o persona como objeto de *discurso de odio*; el nivel de atención prestada al contenido y tono de la expresión, y al daño causado (puede que la mera expresión dañe por ser degradante o deshumanizante, o porque tenga una potencial o real consecuencia dañina); la relación de causalidad entre la expresión y el daño específico; el probable o inminente daño; y la intención del orador/a de ocasionar un daño, además de la existencia de la difusión pública de la expresión.

El problema que posee esta variedad de factores y las diversas formas de interpretarlos es la flexibilidad para identificar el *discurso de odio*, la cual produce incertidumbre y desacuerdo sobre su constitución¹⁹.

2. CLASIFICACIÓN DE DISCURSOS DE ODIO Y SUS POSIBLES RESPUESTAS

De las expresiones de odio discriminatorio surge un conflicto de derechos entre el de la libertad de expresión, fundamental para una efectiva democracia, y el derecho a la no discriminación, que a su vez mantiene la estabilidad del sistema democrático²⁰. Ante todo, hay que recordar que la libertad de expresión es un derecho fundamental y altamente protegido en la Constitución Española además de en otros instrumentos legales supranacionales e

¹⁸ Analizando estas normas antidiscriminatorias, es llamativa su falta de coordinación sistemática, pues mientras el artículo 510 indica la *situación familiar* como razón discriminatoria, el art. 22.4 no le presta atención a este, pero sí añade los motivos *edad* y *aporofobia*.

¹⁹ ARTICLE 19, *Manual sobre el Discurso del Odio*, Londres, 2015.

²⁰ ESQUIVEL ALONSO, Y., *El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista, N° 35, 2016. <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n35/1405-9193-cconst-35-00003.pdf>

internacionales. Por lo tanto, sus limitaciones deben ser siempre precisas, objetivas y sujetas a control judicial, aplicando además el principio de proporcionalidad y analizando caso por caso.

Una vez el discurso de odio queda identificado podría ser categorizado de la siguiente forma atendiendo a su nivel de gravedad, en aras de proponer o no sanción, y en caso afirmativo, determinar su nivel²¹. Así, se diferenciaría:

A) El discurso de odio que debe ser prohibido, es decir, el delito de discurso de odio que, por tanto, merece sanción penal (según exige el derecho penal internacional y el PIDCP). En esta categoría se incluyen las formas más graves de *discurso de odio* con el fin de prevenir cualquier daño excepcional e irreversible que propicie y pueda incitar a quien lo exprese. La Recomendación n° 15 de la ECRI establece que el discurso de odio sólo debería ser perseguido penalmente en circunstancias limitadas, concretamente, en estos casos:

- a) La *instigación directa y pública a cometer genocidio* y la instigación de otras discriminaciones violentas. La primera queda establecida en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948) y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998); y aunque la segunda no, debería considerarse incluida (como defiende la ONG Artículo 19).
- b) *Todo apoyo al odio discriminatorio que constituya instigación a la discriminación, hostilidad o violencia*. Recogida en el artículo 20.2 del PIDCP, con la condición de que satisfaga los requisitos del artículo 19.3 de dicho pacto: esta restricción a la libertad de expresión se permitirá cuando sea necesario para *asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*.
- c) Además de estas, existen otras formas de discurso *de odio* que los gobiernos pueden restringir, como son amenazas, agresiones u hostigamientos motivados por prejuicios.

B) El *discurso de odio* que puede ser prohibido. El derecho internacional de los derechos humanos permite a los Estados, en circunstancias limitadas y excepcionales, la posibilidad de

²¹ Este enfoque se basa en la orientación formulada por el Relator Especial para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión de la ONU (Relator Especial para la LDE) en su informe anual a la Asamblea General, A/76/357, 7 de septiembre 2012 (Informe de 2012 del Relator Especial para la LDE).

prohibir y sancionar ciertas formas de *discurso de odio*, en tanto en cuanto se cumplan los requisitos del artículo 19.3 del PIDCP anteriormente señalados. Estas restricciones deben *estar estipuladas en la ley, perseguir un objetivo legítimo, como el respeto a los derechos de otros, y ser necesarias en una sociedad democrática.*

De modo que, tales formas de discurso de odio pueden ser castigadas, según su gravedad, con sanciones penales o, más acertadamente con sanciones civiles o administrativas que no impliquen una criminalización del discurso de odio.

C) El *discurso de odio* legítimo que debería ser protegido. Esta expresión queda amparada en el Artículo 19.2 del PIDCP que defiende el derecho a la libertad de expresión. No son preocupantes debido a que no alcanza los umbrales de gravedad que justifican restricciones al derecho de expresión.

No obstante y a pesar de no dan lugar a responsabilidad, resultan igualmente problemáticos *en términos de tolerancia, civismo y respeto por los derechos de los demás*, al venir caracterizados por alarmantes prejuicios, ser ofensivos e inflamatorios, es por ello por lo que puede llevar a los Estados a responder desde otras estrategias a través de su capacidad para tomar medidas políticas o legales que resuelvan los prejuicios subyacentes patentes en este tipo de *discurso de odio* a la vez que promuevan expresiones que favorezcan los valores constitucionales, así como crear oportunidades donde instituciones, personalidades públicas y todas las personas puedan rebatir estos discursos^{22,23}

3. REGULACIÓN JURÍDICA

3.1. EN LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES

El origen normativo de discurso de odio se encuentra en la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948. Esto se debe a que el discurso del odio ha sido y es un factor determinante en la comisión de delitos de

²² ARTICLE 19, *Manual sobre el Discurso del Odio*, Londres, 2015.

²³ Este esquema sigue algunas de las indicaciones que incluye el Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas aprobado por la Asamblea General en 2013, recogidas concretamente en su Apéndice bajo el título de Plan de Acción de Rabat. Dicho plan expresa la necesidad de que los Estados distingan con claridad tres tipos de expresión del odio, para de esta forma ofrecer una respuesta práctica ante el discurso de odio, y así resolver el riesgo de una excesiva penalización que lleve a la represión, así como una nula repercusión.

genocidio, de lesa humanidad y crímenes en conflictos armados. Al hilo de dicha Convención, el Comité de Derechos Humanos dictó diversas recomendaciones generales, y más tarde, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prohibió taxativamente el discurso del odio en su art. 20.2.

A su vez, en el contexto europeo, debido a la falta de previsión expresa respecto al discurso del odio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1958, ha sido el *soft law* europeo el que ha contribuido a esta materia a través de la mencionada Recomendación n.º R (97) 20, de 30 de octubre de 1997 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre discurso de odio, donde se presentó por primera vez una definición de discurso de odio. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a través de su jurisprudencia, ha ido construyendo dicha noción en base a los límites a la libertad de expresión (art.10 CEDH) y a la proscripción del abuso de derecho (art.17 CEDH).

Desarrollo jurisprudencial del concepto discurso de odio por parte del TEDH

El TEDH ha reiterado en numerosas ocasiones la libertad de expresión como fundamento esencial de la democracia, que permite la manifestación *no sólo de las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también de aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población*. Una sociedad democrática sólo es posible si hay pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura²⁴.

Pese a ello, y como se menciona anteriormente, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, caben restricciones; el TEDH sostiene que *en principio se puede juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar o prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen un odio basado en la intolerancia, no beneficiándose de la protección del artículo 10 del Convenio*²⁵. Por consiguiente, la clave está en saber identificar correctamente las expresiones constitutivas de los discursos de odio que no gozan de la protección del art.10 y se incluyen dentro de abuso de derecho del art. 17 CEDH. La trayectoria de este tribunal en cuanto a dicha conceptualización es la siguiente:

²⁴ STEDH de 7 de diciembre de 1976, *Handyside c. Reino Unido*.

²⁵ STEDH de 4 de diciembre de 2003, *Müslüm Gündüz c. Turquía*.

En 1999, el TEDH se refiere por primera vez al discurso de odio en cuatro casos contra Turquía (Sürek (nº 1), Sürek y Özdemir, Sürek (nº 4) y Erdogdu e Ince). En este momento, no define discurso de odio sino que reproduce la definición de la citada Recomendación europea.

De forma más tardía, el TEDH desarrolla dicho concepto introduciendo un elemento esencial en su configuración jurídica, la no exigibilidad de la violencia como elemento identificador, cuando en el asunto Féret c. Bélgica, de 16 julio de 2009. Carácter que ha sido repetido en numerosas ocasiones, como en el reciente asunto Beizaras y Levickas c. Lituania, de 14 enero 2020 o el asunto Vejdeland y otros c. Suecia, de 9 febrero 2012.

Asimismo, el tribunal concluye que el discurso del odio se caracteriza por tener como objeto *propagar, incitar, promover o justificar el odio, sin necesidad de incitar a la violencia*, y cuyos destinatarios son *grupos vulnerables que sufren algún tipo de discriminación por las denominadas categorías sospechosas* (sexo, religión, raza, nacionalidad, etc). Así, por ejemplo, descartó la existencia de discurso de odio (a diferencia del Tribunal Constitucional español) en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 marzo 2018 relativo a la quema de la foto del Rey puesta boca abajo, en el curso de una manifestación antimonárquica e independentista. Y al contrario, afirmó su presencia en los asuntos Soulas y otros c. Francia, de 10 julio 2008, y Féret c. Bélgica, de 16 julio, cuando tales expresiones de odio se dirigían hacia personas migrantes al ser considerados como grupos vulnerables²⁶.

3.2. EN LOS INSTRUMENTOS NACIONALES

En el contexto nacional, el discurso de odio no es mencionado en la Constitución Española, no obstante, esta puede encontrar su fundamento en varios de sus artículos como son: el art. 9.2 el cual constituye uno de los pilares del Estado Social, al ordenar a los poderes públicos a *promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social*; el art.10.1 al

²⁶ Ludivina Valvidares Suárez, M., Presno Linera, M.A. y García Majado, P., *Igualdad de trato y no discriminación: Discurso de odio y delito de odio contra la población migrante y refugiada*, Cuadernos sobre el Derecho de Asilo en España, CEAR.

consagrar la dignidad de la persona y sus derechos inviolables inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social; art. 14 CE ya que prohíbe taxativamente la discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social; así como el art. 20.4 CE declarando como límites a la libertad de expresión el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

En cuanto al ámbito penal, tras la reforma del Código Penal en el año 2015²⁷, el artículo 510 (enmarcado en los delitos cometidos *con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*) tipifica concretamente el delito de incitación al odio, y a diferencia de su regulación anterior, establece una lista de *numerus clausus* introduciendo acciones punibles de gran extensión además de otros hechos delictivos por el enaltecimiento de otros delitos.

Destaca la incorporación del subtipo agravado del art. 510.3 CP, donde es el medio empleado el que intensifica la conducta, concretamente cuando se hace *a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas*, visibilizando de este modo el mensaje de *ciberodio*²⁸.

1. El bien jurídico protegido por los delitos marcados por el artículo 510 CP es la dignidad de la persona, uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Sin embargo, entiendo que más allá de esto, para no menoscabar la libertad de expresión, debería proteger la subsistencia del sistema democrático que determinados discursos de odio pueden amenazar. Asimismo, puesto que el discurso de odio es la actuación preventiva del delito de odio, debe ser probada la existencia de una conexión que ponga en riesgo un bien jurídico para comenzar la ejecución. El delito del art. 510 debe ser interpretado de forma cuidadosamente restrictiva, considerando siempre cuál es el bien jurídico que se protege y el daño que se intenta

²⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

²⁸ IGLESIAS GARCÍA, M.J., “Delitos De Odio. Análisis Jurídico Penal En El Código Penal Español”, *Una década de reformas penales: Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, J.M Bosch, Cap. 36, pp. 807-830.

evitar ya que, de lo contrario, se pondría gravemente en riesgo la libertad de expresión. Este delito mal empleado puede convertirse en la puerta a una fuerte mordaza.

2. Seguidamente, estos se enmarcan dentro de los delitos de peligro abstracto. El Tribunal Supremo subraya respecto al citado artículo que, *basta para su realización la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del ‘discurso del odio’, que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad (...) sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo*²⁹.

3. Asimismo, es clave el sujeto pasivo requerido pues, la conducta delictiva debe estar dirigida *contra un determinado grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél.*

4. Relacionado con la idea anterior, es necesario que exista una motivación discriminatoria. El artículo 510 CP identifica un catálogo de motivos que pueden resultar discriminatorios, y sólo estos pueden ser considerados. (Esta lista aparece especificada en páginas anteriores, en el apartado 1.3 *destinatarios*).

5. En quinto lugar, se trata de delitos dolosos, bastando el dolo genérico, esto quiere decir que, para apreciar su concurrencia es suficiente *conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio. No siendo exigible una especie de ‘animus’ singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar a los concretos destinatarios de la acción como si fuese un añadido al dolo genérico*³⁰, y constatando que no se trata de *una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar*³¹.

6. Las acciones objeto del artículo 510 CP castigan una pluralidad de conductas encaminadas al

- a) Fomento, promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia (contra las personas por los motivos mencionados) con publicidad.

²⁹ STS 72/2018 de 9 febrero, FJ único.

³⁰ STS 820/2016, de 2 de noviembre.

³¹ STS 72/2018, de 9 febrero..

- b) La producción, elaboración o posesión con el fin de distribuir. La facilitación a terceras personas del acceso, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para llevar a cabo las acciones anteriores.
- c) Negación pública, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltecimiento a sus autores, por lo motivos anteriores, promoviendo o favoreciendo un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra las personas.
- d) La lesión de la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos citados.
- e) La producción, elaboración o posesión con la finalidad de distribuir, que facilite a terceras personas el acceso, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que, por su contenido sean idóneos para realizar la acción anterior (es decir, lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados).

7. Una vez esto mencionado, hay que considerar que para la concurrencia el tipo de art. 510.1

a) CP es necesario que el comportamiento sea *público*, aunque a su vez, el fomento, promoción o incitación pueden ser tanto directos como indirectos.

Respecto del art. 510.1 b) CP se incluyen materiales o soportes que sean idóneos para fomentar, promover, o incitar *directa o indirectamente* al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

Asimismo, el art. 510.2 b) a diferencia del art. 510.1 c), sanciona la *justificación* de determinados delitos, mientras que el segundo precepto no incluye este comportamiento. Y, mientras que, las conductas previstas en el primero se vinculan a los delitos cometidos por los motivos discriminatorios indicados en el tipo penal, el art. 510.1 c) lo hace respecto a delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado³².

³² GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista*. MIRÓ LLINARES, F.(dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2017.

4. LÍMITES DEL DISCURSO DE ODIO

El derecho a la libertad de expresión no es absoluto según los estándares internacionales de los derechos humanos, por ello, de forma excepcional, puede estar sujeto a limitaciones. A su vez, como anteriormente se subraya, no todo discurso de odio se trata necesariamente de delito de discurso de odio el cual debe ser restringido.

Origen de la penalización del discurso de odio

El origen de la criminalización del discurso de odio se puede encontrar en el citado artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que anima a prohibir *la apología de la guerra y del odio*, unido al contexto europeo de las últimas décadas caracterizado por ciertos ataques terroristas *yihadistas*, la aparición de movimientos sociales antisistema o el temor al resurgimiento del nazismo. Todo ello, ha propiciado la regulación e incluso la prohibición de diversas formas de discurso de odio, incluyendo el *negacionismo*, lo cual me hace cuestionar su compatibilidad con otros derechos reconocidos en los mismos textos internacionales, como es el artículo 19 del PIDCP³³.

En el contexto español, fue la *Decisión marco de la Unión Europea para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los países de la UE referentes a los delitos de carácter racista o xenóforo (2008)*³⁴, la que introdujo en 2015 en el Código Penal el *delito de discurso de odio* del art. 510, aunque cabe mencionar que en España ya se venía castigando penalmente este tipo de prácticas, puesto que desde 1995 aparece en el CP el delito de provocación a la discriminación (artículo 165 ter). A modo de crítica, tal Decisión marco puede ser un tanto preocupante por ser Europa, cuna de la libertad, la que ahora restringe tal derecho.

Cuándo se puede intervenir sobre el discurso de odio

El problema de la intervención, sobre todo, la penal, se encuentra en cómo y dónde fijar los límites para poder de forma legítima restringir ciertas expresiones de odio y no poner en peligro el derecho fundamental de la libertad de expresión y a su vez la propia democracia.

³³ Cfr. en este sentido el aclarador capítulo de Teruel Lozano, “The Crime of Historical Denialism as a Limit to the Freedom of Expression: A European Glance”, en *Handbook of Communication Rights, Law and Ethics*, Wiley-Blackwell, 2021

³⁴ Véase en el <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82444>

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 19 (3) del PIDCP, toda acción gubernamental dirigida a restringir el *discurso de odio* debe:

1. *Establecerse por ley; cualquier ley o reglamento deberá ser formulado con la precisión suficiente para que las personas puedan regular su conducta de forma acorde con lo allí dispuesto;*
2. *Perseguir exclusivamente un objetivo legítimo: el respeto a los derechos y a la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional o del orden público, o de la moral o salud pública;*
3. *Ser necesaria en una sociedad democrática; para el Estado debe ser un requisito demostrar la naturaleza precisa de la amenaza de forma específica e individualizada, y deberá asimismo demostrar la necesidad y la proporcionalidad de la medida adoptada, y para ello deberá establecer concretamente una conexión directa entre la expresión y la amenaza. Es decir, debe obedecer una necesidad social democrática, que va más allá de la lesión de derechos individuales.*

En segundo lugar, las actuaciones que el derecho internacional exige a los Estados prohibir son las siguientes formas específicas del *discurso de odio*: *la incitación directa o pública al genocidio y cualquier tipo de fomento de odio discriminatorio que constituya una incitación a la discriminación, hostilidad y violencia.*

En el marco de la Unión Europea, la *Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal* del 28 noviembre de 2008 prevé la tipificación como delitos a los discursos más graves. Además de reiterar esos actos, realiza una definición completa de los delitos de discurso de odio, los cuales se basan en

- a) *La incitación pública a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico.*³⁵

³⁵ Respecto al requisito de su capacidad de incitación a actos de violencia u odio (además de intimidación, hostilidad o discriminación), destacar que el TEDH en asuntos como *Féret contra Bélgica* de 2009 subraya que para que exista discurso de odio no es necesario que se incite directa o explícitamente a la violencia, sino que *es suficiente con que se incite al odio al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación.*

- b) *El delito anterior realizado con la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes.*
- c) *La apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se define en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículos 6, 7 y 8) y los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.*³⁶
- d) *Así como la incitación, la participación intencional o la tentativa de cometer alguno de los actos anteriormente mencionados.*

Asimismo, en el seno del Consejo de Europa, el *Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por sistemas informáticos*, del 28 de enero de 2003, tipifica como delito

- a) *La difusión o puesta a disposición del público de otro modo material racista y xenófobo por medio de un sistema informático;*
- b) *La amenaza, por medio de un sistema informático, de la comisión de un delito grave hacia personas por razón de su pertenencia a un grupo caracterizado por la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores; o a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características;*
- c) *El insulto en público, por medio de un sistema informático, a esas mismas personas.*

4.1. ELEMENTOS A VALORAR

Dentro del ámbito internacional, la adopción del Plan de Acción de Rabat, incluido en el Anexo del Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos publicado en 2013, a través de unas directrices, ha desarrollado un umbral elevado para definir las restricciones a la libertad de expresión, la incitación al odio y la aplicación del artículo 20 del PIDCP.

Además de exponer que el fin que tienen las restricciones a la libertad de expresión se basa en *proteger a las personas y las comunidades frente a la hostilidad, la discriminación o la*

³⁶ A pesar de lo que indica dicha Decisión marco, en la STC 235/2007, el TC español indicó que no se puede castigar la negación al genocidio, regla que también extendió a manifestaciones de apoyo a regímenes autoritarios (desarrollado más detenidamente en páginas posteriores).

violencia que puedan sufrir por los señalados rasgos, y no el de imposibilitar el debate sobre opiniones, creencias e instituciones, muestra seis parámetros a considerar como prueba del umbral para determinar el discurso de odio como delito, a los que yo he añadido cinco más:

- a) El contexto social y político.
- b) La autoría.
- c) La intención.
- d) El contenido y la forma de la expresión.
- e) Si es opinión pública.
- f) La veracidad y mala intencionalidad (respecto a la información)
- g) La extensión y magnitud de la expresión.
- h) Las/os destinatarias/os.
- i) La probabilidad de que se produzca un daño contra el grupo señalado.
- j) Efecto disuasivo sobre el ejercicio de la libertad de expresión.
- k) La naturaleza y la gravedad de las penas impuestas.

4.2. INTERPRETACIÓN DE LOS ELEMENTOS

Hasta ahora han sido mencionados los elementos necesarios y las formas de expresión que llevan a identificar los discursos de odio más graves y, por tanto, los que representan el delito de discurso de odio. Sin embargo, el ejercicio más fundamental y dificultoso para poder reconocerlo se encuentra en la forma de interpretar estas indicaciones así, a continuación, se desarrolla y analiza cada uno de dichos elementos atendiendo a la jurisprudencia del TEDH y del TC.

a) Contexto social y político de la expresión

Es necesario analizar el contexto político, económico y social en el que se produce la expresión para entender su intencionalidad y causalidad. Particularmente, se deberá valorar si es tenso o no, considerando

- la existencia de conflictos en la sociedad;

- la existencia de discriminación actual y en la historia. Por ejemplo, en la aplicación de la ley.
- el marco jurídico, teniendo en cuenta si se reconoce la característica protegida del grupo objetivo en preceptos antidiscriminatorios;
- el paisaje mediático. Como, por ejemplo, que se ofrezca habitualmente una imagen negativa en los medios de comunicación sobre el grupo objetivo, careciendo de otras fuentes de información.
- el panorama político, especialmente, el contexto de elecciones o su cercanía así como el papel de las políticas en dicho escenario y el grado de representación de las opiniones del grupo objetivo en los procesos políticos formales.

Por ejemplo, en el asunto *Perinçek c. Suiza*, el tribunal valoró si hubo lesión de la libertad de expresión, considerando el contexto libre de tensión social y de especiales connotaciones históricas, cuando un político turco en Suiza realizó comentarios defendiendo que *las deportaciones en masa y las masacres sufridas por los armenios en el Imperio Otomano en 1915 no constituían un genocidio*.

Asimismo, en el asunto *Erkizia Almandoz v. España* donde un político vasco rinde homenaje a un antiguo dirigente de la organización terrorista ETA, el TEDH señaló que no se trataba de delito de enaltecimiento del terrorismo, argumentando, entre otras cuestiones, que el contexto en el que se produjeron sus declaraciones estaba caracterizado por el debate del movimiento independentista vasco sobre el uso de medios pacíficos para el fin de conseguir sus objetivos políticos.

En sentido contrario, el mismo tribunal fue más proclive a justificar la injerencia en la libertad de expresión en el asunto *Soulas y otros c. Francia*, de 10 julio 2008, por las restricciones a la publicación de un libro que defiende *la incompatibilidad de la civilización europea con la civilización islámica en un área geográfica concreta*, al prestar especial atención a que el discurso se dirigía contra inmigrantes no europeos, concretamente musulmanes, en Francia, junto al *clima político y social de Francia, donde existen claros problemas de establecimiento e integración de inmigrantes no europeos*, sobre todo musulmanes.

b) La autoría (el estatus de la persona que expresa)

Es fundamental tener en consideración la posición de influencia y autoridad de la persona oradora, es decir, su estatus a nivel funcional, sin requerir un título expreso que le otorgue tal condición. Hay personas cuyos cargos conllevan una mayor exigencia en este aspecto, estos son los miembros destacados de partidos políticos, los funcionarios públicos o cargos similares, que gozan de una mayor atención por parte del público y, por tanto, su nivel de influencia en los demás es mayormente significativa. Asimismo, se debe examinar el nivel de obediencia de la comunidad hacia las figuras de autoridad, así como el vínculo existente entre la persona oradora y su audiencia, como son el grado de vulnerabilidad o temor entre comunidades contra la que se dirige la expresión³⁷.

En la sentencia 93/2021, de 10 de mayo, dictada por el Tribunal Constitucional sobre una supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión, a causa de la condena por difundir mensajes mediante una red social en los que señala de asesino y expresa alivio por la muerte de un torero en el curso de la lidia³⁸, el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón señala como uno de los elementos a tener en cuenta *la autoría de las opiniones o informaciones de quienes se manifiestan a través de las redes, a la hora de formular el juicio de proporcionalidad de las limitaciones al ejercicio de las libertades comunicativas*.

Igualmente, en el caso Erkizia Almandoz v. España, el TEDH consideró el hecho de que el autor de la declaración, a pesar de ser una persona de cierta relevancia a nivel político por su pasado, no era político en el momento de los hechos y por lo tanto, este cargo no le suponía una mayor exigencia.

c) La intención.

En tercer lugar, debe ser tenido en cuenta un elemento esencial, que va más allá del propio contenido de la expresión, la intención del autor/a. Hay que interpretar *llamamiento directo o indirecto a la violencia o justificación de la violencia, el odio o la intolerancia e instigación directa y pública a cometer genocidio* considerando si en su contexto, las declaraciones categóricas atacan o denigran a grupos en situaciones de vulnerabilidad en su conjunto. Para ello debe existir,

a) la intención de involucrarse en la apología del odio;

³⁷ Véase: BENESH, S., *Dangerous Speech: A Proposal To Tackle Violence*, World Policy Institute, 2011.

³⁸ STC 93/2021, de 10 de mayo.

- b) *la intención de tener como objetivo a un grupo basándose en una característica protegida, además de*
- c) *contar con conocimiento de las consecuencias de dichos actos, y de que las consecuencias se producirán o podrían producirse como parte del curso normal de los acontecimientos (y no de forma imprevisible).*

A modo de inciso, respecto al apartado b), que indica el móvil discriminatorio en que se basa el sujeto activo para cometer la conducta delictiva, la Fiscalía General del Estado ofrece los siguientes datos para identificar este elemento:

- *Los antecedentes penales o policiales por conductas similares, como pudieran ser sanciones basadas en la Ley de Seguridad Ciudadana por manifestaciones «ultras» o sanciones por violencia en el deporte, etc.*
- *El análisis de sus comunicaciones en las redes sociales anteriores y posteriores a los hechos, así como su número de seguidores.*
- *Las frases o gestos que haya podido expresar en el momento de cometer los hechos.*
- *Su integración en grupos caracterizados por su odio o por la promoción de la violencia contra determinados colectivos o ideas (ideología neonazi, homófoba o xenófoba, radicalismo religioso, grupos ultra deportivos, colectivos antisistema, las denominadas «bandas latinas», etc.), y su posición de relevancia pública o liderazgo en los mismos.*
- *Instrumentos utilizados o que se porten (banderas, bufandas, pancartas) asociados a alguno de esos grupos³⁹.*

Mencionado esto, señalar que los tres elementos enumerados (a, b y c) deben ser examinados sobre los hechos y circunstancias del caso como un todo, considerando el lenguaje empleado, su magnitud, la repetición de la expresión, y el objetivo perseguido. Por ello, en los casos de imprudencia o negligencia no existe la intencionalidad y, por lo tanto, quedan protegidos dentro de la categoría de comunicaciones inoportunas, poco serias o con una muy sutil intención, como puede ser un mal chiste, una sátira o incitar a la reflexión por medio del arte.

³⁹ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

Así, en el asunto Soulas y otros c. Francia, el TEDH consideró que no se había violado el derecho a la libertad de expresión, destacando que las palabras empleadas en dicho libro *tenían por objeto provocar en los lectores un sentimiento de rechazo y antagonismo, acrecentado por la imitación del lenguaje militar, frente a las citadas comunidades, designadas como el enemigo principal, y llevarlos a compartir la solución recomendada por el autor, la de una guerra de reconquista étnica.*

Al contrario, en el caso Erkizia Almandoz v. España, además de no dirigirse a un grupo vulnerable, no incita directa o indirectamente a la violencia terrorista, ni se justifican ni exaltan actos terroristas, pues lejos de apelar a la comisión de actos violentos, se aboga por una vía democrática para alcanzar los fines políticos de la izquierda abertzale.

Y, en el asunto Stern Taulats y Roura v España, el TEDH declara la vulneración de la libertad de expresión al ser condenadas dos personas por quemar una fotografía de los reyes de España en una manifestación pública durante la visita oficial del rey, señalando que la intención de los autores, lejos de incitar a cometer actos de violencia contra el monarca, era la de expresar simbólicamente su desafección, protesta y crítica política a institución monárquica en general, y no personal al rey de España para insultarle ni denigrar su persona. Esta interpretación la realiza basándose en el conjunto de los *decorados* utilizados (desarrollados en el apartado siguiente, *Contenido de la expresión*), el contexto en el que se producen, así como las inexistentes consecuencias basadas en disturbios o comportamientos violentos del acto. El tribunal reiteró una vez más que la *libertad de expresión se extiende a aquella información e ideas ofensivas, impactantes o molestas, pues estas son demandas de pluralismo, tolerancia y amplitud de miras, sin las que no puede existir una sociedad democrática*⁴⁰.

d) El contenido y la forma de la expresión.

Relacionado con el factor anterior (la intención), se encuentra el contenido de la expresión el cual también es de relevancia, así como el estilo y forma de dicha expresión, la naturaleza de sus argumentos y el equilibrio entre estos, para detectar si anima a la comisión de hechos discriminatorios hacia determinados colectivos. Asimismo, resalta la importancia de la

⁴⁰ *La jurisprudencia del TEDH - Asuntos en los que España ha sido parte- Artículo 10: Libertad de expresión.* Ministerio de Justicia Gobierno de España, <https://www.mjusticia.gob.es/ca/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/asuntos-espana-sido-parte/convenio-europeo-derechos/articulo-libertad-expresion>

comprensión del contenido de la expresión por parte del público, sobre todo cuando la apología es indirecta.

Respecto a este elemento, el Tribunal de Estrasburgo, particularmente en el caso *Mouvement Raëlien Suisse v. Suiza*, de 13 de julio de 2012, marca una serie de factores a tener en cuenta, por un lado, reitera que el artículo 10.2 del CEDH dispone a los Estados de un *amplio margen de apreciación a la hora de regular la expresión comercial y publicitaria y, en ámbitos susceptibles de ofender convicciones personales íntimas de carácter moral o, más particularmente, religioso*. A la vez que señala que dicho artículo exige un alto nivel de protección del derecho a la libertad de expresión en asuntos políticos, es decir, cuando se trata de la difusión de mensajes políticos o activistas, permitiéndose un lenguaje *virulento y crítico sobre cualquier tema de interés general, tolerándose los excesos verbales y escritos inherentes al tema objeto de debate*. Por ello, es necesario el reconocimiento de la naturaleza del asunto de interés público en dicho discurso, como puede ser la defensa de los animales en el caso de la STC 93/2021, de 10 de mayo. Asunto en el que, la manifestación de dicha opinión pública no era patrimonio exclusivo de la recurrente en amparo, además de que, esta expresión fuera una excusa para reiterar el mensaje político de la recurrente contra la tauromaquia al haberlo hecho ya anteriormente, revelando por tanto que su contenido iba más allá de la muerte de la persona. Además, este el TEDH ha reconocido que *algunas formas de expresión dejan poco margen para restricciones*, en concreto, destacan, aparte de las que discurren en interés público, la expresión artística, el discurso académico y de investigación científica, declaraciones de hechos y juicios de valor⁴¹.

Se concluye pues, que el margen de apreciación de las autoridades jurisdiccionales es especialmente restringido en cuanto a temas de interés general, y más aún cuando se enmarca dentro de un discurso político, permitiendo de esta forma la *exageración, la provocación, y la falta de moderación en las formas*⁴². En todo caso, no estará protegida por el derecho a la libertad de expresión la difusión de ataques personales que sobrepasen el marco de debate que protege el artículo 10 CEDH.

⁴¹ STEDH 6 de junio de 2006, *Erbakan v. Turkey*, App. No. 59405/00, párrafo 68.

⁴² STEDH 16 de julio de 2009, *Willem c. France*, párrafo 33.

A pesar de estas apreciaciones, el Tribunal Constitucional en su sentencia 177/2015 de 22 de julio (que después se juzgaría ante el TEDH en el asunto Stern Taulats y Roura v España), declaró que la expresión que atañe este caso se sitúa en el *ámbito del discurso del odio al incitar al uso de la violencia*⁴³ debido a la manera en la que los demandantes expresaron esta crítica política (*el hecho de que recurrieran al fuego, que utilizaran una fotografía de grandes dimensiones y que colocaran esta bocabajo*). En cambio, más tarde, el TEDH afirmó que tales actos no fueron más allá del uso de cierto nivel permitido de provocación para transmitir un mensaje crítico en el marco de la libertad de expresión, ya que se trataba de actos progresivamente *escenificados* cuyo fin era atraer la atención de los medios, y cuya forma de expresión corresponde claramente a una crítica de naturaleza política o de cualquier otro tipo. Así pues, este caso hace ver la subjetividad que tiene la interpretación de *discurso de odio* que sobrepasa los límites legítimos.

Por último, señalar dos casos en los que el TS y TC se pronuncian sobre cómo interpretar el contenido del delito de *discurso de odio*. El Tribunal Constitucional, en su STC 235/2007 de 7 de noviembre, a través de la resolución de una cuestión de constitucionalidad relativa al delito de apología del genocidio (art. 607.2 CP) realizó ciertas matizaciones y cambios en los puntos de vista sobre las expresiones que deben ser castigadas.

En primer lugar, declaró el art. 607.2 parcialmente inconstitucional, expulsando consecuentemente del Código Penal la incriminación por la negación del genocidio al no afectar a ningún bien jurídico merecedor de tutela. Y en cuanto a la difusión de expresión que justifique el genocidio, precisa *una provocación indirecta a cometerlo o, al menos, la creación de un clima de violencia u hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación*. Esta doctrina se ha aplicado también al delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo del artículo 578.1 CP, con la condición de incitar a estos ilícitos o a la violencia. Incluir que dicho tribunal afirmó que ni las expresiones discriminatorias ni las injuriosas están amparadas constitucionalmente así, no se puede tipificar como delito la mera transmisión de ideas incluso en los casos criticables por su contrariedad a la dignidad humana. Del mismo modo, recalcó la inexistencia e imposibilidad de un modelo de *democracia militante* en nuestro sistema, lo que quiere decir que se impide penalizar las puras manifestaciones de apoyo a regímenes autoritarios (incluso, a los crímenes que cometieron) y la divulgación de tesis totalitarias, proclives a una dictadura.

⁴³ STEDH de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats Y Roura Capellera. C. España*.

Sin embargo, es necesario aclarar que este derecho del art. 20.1. CE se ve limitado y, por lo tanto, se castigan, las declaraciones que incitan a la violencia o crean un ambiente de tensión proclive a la realización de actos delictivos en riesgo a personas o al sistema de libertades, es decir, aquellas que *puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio* en su estado más grave. Asimismo, añade aquellas que lesionan el honor de las víctimas, criterio que a mi entender es difícil sostener por los argumentos esgrimidos anteriormente y por ir en contra de la doctrina sentada por la sentencia del TC 214/1991⁴⁴. En dicho caso, el tribunal definió que, a pesar de que las *meras opiniones sobre la actuación nazi con respecto a los judíos, por reprobables o tergiversadas que sean, están amparadas por la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y la libertad ideológica (art. 16 CE)*, quedan fuera de la protección los juicios de valor *discriminatorios u ofensivos para el honor de sus víctimas*.

Toda esta jurisprudencia realiza una notable aportación acerca de cómo interpretar de *lege lata* el artículo 510 CP, ejercicio problemático ante una casi nula aplicación del tipo penal en cuestión⁴⁵. Así, ha sido y es muy útil en el debate sobre la penalización por la mera exaltación o apología de la dictadura franquista o de sus líderes, cada vez más frecuentes en España. Se suele argumentar y equiparar tales actos con los que castiga el Derecho alemán por el ensalzamiento de un régimen totalitario. Sin embargo, no se puede usar como modelo, ya que el Derecho alemán tipifica el ensalzamiento de la violencia y despotismo (y no del gobierno nacionalsocialista) exigiendo que dichas actuaciones pongan en peligro la convivencia externa puesto que el bien jurídico que protege es la paz pública (y no la dignidad de las víctimas del nazismo). Ello refleja que el Derecho alemán sitúa esta actuación entre los delitos contra el orden público, mientras que el *artículo 510 CP pretende proteger a colectivos vulnerables a través de la no discriminación del artículo 14 CE*⁴⁶, pese a que en la práctica esto sea muy cuestionable, ya que estos no suelen ser los afectados por dichas expresiones. Por lo tanto, únicamente cabría castigar el ensalzamiento del franquismo o de sus abusos perpetrados, cuando cree *un clima de violencia u hostilidad que pueda provocar actos ilícitos y ponga en peligro la democracia*.

⁴⁴ STC 214/1991, de 11 de noviembre.

⁴⁵ LANDA GOROSTIZA, J.M., *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del Art. 510 CP y propuesta de lege lata*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3. 2012, págs. 297-346.

⁴⁶ ROIG TORRES, M., *El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2021, núm. 23-07, pp. 1-31.

Por ello, resulta tan desconcertante la sentencia 675/2020, de 11 de diciembre del Tribunal Supremo, que ha llevado a penalizar aplicando el artículo 510.1 CP la distribución de emblemas nazis, debido al reiterado uso de símbolos fascistas en concentraciones públicas. Sentencia muy cuestionable por su adecuación a la legislación y a la jurisprudencia del TC y TEDH⁴⁷.

Estos dos asuntos (STC 235/2007 y STS 675/2020) juzgan actuaciones muy subjetivas de interpretar, por ello, es necesario no olvidar que la penalización de la libertad de expresión sólo es posible ante las conductas más graves (que ponen en peligro el orden público o inducen a la violencia), y por tanto, el Derecho Penal no puede ser utilizado con un objetivo simbólico, fin que se debe dejar a otros sectores del ordenamiento jurídico⁴⁸.

f) Si es opinión pública.

Previamente se menciona la importancia de la opinión pública, es decir, si la expresión interesa al público, cuestión muy acentuada especialmente en Europa, al revés que en Estados Unidos donde es la autoría la que posee una consideración mayor.

La aplicación de la posición preferente de la libertad de expresión respecto a otros derechos está supeditada en parte, a su potencial contribución objetiva a la formación de la opinión pública libre, y es lo que a su vez justifica su dimensión institucional, convirtiéndose por tanto en un elemento decisivo en cuanto a la resolución jurídica de un conflicto. Sin embargo, esta calificación sobre si se trata o no de interés para la opinión pública no es exclusiva del discurso de odio, sino que posee un carácter más general, es un tema abierto. Y el problema que encuentra es la determinación de las materias que entran dentro de esta categoría, pues nunca está del todo claro.

No existe un catálogo cerrado de temas, se trata de una cuestión culturalmente acuñada, aunque todas comparten que su contenido o consecuencias implican una trascendencia en la participación social. De este modo, no cabe duda que la actividad política se incluye dentro de este ámbito por ser una de las bases de la participación en el modelo social; así como la cultura, el arte o la ciencia, elementos esenciales para el desarrollo de la personalidad. Y por supuesto,

⁴⁷ ROIG TORRES, M., *Uso de símbolos totalitarios: ¿es trasladable a España el modelo alemán? Una crítica a la aplicación del artículo 510 CP*. Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico, (31), 358–391.

⁴⁸ ROIG TORRES, M., *El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2021, núm. 23-07, pp. 1-31.

se incluyen todos aquellos temas que aparezcan en medios de comunicación, destacando los de la prensa amarilla, ya que su propio objetivo es conseguir noticias de interés para la población. Asimismo, habrá que tener en cuenta que la calificación de una expresión como de interés para la opinión pública puede venir derivada tanto de las características del propio hecho, como de la o las personas relacionadas con este⁴⁹. Finalmente, una vez determinado este carácter, no se podrá olvidar el principio de proporcionalidad ante un conflicto de derechos, lo que significa que el derecho preeminente no deberá destruir al otro, sino que intentará dañarlo lo menos posible.

Volviendo a la cuestión ya mencionada y partiendo de esa postura, el Tribunal Constitucional en su STC 214/1991, de 11 de noviembre, justifica también que las declaraciones de apoyo a regímenes totalitarios están amparadas por la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y la libertad ideológica (art. 16 CE), porque se trata de un tema de interés público.

De manera análoga, el TEDH participa en defensa de este elemento en el caso *Stern Taulats y Roura v España*, al argumentar a favor de la libertad de expresión, cuando defiende que el recurrido *acto escenificado* se encontraba dentro de un debate sobre temas de interés general, como *son la independencia de Cataluña, la estructura monárquica del Estado y una crítica del rey como símbolo de la nación española* y que, por tanto, no se puede limitar la libertad de expresión en dicho caso (además de por otras cuestiones ya presentadas). Y en el asunto *Erkizia Almandoz v. España*, afirmando que *los comentarios del demandante eran de interés general en el contexto social español*, sobre todo el del País Vasco.

Todo ello, sin olvidar que esta característica, a pesar de su relevancia en el pluralismo para garantizar la exteriorización especialmente de la opinión minoritaria, no implica directamente el carácter ilimitado de la libertad de expresión en este ámbito.

g) La veracidad (respecto a la libertad de información)

Como se analiza hasta ahora, la presunción de preponderancia de la libertad de expresión puede quebrarse por diferentes formas, y una de ellas es por el conocimiento de la falsedad o la no cumplimentación del deber de veracidad. De igual forma, este elemento, por su propia

⁴⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad*, Anuario de Derecho Penal, 1991, p. 339-362.

naturaleza, sólo cabe ser considerado al analizar la libertad de información y no de opinión, es decir, ante afirmaciones de hechos, no exteriorizaciones de juicios de valor. Sin embargo, en la práctica, detectar si se trata de uno u otro tipo es una tarea de gran complejidad puesto que las primeras suelen ir acompañadas de las segundas, a la vez que los juicios de valor presuponen hechos.

En cuanto al alcance de la veracidad, esta es considerada como verdad subjetiva relacionada con el deber de diligencia en la transmisión de hechos, en otras palabras, este requisito depende de *actitud hacia la verdad del que ejercite esta libertad respecto al contenido de información*, pero no de una verdad objetiva, lo que supone de nuevo un dificultoso deber de comprobación que será decidido en último término por el Estado mediante el poder judicial⁵⁰. La justificación de esta exigencia de veracidad como límite a la libertad de información se encuentra desde una perspectiva individual por el derecho a expresar el propio pensamiento independientemente de que ese se corresponda con la realidad (?) y el derecho de rectificación; y también desde su vinculación al principio democrático del Estado, al ser un deber que se encuentra recogido expresamente en la CE (art. 20.1.d), además de ser coherente con pluralismo ligado a la formación de la opinión pública en un sistema democrático.

Para conocer si se trata de opinión o información, y en este último caso si se da su cumplimiento, será necesario valorar caso a caso determinadas características de la expresión como son, la naturaleza de la noticia, la fuente generadora y la forma de presentación de la información. Además, en el caso de realizarse en un contexto de un medio de comunicación, se considerarán las particularidades que presenta el cumplimiento de su función, así como la rapidez en la transmisión de la noticia. Seguidamente y a través de estos indicadores, se medirá el grado de cumplimentación del deber de veracidad, y en el caso de que se cumpla será suficiente para hablar de libertad de expresión a pesar de que lo afirmado no sea objetivamente cierto.

Tras esta examinación, la inclusión o no de la afirmación dentro de la libertad de información, no dependerá de su correspondencia con la verdad, sino del grado de cumplimentación de la diligencia exigida. La información falsa pero diligente se incluye dentro del riesgo permitido justificado por la función que desarrolla la opinión pública en nuestro modelo social (siempre que se respeten las exigencias del principio de proporcionalidad). En referencia a esto último, añadir que el contexto del país donde se analiza es muy relevante, así, por ejemplo, en países de ética protestante, al valor de la verdad se le otorga una consideración mucho mayor que en

⁵⁰ Recomiendo leer el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

países de ética cristiana. Además, frente a casos donde no se cumpla el deber de veracidad exigido, deberá también concurrir el *animus iniuriandi* (la mala intencionalidad) para generar consecuencias jurídicas penales⁵¹, elemento analizado anteriormente.

h) La extensión y magnitud de la expresión.

Para que se ocasione el delito por discurso de odio es necesario que la incitación sea pública ante terceros. Así, el análisis de la expresión debe determinar su naturaleza pública, los medios con los que contó, y su magnitud en cuanto a frecuencia o volumen (por ejemplo, no es lo mismo, una única difusión que, repetidas, ni la difusión de panfletos en comparación con la transmisión en los principales medios de comunicación).

Igualmente, en caso de que la difusión se diera a través de los medios de comunicación o redes sociales, se podría aplicar la agravante de difusión mediática (art. 510.3 CP), que incluye tanto los medios de difusión escrita como audiovisual o telemática de cualquier índole tecnológica. Sin embargo, es necesario destacar que en los medios de comunicación masiva debe considerarse el derecho a la libertad de prensa. Como subraya el TEDH, *a pesar de que la prensa no debe sobrepasar los límites que le han sido establecidos, entre otras razones, para la protección de los intereses vitales del Estado, [...] le corresponde transmitir información e ideas sobre asuntos políticos, incluso aquellos que resultan divisorios. La prensa no sólo tiene la tarea de transmitir dicha información e ideas: el público también tiene derecho a recibirlas. La libertad de recibir información o ideas provee al público de uno de los mejores medios para descubrir y formarse una opinión sobre las ideas y las actitudes de sus líderes*⁵².

Internet es una herramienta sin precedentes para la libertad de expresión, mediante la difusión de mensajes a través de la red *se ejercen tanto la libertad de expresión como la de información, en un contexto en que los usuarios son a la vez creadores de contenidos, emisores, difusores y reproductores de esos contenidos*. De esta manera, este ejercicio en el contexto de las redes sociales contiene particularidades que han de ser consideradas al realizar el juicio de proporcionalidad de los límites que se les imponen. En particular, respecto a las libertades informativas, es necesario valorar su dimensión y alcance transformador de la opinión pública, proveniente de la inmediatez y efecto multiplicador de las redes sociales, además de que cada

⁵¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad*, Anuario de Derecho Penal, 1991, p. 339-362.

⁵² STEDH, de 25 de julio de 2006, *Halis Doan v. Turkey*. App. No. 71984/01.

vez más, la función de los periodistas y de usuarios potenciales creadores de contenidos es muy próxima. Por tanto, hay que replantearse la diferenciación jurisprudencial preexistente entre el ejercicio de las libertades informativas por los particulares y por los profesionales.

Para finalizar, subrayar que el sólo hecho de difundirse una idea por redes no lleva a aumentar la posibilidad restringir la libertad de expresión de igual forma en todos los casos, sino que dependerá de factores como *la cantidad de seguidores de un determinado perfil, el que este corresponda a un personaje público o privado, el hecho de que medios de comunicación clásicos o perfiles sumamente influyentes puedan llegar a generar un efecto multiplicador del mensaje y la rapidez efectiva con que se propaga el mensaje*. Estudiando estas características se valorará el impacto que esas expresiones puedan tener.

i) Destinatarias/os.

La exigencia de personas que pertenezcan a colectivos en situación de vulnerabilidad por su presente o pasado histórico (concretadas en el apartado 1.2) es esencial para el *juicio relativo al ejercicio de las libertades comunicativas o, al menos, en el examen relativo a la proporcionalidad de las medidas concretas restrictivas de este tipo de libertades*⁵³. Este requisito marca la finalidad de protección del derecho antidiscriminatorio que debe perseguir la restricción de la libertad de expresión. Para determinar si se cumple dicho requisito es preciso considerar: *el origen que provocó la conducta hacia la persona, la pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo de los mencionados, y aquellas que sin pertenecer a los anteriores pudieran tener relaciones de cualquier tipo con personas del colectivo o grupo objeto de conductas susceptibles de ser consideradas víctimas de tales delitos*⁵⁴.

j) La probabilidad de que se produzca un daño contra el grupo señalado

Seguidamente, debe existir una razonable probabilidad de que se produzca discriminación, hostilidad o violencia como consecuencia directa de la expresión. No es necesario que se dé el resultado, pero en caso afirmativo, esto podría ser considerado como circunstancia agravante

⁵³ STC 93/2021, de 10 de mayo (voto particular).

⁵⁴ IGLESIAS GARCÍA, M.J., “Delitos De Odio. Análisis Jurídico Penal En El Código Penal Español”, *Una década de reformas penales: Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, J.M Bosch, Cap. 36, pp. 807-830.

en casos penales. Para ello, hay que atender a la forma en la que las declaraciones se formulan, y su capacidad (directa o indirecta) de hacer daño, a través de la examinación de los siguientes puntos:

- *si el público entiende la apología del odio como un llamamiento a actos de discriminación, hostilidad o violencia;*
- *si el orador u oradora estaba en condiciones de influir en el público;*
- *si el público contaba con los medios para recurrir a actos de discriminación, hostilidad o violencia;*
- *incidentes recientes en el grupo objetivo de discurso de odio en las que se haya producido discriminación, hostilidad o violencia como resultado de apología.*
- *que el lapso de tiempo transcurrido entre el discurso y el momento de la discriminación, hostilidad o violencia discriminación no sea demasiado largo como para poner en duda la expresión como causa de las mismas⁵⁵.*

Analizando la jurisprudencia del TEDH, en el caso Féret c. Bélgica de 16 de julio de 2009, este prestó atención al gran alcance y alta dañosidad que tenía el discurso xenófobo o racista propiciado por un partido político (con frases como *oponerse a la islamificación de Bélgica*), al realizarse a través de octavillas, a las que gran parte de la población tenía acceso, y en un contexto de campaña electoral donde se suelen imponer prejuicios y estereotipos sobre los argumentos razonables, avivando de esta forma el odio hacia estos colectivos.

Otro caso es el de Šimunić c. Croacia, de 22 de enero de 2019, que debido a que las expresiones (basadas en la repetición cuatro veces del saludo oficial del movimiento Ustashe y del régimen totalitario del Estado Independiente de Croacia) fueron manifestadas por un jugador de fútbol en medio del campo de juego ante numerosos espectadores, el tribunal determinó la alta capacidad de impacto negativo en los espectadores.

Finalmente, en el asunto Vejdeland y otros c. Suecia, de 9 febrero 2012, el tribunal también plasmó esta idea de gran impacto negativo cuando declaró que los comentarios contra personas homosexuales realizados en forma de folletos y distribuidos en las taquillas de estudiantes de secundaria, estaban dirigidos hacia personas de edad sensible e impresionable y, además, sin tener la opción de no aceptarlos.

⁵⁵ BENESH, S., *Dangerous Speech: A Proposal To Tackle Violence*, World Policy Institute, 2011.

k) El efecto disuasivo sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

No puede olvidarse que, en este análisis sobre los elementos y su interpretación para determinar la existencia o no de *discurso de odio* y su gravedad, la libertad de expresión es un derecho fundamental y, en caso de sancionar, se restringe, desalienta y disuade el ejercicio de tal derecho. Ello justifica la tremenda importancia de examinar la proporcionalidad de las medidas restrictivas, es decir, la naturaleza y gravedad de las penas impuestas. Para ello, hay que tener en cuenta que la pena que, como indica el TEDH en el caso *Stern Taulats y Roura v España*, debe ser proporcionada al objetivo legítimo perseguido (proteger la reputación o los derechos de otros) y ser necesaria en una sociedad democrática. Asimismo, en el caso *Erkizia Almandoz v. España*, el tribunal lo reitera, añadiendo que *una pena de prisión impuesta en casos de difamación sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido gravemente perjudicados, como en el caso, por ejemplo, de la difusión de discursos de odio o de incitación a la violencia*. Finalmente, en la STC 93/2021, de 10 de mayo, el Ministerio Fiscal y el voto particular anunciaron que la condena a la indemnización civil (a una mujer por llamar asesino y expresar alivio por la muerte de un torero durante una corrida, en su cuenta de Facebook) tiene capacidad de provocar un *efecto paralizante* en el ejercicio de la libertad de expresión, añadiendo que tal imposición *y el alcance más o menos moderado de la cuantía no es argumento bastante para hacer desaparecer el riesgo del efecto desaliento*. Así, en los tres asuntos, las condenas que les habían sido impuestas a los demandantes no pueden ser consideradas proporcionadas al no responder *a una necesidad imperiosa en el marco de una sociedad democrática*, y suponer, por lo tanto, una injerencia en la libertad de expresión.

En conclusión, estas formas de interpretar los mencionados criterios para determinar si una expresión constituye o no discurso del odio así como su nivel de gravedad son esenciales, sin embargo, no hay que olvidar que es necesario que se de la combinación de dichos factores y no la exclusiva concurrencia de uno de ellos, y que el punto de referencia clave sea analizar si atenta contra la democracia, los derechos y libertades colectivas, así como a la paz pública⁵⁶,

⁵⁶ El Código Penal español integra la agravante de alteración de la paz pública o la creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor, describiendo “alteración de la paz pública” como aquella capaz de crear conmoción en una colectividad, impidiendo o degradando la calidad de su vida, atemorizando a la sociedad (STS nº 294/2015, de 20 de mayo, y STS nº 175/2013 de 12 de mayo).

ya que sólo en circunstancias excepcionales, una pena impuesta por un *discurso de odio* será compatible con la libertad de expresión.

5. EXPRESIONES QUE NO DEBEN SER CONSIDERADAS AUTOMÁTICAMENTE COMO DISCURSO DE ODIO

Una vez analizado el *discurso de odio*, los elementos para identificarlo y su interpretación, se pueden concluir expresiones controvertidas concurrentes en la actualidad que no deben ser consideradas de forma automática como discursos de odio. Algunas de ellas son las siguientes:

1. Blasfemia o difamación de religiones

El derecho internacional de los derechos humanos revoca inequívocamente cualquier prohibición de blasfemia puesto que este derecho protege a las personas y no a conceptos abstractos como las religiones u otras creencias. De esta forma, el derecho a la libertad de expresión no encuentra sus límites, los cuales permiten restringir este derecho legítimamente, en base a la protección a las religiones, símbolos, ideas o sentimientos de los creyentes contra ofensas o críticas.⁵⁷

2. Negación de hechos históricos

Las declaraciones sobre la veracidad o falsedad de acontecimientos históricos no están protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos, así el derecho a la libertad de expresión no admite restricciones en cuanto a expresar ideas basadas únicamente en el hecho de la declarar como *falsos* o *equivocados* sucesos históricos, por muy ofensivos que sean⁵⁸. De lo contrario, se infravalora la calidad y validez de un debate abierto que favorezca varias interpretaciones, y se elevan ciertas declaraciones de la verdad a nivel de dogma⁵⁹.

⁵⁷ Tal idea es reflejada en el Plan de Acción de Rabat, apoyada por la Observación General No. 34 del Comité de Derechos Humanos, así como en procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU donde se ha recomendado la abolición de leyes contra la blasfemia debido a su impacto en los derechos humanos. Y en ámbitos regionales, se han manifestado el Consejo de Europa, la Unión Europea, así como los sistemas interamericanos.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Última Tentación de Cristo (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile*, 5 de febrero 2001.

⁵⁹ Informe de 2012 del Relator Especial sobre la Libertad de Expresión, op.cit., párrafo 55.

No obstante, hay que reconocer que esta negación de hechos históricos puede servir de instrumento de expresión de odio contra víctimas-supervivientes de crímenes y otras personas vinculadas con estas. Por ello, sólo se permite la limitación en el derecho a la libertad de expresión ante acciones que alcancen el umbral de defensa de odio discriminatorio analizado previamente, siempre que se tenga como fin proteger los derechos de las personas más vulnerables, pero, sobre todo, la democracia, y no las *pretensiones de la verdad*. Dentro de estos casos excepcionales, según ha señalado la jurisprudencia del TEDH, se encuentra la *negación del Holocausto*, el caso más polémico de negacionismo en Europa. Expresión calificada como discurso de odio, direccionado a la discriminación por razón de raza al avocar al exterminio de la comunidad judía. Sin embargo, a pesar de la precaución que dicho tribunal ha extremado en relación con otros tipos de discursos de odio, y la *banalización del mal* que supone según algunos críticos, no supone su automática tipificación como delito, sino que habrá que valorar otros elementos en su juicio como la intencionalidad del autor/a o la forma de exteriorización del discurso.

3. Incitación a actos terroristas y a la violencia extremista

Pese a que el derecho internacional obliga a los Estados a prohibir la incitación a actos terroristas⁶⁰, al tratarse de una restricción a la libertad de expresión cuyo fin es proteger la seguridad nacional, es muy importante identificar correctamente esta conducta que debe ser prohibida. Son dos los elementos los que deben concurrir: (1) *la intención de incitar a actos terroristas*, y (2) *la probabilidad de que se produzca un ataque como consecuencia de esa expresión*.

Asimismo, debido a que el objetivo de esta limitación es proteger la seguridad nacional, para ser prohibida esta expresión debe cumplir los Principios de Johannesburgo sobre la seguridad nacional, la libertad de expresión y el acceso a la información: (1) *la expresión tiene la finalidad de incitar a la violencia de forma inminente*, (2) *probablemente incite a tal violencia* y, (3) *existe una conexión directa e inmediata entre la expresión y la probabilidad o aparición*

⁶⁰ Resolución del Comité de Seguridad de la ONU n° 1624 (2005), párrafo 1(a). Ni el “terrorismo” ni los “actos terroristas” tienen una definición universalmente aceptadas al amparo del derecho internacional de los derechos humanos.

de dicha violencia.⁶¹ Sin embargo, este es el contenido que más se ha llevado tanto a los tribunales españoles como europeos en este ámbito.

4. La protección del Estado y de personalidades públicas

Las expresiones de *discurso de odio* deben ir dirigidas y tener como objeto a personas, a titulares de derechos, por ello, las restricciones al derecho a la libertad de expresión no se aplican para proteger al Estado ni a sus símbolos de insultos o críticas⁶².

En cuanto a las personas relacionadas con el Estado, tales como Jefes de Estado u otras personalidades públicas, pueden ser legalmente sujetos a crítica y a oposición política⁶³, ya que tal estatus no es una *característica protegida* en la que se pueden basar la caracterización del *discurso de odio*, es más, debido a su carácter público y estar sujetas a cuestionamiento y escrutinio ciudadano, su grado de tolerancia con respecto a la crítica y ataque debe ser aún mayor en comparación con otras personas⁶⁴, ya que además, tienen muchos más medios para defenderse y responder al ataque que un ciudadano medio. Los Principios de Johannesburgo reiteran dicha idea, añadiendo que sólo cabría la posibilidad de castigar a alguien por dicha causa si la intención de la crítica o los insultos es incitar un acto de violencia inminente⁶⁵.

5. Difamación

El término *difamación* (así como *desacato*, *injurias* o *calumnias*) es comúnmente confundido con el *discurso de odio*. El derecho internacional recomienda la derogación de leyes que permitan a grupos presentar una querrela por difamación, a la vez que defiende la denuncia de todo perjuicio ocasionado a un grupo de personas vulnerables como consecuencia de un *discurso de odio*, siempre bajo los preceptos pertinentes relativos dicho discurso⁶⁶.

⁶¹ ARTICLE 19, *Principios de Johannesburgo sobre Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y Acceso a la Información*, 2006, Principio 6.

⁶² Comentario General N° 34, op. cit., párrafo 38.

⁶³ Véase asimismo USA Supreme Court, *US v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990), caso en el que el procesamiento de una persona por quemar una bandera de Estados Unidos fue declarado inconstitucional.

⁶⁴ Véase por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Otegi Mondragon v. Spain*, App N° 2034/07, 15 de marzo de 2011.

⁶⁵ *Principios de Johannesburgo*, op. cit., Principio 7(b).

⁶⁶ ARTICLE 19, *Manual sobre el Discurso del Odio*, Londres, 2015.

En conclusión, puesto que no se puede afirmar que todos estos casos presentados persiguen el fin que se requiere para ser calificados como *discursos de odio* ni, sobre todo, van dirigidos a los mencionados grupos de personas en situaciones vulnerables, estas expresiones, las cuales pueden ser muy polémicas debido al daño e intolerancia que pueden mostrar, no pueden ser consideradas como *discursos de odio* que deban ser prohibidos de forma automática.

IV. ANÁLISIS: CRÍTICAS, RIESGOS Y PROPUESTAS

1. CRÍTICAS A LA REGULACIÓN DEL DISCURSO DE ODIO

A modo de crítica, expondré los déficits e incoherencias encontrados en la regulación y jurisprudencia del discurso del odio, así como los riesgos que estas pueden implicar para la libertad de expresión.

1) EXCESIVA AMBIGÜEDAD

En el Derecho Penal español existe una excesiva ambigüedad en algunas figuras así, mientras que en el artículo 18.1 CP al regular de forma general la apología, se exige una incitación directa al delito, en el delito del artículo 510 CP basta el favorecimiento indirecto del odio contra determinados grupos o sus integrantes, e incluso en el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo del artículo 578.1 CP ni si quiera se plasma esta exigencia.

En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales españoles, se podría decir que el Tribunal Constitucional ha intentado mantener desde su sentencia 235/2007 lo expresado entonces, cuando declaró que *la restricción de la libertad de expresión es constitucional solo cuando la conducta genere, al menos, un riesgo para otros bienes superiores como la dignidad, el derecho a la no discriminación o el orden público*, incluyendo más tarde también esta condición al delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, al precisar que concurra el peligro de que se desencadenen acciones violentas a pesar de que el tipo no lo especifique. No obstante, habría que estudiar cuál es la interpretación que este tribunal hace respecto a la condición expresada.

Al contrario, en la práctica judicial sobre todo del Tribunal Supremo escasea esa uniformidad, disparidad que sobre todo se advierte en las sentencias relativas a los delitos del artículo 578.1 CP donde se combinan los fallos condenatorios y los absolutorios incluso en casos no

sustancialmente distintos. Aquí, posee una especial relevancia la polémica STS 135/2020, de 7 de mayo, que condenó a Pablo Hasél por delito de enaltecimiento del terrorismo además de por injurias a la Corona a través de las letras de sus canciones y mensajes en Twitter en los que critica a la monarquía y a la policía. El TS declaró que el enaltecimiento del terrorismo se trata de un delito de peligro abstracto que se agota con la realización de la conducta basada en cantar, además de afirmar la existencia de incitación a la comisión de actos terroristas, lo cual supone un penoso retroceso en tanto que presume esa provocación en las acciones típicas y fija su punición como regla general.

Como se plasma en este caso y en otros mencionados previamente, la libertad de expresión está siendo censurada en España alegando enaltecimiento al terrorismo e injurias a la Corona mediante una interpretación extremadamente extensiva y subjetiva, más allá de la que estos propios delitos ya, criticablemente, poseen.

En primer lugar, el delito de injurias, especialmente, el de injurias a la Corona del art. 490 CP (del cual discrepo al violar el derecho a la igualdad ante la ley penando más cuando el destinatario pertenece a la familia real) debe ser ponderado de forma que se intente no lesionar a la libertad de expresión y diferenciando entre opinión e información, donde la primera tiene una extensión mucho más amplia que la segunda, sobre todo, si la persona que la recibe es un personaje público ya que el contenido expresado será de opinión pública a su vez que estos tendrán una mayor capacidad de respuesta que un ciudadano medio. Por ello, me parece desconcertante que no sólo se limite la libertad de expresión por injurias, sino que se haga por injurias a la Corona.

En segundo lugar, el delito de enaltecimiento al terrorismo del art. 578 nos sitúa en una posición abismal de quebrantamiento de los principios básicos de nuestro modelo de Estado, ya que para su comisión basta con *enaltecer o justificar* públicamente los denominados delitos de terrorismo (que comprenden los artículos 572 a 577 del CP) o a las personas que hayan participado en su ejecución, o la *realización de actos* que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Esta criminalización, no sólo no es la política más adecuada para hacer frente al terrorismo, sino que supone una extrema anticipación y extensión de intervención del Derecho Penal la cual pone en riesgo a la libertad de expresión. Por ello, defiendo una extremada precaución en la interpretación de dicho artículo.

Asimismo, la ambigüedad y disparidad advertida en las sentencias relativas a los delitos de artículo 578.1 CP también sucede con el artículo 510.1 CP, que castiga a *quienes públicamente fomentan, promueven o incitan directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia* contra un grupo o sus miembros por motivos de intolerancia. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha considerado en algunas de sus resoluciones suficiente la idoneidad de las expresiones para promover dichos efectos, no exigiendo, como requiere el Tribunal Constitucional, la concurrencia de un riesgo real de que puedan realizarse actos de discriminación. Tal y como se manifestó en el caso de Pablo Hasél cuando el tribunal aplicó el art. 510.1 al determinar que la difusión de canciones y mensajes incitaban al odio y la discriminación, o cuando en la STS 675/2020, de 11 diciembre aplicó dicho tipo penal por la venta de artículos y símbolos nazis, conductas a las que atribuyó similar potencial provocador⁶⁷.

2) LA IDENTIFICACIÓN DE OBJETIVO Y LAS PERSONAS DESTINATARIAS

Las restricciones a la libertad de expresión deben ser excepcionales, y estas deben ir marcadas por su única finalidad dirigida a la defensa del respeto de los Derechos Humanos y por lo tanto, de la democracia⁶⁸; lo que a su vez conlleva a que los *discursos de odio* estén dirigidos a grupos determinados de personas.

Por un lado, la democracia exige proteger el derecho a la libertad de expresión, uno de los derechos fundamentales de estas sociedades, pues los sistemas democráticos, al contrario que las dictaduras, son capaces de tolerar las controversias más vivas. Por otro, el abuso de su ejercicio puede llevar a que los *enemigos de la democracia* bajo el uso legítimo de dicho derecho, atenten contra esta, el mismo sistema que les brinda la oportunidad de manifestar sus ideas. Como señala el preámbulo de la Recomendación nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Xenofobia (ECRI), la *obligación de recordar, vigilar y combatir el aumento del racismo, la discriminación racial, la discriminación basada en el género, el sexismo, la homofobia, la transfobia, la xenofobia, el antisemitismo, la islamofobia, la discriminación contra los gitanos y la intolerancia, así como los delitos de genocidio, los delitos de lesa*

⁶⁷ ROIG TORRES, M., *Uso de símbolos totalitarios: ¿es trasladable a España el modelo alemán? Una crítica a la aplicación del artículo 510 CP*. Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico, (31), 358–391.

⁶⁸ GARCÍA ROCA, J., “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (artículo 17, CEDH)”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2009, p. 737. E.

humanidad o los delitos en caso de conflicto armado y la negación, trivialización, justificación o condonación en público de tales actos delictivos, tiene su origen en la Historia y su fin es el de proteger y promocionar los Derechos Humanos.

De esta forma, el CEDH elabora su artículo 17 (prohibición del abuso del derecho), como respuesta a los regímenes totalitarios tras la Segunda Guerra Mundial y con el objetivo de proteger a las sociedades democráticas y a sus instituciones⁶⁹. Y, desde esta óptica, el TEDH, antes de conceptualizar y desarrollar *discurso de odio*, destaca como argumento principal para restringir el derecho a la libertad de expresión, la necesidad de reforzar ciertas medidas que son pertinentes en una sociedad democrática⁷⁰. Dos de los casos más destacados de este tribunal fueron el de *Marais contra Francia*, de 24 de junio de 1996⁷¹ y el de *Lehideux e Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998⁷², asuntos cuyo tribunal argumentó centrándose en el *peligro que corre la democracia con la proliferación de estos discursos dañinos*. De forma, el TEDH se acerca como bien jurídico protegido en estos delitos, no a la dignidad humana sino, a las circunstancias capaces de atentar contra la subsistencia del sistema democrático⁷³.

Existe una correlación entre el peligro para la democracia y los *discursos de odio* dirigidos a grupos de personas vulnerables, como en los dos casos mencionados al tratarse de víctimas del Holocausto y otras víctimas del fascismo nazi. Sin embargo, encuentro una grave incongruencia cuando, en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, *de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de discurso de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*, señala que el origen de tales delitos *está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo*

⁶⁹ ESQUIVEL ALONSO, Y., *El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista, N° 35, 2016.

⁷⁰ SSTEDH B. H., M. W., H. P. y G. K. *contra Austria*, de 12 de octubre de 1989; *Walter Oschensberger contra Austria*, de 2 de septiembre de 1994; *Udo Walendy contra Alemania*, de 11 de enero de 1995; *Otto E. F. A. Remer contra Alemania*, de 6 de septiembre de 1995; *Marais contra Francia*, de 24 de junio de 1996; *Herwing Nachtman contra Austria*, de 9 de septiembre de 1998.

⁷¹ Asunto *Marais contra Francia*, de 24 de junio de 1996 donde un científico *que pretendía demostrar que la técnica utilizada por los nazis en las cámaras de gas del campo de Struthof-Natzweiler, en ningún caso pudieron haber producido los efectos devastadores que se le atribuyen*, fue condenado por el delito de negación del Holocausto judío (al negar la existencia de los crímenes cometidos en una de las cámaras de gas) conforme con lo establecido en el artículo 17 del Convenio, a una multa e indemnización civil por daños y perjuicios.

⁷² STEDH *Lehideux e Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998, donde se cuestionó una publicación del diario *Le Monde* que defendía crímenes de guerra o crímenes de colaboración, a través del anuncio positivo de actos del mariscal Philippe Pétain. El TEDH resolvió declarando que no se trataba de un caso análogo al de la negación del Holocausto judío, pero que la existencia de una *categoría de hechos históricos claramente probados —como el Holocausto— cuya negación o revisión el artículo 17 sustraería de la protección del artículo 10 [...] la justificación de una política pro nazi, no podría beneficiarse de la protección del artículo 10*.

⁷³ ESQUIVEL ALONSO, Y., *El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista, N° 35, 2016.

delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos.

De esta forma, no se tienen en cuenta ni la vinculación de las víctimas con procesos históricos de discriminación ni la actual situación de vulnerabilidad de sus derechos, que las caracterizan ni, por lo tanto, con el peligro que pueda suponer para la democracia. Entonces, ¿cualquiera puede ser sujeto pasivo de un *discurso de odio* e incluso de un delito de *discurso de odio*?, ¿dónde queda el requisito de la vulnerabilidad del colectivo hacia el que se dirige la expresión de odio?

Esta ampliación indiscriminada y ciega a la discriminación que sufren personas por ciertos factores, conlleva varios problemas: en primer lugar, no es capaz de resolver la discriminación y falta de igualdad de oportunidades, sino que se limita a garantizar una igualdad formal a nivel legal, pero no real o material. De esta forma, tampoco cumple con la mencionada obligación nacida en la historia europea reciente. Muestra indiferencia o desconocimiento a la necesidad de protección reforzada de determinadas personas por su adscripción a ciertas identidades que les exponen a una vulneración de sus derechos. Lo que en último término significa una gran injerencia a derechos como el de la libertad de expresión.

Desafortunadamente, este problema no es exclusivo de las instituciones españolas⁷⁴, y su origen puede radicar en la falta de una correcta identificación del objetivo que persigue la protección frente a los *discursos de odio*, es decir, el de garantizar a las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad el goce efectivo de sus derechos fundamentales, y no el de proteger el inexistente derecho a no ser ofendido. Dicho bien público se concreta en *el sentido de seguridad en el espacio que habitamos, que resulta socavado no solo por la insinuación de la discriminación y la violencia, sino también por reavivar las pesadillas de cómo era esta sociedad en el pasado. Desde el punto de vista de las personas beneficiarias, supone, para los miembros de minorías vulnerables, minorías que en un pasado reciente han*

⁷⁴ Como indica el profesor Michel Rosenfeld en su ensayo “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo” es *irónico que la primera persona condenada al amparo de la Ley sobre Relaciones Raciales del Reino Unido que penaliza el discurso del odio fuera un hombre negro que pronunció un epíteto racial contra un policía blanco.*

*sido odiadas la confirmación de que son miembros de la sociedad, merecedores de protección y preocupación*⁷⁵.

3) LA RESTRICCIÓN AUTOMÁTICA DEL DISCURSO DE ODIOS.

No todo *discurso de odio* puede ni debe estar sujeto a limitaciones legítimas, puesto que lo que no acoge la libertad de expresión no es necesariamente intolerable ni delictivo, *el derecho penal no puede castigar al ciudadano/a que odia*. La manifestación del discurso de odio no legitima sin más a restringir la libertad de expresión ni a recurrir al Derecho Penal⁷⁶. Es más, gran parte de este queda protegido, a pesar de su grave ofensividad, por el derecho a la libertad de expresión.

Por ello, es tremendamente relevante categorizar adecuadamente *discurso de odio*, así como su gravedad, teniendo siempre en cuenta el vínculo entre discurso de odio y las personas hacia las que va dirigido, además de su relación con el derecho antidiscriminatorio y la igualdad de oportunidades. Pues, de forma contraria, se produciría una banalización de la categoría del discurso de odio, y se pondría en peligro la libertad de expresión, así como la legitimidad de las restricciones a tal derecho⁷⁷.

Pero, al contrario de lo indicado, el texto del tipo delictivo del artículo 510 es tan genérico que supone en la práctica la persecución del lenguaje de odio, calificando como delito todas las expresiones o manifestaciones ofensivas, hirientes o de cuestionable humor, y llegando consecuentemente a los tribunales supuestos de *ruido y confrontación ideológica*⁷⁸, como han denunciado reiteradamente juristas de la Plataforma de Defensa de la Libertad de Expresión⁷⁹.

Particularmente, la prevista discriminación por ideología del mencionado precepto, es la que se utiliza como *caballo de Troya* para acceder a esta categoría delictiva, provocando problemas de delimitación e inseguridad jurídica y, poniendo en riesgo el fin y el bien jurídico que protege

⁷⁵ WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012, p. 4.

⁷⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Los delitos de terrorismo en el Código Penal. Del contenido en el texto de 1995 a la regulación actual”, *Una década de reformas penales: Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, J.M Bosch, Cap. 37, pp. 831-876.

⁷⁷ CORRECHER MIRA, J., *La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?*, InDret, núm. 2, 2021, p. 126.

⁷⁸ De acuerdo con el Informe de la Fiscalía General del Estado, la Justicia dictó 144 sentencias relativas a delitos de odio en 2020.

⁷⁹ Véase en la web PDLI: <https://libertadinformacion.cc/la-circular-sobre-delitos-de-odio-emitida-por-la-fiscalia-general-del-estado-supone-una-nueva-amenaza-para-la-libertad-de-expresion/>

dicho tipo delictivo, y en último término, la libertad de expresión ⁸⁰. Peligro que además, se ha visto recientemente intensificado con la reforma del Código Penal en 2015, al incluir el *castigo* sintomático a las tecnologías, al agravar la pena si esa conducta se realiza a través de Internet u otras tecnologías de difusión (art. 510.3 CP). En el mundo actual y con el nivel de libertad del que disponemos, conlleva un serio y grave precedente que fomenta la autocensura y la censura en las plataformas sociales al poder estas eliminar de forma automática contenidos sospechosos.

2. PELIGROS DEL DISCURSO DE ODIO

Sin intención de contradecir todo lo expuesto anteriormente, me parece trascendente presentar la capacidad lesiva que determinados *discursos de odio* puede alcanzar, para entender mejor el fin de la limitación de la libertad de expresión, y así poder acercarnos lo más posible a la mejor medición de la gravedad de tales expresiones.

Muchos discursos de odio tienen la capacidad de contribuir en la creación de un clima general de intolerancia, que a su vez genera concretas consecuencias para la sociedad en general y, sobre todo, para los colectivos afectados. Uno de los principales fines que estos discursos tienen es la difamación a personas que forman parte de grupos vulnerables, entre otros, a través de la difusión de estereotipos, bulos, manipulando datos, y de señalarles como chivos expiatorios de los problemas de la sociedad e incluso de delitos, como realiza continuamente el partido político de extrema derecha español, VOX. Algunos ejemplos de sus discursos de odio, concretamente xenófobos y racistas son, *Un MENA, 4.700 euros al mes. TU ABUELA 426 euros de pensión/mes*, cartel electoral que colocó en la estación de la Puerta del Sol en Madrid, donde utilizó a los menores migrantes no acompañados dando datos completamente falsos, además de representar a *tu abuela* como una señora indefensa, en comparación con un *mena* encapuchado y con la piel oscura⁸¹. O, *Quieren amordazar a los españoles mientras están con los enemigos de los españoles, que son los que asaltan nuestras fronteras*, discurso que el

⁸⁰ TAPIA BALLESTEROS, P., *El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación*. Polít. crim. [online]. 2021, vol.16, n.31, pp.284-320.

⁸¹ Redacción El HuffPost, *No, "un MENA" no recibe 4.700 euros al mes como asegura Vox*, HuffPost, 2021.

presidente de dicho partido declaró en el mismo Congreso, sosteniendo que las personas que viven en España sin tener los papeles exigidos son un riesgo para la nación⁸².

Esta estrategia para normalizar el discurso de odio, bien conocida por politólogos y sociólogos, de colocar un mensaje sencillo y provocador y repetirlo hasta la saciedad, no es inofensivo. Los efectos del discurso de odio tienen una doble dimensión, por un lado, a nivel individual afecta a la percepción de los grupos victimizados sobre sí mismos, lo que puede llevar a afectar a su autoestima, a problemas de salud mental e incluso en los casos más extremos (donde, por ejemplo, se incluyen en esos discursos amenazas y acoso), al suicidio. Por otro, a nivel social, más allá de captar votos, tienden a *calar* en la población general sin ser demasiado cuestionados, afectando a la percepción que esta tiene de dichos grupos. Los discursos de odio alimentan el proceso de otredad, es decir, la percepción de un grupo de personas (como las minorías, los migrantes, los refugiados, las mujeres, etc.) como *los otros*, diferentes y ajenos a la propia comunidad, que los deshumaniza, y consecuentemente provoca, e incluso legitima la discriminación contra los grupos señalados por parte de personas individuales y de representantes de instituciones públicas (por ejemplo, negándoles el acceso a bienes públicos, contribuyendo así a su exclusión y marginación), e incluso la violencia contra propiedades y elementos simbólicos (como actos de vandalismo o de profanación) y, contra personas (agresiones físicas o sexuales, asesinato o terrorismo).

En último término, la historia ha demostrado en demasiadas ocasiones que el discurso de odio supone un acto previo que sienta las bases para formas extremas y generalizadas de violencia como el genocidio, la aniquilación o exterminio sistemático y deliberado de un grupo social. Sin duda, el camino desde la mente que inculca el odio hasta que se ejecuta el acto de propaganda y finalmente la acción criminal en masa, es incierto y depende de un sinnúmero de factores. Sin embargo, en Europa convive esa incertidumbre debido al trauma colectivo que supuso la experiencia nazi, pues la base de este genocidio se encuentra en un programa de propaganda cuidadosamente planificado y ejecutado hasta la *solución final*⁸³. Así como cuando en Ruanda, la Radio Mille Collines al deshumanizar a sus compatriotas y etiquetarlos como enemigos, sentó las bases para el genocidio de 1994 donde 800,000 personas aproximadamente

⁸² CASTRO, I., RIVEIRO, A., *Abascal eleva su discurso xenófobo y señala a las personas migrantes como los "enemigos de España"*, elDiario.es, 2021.

⁸³ LANDA GOROSTIZA, J.M., *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del Art. 510 CP y propuesta de lege lata*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3. 2012, págs. 297-346.

fueron asesinadas. Y más recientemente, en Myanmar el uso de Facebook por parte de los militares como instrumento para incitar al odio y diseminar información falsa, con el fin último de justificar sus acciones contra civiles, contribuyó al genocidio y crímenes contra la humanidad⁸⁴.

Por todas estas razones, la ONU en su Estrategia de lucha contra el discurso de odio, defiende *hacer frente en todo momento a este discurso por una cuestión de principios, el silencio puede ser una señal de indiferencia al fanatismo y la intolerancia, incluso en los momentos en que la situación se agrava y las personas vulnerables se convierten en víctimas*. Asimismo, matiza que, *hacer frente al discurso de odio no significa limitar la libertad de expresión, sino impedir que este mensaje degenera en algo más peligroso, puesto que no se trata de un fenómeno aislado, ni de las estridencias de cuatro individuos al margen de la sociedad, el odio se está generalizando, tanto en las democracias liberales como en los sistemas autoritarios y, con cada norma que se rompe, se debilitan los pilares de nuestra común humanidad. [...] La propia identidad y la creación de la Organización tienen su arraigo en la pesadilla que sobreviene cuando no se planta cara al odio virulento durante demasiado tiempo*⁸⁵.

Eso sí, como se expone en páginas anteriores, no todo discurso de odio es condenable, ni necesariamente delito. Por ello, es necesario diferenciar en cada contexto el discurso de odio sancionable, es decir, las formas más graves de discurso de odio, y el discurso intolerante no sancionable, siguiendo los requisitos y factores a considerar para su identificación presentados previamente⁸⁶.

3. PROPUESTAS

Teniendo en consideración todo lo expuesto, definiendo una línea político-criminal que se ajuste al principio de proporcionalidad, se aleje de la tendencia punitiva y por lo tanto, persiga despenalizar las conductas de menor gravedad (aquellas que no entrañen un riesgo para el orden público o la convivencia externa) siguiendo un criterio restrictivo en los delitos que atañen a la libertad de expresión. Sólo de esta manera, se conseguirá la coherencia con el principio de

⁸⁴ MARTÍN, V., *Artículo 19: libertad de opinión y expresión*, Noticias ONU, 2018.

⁸⁵ VELASCO, M., *La estrategia de Vox para normalizar el discurso de odio*, HuffPost, 2021.

⁸⁶ *¿Qué es el discurso de odio?*, Drets de Ciutadania i Diversitat, Ayuntamiento de Barcelona. <https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/es/que-es-el-discurso-de-odio/>

ultima ratio de nuestro Derecho penal así como con la función que el derecho a la libertad de expresión desempeña en nuestra democracia⁸⁷.

De acuerdo con esta política, habrá casos en los que la libertad de expresión deba ser limitada, sin embargo, esto no quiere decir que debamos acudir directamente al Derecho penal, y que cuando se haga, se olviden las garantías optando por un derecho penal de autor. Un Estado democrático está legitimado para adoptar políticas activas, incluidas las penales, frente a aquellos que defienden modelos de sociedad que niegan los derechos humanos en tanto en cuanto las políticas activas respeten los principios constitucionales. Pues, para permitir limitaciones en la libertad de expresión no basta con odiar y expresarlo, es necesario acreditar y vincular la manifestación del odio con la contribución a crear una situación de riesgo para los derechos de las personas o para el propio sistema de libertades. Asimismo, los límites deben estar establecidos siempre por ley, no cuestionar el propio modelo de Estado ni tener un grado de indefinición tan elevado que traslade al juez/a funciones que le competen al legislador, dado que las normas ambiguas e imprecisas limitan el ejercicio la libertad de expresión, actuando de tal modo como barrera de una libertad básica en una sociedad democrática.

Entiendo por lo tanto, que hay que afrontar una interpretación restrictiva del contenido de estos artículos al ponderar la eventual colisión del contenido del derecho a la libertad de expresión con otros derechos (como el de la no discriminación)⁸⁸. Así como buscar alternativas entre la inexistencia de castigo y la sanción penal, ya que además esta última contiene un alto riesgo de ineficacia. Este podría ser el caso de la infracción administrativa.

Tal y como se señala anteriormente, hay algunas expresiones de odio no sancionables penalmente pero que pueden dar lugar a sanciones civiles o administrativas. En el ordenamiento jurídico español esta medida ha sido acogida de forma sectorial, concretamente en el ámbito deportivo a través de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Asimismo, se está extendiendo este tipo de respuesta y trasladando a leyes transversales sobre igualdad de trato. Por ejemplo, diversas leyes autonómicas vinculadas a la igualdad y no discriminación de las personas LGBTI, incorporan infracciones y sanciones ante conductas relacionadas con el discurso de odio (como el uso o

⁸⁷ ROIG TORRES, M., *Uso de símbolos totalitarios: ¿es trasladable a España el modelo alemán? Una crítica a la aplicación del artículo 510 CP*. Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico, (31), 358–391.

⁸⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Los delitos de terrorismo en el Código Penal. Del contenido en el texto de 1995 a la regulación actual”, *Una década de reformas penales: Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, J.M Bosch, Cap. 37, pp. 831-876.

emisión de expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género), como medidas de fomento de la igualdad y de protección administrativa frente a los comportamientos discriminatorios⁸⁹.

Por último añadir que, actualmente las Cortes Generales están tramitando la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación, cuyo definición de acoso discriminatorio (como, *cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la ley, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*) puede ser utilizada como base jurídica para sancionar los discursos de odio no constitutivos de delito.

En mi opinión, reconducir este tipo de actos, que carecen de la gravedad necesaria para ser considerados delitos, al ámbito civil puede ser muy satisfactorio al evitar generar el *efecto desaliento* y que la libertad de expresión se vea fuertemente restringida por criminalizar discursos, a la vez que motivar a las personas discriminadas a denunciar, problema que existe en España, pues según el último informe elaborado por el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE), *el 81,8% de personas que sufren racismo en España no denuncian la discriminación*.

V. CONCLUSIONES

1. *Si no creemos en la libertad de expresión para la gente que despreciamos, no creemos en ella para nada*, defiende el lingüista y activista político Noam Chomsky. Todas y todos tenemos el derecho a formar, expresar y compartir libremente nuestras propias opiniones, de no ser así, quedaría absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática⁹⁰. Además, como indica la ONG Human Rights Watch, *la libertad de expresión es un referente: cómo una sociedad tolera a aquellos que son minoría, se ven desfavorecidos o incluso tienen posturas ofensivas será a menudo un reflejo de su actuación en cuanto a los derechos humanos en general*.

⁸⁹ PRESNO LINERA, M.A, *El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas*. MATIA, F.J, ELVIRA, A., ARROYO, A., (Coords.), *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 279-312.

⁹⁰ STC 6/1981, de 16 de marzo.

La libertad de expresión incluye el derecho de molestar, incomodar y perturbar, especialmente, en el activismo político y la creación artística, incluso cuando este sea altamente desagradable y ofensivo. Hay que cuestionar el poder peyorativo del lenguaje del odio, puesto que las palabras ofensivas no necesariamente consiguen sus propósitos, tales como la humillación y/o subordinación. Por ello, la penalización del discurso de odio caracterizada en el caso español por conceptos indefinibles, redacciones abiertas, basadas en la idea de peligrosidad estructural, confundiendo mal gusto y comportamiento delictivo, desproporcionados⁹¹ puede ser excesivamente entrometida y restrictiva de nuestros derechos.

2. Tal y como me respondió el poeta, ensayista y crítico literario Luis García Montero, “frente a bulos y mentiras hay una responsabilidad personal. Juan de Mairena, personaje ficticio creado por Antonio Machado dijo a sus discípulos: *Tener cuidado que la verdadera libertad no está en poder decir lo que pensamos, sino en poder pensar lo que decimos*. Por una parte, nos estamos acostumbrando a que mucha gente opine sin saber de lo que está hablando y sin molestarse en pensar lo que va a decir, repitiendo como loros los bulos. Por otra parte, cuando pienso en libertad de expresión y en las manipulaciones siento miedo a las medidas políticas que coarten la libertad de expresión porque por ahí se meten *Leyes Mordaza* y de represión que acaban perturbando y sometiendo a un autoritarismo a la sociedad.

Prefiero plantear la cuestión desde otra perspectiva, tenemos que exigirle dignidad al oficio del periodismo, es una reivindicación que tenemos que vivir desde dentro de los medios de comunicación. No podemos dejar que periódicos subvencionados por grandes medios económicos o por gobiernos de comunidades autónomas se dediquen a mentir y que el periodismo se degrade hasta decir *esta bomba la ha puesto ETA*, porque le interesa a mi *señor* que sea el que lo ha matado, y cuando se descubre que no ha sido ETA sino un terrorismo islámico, mantener que ha sido ETA. Hay que exigir a los periodistas que defiendan la dignidad de su oficio porque uno de los valores fundamentales de la democracia y la convivencia es la buena información del periodismo”.

Necesitamos periodismo plural, veraz y confiable para entender el sistema en el que vivimos, y desde ese conocimiento construir una opinión pública sólida y una crítica capaz de exigir

⁹¹ DE LA MATA, N.J., *Discurso de odio y delito de odio, no, no es lo mismo*, Almacén de Derecho, 2021.

responsabilidades. Así como la desinformación es un arma de guerra, la libertad informativa es un derecho y obligación que nos permite exigir un elevado rigor a las profesionales⁹².

3. A la vez, entiendo que la propia democracia legitima sancionar ciertas conductas que la ponen seriamente en riesgo, lo que no quiere decir que tengamos que acudir a la criminalización. Como defiende el filósofo John Rawls, solamente la ilegalización será la mejor política cuando suponga una seria amenaza para las libertades, y por tanto, tales prohibiciones deberán reflejar las circunstancias a las que responden las cuales se podrán ver limitadas por los prejuicios que caractericen a la sociedad de ese momento. Estos, sólo incluirán aquellos discursos que llamen a la violencia, vulneración de derechos de terceras personas o a la persecución de colectivos en situaciones de vulnerabilidad, y salvo en estos casos, *el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura no pueden ser entrecorillados, porque las sociedades democráticas sólo son verdaderamente resistentes cuando son capaces de integrar discursos que disgustan*⁹³.

4. Para finalizar, subrayar que sólo estará protegida la libertad de expresión y por ende, nuestra democracia, en tanto que partamos

- del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal,
- de la exigencia de alta ofensividad y peligrosidad para la paz social para penalizar,
- de la imposición de sanción únicamente de la lesión y, si cabe, de la puesta en peligro, objetiva y real, de bienes jurídicos,
- de la garantía legal y judicial de la libertad de opinión, y
- del derecho a la disidencia *de pensamiento* humorístico, política, ética, moral.

Eduquémonos en la tolerancia y aprendamos a convivir en la diversidad, comprendiendo que la nuestra es sólo una forma de entender la vida de las muchas que hay. No permitamos que nos impongan el respeto a un pensamiento único que, si es obligado, será completamente inútil.

⁹² QUERALT JIMÉNEZ, A., *Periodismo veraz y confiable*, El País, 2022

⁹³ STC 93/2021, de 10 de mayo. Voto particular.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Instrumentos normativos

Internacionales

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Comité de Derechos Humanos (Comité DH), *Comentario General No. 34, CCPR/C/GC/34*, 12

Informe de 2012 del Relator Especial para la LDE

Plan de Acción de Rabat.

Resolución del Comité de Seguridad de la ONU n° 1624 (2005), párrafo 1(a).

Comentario General N° 34.

Principios de Johannesburgo.

Nacionales

Constitución Española de 1978.

Código Penal español.

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

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

Jurisprudencia

Internacional

STEDH de 7 de diciembre de 1976, *Handyside c. Reino Unido*.

STEDH de 4 de diciembre de 2003, *Müslüm Gündüz c. Turquía*.

STEDH de 6 de junio de 2006, *Erbakan v. Turkey*.

STEDH de 16 de julio de 2009, *Willem c. France*.

STEDH de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats Y Roura Capellera. C. España*.

STEDH de 25 de julio de 2006, *Halis Doan v. Turkey*.

STEDH, *Otegi Mondragon v. Spain*, 15 de marzo de 2011.

STEDH *Lehideux e Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998.

STEDH *Marais contra Francia*, de 24 de junio de 1996.

SCIDDH *La Última Tentación de Cristo (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile*, 5 de febrero 2001.

USA Supreme Court, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

USA Supreme Court, *US v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990)

Nacional

STC 30/2010, de 17 de mayo

STC 105/1990, de 6 de junio.

STC 6/2000, del 17 de enero.

STC 93/2021, de 10 de mayo.

STC 214/1991, de 11 de noviembre.

STC 235/2007, de 7 de noviembre.

STC 93/2021, de 10 de mayo (voto particular).

STC 6/1981, de 16 de marzo.

STS 72/2018 de 9 febrero.

STS 820/2016, de 2 de noviembre.

STS 72/2018, de 9 febrero.

STS 294/2015, de 20 de mayo

STS 175/2013, de 12 de mayo

MONOGRAFÍAS, MANUALES Y REVISTAS JURÍDICAS

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad*, Anuario de Derecho Penal, 1991, p. 339-362.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Los delitos de terrorismo en el Código Penal. Del contenido en el texto de 1995 a la regulación actual”, *Una década de reformas penales: Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, J.M Bosch, Cap. 37, pp. 831-876.

ARTICLE 19, *Manual sobre el Discurso del Odio*, Londres, 2015.

ALCÁCER GIRAO, R., *Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática*, Revista Crítica Penal y Poder, núm. 18, 2019, p. 20.

CORRECHER MIRA, J., *La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?*, InDret, núm. 2, 2021, p. 126.

ESQUIVEL ALONSO, Y., *El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista, Nº 35, 2016.

LUDIVINA VALVIDARES SUÁREZ, M., PRESNO LINERA, M.A. Y GARCÍA MAJADO, P., *Igualdad de trato y no discriminación: Discurso de odio y delito de odio contra la población migrante y refugiada*, Cuadernos sobre el Derecho de Asilo en España, CEAR.

IGLESIAS GARCÍA, M.J., “Delitos De Odio. Análisis Jurídico Penal En El Código Penal Español”, *Una década de reformas penales: Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, J.M Bosch, Cap. 36, pp. 807-830.

GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista*. MIRÓ LLINARES, F.(dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2017.

La jurisprudencia del TEDH - Asuntos en los que España ha sido parte- Artículo 10: Libertad de expresión. Ministerio de Justicia Gobierno de España,

LANDA GOROSTIZA, J.M., *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del Art. 510 CP y propuesta de lege lata*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3. 2012, págs. 297-346.

ROIG TORRES, M., *El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2021, núm. 23-07, pp. 1-31.

ROIG TORRES, M., *Uso de símbolos totalitarios: ¿es trasladable a España el modelo alemán? Una crítica a la aplicación del artículo 510 CP*. Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico, (31), 358–391.

BENESH, S., *Dangerous Speech: A Proposal To Tackle Violence*, World Policy Institute, 2011.

ARTICLE 19, *Principios de Johannesburgo sobre Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y Acceso a la Información*, 2006, Principio 6.

GARCÍA ROCA, J., “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (artículo 17, CEDH)”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2009, p. 737. E.

ESQUIVEL ALONSO, Y., *El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista, Nº 35, 2016.

WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012, p. 4.

CORRECHER MIRA, J., *La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?*, InDret, núm. 2, 2021, p. 126.

TAPIA BALLESTEROS, P., *El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación*. Polít. crim. [online]. 2021, vol.16, n.31, pp.284-320.

CASTRO, I., RIVEIRO, A., *Abascal eleva su discurso xenófobo y señala a las personas migrantes como los “enemigos de España*, elDiario.es, 2021.

LANDA GOROSTIZA, J.M., *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del Art. 510 CP y propuesta de lege lata*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3. 2012, págs. 297-346.

PRESNO LINERA, M.A., *El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas*. MATIA, F.J., ELVIRA, A., ARROYO, A., (Coords.), *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 279-312.

¿Qué es el discurso de odio?, Drets de Ciutadania i Diversitat, Ayuntamiento de Barcelona. <https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/es/que-es-el-discurso-de-odio/>

DE LA MATA, N.J., *Discurso de odio y delito de odio, no, no es lo mismo*, Almacén de Derecho, 2021.

NOTICIAS PERIODÍSTICAS

SÁNCHEZ-VALLEJO, M., *Sarah Palin contra la Primera Enmienda*, El País, Nueva York, 2022.

WALLACE, A., *Asalto al Capitolio: cómo las redes sociales silenciaron a Trump (y el debate sobre la libertad de expresión que se generó)*, BBC News Mundo, 2021.

MARTÍN, V., *Artículo 19: libertad de opinión y expresión*, Noticias ONU, 2018.

Redacción El HuffPost, *No, "un MENA" no recibe 4.700 euros al mes como asegura Vox*, HuffPost, 2021.

VELASCO, M., *La estrategia de Vox para normalizar el discurso de odio*, HuffPost, 2021.

QUERALT JIMÉNEZ, A., *Periodismo veraz y confiable*, El País, 2022.

