



Universitat
de les Illes Balears

TESIS DOCTORAL
2023

**EL DISCURSO DEL ODI Y LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN (ESPECIAL REFERENCIA AL
ÁMBITO POLÍTICO Y ARTÍSTICO)**

Amir Al Hasani Maturano



Universitat
de les Illes Balears

TESIS DOCTORAL
2023

Programa de Doctorado en Derecho

**EL DISCURSO DEL ODIIO Y LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN (ESPECIAL REFERENCIA AL
ÁMBITO POLÍTICO Y ARTÍSTICO)**

Amir Al Hasani Maturano

Director/a: Dr. Joan Oliver Araujo

Tutor/a: Dr. Joan Oliver Araujo

Doctor por la Universitat de les Illes Balears

**EL DISCURSO DEL ODIO Y LA
LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ESPECIAL
REFERENCIA AL ÁMBITO POLÍTICO Y
ARTÍSTICO)**

ÍNDICE

RESÚMENES	7
CAPÍTULO 1: CUESTIONES INTRODUCTORIAS	13
1.1. NOTAS PRELIMINARES	14
1.2. OBJETIVOS DE LA TESIS	19
1.3. METODOLOGÍA DE LA TESIS	20
1.4. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL PENSAMIENTO LIBERAL DEL SIGLO XVII A LA ACTUALIDAD	22
1.4.1. Baruch Spinoza, Thomas Hobbes y John Locke	22
1.4.2. Jean-Jacques Rousseau y Emmanuel-Joseph Sieyès	28
1.4.3. Benjamin Constant, John Milton y John Stuart Mill	31
1.4.4. Raymond Aron e Isaiah Berlin	34
1.5. CONSTITUCIONALIZACIÓN LIBERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	37
1.6. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO CONCEPTO FILOSÓFICO- POLÍTICO	40
CAPÍTULO 2: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: IMPORTANCIA PARA EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO	48
2.1. PLURALISMO Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	49
2.1.1. Sentido descriptivo y prescriptivo del término “pluralismo”	49
2.1.2. Pluralismo y democracia	51
2.1.3. La Constitución como orden abierto	54
2.1.4. Democracia militante y libertad de expresión	58
2.2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y LIBERTAD PÚBLICA	61
2.2.1. Notas breves sobre las concepciones y funciones del derecho	61
2.2.2. La libertad de expresión como derecho fundamental y libertad pública	68
2.2.3. Un breve esbozo histórico al constitucionalismo de los derechos	72
2.2.4. La constitucionalización de los derechos fundamentales, entre ellos, la libertad de expresión	75
2.2.5. La libertad de expresión en la Constitución Española de 1978	77
2.2.6. ¿La libertad de expresión se puede considerar libertad pública y/o derecho fundamental?	84
2.2.7. La libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos	87
2.3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ¿EN CONFLICTO CON LA DIGNIDAD O PARTE DE LA MISMA?	89

CAPÍTULO 3: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO DEL DISCURSO POLÍTICO	92
3.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DISCURSO POLÍTICO	93
3.2. NOTAS A SENTENCIAS RELEVANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADAS CON EL DISCURSO POLÍTICO	99
3.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre (nulidad parcial e interpretación de precepto legal del art. 607 CP)	99
3.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, de 25 de febrero (vulneración art. 20 CE)	108
3.3. NOTAS A SENTENCIAS RELEVANTES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADAS CON EL DISCURSO POLÍTICO	121
3.3.1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Müslüm Gundüz c. Turquía, 4 de diciembre de 2003 (violación art. 10 CEDH)	122
3.3.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Féret c. Bélgica, Sala, Sección Segunda, 16 de julio de 2009 (no violación art. 10 CEDH)	125
 CAPÍTULO 4. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO DEL DISCURSO ARTÍSTICO	 131
4.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO ARTÍSTICO	132
4.2. NOTAS A SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADAS CON EL DISCURSO ARTÍSTICO	140
4.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1990, de 19 de julio (no vulneración art. 14 CE)	140
4.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional 23/2010, de 27 de abril (no vulneración art. 20 CE, mantiene la violación del art. 18 CE)	143
4.3. NOTAS A SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADAS CON EL DISCURSO ARTÍSTICO	147
4.3.1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Müller y otros c. Suiza, de 24 de mayo 1988 (violación art. 10 CEDH)	147
4.3.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Leroy contra Francia, de 2 de octubre de 2008 (no violación art. 10 CEDH)	153
 CAPÍTULO 5: EL DISCURSO DEL ODIO	 158
5.1. EL DISCURSO “DE ODIO” O “DEL ODIO”	159
5.1.1. ¿Qué es el discurso del odio?	159
5.1.1.1. El Plan de Acción de Rabat	165
5.1.1.2. Memorándum explicativo de la Recomendación de política general nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio (ECRI)	166

5.1.1.3. Recepción y definición del discurso del odio en el contexto europeo	168
5.1.2. Estado de la cuestión en la sociedad	171
5.1.3. Motivos de la regulación penal en el contexto nacional	175
5.1.4. Algunas consecuencias constitucionales en el ámbito penal	182
5.1.5. Dignidad y Derecho Penal	187
5.2. LOS DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIO DEL ART. 510 CP	190
5.2.1. Bien jurídico protegido	190
5.2.2. La incidencia constitucional tras un análisis jurisprudencial en los últimos años	194
5.2.3. Debate dogmático y resultados provisionales	203
5.3. LOS DELITOS DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO DEL ART. 578 CP	209
5.3.1. Bien jurídico protegido	209
5.3.2. La incidencia constitucional tras un análisis jurisprudencial en los últimos años	212
5.3.3. Debate dogmático y resultados provisionales	215
 CAPÍTULO 6: LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	 222
6.1. EL DISCURSO DEL ODIO COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	223
6.1.1. Teoría general de los límites a los derechos fundamentales	223
6.1.2. Límites constitucionales: inmanentes y expresos	225
6.1.3. Una acotación de los límites e incidencia a la libertad de expresión	240
6.2. DISCURSO DEL ODIO A GRUPOS VULNERABLES	252
 CAPÍTULO 7: CONCLUSIONES	 260
7.1. RESULTADOS Y DISCUSIÓN: ¿DISCURSO DEL ODIO O DISCURSOS OFENSIVOS?	261
7.2. CONCLUSIONES	261
 BIBLIOGRAFÍA CITADA	 279
NORMATIVA CITADA	296
JURISPRUDENCIA CITADA	298
ABREVIATURAS	303

RESUMEN

La presente tesis doctoral tiene por objeto el análisis del discurso del odio como límite a la libertad de expresión. De hecho, el establecimiento de límites constitucionales al ejercicio de la libertad de expresión no es un problema actual, sino que ha estado siempre presente en el desarrollo del Estado constitucional. En síntesis, se presenta un estudio sobre el discurso del odio, especialmente en el ámbito político y artístico, diferenciándolo claramente de la libertad de expresión crítica, aunque esta pueda tener un contenido molesto, ofensivo e incluso irritante.

El motivo principal de la investigación reside en que, sobre todo en la sociedad europea, se ha puesto de relevancia y crece la preocupación por los llamados discursos del odio y su especial incidencia restrictiva en la libertad de expresión. De ahí, este análisis sobre la conceptualización, caracterización y regulación del mismo. Dado que este tipo de expresiones o manifestaciones se pueden presentar en la comunicación ordinaria, se plantea qué tipo de manifestaciones o expresiones son amparables por la libertad de expresión, y, cuáles, en cambio, son realmente un discurso del odio, que actuará como límite a la libertad de expresión. El problema adquiere especial gravedad cuando se produzca un conflicto entre derechos. La aplicación del principio de proporcionalidad sigue siendo un criterio preferente a la hora de resolver aquellos conflictos. Antes que nada, con un enjuiciamiento que tenga en cuenta los factores contextuales, tales como la acción comunicativa, el emisor y receptor, su incidencia, etc.

La evolución jurisprudencial de los últimos años ha conllevado una expansión penal, con un acercamiento a las tesis de democracia militante y un correlativo alejamiento de una democracia constitucional abierta o neutra. Generando algunas situaciones que han sido puestas de relieve por la doctrina especializada.

Por otra parte, se han dictado resoluciones judiciales que marcan la diferencia entre lo que es un discurso artístico o político y un discurso del odio. Sin una solución definitiva, sí que se observan algunas pistas a la hora de evitar que se confundan. En la medida en que ello ha derivado en la incorporación en el ordenamiento jurídico de tipos penales específicos -delitos de odio- que incriminan este tipo de discurso. Si bien, esta regulación encuentra soporte en la Decisión marco 2008/913/JAI, presenta serias dudas en cuanto a su legitimidad en el sistema de derechos y libertades erigido en valores como el pluralismo y la tolerancia. Ya que se cuestiona si los delitos de odio son compatibles

con la libertad de expresión. Evidentemente, la especificación de unos criterios jurídicos que permitan delimitar el discurso de odio que debe y no ampararse *prima facie* por la libertad de expresión. A *posteriori*, accediendo a que el discurso de odio sea un límite a la libertad de expresión, nos planteamos hasta qué punto puede aplicarse e interpretarse estos tipos penales por los juzgadores, siendo respetuosos con los principios constitucionales-penales. Además, formulamos proposiciones de *lege data* para la modificación de los arts. 510 y 578 CP.

En síntesis, se anhela una esfera pública libre y comprometida con los valores, como eje fundamental de una democracia, que favorezca el libre intercambio de ideas, sin permitir que discursos dañen la dignidad de ciertos colectivos o alienten directamente a la violencia. La banalización del discurso del odio no puede causar un daño mayor a la libertad, a costa de la sobreprotección de otros derechos, sumamente importantes. Desde esta perspectiva, la importancia de la libre opinión nos lleva a afirmar que únicamente puede llegar a ser restringida cuando las circunstancias demuestren que exista un *clear and imminent danger* para las personas o la sociedad.

RESUM

Aquesta tesi doctoral té com a objecte l'anàlisi del discurs de l'odi com a límit de llibertat d'expressió. De fet, l'establiment de límits constitucionals al exercici de la llibertat d'expressió no és un problema actual, sinó que ha estat sempre present en el desenvolupament de l'Estat constitucional. En síntesi, es presenta un estudi sobre el discurs de l'odi, especialment a nivell polític i artístic, diferenciant-lo clarament de la llibertat d'expressió crítica, encara que aquesta pugui tenir un contingut molest, ofensiu i fins i tot irritant.

El motiu principal de la investigació és que, sobretot a la societat europea, s'ha posat de rellevància i creix la preocupació pels anomenats discursos de l'odi i la seva especial incidència restrictiva en la llibertat d'expressió. Per això, aquesta anàlisi sobre la conceptualització, caracterització i regulació d'aquesta. Atès que aquest tipus d'expressions o manifestacions es poden presentar a la comunicació ordinària, es planteja quin tipus de manifestacions o expressions són emparables per la llibertat d'expressió, i quins, en canvi, són realment un discurs de l'odi, que actuarà com a límit a la llibertat d'expressió. El problema adquireix una gravetat especial quan es produeixi un conflicte entre drets. L'aplicació del principi de proporcionalitat continua sent un criteri preferent a l'hora de resoldre els conflictes. Primer de tot, amb un enjudiciament que tingui en compte els factors contextuals, com l'acció comunicativa, l'emissor i el receptor, la seva incidència, etc.

L'evolució jurisprudencial dels darrers anys ha comportat una expansió penal, amb un apropament a les tesis de democràcia militant i un allunyament correlatiu d'una democràcia constitucional oberta o neutra. Generant algunes situacions que han estat posades en relleu per la doctrina especialitzada.

D'altra banda, s'han dictat resolucions judicials que marquen la diferència entre allò que és un discurs artístic o polític i un discurs de l'odi. Sense una solució definitiva, sí que s'observen algunes pistes per evitar que es confonguin. En la mesura que això ha derivat en la incorporació a l'ordenament jurídic de tipus penals específics -delictes d'odi- que incriminen aquest tipus de discurs. Si bé, aquesta regulació troba suport a la Decisió marc 2008/913/JAI, presenta seriosos dubtes quant a la seva legitimitat en el sistema de drets i llibertats erigit en valors com el pluralisme i la tolerància. Ja que es qüestiona si els delictes d'odi són compatibles amb la llibertat d'expressió. Evidentment,

l'especificació d'uns criteris jurídics que permetin delimitar el discurs d'odi que cal i no emparar *prima facie* per la llibertat d'expressió. *A posteriori*, accedint que el discurs d'odi sigui un límit a la llibertat d'expressió, ens plantejem fins a quin punt es poden aplicar i interpretar aquests tipus penals pels jutjadors, i són respectuosos amb els principis constitucionals-penals. A més, formulem proposicions de *lege data* per a la modificació dels arts. 510 i 578 CP.

En síntesi, s'anhela una esfera pública lliure i compromesa amb els valors, com a eix fonamental d'una democràcia, que afavoreixi el lliure intercanvi d'idees, sense permetre que discursos facin malbé la dignitat de certs col·lectius o encoratgin directament la violència. La banalització del discurs de l'odi no pot causar més mal a la llibertat, a costa de la sobreprotecció d'altres drets, summament importants. Des d'aquesta perspectiva, la importància de la lliure opinió ens porta a afirmar que només pot arribar a ser restringida quan les circumstàncies demostrin que hi hagi un *clear and imminent danger* per a les persones o la societat.

RESUME

The purpose of this doctoral thesis is to analyze hate speech as a limit to freedom of expression. In fact, the establishment of constitutional limits to the exercise of freedom of expression is not a current problem, but has always been present in the development of the constitutional State. In summary, a study is presented on hate speech, especially in the political and artistic spheres, clearly differentiating it from freedom of critical expression, although the latter have annoying, offensive and even irritating content.

The main reason for the research is that, especially in European society, the concern about so-called hate speech and its particularly restrictive impact on freedom of expression has become relevant and growing. Hence, this analysis of the conceptualization, characterization, and regulation. Given that this type of expressions or manifestations can be presented in ordinary communication, the question arises what type of manifestations or expressions can be protected by freedom of expression, and which, on the other hand, are really hate speech, which will act as a limit to the expression freedom. The problem becomes especially serious when there is a conflict between rights. The application of the principle of proportionality remains a preferential criterion when resolving such conflicts. First of all, with a judgement that takes into account contextual factors, such as the communicative action, the sender and receiver, its incidence, etc.

The evolution of jurisprudential in recent years has led to an expansion of criminal law, with a move towards the thesis of militant democracy and a correlative distance from an open or neutral constitutional democracy. This had led to some situations that have been highlighted by specialized doctrine.

On the other hand, there have been court rulings that make the difference between artistic or political speech and hate speech. Without a definitive solution, there are some clues to avoid confusion. Insofar as this has led to the incorporation into the legal system of specific criminal offences - hate crimes - that incriminate this type of discourse. Although this regulation finds support in Framework Decision 2008/913/JAI, it raises serious doubts as to its legitimacy in the system of rights and freedoms based on values such as pluralism and tolerance. It is questionable whether hate crimes are compatible with freedom of expression. Evidently, the specification of legal criteria to delimit hate speech that should and should not be *prima facie* protected by freedom of expression

Subsequently, while agreeing that hate speech is a limit to freedom of expression, we consider to what extent these types of offenses can be applied and interpreted by judges, being respecting of constitutional-criminal principles. In addition, we formulate proposals of *lege data* for the modification of the arts. 510 and 578 CP.

In short, there is a desire for a public sphere that is free and committed to values, as a fundamental axis of a democracy , which favors the free exchange of ideas, without allowing speeches to harm the dignity of certain groups or directly encourage violence. The trivialization of hate speech cannot cause greater damage to freedom, at the cost of overprotecting of other, extremely important rights. From this perspective, the importance of free speech leads us to affirm that it can only be restricted when circumstances demonstrate that there is a clear and imminent danger for individuals or society.

CAPÍTULO 1:

CUESTIONES INTRODUCTORIAS

- 1.1. NOTAS PRELIMINARES.
- 1.2. OBJETIVO DE LA TESIS.
- 1.3. METODOLOGÍA DE LA TESIS.
- 1.4. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL PENSAMIENTO LIBERAL DEL SIGLO XVII A LA ACTUALIDAD.
 - 1.4.1. Baruch Spinoza, Thomas Hobbes y John Locke.
 - 1.4.2. Jean-Jacques Rousseau Emmanuel y Joseph-Sieyès.
 - 1.4.3. Benjamin Constant, John Milton y Stuart Mill.
 - 1.4.4. Raymond Aron e Isaiah Berlin.
- 1.5. CONSTITUCIONALIZACIÓN LIBERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.
- 1.6. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO CONCEPTO FILOSÓFICO-POLÍTICO.

1.1. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo, como su título indica, es el estudio de la relación que existe entre el discurso del odio y la libertad de expresión. En la actualidad, a pesar de los avances conceptuales en la materia, se evidencian tanto insuficiencias doctrinales como jurisprudenciales, que demandan, a nuestro juicio, una mayor atención y una mejor definición. En tal sentido, se recogen y se proponen algunos criterios o cánones que permitan mejorar los parámetros a la hora de afrontar un equilibrio entre libertad de expresión y respeto de la dignidad humana ante estos discursos intolerantes. En conjunto, la pugna¹ social entre libertad y seguridad².

Ante todo, el trabajo transcurre en una pléyade de preguntas, unas más ceñidas y otras más extensas, sobre esa pugna o relación entre la libertad de expresión y el discurso de odio. Como *prius* de ello debemos analizar por qué la libertad de expresión es un derecho fundamental. De ahí que, de forma sumaria, se ofrezcan conceptos filosófico-jurídicos sobre el derecho y los derechos fundamentales, en el primer y segundo capítulo. Este tiene un carácter más introductorio, con algunas observaciones históricas sobre la constitucionalización de los derechos y sobre el origen de la libertad de expresión en el pensamiento jurídico-político. Se continúa en el segundo capítulo, que atiende a la importancia de la libertad de expresión en sus distintas dimensiones. Además de ello, a la posición como valor y derecho preferente en un Estado social y democrático de derecho. Es por eso que también se expone cómo se configura y aparece la libertad de expresión en la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE).

El capítulo tercero y cuarto mantienen un mismo fin acerca de dos ámbitos diferentes -aunque no apartados-. Se procura ofrecer una caracterización de dos

¹ En esa pugna, Maihofer considera que, “el Estado liberal de Derecho, en cualquier caso de duda, se decide básicamente por permitir y no restringir la libertad, eso tiene su razón suficiente justo en la premisa normativa que va presupuesta en dicha política de la democracia liberal, que la dignidad del hombre es asegurada mejor en un ordenamiento de la máxima libertad que en uno de la máxima seguridad, ya que ella se asienta en la autonomía espiritual y la autodeterminación moral del individuo”. En Maihofer, W.: *Estado de derecho y dignidad humana* (Trad. Guzmán Dalbora, J.L), BdeF, Colección maestros del Derecho Penal nº 28, Buenos Aires-Montevideo, 2008, p. 131.

² “El Estado de Derecho es la fórmula mágica para establecer un equilibrio inestable pero razonable entre seguridad y libertad. Las cuatro notas canónicas que cualifican la relación entre el Estado y el Derecho pueden interpretarse en ese sentido: el imperio de la ley, la cual debe ser fruto de la voluntad popular; la separación o división del Poder en legislativo, ejecutivo y judicial; la fiscalización de la Administración Pública; el reconocimiento, protección y desarrollo real y efectivo de los derechos humanos”. En Ramiro Avilés, M.A.: “Los derechos fundamentales como límites de la necesidad política en un Estado de Derecho”. En Calvo González, J (coord.): *Libertad y seguridad: la fragilidad de los derechos: actas de las Jornadas (2005. Málaga)*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, 2006, p. 106.

manifestaciones de la libertad de expresión, los discursos políticos y los discursos artísticos -este último menos atendido por la dogmática-. En atención a ejemplos prácticos, se refleja el enjuiciamiento de expresiones, manifestaciones o acciones por parte de los juzgadores, y la dificultad de diferenciar esas manifestaciones, amparables por el contenido de la libertad de expresión, de lo que se entiende como discurso del odio.

El siguiente capítulo, el quinto, recoge y analiza la distinta normativa sobre el discurso del odio. Con tal de ofrecer una conceptualización delimitada, que permita una observación sobre su legitimidad en la regulación penal de nuestro ordenamiento jurídico. Una regulación penal que en su elaboración teórica no omita su base, que es su propia Constitución. Ya que el fin, el modo y la gravedad de las sanciones penales requieren una justificación en el daño social. Con otros términos, la necesidad de una concepción teórica del poder punitivo del Estado. Para ello, en primer lugar, se realiza una reseña de los delitos de odio principales (arts. 510 y 578 CP); y, segundo, una exposición sobre la incidencia constitucional en atención a un análisis jurisprudencial en los últimos años (principalmente desde la reforma del año 2015) sobre esos delitos de odio. Se procura que el mecanismo penal para la protección de otros derechos (dignidad, honor, etc.), que entran en conflicto con la libertad de expresión, se aplique e interprete por parte de los operadores jurídicos con sólidas garantías. En especial, no sancionar conductas que son reprochables por la sociedad -discursos odiosos- pero que no son reprochables penalmente -discurso de odio-.

El último capítulo, antes de las conclusiones, desarrolla un tema sumamente complejo en la teoría general de los derechos fundamentales. Nos referimos a los límites de los derechos fundamentales. En nuestro caso, a los límites constitucionales del ejercicio de la libertad de expresión. Con una aclaración sobre los distintos límites. Se hace hincapié en los conflictos de la libertad de expresión que surgen con otros derechos como el honor, la dignidad; o bienes jurídicos, como la paz social o seguridad pública. En suma, el estudio en este punto gira sobre si el discurso de odio es un límite al ejercicio de la libertad de expresión, y de qué tipo de límite hablamos.

En lo esencial, en el texto surgen diversos y complejos interrogantes. De todas maneras y sin género de duda, la mayoría giran en torno a dos cuestiones principales, ¿el discurso de odio es un límite a la libertad de expresión?, y ¿hasta qué punto debe tolerarse

un discurso intolerante o debe garantizarse un derecho tan fundamental como la libertad de expresión?

A tal fin, se indaga en los fundamentos filosóficos-políticos y límites constitucionales de la libertad de expresión, en aras a conjugar el binomio tolerancia-libertad. Con todo, la tolerancia implica una sociedad abierta a cualquier discurso menos los intolerantes. Por eso, quizás, podría hablarse de la pugna entre libertad de expresar lo hiriente u ofensivo sin suprimir la dignidad o valor de las personas. De ahí que el discurso de odio -intolerancia-, en determinadas ocasiones, sí resulta un límite necesario y acorde con una sociedad democrática plural y abierta.

El objeto principal que nos planteamos es desenmascarar³ el contenido del discurso del odio. Se trataría de considerar que los discursos odiosos, que no del odio, se enmarcan en el contenido protegido o amparado, a primera vista, por el derecho fundamental a la libre expresión. Por ese motivo, con estrictos parámetros de proporcionalidad, la respuesta penal quedará (o así debería producirse) relegada a los casos excepcionales e imprescindibles para la defensa de un bien jurídico protegido. Todo ello para evitar el efecto de desaliento sobre el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

Desde las clásicas sentencias, en el ámbito jurisprudencial norteamericano, en el asunto Texas vs. Johnson, de 21 de junio de 1989 y, en el ámbito jurisprudencial europeo, en el asunto Handyside c. Reino Unido, de 29 de abril de 1976, la expresión o manifestación de disidencia política, cultural, artística o social ha experimentado avances y retrocesos.

En los casos de la jurisprudencia estadounidense, el asunto Schenk vs. United States, de 3 de marzo de 1919 y en el Debs vs. United States, de 10 de marzo de 1919, el conocido juez Holmes refirió al peligro claro e inminente (*clear and present danger*) para una valoración de la concurrencia causal entre manifestaciones y efectos nocivos. Es decir, una idoneidad del contenido del mensaje para producir unos resultados negativos.

³ En términos de Robles Morchón, una dogmática abierta: “Ésta no se limita a reflejar y completar lo que el ordenamiento parece que dice, sino que al paso de la exposición del sistema que refleja hermenéuticamente el ordenamiento, se permite criticar el Derecho vigente e incluso aún más, se permite hacer propuestas de *lege referenda*”. En Robles Morchón, G.: *Teoría del Derecho (Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho). Teoría de la Dogmática y del Método Jurídico, Volumen II, 1ªed.*, Civitas, Madrid, 2015, p. 61.

Del mismo modo, se argumentaba con el criterio jurisprudencial a la hora de una valoración de la constitucionalidad de las leyes que limitaban la libertad de expresión, mediante el *bad tendency test*⁴. Lo que no hacía más que reafirmar que no podían prohibirse o limitarse, porque sí, las expresiones disidentes que busquen cambiar la opinión pública. Tal como afirmó el juez Holmes -en línea semejante Louis Brandeis- en un voto particular, “debemos estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar las manifestaciones de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte salvo que sea necesario controlarlas”. El test constituye un canon hermenéutico para la protección de las minorías y la salvaguarda de otros bienes constitucionales. En esa protección a la primera enmienda, años más tarde, en el asunto *Brandenburg vs. Ohio*, de 9 de junio de 1969 se sostuvo que la protección a la libertad de expresión no permite criminalizar el discurso que defienda una conducta delictiva a excepción que esta misma se oriente a incitar o causar una acción ilegal inminentemente.

Por su parte, el TEDH en el famoso *Handyside contra Reino Unido*, argumentó que la libertad de expresión no ampara solamente las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, inquietan y ofenden al Estado o a una fracción de su población. Tales son demandas del pluralismo y la tolerancia. Con ello, cualquier condición, restricción o sanción impuesta al ejercicio de esta libertad debe ser proporcionada al objetivo legítimo que se persigue. Incluso alcanzando una protección especial en el marco del debate político, véase *Castells contra España*, de 23 de abril de 1992; o, *Otegui Mondragón contra España*, de 15 de marzo de 2011; o, *Eon contra Francia*, de 14 de marzo de 2013.

Pese que estemos en la introducción, quizás, resulta conveniente recordar el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera contra España*⁵, por el cual se condenó a nuestro país por una vulneración del art. 10 CEDH, derivado de una exteriorización de la

⁴ “El test que debe aplicarse para evaluar la constitucionalidad de las expresiones que pretenden ser reprimidas exige la concurrencia de dos requisitos: que el peligro que entrañen las expresiones sea claro y que, además, sea inminente”. En Presno Linera, M.A.: “La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa”, *Teoría&derecho*, 32, junio-2022, p. 23.

⁵ Procuramos desarrollar un breve análisis de la misma, aunque con conclusiones provisionales. Vid. Al Hasani Maturano, A.: “Presente y futuro de la libertad de expresión en la jurisprudencia comunitaria.: Análisis de la sentencia de 13 de marzo de 2018 (*stern taulats y roura capellera contra España*)”. En Martín Rodríguez, J.M.; García-Álvarez, L. (dirs.): *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-política*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 1.323-1.338.

disidencia política⁶ -en este caso contra la figura de la Corona-. Como es sabido, se quemaron las fotos del Rey en un lugar público como protesta a su visita institucional a Girona. Además de producirse en un contexto de manifestación ciudadana, la controvertida puesta en escena de la quema de la foto del Rey se enmarcó en el ámbito del debate político o cuestiones de interés público. Se añadía, que ese ataque al honor no afecta a un colectivo o grupo diana, sino a la Monarquía. En suma, el TEDH, en esa línea firme, asevera que la libertad de expresión ampara no solo las ideas o informaciones que resultan acogidas favorablemente o inofensivas, sino también aquellas que hieren, ofenden o importunan, si así lo requiere el pluralismo y la tolerancia de una sociedad democrática. Se opone a su consideración como discurso del odio, que era la justificación de la condena criminal dictada por el Tribunal Constitucional español (siempre con votos particulares discrepantes).

Ciertamente, como afirma Dopico Gómez-Aller, “desde principios de la década pasada, las figuras penales llamadas a reprimir discursos irritantes u odiosos parecen haber experimentado una segunda juventud”⁷.

La libertad de expresión, a pesar de ser de las primeras libertades políticas consagradas en las Constituciones liberales de la primera hora, continúa teniendo cuestiones abiertas, que suscitan respuestas diversas. Su temprano aval filosófico y político y su recepción por el constitucionalismo continúan, a pesar de todo, con incertidumbres y replanteamientos. Lo que no ofrece duda es que la libertad de expresión es una pieza esencial de una sociedad democrática. Sin aquella, esta no puede existir.

Por otra parte, las leyes penales -delitos de odio- que sancionan el discurso de odio no visualizan un encaje con los principios penales ni los principios del Estado democrático de derecho. La criminalización con un concepto o categoría impreciso como es el discurso de odio, causa un daño de mayor o igual magnitud al que resolver. Nos preguntamos si: ¿libertad o dignidad? Lo sensato y racional es que ambas.

⁶ En efecto, el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio Jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen. Vid. SSTEDH Otegui Mondragón c. España; Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

⁷ Dopico Gómez-Aller, J.: “Interrogantes sobre la libertad de expresión a la altura de 2022”, *Teoría&derecho*, 32, junio-2022, p.11.

1.2. OBJETIVO DE LA TESIS

La muestra que el discurso del odio es un tema de actualidad⁸ se puede comprobar viendo el espacio que emplean los medios de comunicación y los debates políticos en el tratamiento de incidentes reales que los identifican como tales. Siendo las cosas así, nos parece necesario una propuesta interpretativa razonada con relación al discurso de odio como límite al ejercicio de la libertad de expresión. Y de *lege data* en el tratamiento de los delitos de odio. La investigación se dirige, por tanto, a la búsqueda de criterios justos –en el sentido de razonables– en la interpretación judicial que se realice en una aplicación de los tipos penales integrados como delitos de odio. Máxime, para que no se convierta en un *arma* peligrosa de limitación de libertades fundamentales, en atención a su ejercicio. De hecho, no debe olvidarse la función de *última ratio* del orden jurídico penal y ajustada al orden constitucional. Siempre teniendo presente que, más allá de su perspectiva jurídica, el concepto de discurso de odio entraña una difícil respuesta, tanto por lo subjetivo (emocional inclusive) en su comprensión o definición, como por su multidisciplinariedad con otras áreas científicas como la filosofía o ciencias sociales y políticas, entre otras. Inclusive, en la disciplina jurídica la dependencia entre las ramas del Derecho Constitucional, el Derecho Penal y la Filosofía del Derecho, tal que aglutine una dogmática valedera para el Derecho Público. Al mismo tiempo, el inconveniente de acuñar unas características comunes que tracen el discurso del odio como un límite pacífico de la libertad de expresión, sobre la base de una teoría de los límites de los derechos fundamentales (que no se aprecia pacífica ni apurada). Evidentemente, el trabajo no pretende asentar resultados definitivos, pacíficos para la dogmática jurídico constitucional o penal. En definitiva, la pretensión de esta investigación jurídica compele un *plus* de modestia. Permítanme incluso hablar de enojo medurado en la investigación a la hora de explicar los fenómenos, (re) formular planteamientos y establecer unos principios o resultados. Ya que aludimos a una investigación científica, al menos nos compele a traer soluciones y/o presentar los problemas específicos. La razón del trabajo es profundizar en el estudio del discurso del odio como límite al ejercicio de la libertad de expresión, atendiendo principalmente al discurso político y artístico. En definitiva,

⁸ “Los investigadores hablan cada vez más de la polarización afectiva, el desprecio visceral y emocional del vecino por el simple hecho de apoyar a una formación política distinta”. En Seoane Pérez, F.; Sarikakis, K.: “Discursos del odio en la esfera pública: ¿hasta dónde debe llegar la legislación?” *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, vol. 6, nº. 12, 2019, p. 387.

debe ser útil para ampliar el debate en la ciencia jurídica. Debe suponerse, mínimamente operativo para la sociedad, en especial, para los operadores jurídicos.

1.3. METODOLOGÍA DE LA TESIS

Nos gustaría recordar lo que años atrás se preguntaba Larenz, esto es, si el Derecho es realmente una ciencia. Su interrogante era del siguiente tenor: “¿Es realmente una ciencia, es decir, una actividad espiritual plenamente planeada y dirigida a la obtención de conocimientos, o es solo un saber ordenado de lo que en una determinada comunidad jurídica se considera Derecho *hic et nunc*, o es quizá una tecnología, una indicación para resolver de modo uniforme los casos jurídicos según determinadas reglas, que se podrían calificar de máximas prácticas o reglas convencionales?”⁹.

Estimaba Larenz que la jurisprudencia es de hecho una ciencia, “porque ha desarrollado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del Derecho vigente”¹⁰. En concreto, una ciencia “comprensiva, que procura interpretar de un modo determinado el material que le es dado, a saber: normas e instituciones de un Derecho positivo”¹¹. Incluso, “transcendiendo su valor práctico en orden a la creación del Derecho, tiene un valor cognoscitivo propio”¹². En suma, se viene a afirmar que se crean métodos de pensamiento orientado a valores, sin olvidar que los juicios de valor no son susceptibles de fundamentación racional. Tal como planteo el autor, la jurisprudencia ocupa una posición privilegiada en el campo de la praxis jurídica, al limitar un marco determinado de derecho positivo¹³. Del mismo modo, que resulta factible y legítima una posición crítica de la ley, obtenida de los postulados de justicia del Derecho. Esta posición crítica proporciona “el impulso para las propuestas de perfeccionamiento e indica la dirección en que estas deben ser buscadas”¹⁴, y transforma las ideas en normas aptas para su aplicación. “Estas tienen que poder encuadrar en el marco de todo el orden jurídico y

⁹ Larenz, K.: *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1980, p. 25.

¹⁰ Larenz, K.: *op.cit.*, p. 26.

¹¹ *Ibidem*, p. 26.

¹² *Ibidem*, p. 27.

¹³ “La limitación, en principio, al marco previamente dado de un determinado Derecho positivo tampoco significa que la Jurisprudencia no sea capaz de adoptar una posición crítica frente a las normas, soluciones de problemas y decisiones de este Derecho”. En *ibidem*, p. 182.

¹⁴ *Ibidem*, p. 182.

estar en consonancia con la Constitución, así como con los principios de valoración a ella subyacentes, si se prefiere: con el modelo social de la Constitución”¹⁵.

La metodología que se utiliza en este trabajo es diversa. En el sentido que, por un parte, se basa en el estudio de normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina. Y por otra, se conjuga con investigación aplicada, en sentido que se tiene presente o se enlaza con aspectos ajenos a las ciencias jurídicas, como son los fenómenos sociales, o los factores filosóficos y políticos, entre otros. Sin obviar que la jurisprudencia¹⁶ y las normas¹⁷ son el marco a fijarse de derecho positivo.

La investigación se inició con un estudio bibliográfico, en atención al análisis expuesto por la literatura científica existente en la materia y, a su vez, en un análisis de las distintas normas jurídicas que inciden, regulan o afectan a esta problemática del discurso del odio. ¿Con qué misión? Para el planteamiento de una investigación descriptiva como explicativa del objeto de estudio. Con la meta de una atención a la aplicación de normativa vigente, en cuanto sea acorde con parámetros constitucionales. También con parámetros de racionalidad y justicia.

Posteriormente, en un segundo paso, pretende ofrecer algunas conclusiones sobre los problemas existentes en la interpretación y aplicación de la materia. Junto a ello, se aportan respuestas de *lege data* (preponderantemente al ámbito penal); algunas de ellas extraídas de la propia dogmática jurídica.

El método de investigación será teórico, en un primer momento más inductivo, y en un segundo momento más deductivo. Se trataría de alcanzar un retrato compacto del discurso de odio, tanto en su problemática social como jurídica. Y, tras ello, la exploración de determinadas conclusiones fundamentadas jurídicamente, con la finalidad de ofrecer respuesta a los operadores jurídicos, en singular, y a la sociedad, en general.

Lógicamente, la metodología que se utiliza buscará ofrecer soluciones o conclusiones a las hipótesis que se cuestionan. Teniendo presente que toda reflexión se inscribe con un trayecto inicial, sobre la definición y características de la libertad de

¹⁵ Larenz, K.: *op.cit.*, p. 183.

¹⁶ “En ella se trata de la validez normativa y del contenido de sentido del Derecho positivo, incluyendo las máximas de decisión contenidas en las sentencias de los tribunales”. En *ibidem*, p. 183.

¹⁷ “La norma jurídica enlaza, como toda proposición, una cosa con otra. Ella asocia al hecho circunscrito de modo general, el supuesto de hecho, una consecuencia jurídica, circunscrita asimismo de modo general”. En *ibidem*, p. 243.

expresión y el discurso de odio. Con un paso sucesivo, mediante la averiguación de la legitimidad del reproche penal al odio y la discriminación. Y, el paso final, sobre si esa protección mediante el recurso penal es un auténtico límite constitucional. En la medida de lo posible, con alusión a las vertientes políticas y artísticas de la libertad de expresión. En consonancia a ello, se analiza la dogmática jurídica y filosófico-política, la regulación normativa sobre el discurso de odio y la jurisprudencia reciente más reciente (sin olvidar las sentencias anteriores de especial trascendencia).

1.4. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL PENSAMIENTO LIBERAL DEL SIGLO XVII A LA ACTUALIDAD

1.4.1. Baruch Spinoza, Thomas Hobbes y John Locke

A) Nos referimos, en primer lugar, al pensador Baruch Spinoza. Nació en Ámsterdam en el año 1632, procedente de una familia judía española. Su pensamiento filosófico se define como múltiple, eso quiere expresar que va desde una tradición cartesiana a escolástica. Igualmente estimaba que, mediante la razón, el ser humano es capaz de comprender la estructura del mundo que le rodea, era racionalista cartesiano. En lo esencial, respecto al eje de la libertad, nos interesa su pensamiento metafísico, o más específicamente, su plan de ética. Spinoza conceptuaba que el hombre no es libre, sino que, al contrario, “es esclavo porque se cree libre y se ve arrastrado por la necesidad”¹⁸. En esta perspectiva, el determinismo radica en su pensamiento, en parte, tras expresar que todo lo que acontece al hombre es el curso necesario de la naturaleza. Esto es, los seres humanos tendemos a realizar o desear las cosas por el simple hecho connatural. A su parecer, solo Dios (ente infinito) como tal es libre, ya que no necesita nada para su existencia. En cambio, el *mens* y *corpus* del hombre vive en la naturaleza, sabiendo que no es libre¹⁹. En otros términos, lo que ocurre al hombre resultará irremediable. En cierto modo, está prescrito de antemano. Todo lo que acontece en la vida, especialmente lo relacionado con las pasiones humanas, sigue el curso de la naturaleza. Esta razón de ser no libre en la naturaleza se traslada al modo de manifestar su pensamiento. Mediante la razón se alcanza el conocimiento y, con ello, la libertad. Como los individuos tienen que

¹⁸ Marías, J.: *Historia de la filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 2016, p. 227.

¹⁹ “Cuando el hombre sabe lo que es, sabe que no es libre, y no se siente obligado o coaccionado, sino determinado según su esencia; por esto la razón es libertad”. En Marías, J.: *op.cit.*, p. 227.

vivir determinados a su naturaleza, su ética culminaría con un amor intelectual a Dios. A su modo de ver, esa es la felicidad y la libertad. De esta manera, al juicio de este pensador, la libertad de pensamiento será una lucha entre los prejuicios y la ignorancia.

Entre sus obras destacamos, por su relación con nuestra investigación, *Ética* y *Tratado teleológico-político*. La filosofía política de Spinoza principalmente fue expuesta en estas dos obras, a las que podría añadirse el *Tratado-político*. Son una extensión de su ética y metafísica. En las mismas, consideraba que los seres humanos se guían por la pasión antes que la razón, y no pueden vivir sin ninguna autoridad en el estado de naturaleza. La autoridad política (suprema potestad), guiada por la razón debe dirigir a la sociedad para que sean libres. Aunque la garantía de obediencia absoluta debe partir de que los *súbditos* piensen por sí mismos -libertad de expresarse-. Su pacto social se debía a una reciprocidad de intereses entre la autoridad política y la ciudadanía para estar guiados por la razón, eso sí, garantizándoles la libertad de pensamiento. La forma de gobierno tiende a ser democrática. A diferencia de Hobbes, el estado civil sería consecuencia del estado natural y no una ruptura, llevado a la perfección.

En la ética demostrada según el orden geométrico aplicará su teoría del conocimiento. Las ideas concebidas por la razón permitirían ser objeto de estudio, de ahí que, ideas simplemente producidas como el alma, se coloquen en el mismo plano ontológico que entidades materiales (inmanencia de todo lo real). Desde su punto de vista, un ser humano se concibe como un conjunto de movimientos y un conjunto de ideas que se esfuerzan para perseverar en su ser, para su existencia. La finalidad de la ética sería aumentar la duración de la vida, a través del esfuerzo que queda afectado por acciones y pasiones. Las acciones serán conductas que actúan libremente y conforme a la naturaleza para vivir más tiempo (perfección); en cambio, las pasiones son las conductas causadas por ideas inadecuadas. En función de ello, la utilidad del hombre, en orden a su supervivencia, es que se guíe por la razón. Será bueno aquello que le conviene, malo lo que no le conviene. Si actúa sin conocer lo bueno, se castiga a sí mismo. Somos libres en cuanto dotados de voluntad, pero la verdadera libertad sería el conocimiento de la necesidad y el amor intelectual a Dios (comprensión racional naturaleza).

Tal como hemos presentado a Baruch Spinoza, consideraba al hombre, en cuanto parte de la naturaleza, un ser sujeto a pasiones y necesidades, con todo, sujeto a la razón. Este utilitarismo racional que menciona conduciría a la idea de sociedad. En este sentido,

De Lucas, atendiendo al *tratado teleológico-político* de Spinoza, afirma que, “por la guía y dominio de la razón, la vía para [estar a] salvo [d]el estado miserable al que conduce el Derecho Natural de deseo y violencia”²⁰. En cierta medida, Spinoza sí que conduce a una idea de sociedad. De estos y otros dictámenes de la razón, surgiría un orden social y la forma política democrática. Además, la libertad de pensamiento será fundamental para la soberanía conjugada por Spinoza²¹. Libertad entendida como necesidad individual de cada uno. A pesar de que la libertad de pensamiento sería un derecho de la primera generación, resultaría irreprimible las leyes contrarias a la libertad de pensamiento. Por último, para este autor el odio no es más que parte de los afectos humanos de alegría y tristeza.

En definitiva, para Spinoza la libertad humana consiste en el esfuerzo de entender las causas y efectos del universo. La razón mayor será la propia conservación del ser, todo aquello que sea útil o dañoso para favorecer o reprimir nuestra potencia de obrar. En cierta manera, para este autor la libertad será nuestro entendimiento de la vida y nuestra potencia de obrar. En la sociedad humana, se potenciará la capacidad de obrar de los seres humanos. La libertad de pensamiento, junto a la libertad de acción, busca la máxima utilidad racional individual. Los seres humanos están motivados constantemente y egoístamente por la felicidad y la alegría, persiguen aquellas cosas que mejoren su condición. Sin embargo, para Spinoza estará guiado por ideas imaginativas o inadecuadas. Por ese motivo, la razón es lo que hará a los individuos libres, en el sentido de autónomos. La búsqueda racional del interés propio es la virtud, bajo la guía de que otras personas virtuosas harán lo mismo (un tratamiento curioso de justicia). En atención a su filosofía de libertad política, las autoridades deben ser seculares y tolerantes, pues todo el mundo puede pensar lo que le gusta y decir lo que piensa.

B) A continuación, en atención a los rasgos esenciales de la filosofía inglesa, se ubica una preocupación por la idea de Estado y los principios liberales. Entre los que sobresale una autoridad, Thomas Hobbes. Este filósofo ilustre tuvo influencias de otros pensadores como Descartes y Bacon. Se suele ubicar a Hobbes como empirista, a saber, el conocimiento tiene origen en la experiencia. Aparte, sigue una línea materialista, ya

²⁰ De Lucas, J.: Nota sobre la libertad de expresión y democracia en la obra de Spinoza, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº.4, 1987, p. 358.

²¹ “hay que garantizar el derecho básico a pensar y expresar libremente, que es una de las vías por las que puede cambiar la opinión de la mayoría, y, por consiguiente, el fundamento mismo del gobierno democrático”. En De Lucas, J.: *op.cit.*, p. 362.

que consideraba que hay un dominio del determinismo natural en el hombre. Su teoría sobre el Estado servirá como pieza esencial al constitucionalismo futuro, pues parte de una igualdad abstracta entre todos los hombres. Ahora bien, Hobbes afirma que todos los individuos aspiran a lo mismo y, al no lograrlo, sobreviene el odio. De ahí, su conocida expresión *homo homini lupus*, el hombre es un lobo para el hombre. Considera Marías²² que para Hobbes esa discordia humana proviene de la idea de competencia, la desconfianza y la vanagloria. Más bien, una situación natural de perpetua lucha, *bellum omnium contra omnes*. Las pasiones y los deseos humanos llevan a actos de violencia, por ello el estado natural es inseguro. De modo accesorio, afirmó que el hombre tiene libertad para hacer lo que quiera o pueda, lo que no es otra cosa que asimilar derecho en el sentido de libertad. De tal forma que esa libertad o derecho puede transferirse a un pacto de comunidad para alcanzar una mayor seguridad. Mediante ese convenio, los ciudadanos transfieren su derecho al Estado. Una igual sumisión de todos los ciudadanos al poder soberano. Transformándose el Estado en un poder absoluto, un *Leviatán* o dios mortal. Una concepción autoritaria de la política y la moral representada por el Estado²³. Lo que tendrá una evidente influencia posterior en la Revolución Francesa, tildado como “constitucionalismo de las revoluciones”. En resumidas cuentas, su filosofía política es una transición del individualismo atomista a la construcción de un cuerpo social artificial, o, lo que es lo mismo, un Estado de carácter absolutista. Lo que tradicionalmente ha sido considerado como el fundamento laico del absolutismo y el origen de la legitimación humana del poder. En resumidas cuentas, en el estado de naturaleza que contempla, la primacía de la ley representa la libertad de la comunidad, por lo que la libertad individual se deslindaría a lo no estipulado por la comunidad.

Su principal obra es *Leviatán*. En ella se plantea que la libertad natural se pierde tan pronto como entramos en cualquier tipo de pacto, y más obviamente cuando pactamos someternos a la ley y al gobierno. Dicho lo cual, allí donde el derecho no pretende regular nuestras acciones, considera que mantenemos un derecho natural o la libertad de actuar como queramos. De la misma forma que hay ciertos derechos de naturaleza que no se nos pueden arrebatar.

²² “Una cierta libertad de indiferencia”. En Marías, J.: *op.cit.*, p. 240.

²³ “En esta línea, al constitucionalismo no le interesan tanto los equilibrios y los límites cuando la coherencia de la voluntad del soberano”. En Fioravanti, M.: *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trotta, Madrid, 2014, p. 32.

Respecto a su filosofía política, Hobbes considera que la sociedad está compuesta por una multiplicidad de seres conducidos por sus pasiones. En el estado natural, antes de la organización de un cuerpo social, cada ser humano buscará su propia conservación mediante la desconfianza con el resto, una guerra de todos contra todos, guiados en exclusiva por sus deseos o beneficios, y sin moralidad alguna. La seguridad dependerá de su fuerza o ingenio, consecuencia de las pasiones humanas. Con su formulación permitirá una fundamentación teórica del estado absolutista, sin necesidad de un origen divino del poder. Según entiende, las leyes de naturaleza eternas serán las reglas generales halladas por la razón para prohibir u omitir lo necesario para la preservación de la vida. De ellas, considera que estamos obligados a transferir a otros algunos derechos y cumplir los pactos junto a sus consecuencias, formar una sociedad civil. El poder coercitivo permitirá la obligación igualitaria del cumplimiento de los pactos. Como no se cumplen las leyes de la naturaleza, se requiere ese poder coercitivo. Además de una organización en sociedad como garantía a la propia existencia. Uno deja de gobernarse a sí mismo para autorizar un poder común, la sociedad civil con un poder soberano inalienable encargado a una persona. Renuncian a sus derechos para aunar todas las voluntades en una sola persona, que detenta todos los derechos. El miedo funda la sociedad civil.

Los ciudadanos (súbditos en términos de Hobbes) al abandonar el estado de naturaleza renuncian a sus derechos, aunque con determinadas limitaciones. La libertad individual se limitará a lo no regulado y a una cierta resistencia al soberano en casos concretos.

De hecho, Hobbes considera a un hombre libre cuando no se ve estorbado en realizar su voluntad de actuar, al igual que relaciona el término libertad con el de necesidad. Se hablaría de libertad en aquellas acciones realizadas por proceder de la voluntad de los seres humanos, y ello procede de la necesidad e inclinación de alguna causa. La conexión de las causas llevaría a la necesidad de todas las acciones voluntarias. La libertad con un ámbito más privado, para Hobbes, es la libertad de conciencia o de pensamiento, y posteriormente, la libertad de acción.

Acerca de lo que nos interesa ahora, Hobbes desea que la autoridad soberana tenga un poder de coacción para defender las ideas y opiniones, aunque, al mismo tiempo para censurar las controversias ideológicas o religiosas que lleven a una guerra. Por consiguiente, le corresponde al poder soberano dirimir las controversias y dictaminar los

dogmas verdaderos y falsos. Dicho lo anterior, existe una continuidad con Spinoza en lo referente a libertad de expresión, puesto que se posiciona en favor del poder civil antes que el poder eclesiástico. La autoridad no es mera sabiduría (exclusiva justicia), sino que requiere el consentimiento de los gobernados. A su modo de entender, los hombres están hechos para respetar las leyes y para la paz. La adhesión a una creencia religiosa es una cuestión de foro interno a diferencia de la organización política. Solo el poder civil o autoridad soberana puede prohibir o censurar. La paz se impone mediante la amenaza del uso de la fuerza por parte del soberano. Este será tolerante solo en la medida en que las controversias de todo tipo, aquí se incluyen las religiosas o filosóficas, que no amenacen la paz civil. En cierto modo, Hobbes insistirá en un derecho de coacción como condición de libertad de expresión, a diferencia de Spinoza que considera la libertad de expresión como un condicionante para que la autoridad soberana ejerza su derecho a la coacción.

C) Otro de los principales teóricos del liberalismo moderno es John Locke, nacido en Wrington (Inglaterra) en el año 1632. Cabe destacar que realizó estudios en filosofía y medicina. Igualmente, tuvo influencias del racionalismo de Descartes y del empirismo de Bacon. Por eso, se le considera un filósofo empirista, donde la experiencia será la fuente legitimadora y el límite de nuestros conocimientos. A diferencia del pensamiento de Hobbes -ambos deterministas-, deja un cierto margen a que el hombre decida²⁴. Su teoría partiría del estado de naturaleza de forma bastante semejante a Hobbes, pero no caracterizado como un estado de guerra o conflicto continuo, sino que más bien, el contrato social permite perfeccionar un orden social previo. En este autor, ya se reconoce la propiedad y los derechos individuales, entre ellos la libertad como derecho. Incluso los identifica con un origen previo, pues los considera derechos morales y naturales. A su parecer, la sociedad organizada preservará mejor esos derechos y libertades. Contempla, pues, una forma de gobierno que comienza a tomar cuerpo, a través de la idea de una prevención del despotismo, mediante la separación de poderes. Así, entre sus objetivos principales, ubicamos el disfrute de esos derechos y libertades con una mayor seguridad, mediante un pacto de consentimiento que constituye la sociedad civil. De ese modo, se enfocan los esfuerzos en que el poder no este concentrado en uno solo.

Tras sus estudios en Oxford, donde con probabilidad conoció la influencia de la filosofía escolástica, su pensamiento giró, sin embargo, hacia la filosofía empirista (la

²⁴ “En rigor, los hombres no nacen en la libertad... pero sí nacen para la libertad, y por eso el rey no tiene autoridad absoluta, sino que la recibe del pueblo”. En Marías, J.: *op.cit.*, p. 244.

experiencia es la fuente de nuestros conocimientos) de Bacon y de Descartes. A su modo de ver, el análisis del conocimiento humano es la actividad necesaria para un filósofo. Cabe resaltar que se considera uno de los principales teóricos del liberalismo moderno en lo que respecta a la teoría política (identificándose con los intereses de la burguesía). Por destacar algún otro punto de su pensamiento, realiza una crítica al innatismo (falsedades del consenso universal), pues estima que no existe en el ser humano ideas o principios de conocimiento o moralidad en la propia naturaleza. Puesto que considera que son principios especulativos o tendencias morales y no innatos. Estima que hay una disparidad de conductas dentro de la misma sociedad.

En relación al pensamiento político, se encuentra desarrollado en los *Tratados sobre el gobierno civil* y *Cartas sobre la tolerancia*. En ellas, realiza un alegato en pro de la democracia, intentado hallar en su origen la legitimidad. Por otra parte, partiendo de una distinción entre opiniones especulativas y opiniones prácticas, extiende el ámbito pleno de tolerancia únicamente a aquellas opiniones que califica de especulativas. Al fin y al cabo, en su teoría sobre la tolerancia defiende un alcance de la libertad del pensamiento que se ve reducido al ámbito de la esfera privada.

En contraposición a Hobbes, el estado de naturaleza no se identifica con un estado de lucha o guerra. Considera que en el estado natural sí existe una ley natural que puede ser descubierta por la razón. Esta ley se impone a todos, al proclamar la existencia de unos derechos naturales: la libertad, la propiedad privada o la defensa de la vida, entre otras. Dicho lo cual, resulta de interés para el ser humano, según Locke, que se constituyan en una sociedad organizada para la preservación de los derechos y libertades, mediante un pacto establecido (el “contrato social”). La constitución de la sociedad civil (basado en el consentimiento) y posterior elección de un gobierno supondría beneficios, al disponer de una ley escrita que define la ley natural y un sistema judicial. Las restricciones que se impongan al estado de naturaleza solo se justifican a través del consentimiento libre. Precisamente por ello, considera que la seguridad permitirá disfrutar de su libertad. En este caso, el poder no estaría concentrado de forma absoluta, sino al contrario, radicaría en una división de poderes con ámbitos diferenciados.

1.4.2. Jean-Jacques Rousseau y Emmanuel-Joseph Sieyès

A) El filósofo Jean-Jacques Rousseau, nacido en Ginebra en el año 1712, es uno de los grandes pensadores del período de la Ilustración. Entre sus principales contribuciones, sostuvo que ningún hombre tiene por naturaleza autoridad sobre el resto, y que la fuerza por sí sola no constituye derecho alguno²⁵. Con referencia a la pregunta: “¿Qué es, pues, un derecho que parece cuando la fuerza cesa?”²⁶. Explica que solo mediante las convenciones, como base de autoridad legítima, se obedecerá sin fuerza. En particular, entre sus obras, destacaría una célebre: *El contrato social*. En ella, no expuso el designio completo del sentido filosófico del término libertad, pero ya apuntó a una comprensión del mismo. Por encima de todo, realizó una crítica a las relaciones estamentales feudales y al régimen despótico, con el fin que la democracia burguesa defendiese las libertades cívicas. En su idea de *estado natural*, lejos de librarse una guerra de todos contra todos, vaticinaba que entre los hombres imperaba la armonía al ignorarse las injusticias.

Expuesto lo anterior, consideramos que la libertad para Rousseau reside internamente en cada individuo, sin que nadie pueda disponer de la misma. O sea, una libertad irrenunciable²⁷. Así pues, la mejor forma de que los hombres se unieran sin renunciar a su libertad, era sumar una agregación de fuerzas con un solo fin. Para alcanzar dicha misión, Rousseau proponía una forma de asociación que permitiese defender y proteger con fuerza común a cada individuo y sus bienes, manteniéndose al mismo tiempo libres. Cuya solución se ofrece con el *contrato social*. Al trasladar tácitamente sus derechos al conjunto de la comunidad, todos los individuos tendrán intereses comunes e iguales. Por ende, “se gana la equivalencia de todo lo que se pierde y mayor fuerza para conservar lo que se tiene”²⁸.

Visto de esta forma, cada individuo emplaza a un todo común su *poder* bajo la dirección de la voluntad general, siendo parte indivisible del todo. El deber e interés obligan a las partes contratantes a una ayuda mutua, bajo las ventajas que de esa relación se derivan. En consecuencia, no se negará la libertad de cada uno, ya que consideraba que cualquier individuo puede tener una voluntad contraria a la voluntad general. Sobre todo, por la idea de interés particular. Eso sí, al individuo se le coloca en una oposición más

²⁵ “La fuerza no hace el derecho”. En Rousseau, J.J.: *El contrato social*, Fontana, Barcelona, 1994, p. 31.

²⁶ Rousseau, J.J. : *op.cit.*, p. 31.

²⁷ “Renunciar a su libertad es renunciar a su condición de hombre, a los derechos de la humanidad y aun a sus deberes”. En *ibidem*, p. 33.

²⁸ *Ibidem*, p. 38.

desventajosa que al conjunto de la voluntad general (muda la idea de derechos individuales y libertad natural). A tal fin, la voluntad general le permitirá ser libre civil y políticamente.

Para simplificarlo, el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar, ganando en cambio, una mayor libertad civil y el derecho a la propiedad de lo que posee. Así, Rousseau diferencia la libertad natural respecto de la libertad civil. Ya que “tiene por límites las fuerzas individuales de la libertad civil, circunscrita por la voluntad general, y la posesión, que no es otra cosa que el efecto de la fuerza o del derecho del primer ocupante, de la propiedad, que no puede ser fundada sino sobre un título positivo”²⁹.

Por tanto, la trascendental consecuencia de los principios establecidos será que, la voluntad general puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, el bien común³⁰. Ya que la conformidad de los intereses particulares ha hecho posible la existencia del vínculo social. La determinación de un estado civil regido por leyes que trasciende al estado natural. El pacto social establece entre los ciudadanos una igualdad tal, que todos se obligan bajo las mismas condiciones y todos gozan de idénticos derechos.

El contrato social tiene el propósito de alcanzar la libertad y la igualdad en un sentido moral. De hecho, como una voluntad general *recta* que persigue un interés común, toda opinión contraria a la misma no debe prevalecer. Si bien, se deriva un carácter plural, tras el permiso de una cierta libertad de cada uno para emitir su opinión o voto. Se trata de una sociedad justa, por ello, en lo que concierne a la libertad moral, el hombre es conscientemente dueño de sí mismo pero obediente a las leyes del Estado y sin perder su libertad individual para formar parte de la sociedad. En el fondo, se consiente la creación de las leyes. A todo esto: la libertad, porque toda dependencia individual es otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado; la igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella³¹. Se podría afirmar que sienta las bases de la libertad moderna.

²⁹ Rousseau, J.J.: *op.cit.*, p. 42.

³⁰ “La voluntad mayoritaria, por serlo, es la voluntad de la comunidad como tal; es decir, también de los discrepantes, no como individuos, sino como miembros del Estado”. En Marías, J.: *op.cit.*, p. 253.

³¹ “Esto supuesto, es evidente que el carácter esencial de la voluntad general está en dar pluralidad; cuando esta cesa, la libertad cesa, cualquiera que sea el partido que se tome”. En Rousseau, J.J.: *op.cit.*, p. 127.

B) En parecida línea de pensamiento, pero no por ello menos interesante, encontramos a Emmanuel-Joseph Sieyès. Este político y filósofo nació en Fréjus en el año 1748. Destacamos su influjo en la Comisión de Constitución de la Asamblea Constituyente y, por tanto, en la Constitución francesa de 1791. Sieyès consideraba que los privilegios no transmitían la libertad. Sino que la libertad debía ser democrática e igualitaria, al pertenecer a todos y cada uno de los ciudadanos. En atención a su obra *¿Qué es el tercer estado?*, teniendo presente la reunión de los Estados Generales de 1789, Sieyès define el tercer estado como el conjunto de la ciudadanía con un orden común³². En resumidas cuentas, la ley no puede nacer del privilegio ni estar sujeta a privilegios, dado que los privilegios no pertenecen al tercer estado³³. Por otra parte, resulta interesante para nuestro estudio, sus consideraciones de que no debe existir una libertad o derecho sin límites³⁴. Aparte de su defensa a la configuración de la Constitución para la existencia de una nación libre. En esta perspectiva, una Constitución política que permita a la nación “darle una organización, unas formas y unas leyes propias para hacerle cumplir las funciones a las que se le ha querido destinar”³⁵. Una Constitución que debe su origen a la legitimidad del poder constituyente, ya que: “Únicamente el gobierno ejerce un poder real mientras es constitucional; solamente es legal desde el momento en que es fiel a las leyes que le han sido impuestas. Por el contrario, la voluntad nacional solo requiere su realidad para ser siempre legal, es el origen de toda legalidad”³⁶. En relación a lo anterior, su visión de gobierno representativo será una amalgama de instituciones democráticas y oligárquicas, que establecen un equilibrio para salvaguardar las libertades ciudadanas.

1.4.3. Benjamin Constant, John Milton y John Stuart Mill

A) La defensa del gobierno representativo -moderada-, tras la defensa del valor de la monarquía constitucional, se expone ilustrativamente por Benjamin Constant, nacido en Lausana (Suiza) en el año 1767. Sin olvidarnos, lógicamente, de la concreción que este autor realiza sobre la individualidad mediante la libertad, y, todo ello, a través de los derechos. La libertad será entendida como un triunfo de la individualidad que funciona como mecanismo de control sobre la autoridad y el despotismo. Así, su libertad de los modernos es una defensa elocuente del gobierno representativo, de la monarquía

³² Sieyès, E.: *¿Qué es el tercer estado?*, Fontana, Barcelona, 2003, p. 28.

³³ Sieyès, E.: *op.cit.*, p. 29.

³⁴ *Ibidem*, p. 41.

³⁵ *Ibidem*, p. 83.

³⁶ *Ibidem*, p. 85.

constitucional como garantía de una protección a la libertad individual. El objetivo era hacer frente al absolutismo anterior, con ello, muestra un constitucionalismo que incorpora una moderna fórmula de participación política. Un diseño constitucional –monarquía constitucional– que institucionaliza las libertades individuales, con el deseo de progresar en la estabilidad económica y paz social. Entre su valiosa filosofía, realiza un alegato a favor de la libertad de prensa como medio eficaz para la función de los derechos políticos. En efecto, levantó la voz, en varias ocasiones, en favor de la libertad de prensa. A su juicio, la crítica y el conocimiento público era la vía para frenar los atropellos políticos. Se quiere con ello eliminar las leyes que censuren la libertad de prensa. Ahora bien, considera como límites a la libertad de prensa: el insulto, la difamación o la calumnia, y la vida privada de los representantes públicos.

Su obra célebre *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos* fue un discurso pronunciado en el Ateneo Real de París en el año 1819, donde confiere esa idea de libertad original. Una libertad que consiste en expresar opiniones, reunirse, circular, etc. Siempre que cumpla con el requisito de estar sometido a las leyes. Constant sostiene que el individuo no requiere sacrificar *per se* su independencia y sus bienes para conservar sus derechos políticos, como si sucedía antiguamente. De ese modo, la casi exclusiva dedicación de los individuos a sus asuntos privados identifica una libertad de los modernos. Los gobiernos emanan ya de fuente legítima y al mismo tiempo no ejercen su autoridad sobre los individuos de modo arbitrario. Por ello, la autoridad debe ser controlada, en términos que, “ella sea justa y nosotros nos ocuparemos de ser felices”³⁷. Visto de esta forma, el “anhelo de los antiguos era dividir el poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria: a esto lo llamaban libertad. El anhelo de los modernos es la seguridad en los goces privados, y llaman libertad a las salvaguardas que otorgan las instituciones para dicho disfrute”³⁸. Su principal alegato fue la combinación de ambas libertades (civil y política), con ello, se consigue el respeto de los derechos individuales y la participación política.

De hecho, encaja formalmente el principio de soberanía del pueblo como fundamento de legitimidad del poder político, aunque con una clara diferencia con el pensamiento de Rousseau, al considerar que no somos libres tras nuestro sometimiento a la voluntad general, sino que somos libres cuando nos protegen la individualidad. A su

³⁷ Constant, B.: *La libertad de los modernos*, Alianza Editorial, Madrid, 2019, p. 105.

³⁸ Constant, B.: *op.cit.*, p. 89.

juicio, la independencia individual es la mayor necesidad, y no puede sacrificarse por un mayor reforzamiento de la libertad política. En cierta manera, como expone, las costumbres sociales son flexibles y desnaturalizadas en ocasiones, y solo la opinión pública realiza un juicio colectivo. Así, “no precisa de la autoridad, salvo para que nos proporcione los medios generales de instrucción que puede suministrar, igual que los viajeros reciben de ella las carreteras sin que les digan qué dirección han de tomar”³⁹.

Consideramos que Benjamin Constant deducía que las dos libertades debían ir juntas, aunque la libertad individual era la libertad moderna. El papel del Estado debía respetar los derechos individuales y garantizarles a los ciudadanos un derecho de vigilancia por medio de la libertad de expresión.

B) John Milton, nacido en Londres en el año 1608, fue uno de los precursores del liberalismo. Milton abogó por la libertad de expresión y de prensa, y contra la censura en Inglaterra. Su defensa de la libertad de conciencia y la tolerancia religiosa más tarde resonó poderosamente con los fundadores de Estados Unidos, y visiblemente en la Primera Enmienda de la Constitución de los EEUU. Como poeta e intelectual republicano, fue uno de los grandes defensores de la libertad de expresión. De hecho, bajo el sugerente título de su obra *Aeropagítica*⁴⁰ realizó una legitimación de la libertad de prensa. La consecuencia de la libertad surge de su argumento principal: la búsqueda de la verdad. Su defensa por la libertad de prensa se integra en un concepto de libertad plural, dinámico y abierto. Con la tesis que aboga, el ejercicio de la libertad de expresión contribuye a la autorrealización individual y al progreso colectivo -dinamismo político-. El concepto de libertad autonomía considera que deriva de la razón misma en la capacidad de elección y la no interferencia estatal. El individuo desarrolla su potencialidad racional sin un uso arbitrario estatal. En suma, el rechazo a una censura previa que impide alcanzar el conocimiento. Además, del ejercicio libre y autónomo de la libertad de expresión lo proyecta en la libre elección de los representantes. Una libertad de elección racional. Del mismo modo, expresa que la libertad de expresión mediante las distintas voluntades coadyuva al control del poder y al buen gobierno, conectando con las tesis de Isaiah Berlin de libertad positiva y negativa. Durante el período republicano del gobierno de Cromwell, se controlaba la prensa a través de licencias y represión, lo que le generó una

³⁹ Constant, B.: *op.cit.*, p. 99.

⁴⁰ Milton, J.: *Aeropagítica* (Trad. José Carner), FCE, México, 2005.

preocupación por lo que acontecía. Ya que siendo un defensor de una sociedad abierta y dinámica no podía estar sometida a censura sin la exposición de distintas concepciones. En gran medida, es uno de los precursores del mercado de las ideas y la búsqueda de la verdad. Y desempeñó un papel importante en la construcción de los derechos y libertades del sistema jurídico norteamericano.

C) John Stuart Mill, nacido el 1806 en Londres, fue uno de los principales pensadores del utilitarismo. En su obra *Sobre la libertad* se interpreta el papel cambiante de la libertad como ideal político. En cuanto a perfilar límites a los poderes estatales. A su juicio, “la peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual”⁴¹. Considera que si la opinión, tanto sea verdadera como errónea, pierde el beneficio o una presunción de infalibilidad, por ello cualquier idea debe ser acogida. Considera Mill que no exista cosas absolutas: “La libertad completa de contradecir y desaprobado una opinión es la condición misma que nos justifica cuando la suponemos verdadera a los fines de la acción”⁴². Esto es, la sabiduría proviene de la discusión y la experiencia. A pesar de la distancia temporal, quizás no se equivocaba cuando afirmaba que, hoy, “existen todavía leyes penales contra opiniones o, al menos, contra su expresión; y su imposición no es, aun en estos tiempos, tan extraordinaria como para considerar completamente increíble que un día puedan de nuevo revivir en toda su fuerza”⁴³. El propio autor reconocía que la dificultad de establecer límites. Expresa que “debe ser condenado todo aquel en cuya requisitoria se manifiesta la mala fe, la maldad, el fanatismo o la intolerancia, pero no deben inferirse estos vicios del partido que la persona tome, aunque sea el opuesto al nuestro en la cuestión”⁴⁴.

1.4.4. Raymond Aron e Isaiah Berlin

A) Raymond Aron nació el año 1905 en París. Su obra *Ensayos sobre las libertades* recoge la reivindicación del valor de la libertad individual y del pluralismo. Dicha obra es el resultado de tres conferencias pronunciadas en la Universidad de California de los Estados Unidos, en 1963. En cierta medida, la obra se puede desglosar

⁴¹ Mill, S.: *Sobre la libertad* (trad. Pablo de Azcárate), Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 77.

⁴² Mill, S.: *op.cit.*, p. 80.

⁴³ *Ibidem*, pp. 91-92.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 121-122.

en: un análisis del pensamiento de Tocqueville y Marx; seguido de lo que entiende por libertades formales; y, por último, un estudio de la libertad política.

Respecto al análisis que realiza sobre Tocqueville, considera que gracias a su pensamiento ha permitido designar la democracia como un estado de la sociedad donde la tendencia es luchar por una igualdad económica. Aviene a los ojos de Tocqueville, una democracia social donde la libertad política es el valor supremo. Como afirma Aron: “Tocqueville había presentado, a mi entender, el equívoco de la concepción marxista de las clases, síntesis entre las órdenes del Antiguo Régimen y las desigualdades características de toda sociedad industrial”⁴⁵. En relación a los conceptos de Marx, estima que configura una democracia como enigma resuelto por las Constituciones de cuyo origen es el pueblo. Esto es, una democracia donde debe ponerse el foco en la vida privada del trabajador. En otros términos, “una revolución puramente política, que no modifique la infraestructura social, no permite al hombre realizarse, puesto que confunde al hombre verdadero con el trabajador encerrado en su particularismo y porque el hombre, según su esencia, es decir, el hombre socializado y que participa en la universalidad, solo aparece en la forma de ciudadano abstracto”⁴⁶. Considera que para Marx la democracia no es exclusivamente política, esto es, libertad formal. Aron realiza una diferenciación de la visión de Tocqueville y Marx. Así, según Aron, para el primero, la democracia liberal sirve como protección eficaz de las libertades personales y políticas; en cambio, para el segundo, la revolución económica era el medio para suprimir las injusticias sociales⁴⁷. En síntesis, Aron afirma que el error de Marx fue creer en el camino de la revolución radical como medio para mejorar el nivel de vida y participar en la vida colectiva. Esta conclusión ya se mostró errónea con la experiencia soviética del proletariado erigido en clase dirigente. A diferencia, como recuerda el autor, de que, en Occidente, los principios de las libertades formales no son discutidos, si bien si existen reivindicaciones sociales y económicas. En ese diálogo histórico que plantea entre Tocqueville y Marx, o entre democracia liberal (formal) y socialismo (real), a su juicio debe mantenerse “la

⁴⁵ Aron, R.: *Ensayo sobre las libertades*, Alianza Editorial, Madrid, 2017, p. 31.

⁴⁶ Aron, R.: *op.cit.*, p. 35.

⁴⁷ “En una economía basada en la propiedad individual de los medios de producción, no era concebible que las riquezas estuviesen concentradas a disposición de una minoría, sin que la gran masa sacase ningún provecho”. En *ibidem*, p. 47.

ciudadanía burguesa, la eficiencia técnica y el derecho de cada uno para elegir el camino de su salvación”⁴⁸.

Respecto a lo que el autor llama libertades, Aron determina que se incluye en su definición: tantos derechos inscritos en la ley y capacidades efectivas, la participación política y limitación recíproca de poderes, y, la vida de los individuos. En resumen, aunque “lo olviden con frecuencia, los occidentales quieren también crear un cierto tipo de hombre -no un hombre nuevo, porque no creen que pueda cambiarse la naturaleza humana en sus profundidades, sino un hombre capaz de dar vida y excelencia a las instituciones- libre en relación con la sociedad de la que él respeta los derechos y denuncia las imperfecciones, libre porque reivindica y obtiene el derecho de buscar, solo si es preciso, la verdad y su salvación”⁴⁹.

B) El último pensador que tratamos es Isaiah Berlin, nacido en Riga (Letonia) en el año 1909. Entre sus contribuciones destaca la distinción entre libertad positiva y libertad negativa, además de sus teorías sobre el pluralismo de valores. El ensayo *Dos conceptos sobre la libertad* se basa en una lección inaugural impartida en el 1958. En esta obra, considera que sin el poder de las ideas y “que sin el empuje de las fuerzas sociales las ideas nazcan muertas. Pero de lo que no hay duda es de que si no se revisten de ideas esas fuerzas, quedarán cegadas y faltas de dirección”⁵⁰. Así, pues, los vocablos y las acciones son inteligibles en un contexto de enfrentamiento. Examina dos sentidos o conceptos de la libertad: “El primero de estos sentidos políticos de la libertad y que siguiendo multitud de precedentes llamaré sentido «negativo», es el que aparece en la respuesta que contesta a la pregunta: ¿Cómo es el espacio en el que al sujeto -una persona o un grupo de personas- se le deja o se ha de dejar que haga o sea lo que esté en su mano hacer o ser, sin la interferencia de otras personas? El segundo sentido, que denominaré «positivo», es el que aparece en la respuesta que contesta a la pregunta: ¿Qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra?”⁵¹. En su distinción, la libertad negativa será el espacio en el que el hombre puede actuar sin obstaculización o interferencias de otros; y la libertad positiva, que el hombre sea instrumento de sus propios actos voluntarios. “Un Estado racional (o

⁴⁸ Aron, R.: *op.cit.*, p. 66.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 210.

⁵⁰ Berlin, I.: *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual* (Trad. Ángel Rivero), Alianza Editorial, Madrid, 2014, p. 58.

⁵¹ Berlin, I.: *op.cit.*, p. 60.

libre) sería un Estado gobernado por leyes tales que todos hombres racionales las aceptarían; es decir, por leyes que ellos mismos habrían promulgado si se les hubiera preguntado qué querían en tanto seres racionales; por tanto, las fronteras serán aquellas que todos los hombres racionales considerarían las fronteras correctas para seres racionales”⁵². En coherencia con ello, la demanda de libertad de una persona, en ocasiones, es incompatible con la demanda de otro, lo que lleva a encontrar un orden de reglas que hagan posibles soluciones correctas para los problemas que surjan. La libertad será autogobierno en la eliminación de obstáculos interpuestos a la voluntad individual.

1.5. CONSTITUCIONALIZACIÓN LIBERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Ferdinand Lassalle planteó la hipótesis siguiente: ¿en qué consiste la verdadera esencia de una Constitución? A ello, afirmó que la Constitución es una ley, sin embargo, “no es una ley como otra cualquiera, sino la ley fundamental del país”⁵³. Al mismo tiempo, conceptualizó la Constitución como el espíritu unánime de los pueblos⁵⁴. Al igual, se definía la misma como algo más firme que la ley ordinaria. Siguiendo así con la línea del pensamiento dogmático previo, por el cual la Constitución se origina por un imperio de necesidad en un determinado momento. Con la consecuente instauración del ordenamiento e instituciones jurídicas vigentes del Estado. En esencia, infería que la Constitución era una suma de “factores reales de poder” que rigen en un país y en un momento concreto⁵⁵. En vista de ello, se considera que las Constituciones escritas son duraderas cuando dan expresión exacta a los factores reales de poder imperantes. Esta abstracción de Constitución como ley fundamental de un Estado soberano, con rango superior al resto de leyes,⁵⁶ que se origina por un poder constituyente con el pretexto de

⁵² Berlin, I.: *op.cit.*, p. 97.

⁵³ Lassalle, F.: “¿Qué es una Constitución?” (trad. y estudio preliminar Eliseo Aja), Ariel, Barcelona, 1984, p. 82.

⁵⁴ Bastaría recordar las palabras de Lucas Verdú: “Cuando el vínculo moral que une a los ciudadanos con las instituciones que diseña la Constitución apenas existe o es muy débil, entonces tendremos Constitución, pero no estaremos en ella”. En Lucas Verdú, P.: “¿Crisis del concepto de Constitución?”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 75, 1998, p. 392.

⁵⁵ Lassalle, F.: *op.cit.*, p. 92.

⁵⁶ En ese carácter normativo de la Constitución, consideraba García de Enterría (en una respuesta a Lucas Verdú) que: “El Derecho y su objetividad son, entre otras cosas, un escudo de la libertad, la protección del débil, el límite infranqueable del poderoso”. García de Enterría Martínez-Carande, E.: “El Derecho Constitucional como Derecho”, *Revista de Derecho Político*, nº 15, 1982, p. 13.

recoger los derechos fundamentales de los ciudadanos y delimitar los poderes e instituciones, prosigue en nuestros días de forma duradera y vigente⁵⁷. Una vez, se han expuesto algunas y breves ideas sobre la caracterización de un texto constitucional, permítannos ahora reconducir a las siguientes cuestiones conexas: ¿cómo se originó ese proceso de Estado constitucional?, y ¿cómo llegó la libertad de expresión a ser una pieza esencial del Estado constitucional?

De inicio, indicamos que los derechos fundamentales reflejan una concepción liberal como reacción contra el Antiguo Régimen. En términos de Stern: “Desde la antigua Grecia hasta el presente, la evolución del Estado constitucional resultó ser la historia de los intentos por establecer una base legal para la autoridad del Estado y asegurar para el ciudadano una vida en libertad en una sociedad gobernada bajo el imperio de la ley”⁵⁸. Consideramos que este proceso evolutivo parte de una doctrina de los derechos del hombre elaborada con raíces del iusnaturalismo racionalista. Desde ese momento, se afirma que todos los individuos tienen por *naturaleza* determinados derechos fundamentales, como son: la vida, la libertad o la seguridad. La evolución a un Estado constitucional fue un largo y difícil camino social, político y jurídico. Se determina un Estado con estructuras y funciones determinado por un sistema jurídico basado en principios fundamentales. En síntesis, la Constitución limitará al poder estructuralmente para impedir que invada la autonomía individual. Como expresa Aragón Reyes: “El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad de igualdad); la división de poderes es sólo una «forma» de asegurarla”⁵⁹. Como resultado, se produce la juridificación del sistema político democrático mediante una norma jurídica suprema⁶⁰. Otro hito fue por la soberanía constitucionalizada del pueblo surgida en las revoluciones francesa y norteamericana. En cita de Stern: “La independencia constituida a través de la

⁵⁷ Garrido Falla consideraba su cualidad distinta a otras normas, respecto a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas, la fuerza derogatoria de las mismas, y sus preceptos como elementos interpretativos del ordenamiento jurídico. Garrido Falla, F.: “La Constitución como norma jurídica”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 68, 1991, pp. 186-189.

⁵⁸ Stern, K.: “Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo. Algunos comentarios sobre aspectos fundamentales” (trad. A. Oehling de los Reyes). En Fernández Segado, F. (coord.): *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 56.

⁵⁹ Aragón Reyes, M.: *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ªed., CEPC, Madrid, 2013, p. 192.

⁶⁰ “También sería crucial para la creación del Estado constitucional el concepto de Constitución como base suprema de las normas fundamentales y que suelen ser consagradas en un instrumento constitucional especial”. En Stern, K.: *op.cit.*, p. 56.

soberanía del pueblo depende también de la libertad y del imperio de la ley como ingredientes elementales de la democracia”⁶¹.

Por otro lado, el concepto de derecho ha estado asociado al pensamiento filosófico en atención a la libertad, la justicia y la igualdad. Será desde la irrupción del individualismo, cuando “el concepto de derecho se va desplazando desde su percepción objetivista, entendido como cosa justa, hacia una visión subjetivista: el derecho empieza a ser ahora, ante todo, derecho subjetivo”⁶². Las normas pasan a preservar los derechos naturales o convencionales de los individuos. Ya puede hablarse de una auténtica libertad personal del individuo, por la cual, en su propia naturaleza y en sus relaciones sociales, no habrá limitaciones que le impidan obrar⁶³. Este es el sentido original y propio de la libertad, del mismo modo que de la libertad de expresión. Se le asegura desde el poder político un espacio de acción sin impedimentos, lo que se plasma jurídicamente como derecho subjetivo y derecho fundamental. Del mismo modo, se establece el *status* básico del individuo. Será un paso definitivo para positivizar los derechos del hombre como reflejo de su dignidad. La máxima de que no habrá una verdadera Constitución sin una protección a los derechos fundamentales, como es la libertad de expresión. Los derechos subjetivos garantizaban las libertades de los ciudadanos y “aseguraban los principios fundamentales materiales del Estado constitucional”⁶⁴. Se configura una expresión ético-normativa, donde el Estado considerará al individuo en su libertad individual y social, como parte y destinatario mismo en la sociedad.

Una de las funciones del derecho será posibilitar la conducta de libertad, asegurando la misma. Así las cosas, la libertad de expresión como derecho subjetivo, permitirá la libertad para su ejercicio (manifestar ideas u opiniones sin censura ni restricciones). Y, como derecho fundamental, tendrá una garantía de tutela y protección (quiénes y cómo ejercerla).

⁶¹ Stern, K.: *op.cit.*, p. 59.

⁶² López Hernández, J.: El concepto de libertad en el ámbito jurídico, En Calvo González, J (coord.): *Libertad y seguridad: la fragilidad de los derechos: actas de las Jornadas (2005. Málaga)*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, 2006, p. 181.

⁶³ Se refleja en el concepto de libertad negativa individualista, pero no en el de libertad positiva colectivista. Las acciones del ser humano no pueden ser condicionadas o impedidas por otros individuos. En López Hernández, J.: *op.cit.*, p. 187.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 63.

Esta tipología de libertad negativa, la retoma Isaiah Berlin⁶⁵. La libertad negativa sería la categoría en la que se incluiría la libertad de expresión. Una capacidad individual irrenunciable, o un “ámbito intangible determinado por la naturaleza humana y reafirmado por el Derecho frente a los demás y frente al poder”⁶⁶. En otros términos, como exigencia de una realización individual, se requiere una materialización pública de su propia individualidad. La distinción o afirmación individual ha de asegurarse por un sistema jurídico-político. Esa necesidad de limitar el poder, mediante la crítica, por un lado, y la tolerancia a expresar ideas, opiniones o pensamientos individuales, por otro, supuso su entrada a los grandes debates del liberalismo. Posteriormente, se concreta la libertad como un elemento estructural del sistema y su inclusión como derecho fundamental. De esta manera, la libertad de expresión tiene un papel nuclear en el modelo liberal. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 10 de la Declaración de 1789. Aunque también fue un elemento notable en el funcionamiento del parlamentarismo clásico liberal⁶⁷. La caracterización de la libertad de expresión como herramienta que permitiría el intercambio libre de conocimiento e ideas (potenciando la autonomía individual), no ha de impedir analizarla, como elemento político, siendo un elemento indispensable de la formación de la opinión pública⁶⁸. En suma, un control del poder.

1.6. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO CONCEPTO FILOSÓFICO-POLÍTICO

Los derechos fundamentales, entre los que se encuentra la libertad de expresión, constituyen una realidad moderna en la historia. El tránsito a la modernidad, surgirá principalmente, aunque no exclusivamente, con la filosofía de la Ilustración. Un punto que nos permite situarnos con la ruptura del pensamiento de la Edad Media. Ahora bien, las etapas históricas no son compartimentos estancos o etapas acabadas, sino que han de

⁶⁵ “Aunque I. Berlin utiliza distinta terminología, en ocasiones, se ha establecido cierta relación entre la libertad de los modernos y la libertad negativa, de un lado, y entre la libertad de los antiguos y la libertad positiva, de otro”. En Ansuátegui Roig, F.J.: *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1994, p. 419.

⁶⁶ Ansuátegui Roig, F.J.: *op.cit.*, p. 420.

⁶⁷ “En tanto que elemento originario e indispensable en la formación de la opinión pública, sí puede ser entendida como un mecanismo, más o menos difuso, más o menos institucionalizado, de control del poder”. En *ibidem*, p. 423.

⁶⁸ “Es la condición de surgimiento y formación de la opinión pública libre, concepto de gran importancia en la teoría político-social liberal, a través de la cual se estructuran los criterios de racionalidad social”. En *ibidem*, p. 425.

relacionarse entre sí. Ni necesariamente una ruptura brusca entre dos etapas. Sin embargo, un *continuum* de sucesos predominantes nos permite hablar de una época concreta o aproximada. Una línea de demarcación que permita mostrar algunas características relevantes o rasgos de una nueva mentalidad. En relación a ese tránsito, se acentúa el creciente desarrollo del individualismo guiado con parámetros racionalizados. Un foco de luz que irradiará el pensamiento moderno, en cuyo caso, la legitimación sociopolítica se alza con un principal elemento, este es, el individuo y la defensa de sus intereses. La idea de libertad, al igual que el desarrollo del resto de derechos fundamentales en ese momento, estará implícita en la esencia del individualismo⁶⁹. También, la idea de tolerancia pasa a formar parte de ese núcleo filosófico. Pues, en muchas ocasiones, cuando hemos referido a la libertad de expresión ha sido una derivación de la propia tolerancia religiosa.

La fundamentación filosófica de la libertad se construye a partir del siglo XVII, especialmente en el XVIII, con postulados racionales y con una vertiente individualista. Poco a poco, esos postulados tuvieron reflejo en textos jurídicos positivos. El poder comienza a destinarse a la defensa de unos derechos naturales que el individuo tiene, son las nuevas teorías contractualistas y los derechos del individuo. Lógicamente existen diferencias⁷⁰ entre el modelo inglés -pragmático- y el modelo francés. Aunque ambos, hunden sus raíces del iusnaturalismo racionalista.

Respecto a la aportación norteamericana, la libertad de expresión se conceptuaría en sinónimo de libertad de imprenta o de prensa, tanto en los escritos de Thomas Jefferson como en las primeras Cartas o documentos. Finalmente, en fecha 5 de diciembre de 1791, se adoptaron las diez primeras enmiendas que forman el *Bill of Rights*, como original texto constitucional. En ellas, la primera enmienda ofrece un contenido amplio al ejercicio de la libertad de expresión. En cambio, la libertad de expresión se configura en la Declaración francesa como un derecho natural inalienable. Surgen así, de esa corriente del iusnaturalismo, la idea por la cual donde todos los individuos, por naturaleza, tienen derecho a la libertad de expresión, sin importar la voluntad del Estado.

⁶⁹ Ansuátegui Roig, F.J.: *op.cit.*, p. 425.

⁷⁰ Como se apunta, la diferenciación entre la Revolución Americana y la Revolución Francesa, ambas con carácter liberal, estriba en que, en la primera, se procura afianzar libertades, mientras que, en la segunda, se tiene la conciencia de una revolución. En *ibidem*, pp. 341-345.

En consonancia a lo tratado en apartados anteriores, la naturaleza racional y la vertiente individualista del hombre como postulado modernista, expuesta sustancialmente por Spinoza y Locke, dará fundamento a que el individuo sea sujeto titular de determinadas libertades. En esa misma línea, la concepción filosófica de la tolerancia religiosa supuso un avance en la defensa de la libertad de expresión. Por no extendernos ahora, únicamente recordaremos que la teoría política contractualista de Locke, como filósofo de la Revolución inglesa, significó un gran avance.

Spinoza, por su parte, dedica gran parte de su obra a la fundamentación de la libertad de expresión⁷¹, como fuente del pensamiento político, junto a la tolerancia. A lo largo de su vida recibió acusaciones de ateísmo por defender la libertad de expresar lo que pensamos, sin prejuicios o supersticiones religiosas. Al contrario, estimaba que no solo no eran un peligro para la seguridad del Estado, sino que era un requisito para su propia estabilidad. Esto se funda en que el Estado debe conservar y defender, a modo de garantía, la libertad de expresión. A su juicio y a pesar de su fe, los textos sagrados, al igual que se interpreta la naturaleza, deben ser interpretados privadamente por cada uno de forma libre e individual. De ahí, que se propugne una religión de *mínimos* que abre paso a la representación de la tolerancia. En palabras del profesor Ansuátegui Roig: “[P]ara Spinoza la verdadera religión no va a estar basada tanto en dogmas o verdades de carácter objetivo como en actitudes personales”⁷². De esa manera, sienta ciertas bases de la libertad religiosa. Mediante la cual la filosofía de la fe como obediencia se construye libremente en nuestro pensamiento, al permitir que la religión no restrinja la libertad de pensamiento.

En su obra *Ética*, la tendencia a la autoconservación del individuo se puede observar mediante el deseo a obrar según le marca la naturaleza. En un estado natural sin sometimiento a normas o a la razón, la conducta humana se somete al deseo o pasión⁷³. Entonces, ese predominio de deseos y pasión sobre la razón conlleva conflictos que carecen de soluciones. Las leyes de naturaleza derivan en que el más fuerte logre su autonomía personal a costa del resto. Solo con la razón existe la posibilidad de una convivencia pacífica, en consecuencia, alcanzar la libertad de todos. Esto es, permite

⁷¹“Constituye una característica identificadora de toda su filosofía y sirve para calificarla”. En Ansuátegui Roig, F.J.: *op.cit.*, p. 177.

⁷² *Ibidem*, p. 186.

⁷³ “Todo cuanto hace cada hombre en virtud de las leyes de su naturaleza, lo hace con el máximo derecho de su naturaleza y posee tanto derecho sobre la naturaleza como goza de poder”. En *ibidem*, p. 193.

canalizar la dirección de los intereses individuales. “A través de la instauración de la razón como parámetro de conducta se posibilita la realización del conatus”⁷⁴. En esta razón práctica será el sometimiento al Estado, la base del contrato social que formuló Hobbes. La legitimidad del poder del Estado como absoluto, en términos de Spinoza, viene determinada por la efectividad práctica. Una actuación de poder conforme a la razón permite formar un pacto social con la primacía de los intereses colectivos. La pregunta sería: ¿Cómo compatibilizarlo con la defensa de la libertad de expresión individual?

El propio Spinoza manifiesta en sus obras la irrenunciabilidad de la libertad de expresión⁷⁵. Por ende, no concibe una cesión absoluta de todos los derechos al Estado, sino que existen algunos límites de independencia o ámbitos irrenunciables. Entiende así, que la libertad de expresión determina una atribución singular que identifica al propio individuo, que derivará en unos límites consustanciales al poder. En esta línea, para Spinoza: “El individuo no puede efectuar una renuncia total de sus potestades constitutivas, de sus facultades básicas. Uno de estos atributos es la libertad de pensamiento y de expresión”⁷⁶.

Con ello, se inicia el diseño de la libertad de pensamiento crítico que sirve como contrapeso irrenunciable al poder absoluto. Al mismo tiempo, compatibiliza la seguridad y la libertad entre las finalidades del Estado. Siendo un complemento a la obediencia al Derecho, que más adelante reconocería Kant. El Estado, según nos propone, permitiría lograr la cota de libertad. Más interesante, al igual que el Estado tiene el límite de respetar la libertad -al ser inexpugnable de la naturaleza humana-, la libertad de expresión limita ciertas expresiones sediciosas. Así pues, el Estado solo actuará cuando estas expresiones atenten contra sus propios fundamentos. Adelanta la defensa de la libertad de expresión con ciertos límites como criterio de legitimidad del sistema democrático, o como, una de las finalidades del Estado⁷⁷. En definitiva, su gran logro sería analizar la posible conciliación entre las libertades individuales y la seguridad o paz social como auténticos límites. Inclusive una idea que llega a nuestros días, el efecto silenciador de la libertad de expresión. El Estado no debe acotar esas dimensiones humanas dignas de protección.

⁷⁴ Ansuátegui Roig, F.J.: *op.cit.*, p.197.

⁷⁵ “Estas libertades constituyen derechos a los que el individuo no puede renunciar, aunque quiera”. En *ibidem*, p. 206.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 209.

⁷⁷ “Si el Estado viola la libertad de expresión del individuo, pierde su razón de ser”. En *ibidem*, p. 223.

Otra aportación significativa a la defensa y promoción de la libertad de expresión fue la obra de Milton, su *Areopagítica*. Un discurso dirigido al Parlamento inglés donde se propugnaba la desaparición de ciertas normas que censuraban la libertad de imprenta. El control censorador de las obras ante escritos ofensivos o peligrosos para la iglesia o el gobierno, principalmente a causa del Decreto de 11 de julio de 1637 y el *Licensing Act* de 1662, llevaron a que Milton realizara una oposición a esas restricciones a la libertad de imprenta y al tráfico de producto literario⁷⁸.

Milton conceptúa una original libertad de imprenta, entendiéndose que refiere al libre intercambio de ideas y opiniones para alcanzar la verdad. Tras ello, alude a un efecto desaliento de la censura en aras a lograr los fines de una mayor producción y venta de libros. El individuo es un ser racional que debe comparar todas las opciones, contraste de ideas. Supone esa censura o control, una imposición perniciosa para el propio progreso humano y científico, ya que considera que el individuo tiene la posibilidad de elección y discernimiento en condiciones libres. Otra cuestión distinta, es que entiende por verdad y si es realmente diferenciable de lo falso o malo. Si bien, puede considerarse que, para este autor, la libertad consiente en que no debe ser impuesta como pretendida verdad. Ansuátegui Roig extrae dos interpretaciones en alusión a la obra de Milton. Por un lado, la libertad de expresión “es defendida porque solo a través del libre intercambio de opiniones, ideas y puntos de vista se puede acceder a un mayor grado de verdad”⁷⁹, pero no se debe a su carácter esencial con la dignidad humana. Por otro lado, se debe extraer del tráfico de las ideas, aquellas expresiones que son *malas*. En este sentido, “aquello que esté en concordancia con la verdad va a ser bueno, mientras que será imposible incluir en tal categoría las posturas que difieran”⁸⁰.

En otro punto, Locke, considerado como el partícipe filosófico de la Revolución inglesa. Entre todo, su importancia se debe a aportación de defensa de la libertad de conciencia con relación a la libertad de expresión. En su *Carta sobre la Tolerancia*, defiende los beneficios de no limitar las opiniones internas sino afectan al resto de la sociedad. La *Carta sobre Tolerancia*, por tanto, analiza la separación de ámbitos entre Iglesia y Estado de modo pragmático. Principalmente, en el ámbito de la conciencia

⁷⁸ “Propugna la libertad de imprenta relacionada con todos aquellos ámbitos de saber humano en los que el individuo aspira a conocer la verdad”. En Ansuátegui Roig, F.J: *op.cit.*, p. 250.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 261.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 261.

humana, donde en cierta medida se incluyen sentimientos religiosos, resulta un ámbito vedado a la acción estatal. Por ende, Locke estimaba que era necesario delimitar los campos respectivos de la fe y de la razón. Respecto al carácter de la *jurisdicción* de la Iglesia, infirió que, en una sociedad libre y voluntaria, “la dimensión religiosa del individuo no le puede perjudicar en su dimensión civil”⁸¹. Por añadidura, su racionalismo ético sirve para explicar cómo el individuo logra la felicidad mediante las acciones morales. Esto es, cada individuo debe reflexionar y decidir por sí mismo. De lo expresado anteriormente, se deduce que Iglesia y el Estado deben ser sociedades independientes la una de la otra, con una separación de ámbitos de actuación. A su parecer, el Estado solo debe intervenir en aquellos casos que se derive un menoscabo para el bien público.

Locke, en cierto modo, defiende un concepto amplio de libertad de expresión, únicamente limitado a los enemigos de la tolerancia⁸², ya que consideraba que, en ese caso, el Estado no debe ser tolerante⁸³. Así, pues, considera la libertad de pensamiento como un derecho natural⁸⁴, cuyo ejercicio ha de procurar el gobierno civil.

Con el pensamiento de la Ilustración, se desemboca en las revoluciones liberales americana y francesa de finales del siglo XVIII. El individuo se coloca en un papel protagonista, racional y autónomo. Predominantemente con la *razón* expuesta por Kant. En concreto, una libertad de usar públicamente el entendimiento de cada uno ante la colectividad⁸⁵. En la emancipación o autonomía del individuo expuesta por Kant, se incorporaría la libertad de uso público.

El individuo no puede ser censurado en la exposición de sus pensamientos y opiniones. Con ello, se configura una característica propia de un Estado, esto es, la consideración del individuo como sujeto portador del valor dignidad. Al fin y al cabo, se hace referencia al ideal de la Ilustración, la razón como medio de conocimiento. El concepto de opinión pública comienza a forjarse, aunque en realidad para Kant no era

⁸¹ Ansuátegui Roig, F.J: *op.cit.*, p. 275.

⁸² Con un carácter eminentemente práctico. En *ibidem*, p. 288.

⁸³ “Considerada la tolerancia como una condición de paz social”. En *ibidem*, p. 279.

⁸⁴ “Hemos de preguntarnos si la libertad de pensamiento es un derecho natural en el mismo sentido en que lo son la libertad, la propiedad o la vida, teniendo en cuenta que se puede afirmar que en la Carta se produce una ampliación de la nómina de derechos naturales, respecto al Ensayo, ya que este es posterior en un año”. En *ibidem*, p. 280.

⁸⁵ “El uso público de la razón es sinónimo de una libertad de expresión completa por parte del ciudadano cuando este actúa en comunidad como un sujeto libre no sometido a ninguna autoridad”. En *ibidem*, p. 297.

fruto de la actuación de todos, sino solo de “aquellos que puedan mantenerse mediante la explotación de su propiedad”⁸⁶.

En definitiva, Kant reflexiona sobre la libertad crítica como arma de la defensa del resto de derechos humanos y la transformación de la sociedad. Esa misma es la expresión del uso público de la razón, sustantivo a su dignidad. Comienza a surgir una cuestión interesante para los límites a la libertad de expresión, dado que ya muchos discursos privados se incorporan a lo público y muchos discursos públicos se trasladan a lo privado. Se amplía por tanto los ámbitos del debate. Con ello, la razón será el concepto básico de este mapa intelectual del siglo XVIII.

Tras este período de *iusnaturalismo* racionalista, el proceso de positivización de la libertad de expresión se instaura con el nuevo orden político surgido de los procesos revolucionarios norteamericano y francés⁸⁷.

La Revolución Norteamericana dio lugar a la construcción de la idea de supremacía constitucional. La Constitución norteamericana de 1787 presenta un interés, tanto por su diseño respecto a la relación con la separación de poderes como por su reforma, en el sentido de la rigidez constitucional. Respecto al principio de especialización funcional, tienden a garantizar un verdadero contrapeso de poderes *-check and balances-*⁸⁸.

Por supuesto que puede considerarse como hito histórico para el fortalecimiento de los parlamentos frente a la Corona, la *Glorious Revolution* inglesa de 1688. Pero las revoluciones americana y francesa constituían su práctica.

Como reconocía Loewenstein, entre los límites impuestos al poder del Estado, existen ámbitos de autodeterminación individual. “Estas esferas privadas, dentro de las cuales los destinatarios del poder están libres de la intervención estatal, coinciden con lo que se ha venido a llamar...los «derechos del hombre» o «libertades fundamentales»”⁸⁹.

⁸⁶ Ansuátegui Roig, F.J: *op.cit.*, p. 308.

⁸⁷ “En el fondo se ocultaba la utilidad de tal derecho como vehículo de difusión de las ideas que propugnaba la nueva clase que ascendía al poder: la burguesía”. En Plaza Penadés, J.: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, 1996, p. 92.

⁸⁸ Aunque matizada como apunta Blanco Valdés en varios preceptos. En Blanco Valdés, R.: *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 2006, pp. 105-106.

⁸⁹ Loewenstein, K.: *Teoría de la Constitución* (trad. y estudio A. Gallego Anabitarte), Ariel, Barcelona, 2018, p. 390.

Estas garantías son el núcleo inviolable de una democracia constitucional, pues encarnan la dignidad del hombre⁹⁰, e infunden una ideología liberal democrática. Las libertades clásicas, entre las que se encuentra la libertad de expresión se reconocieron desde las grandes revoluciones del siglo XVIII, “pero el grado de reconocimiento de hecho y de su observancia en la práctica es completamente diferente según los Estados”⁹¹. En bastantes países, especialmente europeos, las libertades individuales se garantizaron formalmente, ya que su validez absoluta se restringe el ejercicio por cláusulas limitativas o por excepciones a través de una ley. En términos de Loewenstein: “La protección de las libertades fundamentales dependía, así, pues, de la buena voluntad y de la autolimitación de los detentadores del poder, lo que en realidad significa una débil protección”⁹².

Como conclusión, Coleman nos recuerda que “la libertad de expresión es considerada -con razón- una de las señas de identidad de una sociedad democrática sana y robusta”⁹³. Y en línea a la posible legislación limitadora de la libertad a costa de la seguridad, Loewenstein consideró que tiene “que establecerse una separación estricta entre las meras opiniones políticas, que deben ser libres, y las situaciones de hecho y conductas basadas ostensiblemente en la ilegalidad y la violencia, que podrán y deberán ser sometidas y reprimidas por el poder de la ley, al haber sido prohibidas legalmente”⁹⁴.

⁹⁰ “El reconocimiento y la protección de los derechos y de las libertades fundamentales son el núcleo esencial del sistema política de la democracia constitucional... Cuanto más amplios sean estos ámbitos y más intensa su protección, tanto menos peligro existirá para que se produzca una concentración del poder”. En Loewenstein, K.: *op.cit.*, p. 392.

⁹¹ *Ibidem*, p. 396.

⁹² *Ibidem*, p. 398.

⁹³ Coleman, P.: *op.cit.*, p. 25.

⁹⁴ Loewenstein, K.: *op.cit.*, p. 407.

CAPÍTULO 2:

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: IMPORTANCIA PARA EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

2.1. PLURALISMO Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

- 2.1.1. Sentido descriptivo y prescriptivo del término “pluralismo”.
- 2.1.2. Pluralismo y democracia.
- 2.1.3. La Constitución como orden abierto.
- 2.1.4. Democracia militante y libertad de expresión.

2.2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO. FUNDAMENTAL Y LIBERTAD PÚBLICA.

- 2.2.1. Notas breves sobre las concepciones y funciones del derecho.
- 2.2.2. La libertad de expresión como derecho fundamental y libertad pública.
- 2.2.3. Un breve esbozo histórico al constitucionalismo de los derechos.
- 2.2.4. La constitucionalización de los derechos fundamentales, entre ellos, la libertad de expresión.
- 2.2.5. La libertad de expresión en la Constitución Española de 1978.
- 2.2.6. ¿La libertad de expresión se puede considerar libertad pública y/o derecho fundamental?
- 2.2.7. La libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2.3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ¿EN CONFLICTO CON LA DIGNIDAD O PARTE DE LA MISMA?

2.1. PLURALISMO Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

2.1.1. Sentido descriptivo y prescriptivo del término “pluralismo”

Los primeros textos constitucionales traen causa del pensamiento ilustrado y liberal, dando lugar al marco referencial y material del moderno Estado constitucional. Sin olvidar que estas nuevas ideas traspasan al ámbito jurídico, para impregnar el pensamiento político.

Se explica, en una de las obras principales de Häberle, que “los límites como las propias posibilidades del vigor o fuerza normativa de la Constitución siempre podrán ser puestas de manifiesto claramente con ayuda del mencionado triadismo iusfilosófico, es decir, del pensamiento posibilista, necesarista y realista”⁹⁵. A saber, en los fundamentos filosóficos permisivos de Häberle, las acciones (diríamos actuaciones o hechos) constitucionales deben ser asiduamente replanteadas, tomando conciencia de los límites y posibilidades de las mismas. Así que, a la luz de esta tríada cognitiva (posibilista, necesaria y realista), se estima un carácter abierto de la Constitución. Lo que, en definitiva, significa un pensamiento alternativo a la Constitución⁹⁶. Cualquier argumento (añadiríamos con autoridad) tendrá una cierta posibilidad de transformar constitucionalmente lo que, en apariencia, funciona. En suma, el autor hace referencia a un pluralismo alternativo, a consecuencia de ampliar el horizonte intelectual a nuevas realidades. Lógicamente, en nuestro caso, con hincapié hacia las normas jurídicas. Máxime, cuando los nuevos conceptos de Derecho Público (la tolerancia, los derechos sociales y el derecho de las minorías) requieren un tipo de reflexión amplia, que se halla entre la teoría y la demostración práctica.

Para el catedrático de Bayreuth, los sistemas democráticos se establecen sobre la existencia de una voluntad popular que compite contra una alternativa minoritaria. Se trata de un necesario sometimiento de crítica permanente en el orden constitucional democrático⁹⁷. Percibiéndose, en la práctica, en el perfeccionamiento de los derechos fundamentales. Más aún, en lo relativo a un proceso hermenéutico, o lo que Häberle considera como pensamiento tópico en una búsqueda de distintos puntos de vista posibles

⁹⁵ Häberle, P.: *Pluralismo y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 61.

⁹⁶ Esta forma posibilista parte “de la potencialidad intrínseca en cuanto a la cuestionabilidad de cualquier argumento”. En suma, ¿qué podría ser en lugar de lo que parece? En Häberle, P.: *op.cit.*, p. 63.

⁹⁷ A su juicio, los derechos fundamentales ofrecen que la “libertad sea sobre todo posibilidades”. En *ibidem*, p. 69.

en la interpretación⁹⁸. No olvidemos que las normas jurídicas abarcan varias posibilidades de exégesis; por esta razón, únicamente pueden ser conocidas al ser confrontadas con la propia realidad fáctica. Desde ese ámbito de normatividad, el desarrollo de la ponderación judicial permitirá una retroalimentación a la tríada –lo jurídicamente real, posible y necesario–.

A través de esta propuesta posibilista, presuponemos un modelo de Constitución abierto. Asimismo, “dicho posibilismo jurídico es también expresión y a la vez consecuencia, condición previa y límite de toda exégesis constitucional de carácter abierto”⁹⁹. En cierto modo, realiza una identificación del modelo con la idea de tolerancia. Con ello, la transformación o vigencia de las normas jurídicas se deducirán del pensamiento posibilista, realista y necesario expuesto por Häberle. Tras la ponderación de esa tríada, “sería ilusorio suponer que una buena política constitucional podría quedar reducida a un mero grupo de factores yuxtapuestos carentes todos ellos siquiera de algún tipo de input normativo previo”¹⁰⁰.

A tenor de lo anterior, podemos afirmar que la tríada cognitivista de Häberle nos aporta logros desde ámbitos teóricos plurales, distintos a las discusiones de las ciencias sociales. Con ello, a la luz de este racionalismo crítico y con este carácter abierto de la Constitución, se habilita una democracia donde los ciudadanos son los reales intérpretes legitimados respecto a los derechos fundamentales de la Constitución¹⁰¹. Siendo las cosas así, se plantea la posibilidad de pensamientos alternativos o plurales en cuanto al ejercicio y límites de la libertad de expresión, ya que es un derecho fundamental. Visto que para Häberle, el que vive en y con el supuesto de hecho regulado por una norma, sea indirecta o directa, debe ser intérprete de la norma. Considera la interpretación jurídica como un proceso abierto sin sometimiento. En relación a la cuestión de legitimidad constitucional, todas las fuerzas sociales fundamentarán una parte de la realidad y publicidad constitucional. En cuanto a la teoría de los derechos fundamentales, Häberle ha considerado que debe elaborarse como medio para un fin, esto es, no debemos olvidar

⁹⁸ Häberle, P.: *op.cit.*, p. 71.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 76.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 81.

¹⁰¹ “Häberle ha tenido el valor de ofrecer con su teoría de la Constitución abierta un atractivo catálogo de apuntes para la discusión abierta de los intérpretes constitucionales, probablemente no bajo la anulación de todas las distinciones jurídicas, pero sí es verdad, también en nuestra opinión, que los «límites jurídicos» son ciertamente débiles”. En Villacorta Mancebo, L.: Una nota sobre la Teoría constitucional de la sociedad abierta de Peter Häberle: racionalismo, tiempo, pluralismo... ¿vacío?, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº. 7, 2002, p. 306.

frente a qué nos protegen los derechos fundamentales. Lo que trata de mostrar es la dialéctica de los derechos fundamentales, entre la fuerza normativa de lo fáctico y la fuerza fáctica de lo normativo¹⁰².

En síntesis, su modelo teórico abstracto calificado como “Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura” pretende superar las concepciones tradicionales de lo puramente jurídico. Las normas constitucionales se entienden como procesos culturales a través del texto jurídico y del contexto. La Constitución sería algo así como una estructura cultural; por ello, la interpretación constitucional es algo abierto, sin una verdad absoluta (sino verdad consensuada).

Este carácter abierto constitucional resulta interesante a la hora de una interpretación de los límites del ejercicio de la libertad de expresión -al igual que con la noción de minorías y discriminación-, como una cuestión no hermética. En el sentido que la democracia como sistema político será un postulado del Estado constitucional. Se concibe la Constitución, no solo como un ordenamiento jurídico estatal sino como una Constitución de y para la sociedad. Como expresa Asensi, “una noción exclusivamente formal de la Constitución resulta pues insuficiente porque, en la medida en que las normas constitucionales han de ser interpretadas y aplicadas para resolver conflictos concretos, el intérprete o el órgano encargado de su aplicación ha de vérselas con su referente material”¹⁰³.

2.1.2. Pluralismo y democracia

La democracia como sistema político y como forma de sociedad se concibe como postulado esencial en el Estado constitucional¹⁰⁴. Un paso del estado de naturaleza al estado de orden político, al igual que una simbiosis entre libertad e igualdad. El propio Kelsen¹⁰⁵ se refería al “conflicto insoluble entre la idea de la libertad individual y la de un orden social, el cual en su esencia íntima solo es posible en un régimen que, al fin y al

¹⁰² Vid. Vobkuhle, A.; Wischmeyer, T.: “El jurista en su contexto. A Peter Häberle en su 80 cumpleaños”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº .25, 2016.

¹⁰³ Asensi Sabater, J.: *La época constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 237.

¹⁰⁴ “En gran medida, pues, el carácter fundamental de la Constitución vendrá ahora definido por la virtualidad de sus normas para hacer posible el proceso democrático”. En Asensi Sabater, J.: *op.cit.*, p. 257.

¹⁰⁵ Consideró que “la teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo. Del derecho positivo simplemente, y no de un ordenamiento jurídico determinado. Es teoría general del derecho, y no interpretación de normas jurídicas concretas, nacionales o internacionales”. En Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas jurídicos* (trad. G. Robles y F. Sánchez), Trotta, Madrid, 2011, p. 53.

cabo, no depende de la voluntad de los sujetos a él”¹⁰⁶. Por consiguiente, en una democracia, el poder del Estado provendrá del conjunto de individuos sujetos a él, mediante la cooperación de los propios individuos, a través de un principio de mayoría democrática¹⁰⁷. Se trata de que la mayor parte de los individuos participen en el proceso de formación de la voluntad. En suma, el instinto primitivo de libertad natural del individuo se desnaturaliza, predominando un poder estatal sobre el individuo. O, en todo caso, transformándose en libertad política. En términos de Kelsen: “la democracia – siempre que el poder del Estado sea exclusivamente determinado por los individuos sujetos a él– es compatible aun con el mayor predominio del poder del Estado sobre el individuo e incluso con el total aniquilamiento de la libertad individual y con la negación del ideal del liberalismo”¹⁰⁸. Luego, la participación de los individuos en el *saber* y en las convicciones sienta las bases del pluralismo fáctico. De modo que todo debate sobre la definición de democracia será parte integrante de situaciones históricas y culturales. No existirá un exclusivo monopolio de la verdad, de manera que la comprensión de cómo entendemos la democracia, conllevará que reparemos en un orden de justicia social y política.

En los sistemas democráticos se hallan un conjunto de reglas o normas jurídicas derivadas de exigencias constitucionales, la normatividad será relativa (o aproximativa) con la realidad social. En todo caso, inserto en la universalidad de la validez normativa, habrá múltiples pluralidades de forma de pensar o comportarse en los destinatarios de la norma. En términos de Häberle, la actividad en el Estado constitucional se encuentra regulada por un racionalismo crítico *popperiano*. Por esa razón, para una conservación de la convivencia social se requiere la aceptación pacífica de las normas. Un *decisionismo* que requiere una crítica democrática al derecho. En consecuencia, una persona integrada en la cultura jurídica como sujeto de derechos fundamentales debe deliberar constantemente la conexión entre libertad y derecho. En aras a la libertad y la dignidad, se debe proporcionar un espacio público que permita limitar al poder. O sea, un planteamiento del arquetipo de justicia que pueda limitar el poder estatal. De hecho, no hay una exclusiva fundamentación axiológica material de las normas jurídicas. La

¹⁰⁶ Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia* (trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra), Comares, Granada, 2002, p. 11.

¹⁰⁷ El tránsito del liberalismo a la democracia. En Kelsen, H.: *op.cit.*, p. 14.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 17.

democracia se transforma en un principio determinante del orden constitucional. Una incesante aceptación mayoritaria de la normatividad que transigimos.

Al mismo tiempo, en relación a la convivencia social, una vinculación eficaz a los derechos fundamentales y sus correlativas garantías, facultan una protección de la dignidad humana, como fundamento de paz y justicia de la comunidad. De ahí, probablemente, la idea sustancial de no violar el contenido esencial de los derechos fundamentales. O del mismo modo, las distintas propuestas sobre los límites materiales a una reforma constitucional. Con todo, la positivización de los derechos fundamentales está condicionada por los valores imperantes en una sociedad determinada y en su tiempo concreto. La transigencia a la norma no suprime su crítica misma.

En una sociedad abierta (concepto de Popper¹⁰⁹), los principios de libertad y tolerancia son esencia de un sistema democrático. La libertad de expresión se concibe como un derecho de carácter preferente. Así, es un derecho fundamental que amplía la participación de ideas plurales y diversas del debate público. La libertad y el pluralismo, además, son un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. Como contrapartida, ese respeto al pluralismo y diversidad, en especial de las minorías, lleva aparejado una antinomia de difícil respuesta¹¹⁰. Como libertad negativa, se requiere una amplia mira tolerante de los Estados frente a opiniones desfavorables o críticas, como claro indicador del respeto democrático. O, lo que es lo mismo, la restricción al ejercicio legítimo de la libertad de expresión -como derecho fundamental- debe fundamentarse en una causa constitucional. Al mismo tiempo, si no se restringen o limitan ciertos tipos de discursos, como los de odio, no permite una participación, de los grupos discriminados, en ese debate público con unas condiciones estructurales de igualdad. Dicho sea de paso, no favorecen al debate público, sino que desean suprimir el propio pluralismo y diversidad.

¹⁰⁹ Las sociedades modernas se plantean la disyuntiva entre el sentido crítico o desobediencia permitida o educar sumisamente. “Obedecer o desobedecer es siempre una disyuntiva. Si un hombre puede solo obedecer y no desobedecer, es un esclavo; si puede solo desobedecer y no obedecer, es un rebelde”. En Falcón Tella, M.J.: “La sociedad abierta de Karl Popper como precedente de la doctrina de la posición preferente”. En Tenorio Sánchez, P.J. (coord.): *La libertad de expresión su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, 2014, p. 33.

¹¹⁰ Como plantea Tenorio Sánchez, el multiculturalismo es un fenómeno contemporáneo que implica un cambio institucional e intervencionista. Lo define “como un conjunto histórico de ideas y programas políticos que tiene como núcleo la convicción que las democracias modernas deben asegurar el reconocimiento equitativo de las diferentes culturas, reformando sus instituciones y dando a los individuos los medios efectivos para cultivar y transmitir sus diferencias”. En Tenorio Sánchez, P.J.: “Introducción”. En Tenorio Sánchez, P.J. (coord.): *La libertad de expresión su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, 2014, p. 20.

Luego, cómo planteamos ese pluralismo. En la perspectiva que se apunta, la Constitución como orden basado en el pluralismo y la libertad, conllevaría una apertura de cualquier idea en el debate público, pero no soluciona el problema del efecto de silenciar la expresión, a través de la discriminación a las minorías. Antes que nada¹¹¹, la eliminación de coacciones y desigualdades en la acción comunicativa, con la regla básica de que el límite a la tolerancia es el uso de la violencia.

2.1.3. La Constitución como orden abierto

La noción aceptada mayoritariamente del término Constitución la define como racional-normativa. En efecto, una norma jurídica en sentido formal. Del mismo modo, en su perspectiva material, la Constitución es un sistema de valores. Se trataría de una norma jurídica del más alto nivel jerárquico que agrega un sistema de valores. Es por eso que nuestro Texto Constitucional reconoce, en su art. 1.1, el pluralismo político como un valor superior del ordenamiento jurídico. En consecuencia, este valor superior pluralismo –vinculado necesariamente a la cláusula de Estado democrático– debería implicar una apertura de sus distintas vertientes (cultural, territorial, lingüística, simbólica, política, etc.). En particular, el concepto de pluralismo (un tanto difuso) en nuestro orden constitucional debería tener en cuenta los posibles o no posibles límites materiales a una reforma constitucional. En otros términos: ¿hay cláusulas de intangibilidad en nuestro orden constitucional?

Si bien, la expresión “Constitución abierta” u “orden abierto” puede referir a distintas realidades, la tesis defendida por el profesor Díaz Revorio nos resulta próxima. En su propuesta, se considera que la Constitución como norma fundamental “permite con carácter general la defensa de valores contrarios u opuestos a los que la misma considera fundamentales”¹¹². Ahora bien, siempre que en dicha Constitución se prevea o se permita la modificación de esos valores. En esta perspectiva, como ya apuntamos, la Constitución como orden basado en el pluralismo y la libertad, conllevaría una apertura de inclusión a

¹¹¹ “Es por eso que, si el Estado democrático no vela por los fines de la sociedad abierta que le fueron encomendados, el ciudadano tiene el derecho, incluso el deber, de ejercer el derecho de crítica y el disenso. Debemos permanecer vigilantes para evitar el abuso de poder, posible, no solo en sistemas totalitarios, sino también, aunque en menor medida, en los democráticos”. En Falcón Tella, M.J.: *op.cit.*, p. 57.

¹¹² Díaz Revorio, F.J.: *La Constitución como orden abierto*, McGrawHill, Madrid, 1997, p. 3.

cualquier idea. Inclusive, aquellas “que pretenden transformar dicho orden en alguno de sus aspectos esenciales”¹¹³.

Díaz Revorio considera que ciertos valores fundamentales, con un significado sustantivo o material (entre los que se hallaría la libertad, la dignidad y el pluralismo político), tienen una posición preferente en cualquier democracia. Recordemos, en este punto, el carácter del pluralismo político como un valor superior del orden constitucional que denota una evolución de los derechos fundamentales, a través de esa idea de cultura jurídica. Por tanto, mediante un respeto a un procedimiento constitucional –favoreciendo la participación democrática de las minorías– se permitiría la defensa de valores contrarios al orden constitucional. A su modo de ver, “no es solamente una Constitución-procedimiento”¹¹⁴. Pues, por un lado, nuestro orden constitucional renuncia a la imposición de una democracia militante, con el establecimiento de un orden jurídico abierto a los enemigos de la misma; y, por otro lado, mostrando una preferencia por valores esenciales¹¹⁵.

El Título X de la Constitución española no establece ningún límite material a la reforma de su texto, permitiendo una posible revisión total de los elementos integrantes del orden constitucional. Desde el punto de vista jurídico, en cuanto a democracia militante, los mecanismos de defensa no actuarían como un límite a la modificación del texto, otra cosa distinta será lo que consideremos o no *justo* democráticamente de la reforma constitucional.

Un problema específico a los límites constitucionales se hallaría en la alteración del ejercicio de los derechos fundamentales, transformando a su vez los valores esenciales. En palabras del autor: “Cabe afirmar que el uso de libertades constitucionales solamente cuando su ejercicio es favorable o indiferente al orden constitucional, supone privarles de buena parte de su significado”¹¹⁶. Especialmente, se hace presente respecto a una alteración del ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, algunos límites al ejercicio de determinados derechos fundamentales vendrán expresamente indicados por los preceptos constitucionales, sirviendo de parapeto a los valores constitucionales. En

¹¹³ Díaz Revorio, F.J.: *op.cit.*, p. 3.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 6.

¹¹⁵ “La norma fundamental en absoluto se muestra indiferente desde el punto de vista axiológico”. En *ibidem* p. 7.

¹¹⁶ *Ibidem.*, p. 9.

efecto, la reafirmación de que el ejercicio de la libertad de expresión, no invariablemente debe ser favorable o indiferente al orden constitucional, ya que privaría su propia esencia y contenido. No conducirá necesariamente a un peligro para los valores constitucionales.

En otras palabras, con este punto de vista, la defensa de los valores constitucionales frente a posibles *enemigos* sirve como punto de partida para una reflexión sobre el Estado constitucional. Los valores *tendrán que ver* en la tensión entre un concepto formal y otro material de democracia constitucional.

Por otro lado, De Otto defendió, en su artículo “Defensa de la Constitución y partidos políticos”, una concepción estricta para la defensa de estos valores, pero distinta a los mecanismos de reforma constitucional¹¹⁷. Los valores que refiere son la sustancia política liberal democrática, con la misión de su existencia y continuidad. Según De Otto, a través de “los fines a los que las normas constitucionales sirven y los valores sobre los que se asienta, la democracia, la libertad, la igualdad”¹¹⁸, nos permite identificar los enemigos de la Constitución. El postulado utilizado en este mecanismo, se asemeja mucho a la esencia de una democracia militante o vinculada a valores. De este modo, la defensa de la democracia tiene como meta la continuidad de un ordenamiento fundamental democrático, fundamentado en la igualdad, libertad y pluralismo, entre otros. Dicho sea de paso, la Ley Fundamental de Bonn es uno de los principales textos fundamentales que formulan este principio de democracia militante¹¹⁹. En cambio, la Constitución española no contiene un precepto específico que recoja tal defensa. No al menos de manera explícita, con la excepción de los posibles procedimientos de reforma constitucional (su forma rígida principalmente). Sí, en cambio, se ubican posiciones dogmáticas que consideran límites materiales a la reforma constitucional como una posible defensa. En lo esencial, De Otto consideraba que el silencio del constituyente acerca de estos límites materiales “responde a la renuncia a prohibiciones de dudosa eficacia, para sustituirlas por un procedimiento de especial rigidez”¹²⁰. Su objeción

¹¹⁷ “La defensa de la Constitución pretende asegurar a esta frente al cambio; tiende a conferir permanencia e inmutabilidad a los principios sobre los que el derecho positivo se asienta al núcleo de su ser, a lo que se denomina «orden constitucional» como aquel que subyace al ordenamiento”. En De Otto y Pardo, I.: *Obras completas*, Universidad de Oviedo-CEPC, Oviedo, 2010, p. 621.

¹¹⁸ De Otto y Pardo, I.: *op.cit.*, p. 622.

¹¹⁹ Al analizar una limitación a la libertad de expresión realizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, consideró que “el punto de partida no es, o no es solamente, un principio de libertad que abarca el crítico y del que solo queda excluido el enemigo, sino que la libertad aparece como restricción al principio de la democracia militante”. En *ibidem*, p. 627.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 633.

principal residía en una teoría relativista o de consenso racional. Esto es, la “verdadera militancia por la democracia y por los valores subyacentes al sistema exige más la posibilidad de discutir abiertamente que la prohibición de defender ciertos puntos de vista... no hay más verdad que la argumental”¹²¹.

En suma, tenemos claro que el texto constitucional no establece límites materiales expresos, aunque hay corrientes dogmáticas que abogan por la defensa del orden subyacente en una democracia, como dimensión material de la misma. Por consiguiente, la propia legitimidad misma de la Constitución¹²². La Constitución “no es insensible a su destrucción o transformación, pero, seguramente basándose en la idea de la ineficacia de las cláusulas de intangibilidad, y también teniendo en cuenta los valores libertad y pluralismo que ella misma consagra, renuncia a impedir jurídicamente tal transformación radical”¹²³. En cierta manera, adolece de legitimidad democrática cualquier cambio del orden constitucional establecido que suprima los propios contenidos materiales y los derechos fundamentales del orden previo. Se puede inferir, una legitimidad que tiene conexión con la propia democracia. Sin una aprobación rotunda por parte de la doctrina, sí que hallamos un consenso a la hora de reconocer que los derechos fundamentales junto a la dignidad son ese orden constitucional fundamental, y suponen, en cierta medida, un límite meramente implícito. Sin ellos, la legitimidad democrática caería por su peso.

A propósito, la libertad de expresión, como derecho de libertad-autonomía o libertad política, podría perfectamente estar integrada en ese orden constitucional fundamental expuesto, lo que conllevaría una defensa constitucional ante cualquier *ataque* o posible transformación para anularla.

Dejando de lado, parcialmente, el debate entre sí se prohíbe o no la reforma de algunos valores constitucionales, nos interesa cuestionar si existen límites no expresos pero implícitos en el ejercicio de la libertad de expresión como un derecho fundamental (parte del orden fundamental). Sin duda, nos parece un asunto realmente complejo. Si se promulga ese carácter abierto del orden constitucional, en el sentido que renuncia a una democracia militante y al mismo tiempo siente preferencia por valores constitucionales,

¹²¹ De Otto y Pardo, I.: *op.cit.*, p. 635.

¹²² Revenga Sánchez, M.: “Valores europeos y modelos de democracia (¿agnóstica? ¿militante?)”. En Alonso, L y Vázquez, V.J. (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, p. 69.

¹²³ Díaz Revorio, F.J.: *op.cit.*, p. 52.

¿podemos restringir el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión? Respuesta compleja. La libertad y el pluralismo son valores, la libertad de expresión es un derecho fundamental. Ya lo desarrollamos en otro capítulo, pero puede realmente someterse en su ejercicio a límites en cuanto forma parte de ese orden fundamental. Aun ya de inicio, ese carácter abierto de la Constitución y la libertad de expresión considerada como derecho y valor de ese orden constitucional esencial infieren que debe limitarse de modo excepcional. Del mismo modo que los límites expresos a un derecho. Por ejemplo, si atendemos el principio de democracia militante, construido por el Tribunal Constitucional Federal alemán para declarar inconstitucional a partidos políticos, supondría limitar –en parte– el ejercicio de los derechos fundamentales. En contraposición a nuestro Texto Constitucional que no contiene preceptos que establezcan tales limitaciones militantes, aunque sí, ciertas limitaciones expresas a libertades políticas en aras al orden constitucional¹²⁴. En relación a la libertad de expresión, el art. 20.4 de la Constitución recoge evidentes limitaciones.

Respecto a la reforma constitucional de la libertad de expresión, igualmente surgen interrogantes. Por un lado, hemos considerado la tesis de la defensa de la democracia y su orden constitucional fundamental como límites materiales a una reforma. La libertad de expresión como valor y como derecho fundamental sería parte de ese orden constitucional fundamental, pese que formalmente no exista una democracia militante. Sin embargo, por otro lado, dentro de los valores constitucionales o preferentes, el pluralismo alternativo y el carácter abierto constitucional transige una reforma constitucional de la libertad de expresión. Difícil su supresión, por el propio peso de la legitimidad democrática.

2.1.4. Democracia militante y libertad de expresión

En un Estado democrático las libertades de expresión e información son valores esenciales en el orden constitucional. También, las libertades citadas están ligadas inescindiblemente al pluralismo alternativo y político. A consecuencia de ello, las limitaciones a su ejercicio deben ser cuestionadas, más que en otros derechos fundamentales. En lo relativo a los límites tasados o expresos constitucionales, recogidos en los artículos 16 y 20.4 CE, a las libertades de expresión e ideológica, dudamos que estén fundamentados en una defensa del orden constitucional –límite a la reforma

¹²⁴ Díaz Revorio, F.J.: *op.cit.*, p. 74.

material—. Sino que, más bien, esos límites se encaminan a resolver un conflicto entre las libertades mencionadas y otros derechos fundamentales. Inclusive, pese al tenor literal, la fórmula “derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen”, se presenta como una “fórmula-trampantojo apta para justificar, en línea de principio, cualquier límite”¹²⁵.

Sostuvimos en el anterior apartado, que “la defensa de la Constitución parece estar vinculada a una concepción material de la democracia, que quiere proteger los valores fundamentales que forman parte de la misma”¹²⁶. Se observa, pues, que la democracia sería algo más que un mero procedimiento de toma de decisiones, donde la libertad política permitiría utilizar los procedimientos tasados para alcanzar fines contrarios (mejor alternativos) al orden constitucional y, al mismo tiempo, valdría al objeto de protección del orden constitucional. Esto es, resulta algo contradictorio defender los valores esenciales de pluralismo y libertad, y, al mismo tiempo, restringir una amplia aplicación.

Como afirma Revenga Sánchez, cualquier debate de la libertad de expresión, en concreto “sobre su contenido o sobre la razón de ser de las limitaciones a la libertad de expresarse, acaba por convertirse en una discusión sobre los fundamentos y la justificación de la democracia misma”¹²⁷. En relación a ello, la influencia transnacional de las elaboraciones jurisprudenciales, por un lado, y los discursos de odio como límite, por otro, sirven para evaluar el tipo de democracia del sistema, a la hora de discernir qué significa la libertad de expresión. Tanto las limitaciones como las prohibiciones a la libertad de expresión suscitan la creencia que están en la base del propio sistema democrático. Al respecto, la Constitución será un reflejo de concepciones ideológicas o de valores fundamentales dignas de defensa o, dicho de otro modo, sin ser cláusulas de intangibilidad son verdaderos límites materiales a una reforma. La libertad de expresión sería, por tanto, un valor digno de ser defendido frente a quienes no la comparten.

¹²⁵ Revenga Sánchez, M.: “Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?” En Revenga Sánchez, M. (dir.): *Libertad de expresión y discursos de odio*, Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos, 12, Alcalá de Henares, 2015, p. 17.

¹²⁶ Díaz Revorio, F.J.: *op.cit.*, p. 95.

¹²⁷ Revenga Sánchez, M.: *op.cit.*, p. 15.

Asimismo, surgen diferencias notables entre el sistema jurídico anglosajón¹²⁸-norteamericano¹²⁹ y el sistema jurídico europeo¹³⁰. El primero sostendría –tras el legado jurisprudencial– la defensa sólida de la libertad de expresión, incluso en circunstancias complejas o complicadas, a fin de conquistar el valor de la tolerancia en el marco comunicativo libre de ideas y opiniones¹³¹. En cambio, el sistema jurídico europeo, a costa de la protección de la seguridad, despliega, en ocasiones, una posición intransigente a determinados discursos, entre los que se pueden ubicar los discursos de odio.

La obligación de una evolutiva integración en dimensión europea con la correspondiente defensa de los derechos fundamentales, implica unos controles y una asunción interpretativa por parte de tribunales u organizaciones supranacionales. A grandes líneas, en lo que respecta al sistema europeo de derechos fundamentales, se observaría un sustrato ideológico constitucional como muestra de democracia militante para actuar contra los enemigos del sistema. Sin embargo, esa convicción de militancia no está coligada a los acontecimientos históricos presentes. Al mismo tiempo, se aboga por la idea de una sociedad europea caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y la no discriminación. Por lo tanto, no parece casar el modelo de democracia militante extraído de la dogmática germana con un sistema europeo moderno.

Es por eso que, en un orden jurídico de carácter abierto al pluralismo alternativo, sitúa la “igualdad a todas las ideas -todas igualmente respetables- y está, por consiguiente, dispuesta a incorporarlas sin más requisito que el acatamiento riguroso de los cauces previstos al efecto”¹³². Con todo, Revenga Sánchez considera que nuestro texto constitucional resulta ambiguo a la hora de ser considerado como una democracia militante. Ya que, por un lado, parece solo vigilante en cuanto a lo procedimental, pero no a lo sustantivo. Y, por otro lado, el propio Preámbulo y el Título Preliminar arrancan

¹²⁸ Vid. Oliver Araujo, J.: “La protección de los derechos fundamentales por la Corte Suprema norteamericana a través de la *judicial review*: algunas ideas”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 16, 1988, pp. 279-286.

¹²⁹ Vid. Waldron, J.: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 2012; Meiklejohn, A.: *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, The Lawbook Exchange, Nueva Jersey, 2004; Heyman, S.J.: *Free Speech and Human Dignity*, Yale University Press, New Haven, 2008.

¹³⁰ Vid. Letsas, G.: *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

¹³¹ “Sobre la Primera Enmienda ha sido tradicionalmente una fuente de reconocimiento del derecho irrestricto a decir cualquier cosa, siempre que el discurso en cuestión no esté afectado por limitaciones neutrales”. En Revenga Sánchez, M. (2015): *op.cit.*, p. 19.

¹³² *Ibidem*, p. 31.

con una declaración de proclamas ideológicas¹³³. En definitiva, un Estado constitucional ni vehemente axiológico, ni omiso a la protección de los derechos fundamentales. En síntesis, una conjunción de la tradición liberal y la democrática. Esta tensión entre fundamentos cerrados o abiertos, o con nuestros términos, restricción o permisividad, da lugar a distintos modelos de democracia: tolerante e intransigente.

En relación al ejercicio de la libertad ideológica o expresión como base del propio orden constitucional, en esa conjunción de tradición liberal y democrática, la idea de tolerancia ofrece un marco comunicativo libre. Si bien, al mismo tiempo, se muestra intransigente en el ejercicio ante la misma tolerancia, en el sentido de la no discriminación. Esto es, la pugna entre la tolerancia del discurso libre y la no discriminación de la dignidad de las personas. De ahí, la dificultad de los límites y la delimitación del derecho fundamental a la libertad de expresión.

2.2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y LIBERTAD PÚBLICA

2.2.1. Notas breves sobre las concepciones y funciones del derecho

La libertad de expresión es un derecho fundamental, por ello nos corresponde una inicial aproximación a la noción *derecho* y a la noción de *fundamental*. Al realizar un estudio del concepto derecho, en primer lugar, tomamos en consideración la definición que propone el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española (adelante RAE). El cual define el vocablo “derecho” con los significados siguientes: como adjetivo, por un lado, como “justo, legítimo”; y, por otro, como “fundado, cierto, razonable”. Mientras que, como sustantivo: “justicia, razón”, o “conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva”. Por añadidura, en el diccionario jurídico de la RAE, el término “derecho”, en su primera acepción, se define como: “Prerrogativa o facultad de una persona reconocida por el ordenamiento jurídico, o derivada de relaciones jurídicas con otros sujetos”; y, en la segunda acepción, como: “Conjunto de principios, normas, costumbres y concepciones jurisprudenciales y de la

¹³³ “Nuestro Estado constitucional traza, en definitiva, una línea divisoria de imperativo; lo que es respetuoso con los derechos, la autodeterminación individual y la convivencia democrática, frente a lo que ataca tales principios, los impugna en abstracto o los pone en peligro mediante actuaciones concretas”. En Revenga Sánchez, M. (2017): *op.cit.*, pp. 72-73.

comunidad jurídica, de los que derivan las reglas de la ordenación de la sociedad y de los poderes públicos, así como los derechos de los individuos y sus relaciones con aquellos”. A la vista de las anteriores precisiones y con ánimo aproximativo, se podría afirmar que el derecho es un conjunto de normas y principios que regula las relaciones humanas; y, como adjetivo, el término derecho es algo justo o razonable. Igual sucede, aunque con mayor precisión, atendiendo al diccionario jurídico de la RAE, si bien, se añadiría otra acepción de derecho. En concreto, ser una prerrogativa o facultad de una persona reconocida por el ordenamiento jurídico. Más adelante volveremos sobre esta idea.

A la pregunta: ¿qué es el derecho? Podemos responder “que no es posible una definición simple y acabada del Derecho”¹³⁴. Ello es así, porque la definición del término derecho es sumamente compleja¹³⁵. Para empezar, sugerimos que existe vaguedad o ambigüedad en el concepto, derivado de la problemática del lenguaje, tanto intensional como extensional. Intensional, ya que se hace referencia al conjunto de propiedades ajustables al concepto, es decir, las notas esenciales. Extensional, entendido como el ámbito de aplicación del mismo o, dicho de otro modo, por el campo dónde actúa. En ambos casos, la indeterminación del término derecho se produce: intensional al no poder concretar por completo las notas que lo caracterizan, y extensional al tener un campo de aplicación indeterminado. Así y todo, una aproximación conceptual nos permitirá proseguir el hilo de indagación a la libertad de expresión como derecho fundamental, para procurar una respuesta a la problemática material de los delitos de odio.

Inicialmente, en la exploración del concepto, se sugiere que la palabra derecho resulta utilizada en la vida cotidiana, además, con usos distintos en el lenguaje, lo que comienza a dificultar este camino de concreción. Antes que nada, asumimos que la rama de estudio que justamente se ocupa de buscar los significados precisos del concepto del derecho es la rama de la Teoría del Derecho. Por ende, pese a procurar no distanciarme de lo que nos ocupa en esta investigación, atendemos, de forma sucinta e interdisciplinaria, algunas conclusiones e ideas de la dogmática de la Teoría del Derecho. Como toda teoría, se opta por alguna postura final, para entender la complejidad de la premisa propuesta. Ya adelantamos que no podemos deslindar absolutamente teoría e

¹³⁴ Robles Morchón, G.: *Teoría del Derecho (Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho)*, volumen I, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2015, p. 49.

¹³⁵ Aparisi, A.: “Introducción al concepto de Derecho”. En De Lucas, J (Coord.): *Introducción a la teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1994, p. 27.

ideología, como si solo existieran problemas formales, cuando la praxis nos muestra que existen problemas reales. En este punto, que no entraremos, la rama de la Filosofía del Derecho determinaría lo que el derecho debe ser, esto es, aquel derecho que debe regirse o establecerse en la sociedad.

A lo largo de la historia de la humanidad, el Derecho, entre otros instrumentos, ha evidenciado ser funcional para alcanzar determinados fines, objetivos e intereses; en especial, la seguridad de las relaciones sociales¹³⁶. De manera intuitiva o incluso diríamos ordinaria, el Derecho se considera como un medio que atesora la organización social para convivir, organizarse y para resolver problemas. Tras esta afirmación, como concepto amplio¹³⁷, entendemos que donde hay una comunidad mínimamente organizada hay derecho, *ubi homo ibi societas, ubi societas ibi ius*. Ahora bien, con este tipo de definición tan amplio, se corre el riesgo de incluir a tipos de sociedades dispares. Luego, los sistemas jurídicos no están inspirados en los mismos principios; además, esta diversidad no solo se extiende entre sistemas históricos, sino entre sistemas del mismo periodo. No obstante, se aprecian semejanzas y correlaciones entre los sistemas jurídicos que permiten extraer una concepción conciliadora del Derecho admisible.

A propósito de lo anterior, al describir al Derecho como resolutorio de conflictos, en principio estaríamos de acuerdo en que al producirse un desacuerdo es un mecanismo creado para poner paz entre sus miembros. Así, cuándo se produce un conflicto, surge una respuesta del Derecho para imponer un orden social, en consecuencia, la búsqueda de paz¹³⁸. Esta resolución del conflicto por parte del Derecho se realiza mediante decisiones jurídicas. De ese modo, la decisión es impuesta por una autoridad. En resumidas cuentas, el Derecho surge de las decisiones jurídicas.

Siendo, por tanto, un fenómeno de cultura en cuanto se trata de una creación humana que cumple determinadas funciones y que busca obtener ciertos fines. Ello es posible porque determinados miembros de una sociedad tienen la capacidad para resolver los conflictos, consecuentemente tienen autoridad. Esta capacidad o autoridad la poseen

¹³⁶ “El derecho es un fenómeno cultural en cuanto se trata de algo producido por el hombre en la historia para conseguir ciertos fines, tales como paz, orden, seguridad jurídica y, en la medida que le corresponde, justicia”. En Squella, A.: Una descripción del derecho, *Isonomía*, n° 27, octubre, 2007, p. 56.

¹³⁷ En una concepción amplia, “el Derecho es un fenómeno *humano* y que, en consecuencia, no puede descartarse su existencia en modelos de comunidades humanas escasamente desarrolladas”. En Robles Morchón, G.: *op.cit.*, p. 56.

¹³⁸ “El Derecho *selecciona* aquellos conflictos que son especialmente relevantes para el mantenimiento de la paz social, y les da una respuesta”. En *ibidem*, p. 58.

porque es reconocida por el resto de miembros. Al atesorar la misma, tomarán decisiones para resolver los conflictos, siempre en virtud de algo establecido, lo que conocemos como normas o pautas de conductas¹³⁹. Implica, que cuándo no exista una norma, se ha de crear mediante otra decisión¹⁴⁰. Cada vez que surja un conflicto no regulado, requerirá de un proceso de producción de una norma razonable o justa.

En todo ordenamiento jurídico existen conflictos, unos con necesidad de establecer criterios para resolverlos, y otros con criterios para resolverlos de manera determinada. Por consiguiente, hallamos dos decisiones diferentes: la decisión normativa que crea la norma o criterio para resolver conflictos; y la decisión resolutoria que soluciona el conflicto concreto, aplicando la norma. En ese supuesto, la persona dotada de autoridad determina qué criterios adoptar para resolver determinados conflictos, entre esos criterios elegirá los que al parecer sean adecuados, oportunos, justos, o incluso convenientes a sus intereses; dando fruto a una norma mediante un acto de voluntad. A saber, la norma es el resultado de una decisión¹⁴¹.

Con anterioridad, al haber distinguido entre decisión normativa y decisión resolutoria, mencionamos distintas autoridades, en concreto, los creadores de la norma y los que quedan solución al conflicto específico. Ambas autoridades jurídicas serán establecidas por otras normas, cuya misión no es regular comportamientos, sino establecer las competencias de las autoridades. Cada autoridad tendrá una misión o función determinada por su competencia establecida en la norma.

En el círculo expuesto, que parece no tener salida fácil, Robles Morchón ofrece esquemáticamente dicha solución al circuito: autoridad-decisión-norma-autoridad. Esto es, lo desembrolla con la conocida estructura escalonada y ordenación jerárquica, según se descende en la escala de autoridad jurídica, descende la jerarquía de las normas¹⁴². Al respecto, las decisiones jurídicas como acto de voluntad de una autoridad, serán un

¹³⁹ “Por tanto, las decisiones se adoptan en virtud de criterios ya establecidos, siguiendo *normas*, es decir, pautas de conducta que es preciso observar en la resolución de conflictos”. En *ibidem*, p. 64.

¹⁴⁰ “Las decisiones no solo aparecen a la hora de resolver los conflictos concretos, sino también en el momento de establecer los criterios que han de resolver los conflictos, es decir, cuando hay que crear normas”. En Robles Morchón, G.: *op.cit.*, p. 64.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 65.

¹⁴² “La norma de jerarquía inferior cede ante la norma de jerarquía superior. O dicho a la inversa: la norma de jerarquía superior se impone sobre la norma de jerarquía inferior”. En *ibidem*, p. 69.

acto de habla, al ser expresión de comunicación realizada mediante un signo oral, escrito o mímica¹⁴³.

Recapitulando, este proceso narrado se fija del siguiente modo:

1º- ¿Quién toma la decisión? La autoridad.

2º- ¿Por qué y quién es autoridad? Una norma jurídica establece la competencia a una autoridad.

3º- ¿Qué decisión toma la autoridad? Un acto de voluntad generador de la norma.

4º- ¿Qué es la norma? Resultado de decisiones jurídicas que son actos de habla.

5º- ¿Cuándo actúa la norma? Si detenta poder competencial y normativo.

Hemos avanzado un paso para ir desarrollando una propuesta a la hipótesis que se presentó, verbigracia, entender que de forma unitaria todo el Derecho (decisiones, autoridad, norma, acciones) de una comunidad está recogido en un ordenamiento jurídico. Y que toda la pluralidad de ordenamientos jurídicos (internacional, europeo, nacional, canónico...) constituye el *planeta* jurídico.

No resultaría descabellado afirmar que, todo el rompecabezas para comprender el concepto de Derecho, necesariamente atesora la comprensión de ordenamiento jurídico. Puesto que las decisiones tomadas por las autoridades, resultan normas que se aglutinan en un ordenamiento, además, este ordenamiento regula la convivencia social¹⁴⁴. No coexisten normas o decisiones jurídicas aisladas a un ordenamiento jurídico determinado. En síntesis, los sistemas normativos regulan ciertos comportamientos y competencias. Por ende, no habrá normas o decisiones jurídicas aisladas o fuera del sistema normativo. De esta manera, los sistemas normativos crearan o modificaran las normas con patrones procedimentales e institucionales. Además, las normas jurídicas se interrelacionan en el sistema mediante jerarquía, competencia y cronología. Para ser válida una norma en un sistema jurídico, debe cumplir las condiciones (órgano, competencia, procedimiento) en su creación, aunque pueda suceder que tenga un defecto –cierta apariencia de validez- e

¹⁴³ “La norma, en todo caso, se caracteriza, aparte de ser una expresión del lenguaje emitida por una autoridad competente, por qué su sentido intrínseco o inmanente es dirigir u *orientar* la acción humana”. En Robles Morchón, G.: *op.cit.*, p. 70.

¹⁴⁴ “El ordenamiento jurídico es el todo, el conjunto que da sentido a sus partes. Estas, sus partes, son heterogéneas”. En *ibídem*, p. 72.

incluirse en un sistema jurídico, o, puede no ser formalmente anulada y continuar con plenos efectos. La norma jurídica tiene entre sus propiedades, una aplicabilidad para resolver un caso concreto.

En este punto, únicamente mencionaremos que el ordenamiento jurídico existe al generarse una nueva Constitución. En efecto, la decisión constituyente o poder constituyente –elemento fundacional– creará la norma constitucional con la intención de crear una institución constitucional

En definitiva, con las acepciones anteriores del sustantivo “derecho”, como un conjunto de principios, normas y costumbres que regulan las relaciones humanas, parece recoger lo que se ha aspirado mostrar. Así, el concepto “derecho”, apila la idea de un ordenamiento jurídico generado por una decisión constituyente (conjunto de principios, normas...), que permite a determinadas autoridades realizar acciones o decisiones jurídicas generadoras de elementos normativos, a fin de regular las relaciones sociales.

Constituye pues, un fenómeno histórico que regula las relaciones sociales o contribuye a la paz social, pero se encuentra limitado en el espacio y tiempo¹⁴⁵. En cuanto sistema normativo, al perder su obligatoriedad o vigencia, consecuentemente se extinguirá, transformándose en derecho puramente histórico.

La aparición del fenómeno de lo normativo, presupone un grado de madurez en la toma de conciencia del hombre, capaz de generar decisiones jurídicas y desarrollar sistemas normativos cuyo sentido y función radica en promover la conformidad de la realidad social (ser) con el mundo normativo (deber ser)¹⁴⁶. En términos de Montoro

¹⁴⁵ “El Derecho constituye un sistema normativo que regula y ordena ciertas áreas o sectores de la vida social. El Derecho constituye un fenómeno histórico cuya virtualidad histórica se encuentra limitada por las categorías de espacio y tiempo. De un lado el Derecho, en cuanto fenómeno espacial, tiene como tarea regular ciertas relaciones sociales dentro de un determinado grupo social asentado, normalmente en un territorio. Esto es, dentro de un concreto espacio territorial el Derecho regula determinadas relaciones sociales de carácter personal o real. De otro lado, el Derecho, en cuanto fenómeno histórico, posee, por su génesis y dinámica, una significación temporal. Así tenemos que el Derecho nace en un determinado momento y permanece desplegando su actividad ordenadora durante un espacio de tiempo de duración variable (hablándose, entonces, de Derecho vivo o vigente)”. En Montoro Ballesteros, A.: *El derecho como sistema normativo: naturaleza y función del derecho*, Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, nº 2, Universidad de Murcia, Murcia, 1993, p. 7.

¹⁴⁶ “La aparición del fenómeno de lo normativo, una de cuyas manifestaciones o especie es el Derecho, presupone que el hombre ha alcanzado el suficiente grado de desarrollo y maduración de su capacidad intelectual y de su conciencia ética hasta el punto de permitirle distinguir entre los ámbitos del mero suceder o del acaecer puramente fáctico (mundo físico-natural, cuyos fenómenos sólo se hacen inteligibles a la luz del principio de causalidad), y del obrar (mundo ético, entre cuyos ejes o resortes fundamentales se encuentra la razón y la libertad), en donde la conciencia ética o moral es capaz de distinguir a su vez, entre

Ballesteros: “Lo normativo se configura así como una creación cultural del hombre, como una manifestación del esfuerzo y empeño por perfeccionar la realidad social, eliminando aquellos comportamientos que, por entrañar o consistir en un desvalor, «no deben ser», e impulsando y protegiendo aquellos otros que, por ser valiosos, «sí deben ser»”¹⁴⁷.

En suma, el derecho, en cuanto fenómeno histórico-cultural es un fenómeno pluridimensional¹⁴⁸. En una concepción meramente normativista o formalista, propia del positivismo, a la respuesta de qué es el Derecho, habría que responder afirmando que sería, fundamentalmente, un sistema de normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico en razón de un proceso ya establecido por el ordenamiento específico y por una adecuación a criterios establecidos. Sin embargo, una cosa es la legitimidad de la norma jurídica y otra el contenido axiológico de la norma jurídica.

En síntesis, en el derecho se halla un marco abierto a varias posibilidades de interpretación. La norma jurídica literal con sus enunciados, marcará el significado interpretativo. Lo que obliga a dar sentido y alcance a las palabras, no en abstracto, sino en el contexto de aplicación de dicho enunciado¹⁴⁹. El derecho se hallará sustentado en el lenguaje, para guiar, orientar o influir en la conducta de otro. En suma, el derecho es interpretable, en consecuencia, argumentable (teoría estándar de la argumentación de pospositivistas o iusnaturalistas como Atienza o Alexy).

En el tránsito al Estado constitucional, la libertad de expresión se recoge en las declaraciones históricas de derechos de las constituciones, como derecho humano esencial. El poder constituyente será el elemento fundacional que creará esa norma constitucional para originar una institución constitucional. En la propia Constitución se ubicará la libertad de expresión dentro del sistema de derechos y libertades. Cuestión distinta será que el desarrollo y algunos límites de la libertad de expresión provendrán de decisiones realizadas por autoridades. Serán reglas, y no principios. En cambio, la libertad de expresión será derecho perteneciente al ordenamiento jurídico, aunque originado por una decisión constituyente, y caracterizado como fundamental por la Constitución.

lo que se hace (ser) y lo que debería o no debería hacerse (deber ser)”. En Montoro Ballesteros, A.: *op.cit.*, p. 8.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹⁴⁸ “No se nos presenta en su plenitud ontológica como producto aislado del hombre, sino como resultado de un complejo histórico...proceso de validez jurídica”. En *ibidem*, p. 13.

¹⁴⁹ Squella, A.: *op.cit.*, p. 57.

En lo que nos interesa, la libertad de expresión será originado por una decisión constituyente, y caracterizado como fundamental por la Constitución. Además, goza de un nivel máximo de protección. Lo que nos conduce al término derechos fundamentales.

2.2.2. La libertad de expresión como derecho fundamental y libertad pública

Para la RAE, los derechos fundamentales son: “Derechos declarados por la Constitución, que gozan del máximo nivel de protección”, y refieren al sustantivo plural de: “derechos que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, son normalmente recogidos por las Constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior”.

La imprecisión y confusión terminológica del término derechos humanos con el de derechos fundamentales, se constata en el análisis que tiene que ver con la moral y con el derecho. De ahí que, en primer lugar, el objetivo será deslindar el significado derechos humanos de derechos fundamentales. Para ello, Barranco Avilés elabora una útil separación en el *lenguaje de los derechos*¹⁵⁰, tras conjugar los términos aparentemente sinónimos de derechos morales, derechos humanos y derechos fundamentales. La autora aconseja el uso del término derechos humanos a nivel técnico para utilizarse en la filosofía común; a diferencia de derechos fundamentales, pertenecientes al lenguaje del derecho; y, derechos morales como categoría de la filosofía moral. En conjunto, se refiere a una sustantividad perteneciente a los entornos de la moral, la política y lo jurídico, que permite aunarlos en consenso. Tal como recomienda, los derechos fundamentales “suponen un escalón en la evolución de los derechos humanos que pasan por tres etapas”¹⁵¹. Así, de unas primeras exigencias morales o derechos morales a aquellas reivindicables por los seres humanos para sí, para todos y para cada uno de ellos, los derechos humanos; y, necesariamente, transformándose en derechos fundamentales al estar positivados en un ordenamiento jurídico. Esta tesis resulta un buen punto de partida para conciliar los términos moral-humanos-fundamentales. Además de conveniente, para una designación de los derechos fundamentales como derechos humanos presentes en nuestro

¹⁵⁰ Barranco Avilés, M.C.: *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derechos Humanos Universidad Carlos III, Madrid, 1996, p. 76.

¹⁵¹ Barranco Avilés, M.C.: *op.cit.*, p. 77.

ordenamiento y vinculado a unos valores¹⁵². En la misma línea, Peces-Barba¹⁵³ realizaría una aproximación lingüística entre los términos referidos. Por una parte, considera el concepto derechos humanos como una pretensión moral para una vida digna; derechos naturales, a una terminología del iusnaturalismo racionalista que considera los derechos previos al Poder y se imponen a todas las normas del Derecho creado; la concepción derechos públicos subjetivos vinculado a la idea liberal de límites al poder; el término derechos morales con difusión anglosajona, con una connotación iusnaturalista que prescinde de una evolución de la realidad social. Y, por último, el término adecuado en la práctica, los derechos fundamentales. Estos “expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”¹⁵⁴, además, “abierto a esa primera e imprescindible dimensión ética que se pierde con una excesiva orientación constitucionalista o administrativista a la que se reduciría la idea de los derechos... públicos subjetivos”¹⁵⁵.

Respecto los derechos fundamentales, en una justificación de pretensión moral – el por qué– se fundamenta en la idea de dignidad humana y, su condición para esa finalidad –el para qué– en su recepción en el ordenamiento jurídico¹⁵⁶. De este modo, la fundamentación se halla en el nivel moral, a diferencia del concepto, que resulta estrictamente jurídico¹⁵⁷. La expresión preferente será la de derechos fundamentales. Al resultar más precisa, en tanto no incurriría en un reduccionismo iusnaturalista o positivista. Asimismo, hallamos una vinculación a un reconocimiento constitucional, en contraposición a los derechos morales. En consecuencia, Peces-Barba defiende una teoría dualista, donde los derechos fundamentales son¹⁵⁸:

- a) Una pretensión moral justificada, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, matizada por otros conceptos como solidaridad. Aunque sus contenidos han de generalizarse para ser elevados a ley general.

¹⁵² “Derechos morales serían determinadas exigencias éticas que en el sistema moral aparecen con la estructura de derecho derechos. Los derechos humanos serían un tipo de aquellos derechos morales especialmente vinculados a la idea de dignidad que tienen vocación de juridicidad. Los derechos fundamentales constituyen la traslación de los derechos humanos al Ordenamiento jurídico español”. En Barranco Avilés, M.C.: *op.cit.*, p. 79.

¹⁵³ Peces-Barba Martínez, G. (colaboración De Asís Roig, R.; Barranco Avilés, M.C.): *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 19-29.

¹⁵⁴ Peces-Barba Martínez, G. (colaboración De Asís Roig, R.; Barranco Avilés, M.C.): *op.cit.*, p. 28.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 28.

¹⁵⁶ “La comprensión se produce con una respuesta adecuada al por qué y al para qué de los derechos”, En *ibidem*, p. 30

¹⁵⁷ “Los derechos fundamentales son una forma de integrar justicia y fuerza desde la perspectiva del individuo propio de la cultura antropocéntrica del mundo moderno”. En *ibidem*, p. 31.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 44-47.

- b) Un subsistema inserto en el sistema jurídico, ya que la pretensión moral justificada es incorporada a una norma que obliga a unos destinatarios correlativos de sus obligaciones jurídicas. Atribuyendo un derecho subjetivo a unos titulares, tanto libertad o inmunidad.
- c) Una realidad social, al estar condicionados en su existencia por factores extrajurídicos que favorecen, dificultan o impiden la efectividad de los mismos.

Con esta concepción de los derechos fundamentales, con un significado dualista, se promueve caracterizar a los derechos humanos como previos al derecho positivo y al poder. No obstante, los derechos fundamentales se ubicarían vinculados a la idea de derechos constitucionales. En modo análogo, Prieto Sanchís parece preservar el uso del término derechos fundamentales para los contextos jurídicos y aludir a los derechos humanos para vertientes éticas; a pesar de ello, mantiene una delimitación entre los términos¹⁵⁹. Como dato relevante, conviene subrayar que Prieto Sanchís estima que los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que aparecen en normas constitucionales, a consecuencia de ello, el término fundamentales resultaría ser sinónimo de constitucionales. Por consiguiente, la libertad de expresión será un derecho fundamental en nuestro marco jurídico-constitucional. Se atribuye un derecho subjetivo de libertad. Además, según la teoría dualista, la libertad de expresión sería una pretensión moral justificada incorporada a una norma jurídica. La libertad de expresión aparece en las normas constitucionales y se fundamenta en la idea de dignidad humana.

Por otro lado, como reseña, la teoría previa se incluiría dentro de la corriente del neoconstitucionalismo y sirve como modelo del Estado constitucional de Derecho. Un marco jurídico-político que se inscribe en el constitucionalismo de los derechos ofrecido, entre otros, por Prieto Sanchís. Sus rasgos son:

- a) La fuerza normativa de la constitución como norma suprema. El “Estado (neo) constitucional postula la fuerza normativa de la Constitución, concebida metafóricamente (pero con indudable trascendencia práctica) como un pacto originario nacido del poder constituyente y vinculante para todos”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ En el plano del ser (vertiente jurídica), serían derechos subjetivos; en cambio, en el plano del deber ser (filosofía moral), los derechos humanos serían universales, inalienables y absolutos.

¹⁶⁰ Prieto Sanchís, L.: *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 25.

- b) Una re-materialización constitucional, “los estándares de moralidad ya no están presentes solo en la aplicación de las normas que hacen uso de los mismos, sino también en la identificación de las propias normas. La moral... se revela entonces como parámetro, no ya de la justicia sino de la propia validez de las demás normas”¹⁶¹.
- c) La garantía judicial y aplicación directa de la Constitución. “Esto es, los derechos fundamentales y las demás cláusulas materiales no se presentan solo como condiciones de validez de las leyes, sino como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida social, incluidas por ejemplo las relaciones entre los particulares”¹⁶².
- d) La rigidez constitucional.

En este modelo neoconstitucionalista, la validez o identificación de una norma se adecua a principios sustantivos¹⁶³. Solo lo dejaremos apuntado, sin realizar ninguna otra valoración.

A modo de recapitulación, los derechos fundamentales se convienen en un momento u acontecimiento histórico por una comunidad de ciudadanos libres en ejercicio de su poder constituyente. Tal como hemos apuntado, la historia del pensamiento configuró determinadas exigencias como la libertad y la igualdad. Siendo en la actualidad, piezas esenciales para la dignidad humana¹⁶⁴. Así, a través de la fórmula constitucional del Estado, como democrático y social de derecho, los derechos fundamentales ya no son exclusivamente limitadores al poder, sino también fines de la acción de estatal (multifuncionalidad de los derechos fundamentales).

En la práctica, el valor como norma de la Constitución, con su eficacia vinculante y su inmediata aplicabilidad jurídica, nos permitirá entender la constitucionalización de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico¹⁶⁵.

¹⁶¹ Prieto Sanchís, L.: *op.cit.*, p. 26-27.

¹⁶² *Ibidem*, p. 28.

¹⁶³ Más concretamente, “la identificación de las normas en algunos sistemas puede requerir una apelación a conceptos morales que, a diferencia de los hechos evidentes, reclama a su vez el desarrollo de un razonamiento práctico”. En *ibidem*, p. 55.

¹⁶⁴ Bea, E.: “Los derechos humanos”. En De Lucas, J (Coord.): “*Introducción a la teoría del derecho*”, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1994, pp. 380-381.

¹⁶⁵ “El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales... son las decisivas para definir el modelo

Los derechos fundamentales expresan una moralidad básica y una juridicidad. Se justifican en la pretensión moral fundamentado en la dignidad humana -enraizada en las ideas de libertad e igualdad-. Para ello, se incluye en los ordenamientos jurídicos, a través de las Constituciones. Por tanto, la libertad de expresión formará parte del subsistema incluido en un sistema jurídico, pues la pretensión moral justificada se incorpora a una norma constitucional que obliga a unos destinatarios. Además, como derecho subjetivo atribuye a sus titulares, un espacio de libertad e inmunidad. En esencia, la libertad de expresión como pretensión moral aparece incluida en las normas constitucionales y se fundamenta en la dignidad humana.

2.2.3. Un esbozo filosófico-histórico al constitucionalismo de los derechos

El constitucionalismo como corriente de pensamiento pertenece históricamente a la Edad Moderna¹⁶⁶. A todas luces, el constitucionalismo como tal, se consolida en el proceso de formación del Estado europeo moderno, como *proyecto* encaminado a la limitación de los poderes públicos y la consolidación de esferas de autonomía garantizada por normas. Los acontecimientos históricos —en especial, la Revolución Francesa—, junto a las corrientes del pensamiento filosófico —entre otras el pensamiento ilustrado y liberal, representado por Rousseau— consiguen arrumbar el Antiguo Régimen. Construyendo, así, una sociedad donde la Constitución es presentada como un acto. En efecto, “ya no podrá ser representada solo como la norma fundamental de un cuerpo político garante de sus equilibrios internos”¹⁶⁷. Dicho eso, como puso de relieve Fioravanti, el constitucionalismo de la época liberal hasta la ruptura de los años veinte del siglo XX “busca el límite de la garantía, pero también de la seguridad y la estabilidad”¹⁶⁸, alejándose de un constitucionalismo revolucionario donde domina una incontrolada voluntad general.

La idea de gobernar conforme a una moderación, prevaleciendo un interés común –igual– sobre los intereses propios, fue afianzándose progresivamente. En otras palabras, el motivo era gobernar conforme a la máxima del principio de igualdad de la ciudadanía.

constitucional de sociedad”. En Pérez Luño, A.E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 1998, p. 19.

¹⁶⁶ “El constitucionalismo nace junto al propio Estado moderno para controlar, limitar y encauzar mediante reglas los poderes públicos, que a partir del siglo XIV comenzaron a situarse en una posición central sobre el territorio”. En Fioravanti, M.: *op.cit.*, p. 17.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 18.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 20.

En consecuencia, se inicia un proceso de configuración de Constituciones construidas sobre ámbitos de poder estables, “sobre los dos principios fundamentales de la *aequabilitas* y de lo *firmitudo*”¹⁶⁹.

Los modelos constitucionales inglés y francés representan un punto de referencia obligado para una contextualización. Pues hasta ese momento, predominaba la Constitución mixta. En ese proceso, donde la Constitución era un patrimonio histórico racional, se origina la idea de que el pueblo puede existir sin el rey, y no a la inversa. Tras la obra de Jean Bodin *Les six livres de la République*, el plano de la soberanía se sitúa de forma distinta: “Francia tiene una monarquía que gobierna de modo mixto y templado”¹⁷⁰. Se inicia, por primera vez, un derrumbe del constitucionalismo primigenio, a través del principio de la soberanía. Al mismo tiempo, resulta representativa una nueva dimensión de la libertad política con la célebre obra *L’Esprit des Lois* de Montesquieu. Estimaba que la libertad queda garantizada por una ley común positiva con un nexo “entre la tutela de los derechos y la forma moderada de gobierno”¹⁷¹. Una reconstrucción del modelo constitucionalista, como algo opuesto a todo despotismo acontecido históricamente. En esa misma línea, se proyecta el pensamiento de William Blackstone en Inglaterra. Ambos, tanto Montesquieu como Blackstone, rechazaban la idea de un consenso popular de cuño democrático¹⁷².

Tras los acontecimientos dramáticos acontecidos en 1649, y la condena de muerte del Rey, además de la abolición de la Cámara de los *Lords* en Inglaterra, se perciben novedosas ideas de ruptura. Entre ellas, sobresalen las de Thomas Hobbes con su obra *Leviatán*. El interés por los equilibrios y los límites en el orden político, dan paso a un artificio de la representación de un pueblo. Es decir, “la tarea del constitucionalismo será casi exclusivamente la de mantener la generalidad de esta voluntad, de suerte que no se privilegie ninguna voluntad particular”¹⁷³. Para garantizar esa generalidad debía crearse esa igualdad originaria o voluntad general, desprendida más claramente del *Contrato social* de Jean-Jacques Rousseau. Al entrar en juego el principio democrático, en cuyo

¹⁶⁹ Fioravanti, M.: *op.cit.*, p. 22.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 28.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 28.

¹⁷² “El propio Montesquieu designaba como igualdad extremada debía ser combatida por el constitucionalismo”. En *ibidem*, p. 30.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 32.

caso, el pueblo resulta soberano ante una cierta desconfianza de sus gobernantes¹⁷⁴. Este constitucionalismo revolucionario demanda no solo una ley general y abstracta, sino que el poder soberano fuese del pueblo para disponer de la propia Constitución. O sea, la propia problemática entre democracia representativa y democracia directa, que osciló en el período de la Revolución Francesa.

El perfeccionamiento del estado de naturaleza previsto por Hobbes, con probabilidad se alcanzó con la obra de John Locke, *Dos tratados sobre el gobierno*. Ya que se percibe una faceta proclamada en la propia Revolución Francesa, la conservación de los derechos individuales. Para Locke, aunque sea supremo el poder legislativo, debe estar en “realidad limitado, precisamente porque no nace para hacer nacer los derechos, sino sencillamente para perfeccionar su tutela, presuponiendo su esencial preexistencia”¹⁷⁵.

Finalmente, el punto álgido se alcanza con el filósofo Immanuel Kant. Este autor idea el camino a la vía de la Constitución republicana, al aunar las doctrinas de Locke, Hobbes y Rousseau. Enumera un conjunto de principios para la Constitución: el primero de ellos, el principio de libre búsqueda de la felicidad por parte de cada uno de nosotros mientras no entre en conflicto con otros. Este punto resulta trascendental, ya que “considera que el límite al ejercicio de los derechos de libertad solo puede ser establecido por ley, y no para fijar una dirección, una finalidad a la que habrían de tender los individuos, sino solo para garantizar la misma libertad para todos”¹⁷⁶. El segundo principio es el de igualdad ante la ley. Como expresión de un principio de soberanía para la garantía de los derechos. Y, el tercero, en el terreno de la forma de gobierno, debe basarse en el principio de la separación de poderes.

Obviamente, debe señalarse que, entre la Revolución Francesa y la Revolución Americana, el constitucionalismo se articuló distintamente. Ya que la francesa surgía como un nuevo poder¹⁷⁷; en cambio, en la americana, se producía una vinculación entre poder constituyente y supremacía constitucional con un gobierno limitado.

¹⁷⁴ “Ninguna ley fundamental, ninguna constitución podía oponerse al pueblo soberano que pretendía expresar la voluntad general”. En Fioravanti, M.: *op.cit.*, p. 34.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 35.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹⁷⁷ En el constitucionalismo de la Revolución Francesa hay “una tendencia más acentuada a atribuir la declaración y la garantía de los derechos a la fuerza de la ley, conforme al gran y potente mito de la ley general y abstracta”. En *ibidem*, p. 39.

2.2.4. La constitucionalización de los derechos fundamentales, entre ellos, la libertad de expresión

Por lo expresado en los párrafos anteriores, resulta complejo determinar en qué momento exacto comienza la revolución constitucional, aunque suele escogerse la fecha de la Gran revolución liberal inglesa el 1688, al suponer un fortalecimiento del parlamentarismo junto a la llegada de importantes documentos constitucionales¹⁷⁸. Dicho esto, algunos autores consideran que las revoluciones francesa y americana supusieron el verdadero arranque del nuevo concepto de constitucionalismo -así lo expresamos en el punto anterior-. Se puede señalar que el momento histórico británico siguió vías diferentes a las revoluciones de otros Estados del continente europeo. Dicho lo cual, el *Bill of Rights* de 1689 incorporó la libertad de expresión en los debates de los procedimientos parlamentarios, o el *Trianal Act* de 1694 que obligó a convocar elecciones al Parlamento. Con todo, en la Revolución Americana surgió uno de los fundamentos conceptuales del constitucionalismo moderno¹⁷⁹ y un catálogo de derechos individuales. En esencia, se comienza a garantizar la libertad individual respecto las intervenciones estatales. Precisamente comienzan a establecerse las reglas de Gobierno en documentos, lo que conllevó la redacción de Constituciones escritas. Por destacar, la Constitución de 1791 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 inspiraron a las posteriores Constituciones, como la española de Cádiz.

Hay que hacer notar que, tras las declaraciones revolucionarias del siglo XVIII. se consagra constitucionalmente, entre el conjunto de derechos fundamentales, la libertad de expresión frente al Estado –con un sentido negativo–. Esto es mediante una no injerencia en la opinión o actividad de los sujetos privados. Sin embargo, no fue hasta las Constituciones de después de la Segunda Guerra Mundial que se observa una transformación de nuevos modelos del constitucionalismo. Pues, se construyen desde el prisma democrático bajo el signo de una Constitución normativa.

El período de implantación del liberalismo como orden político transcurre entre el 1750 y 1850, aproximadamente. En este período se gesta, poco a poco, una libertad en términos de reconocimiento a los ciudadanos de un espacio ajeno de intromisión de los

¹⁷⁸ Alude a un nuevo tipo de Monarquía más limitada y señala documentos como el *Habeas Amendment Act*, el *Bill of Rights*, o la *Trianal Act*. En González-Hernández, E.: *La «revolución constitucional». Breve compendio de historia constitucional europea en perspectiva comparada*, CEPC, Madrid, 2019, pp. 41-42.

¹⁷⁹ “En el caso de los Estados Unidos sería una imperdonable omisión olvidar el fundamentalismo papel de los *Covenants* y de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, pues plasmaron el principio de legitimación popular del Gobierno”. En González-Hernández, E.: *op.cit.*, p. 55.

poderes públicos, sin que todavía se salvaguardasen con un reconocimiento como derecho fundamental. En este punto, la libertad como disfrute de los derechos personales expuesta en esa visión teórica de Constant fue un punto de partida a ese respeto de la autonomía individual¹⁸⁰. Y, por otra parte, se impone una reordenación en la separación de poderes, aunque no entendida como a día de hoy.

El paso inicial a la constitucionalización de los derechos fundamentales se produce cuando adquieren una relevancia constitutiva para la totalidad del sistema constitucional¹⁸¹. En un doble valor: un valor supremo normativo y el desarrollo del hombre, “garantizándole el status de libertad”¹⁸². Como hemos puesto de relieve, en el apartado relativo a los derechos fundamentales, las Constituciones tutelan determinados bienes jurídicos que con anterioridad eran valores o principios. Sin adentrarnos en la función social de los derechos fundamentales¹⁸³, subsiste una relación de recíproco condicionamiento o complementariedad entre los derechos fundamentales, no solo con referencia al individuo titular de los derechos, sino en el conjunto de bienes jurídicos. Häberle considera que para que los valores asignados al individuo no sean amenazados requieren la existencia de un Derecho penal sustantivo y procesal¹⁸⁴. El mismo ejercicio a la libertad de expresión, sino estuviera protegido por leyes penales y procesales idóneas para prevenir abusos, perdería su propio carácter. Sería únicamente un valor formal, sin poder ejercerse efectivamente. El mismo autor pone de relieve que “toda forma de ejercicio individual de un derecho fundamental es un elemento vital del conjunto”¹⁸⁵. Además, los derechos fundamentales, tras el paso del pensamiento liberal, son fundamento funcional de la propia democracia. Garantizando con ello, la libertad en el Estado. No solo, la importancia para la vida política de cualquier ciudadano, sino para asegurar su vida privada. Es decir, los derechos fundamentales protegen “esferas privadas de la vida individual y social en sí y para sí; las protegen al mismo tiempo como presupuestos de la vida política”¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Blanco Valdés, R.: *La construcción de la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, p. 19.

¹⁸¹ Según Häberle, “los límites y el contenido de los derechos fundamentales deben ser determinados mediante una visión de conjunto”. Häberle, P.: *op.cit.*, p. 56.

¹⁸² *Ibidem*, p. 55

¹⁸³ “El abandono de una visión unilateral de la libertad como derecho individual, y sobre todo de una concepción de tipo liberal e individualista de los derechos fundamentales”. En *ibidem*, p. 60.

¹⁸⁴ “Sin las normas penales que tutelan la seguridad del Estado y la Constitución, «la existencia de la comunidad» (*Bestand der Gemeinschaft*), que, a su vez, tiene carácter constitutivo para los derechos fundamentales, estaría amenazada”. En *ibidem*, p. 67.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.68.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.74.

En definitiva, la Constitución se funda y se legitima en y con la libertad. Por ello, la concurrencia entre individuo y comunidad, y la tutela de intereses privados y públicos derivaran en los límites a los derechos fundamentales.

2.2.5. La libertad de expresión en la Constitución Española de 1978

La libertad de expresión es una de las libertades más complejas y problemáticas¹⁸⁷. Al fin y al cabo, no es concebible un sistema de convivencia democrático sin un amplio reconocimiento a esa libertad para expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones. Después de los derechos de la personalidad se recogen en el texto constitucional, las distintas libertades públicas. En concreto, se recoge la libertad de expresión en el art. 20 CE. Y, tiene por objeto la protección de dicha libertad en sus diversas manifestaciones¹⁸⁸. Debe señalarse, de inicio, que el entramado de derechos que integran la libertad de expresión deriva de una trascendencia institucional. En palabras de Espín: “Esta relevancia institucional de la libertad de expresión en un sistema democrático le otorga un carácter preferencial entre los diversos derechos reconocidos en nuestra carta constitucional”¹⁸⁹. Esta trascendencia institucional o posición preferente en relación a otros bienes y derechos constitucionales, al igual que la libertad de información, “deriva de su imbricación con la opinión pública como bien jurídico protegido... que exige el flujo libre y el contraste de ideas”¹⁹⁰. Junto a ello, también se constata con diferentes objetos, dado que por una parte es un derecho complemento para el propio desarrollo de la propia persona conectado con la libertad ideológica; y, por otra parte, como un derecho de naturaleza relacional como complemento de los derechos de participación política.

Por ello, son derechos que se ejercen en el contexto social, o lo que es lo mismo, tienen relación con la comunidad política¹⁹¹. Como reconoce el TC, “no son solo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de

¹⁸⁷ Sánchez Agesta, L.: *Sistema político de la Constitución Española*, Editoriales de Derecho Reunidas-Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, p. 146.

¹⁸⁸ Un mayor detalle, vid. Ruíz Robledo, A.: *Compendio de Derecho Constitucional Español*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 368-374.

¹⁸⁹ Espín, E.: “Lección 12. Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información”. En *VVAA.: Derecho Constitucional*. Volumen I, 11º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 254.

¹⁹⁰ Montilla Martos, J.A.: “Capítulo XIX”. En Balaguer Callejón, F. (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*. Volumen II, 14º, Tecnos, Madrid, 2019, p. 230.

¹⁹¹ “Estas libertades son los derechos fundamentales más sensibles y «peligrosos» para el poder político y, por tanto, esenciales para un sistema democrático”. En Cotino Hueso, L.: “El principio de igualdad. Derechos y libertades fundamentales, derechos sociales y otros derechos constitucionales”. En Castellà Andreu, J.M (edit.): *Derecho Constitucional Básico*, 4º ed., Huygens, Barcelona, 2018, p. 481.

una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”¹⁹².

En el reconocimiento de las libertades públicas, se distingue: por un lado, en el art. 20.1.a) a la libertad de expresión; y, por otro, en el art. 20.1.d) a la libertad de información. La libertad de información se proyecta sobre hechos, a diferencia de la libertad de expresión que son juicios de valor¹⁹³. Por supuesto, “ya que todos somos titulares de estas libertades, también a cualquier ciudadano puede exigírsele la responsabilidad por el ejercicio de las mismas y el cuidado y diligencia”¹⁹⁴.

Si bien, *a posteriori*, afrontaremos esta cuestión con mayor detalle. En relación a la cuestión del natural conflicto con otros derechos como los del art. 18 CE¹⁹⁵ o bienes constitucionales como la seguridad pública, Cotino Hueso¹⁹⁶ propone una serie de pasos: el primero de ellos, será la distinción del contenido conflictivo si afecta al ejercicio de la libertad de expresión (límites son menores, aunque no está protegido el insulto) o libertad de información (límites más amplios). En segundo lugar, si concurre alguna exención de responsabilidad por lo expresado o informado, por ejemplo, un reportaje neutral que no hace sino reproducir lo de un tercero o, cuando corresponde a la libertad de información y se transmite información veraz –diligencia del informador en esa búsqueda de la verdad-. En tercer lugar, el enjuiciamiento (ponderación) de lo expresado o informado si está o no dentro del contenido constitucional protegido por alguna de esas libertades, en este caso, el juicio sobre la relevancia pública del asunto o el contexto de lo expresado e informado o la finalidad e intención del mensaje (los elementos del contexto para inclinar

¹⁹² STC 12/1982, de 31 de marzo.

¹⁹³ “No obstante, es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión. Por ello, el TC, aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del art. 20, al elemento que en ellos aparece como preponderante”. En Núñez Martínez, M.: “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española”, *Revista derecho UNED*, 2008, p. 291.

¹⁹⁴ Cotino Hueso, L.: *op.cit.*, p. 486.

¹⁹⁵ Un estudio dogmático sobre el derecho del honor, vid. Salvador Coderch, P (dir.): *El mercado de las ideas*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1990, pp. 56-61.

¹⁹⁶ Cotino Hueso, L.: *op.cit.*, pp. 486-488.

la balanza). Y, por último, si lo expresado o informado era necesario para su finalidad y contribución para la formación de la opinión pública libre¹⁹⁷.

De forma parecida, Nuñez Martínez¹⁹⁸ siguiendo la jurisprudencia del TC, considera que debe prevalecer la libertad de información si se cumplen estos requisitos: veracidad de la información; personalidad pública o implicación en asuntos de relevancia pública de las personas implicadas; que la información vertida sobre las personas implicadas sea considerada de interés general.

La expresión o difusión de las ideas y opiniones deben ser libres, sin que quepa ninguna restricción por parte del Estado, pues, hablaríamos de una censura previa prohibida. Como derecho fundamental, implica el reconocimiento de las máximas garantías, así como su tutela mediante un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y el amparo¹⁹⁹ constitucional ante el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, respecto a las nuevas tecnologías (prestadores intermediarios, plataformas de contenidos y redes sociales), el “punto de partida en cualquier caso es que cualquier usuario puede emitir contenidos susceptibles de ser protegidos por las libertades informativas por cuanto tengan interés público. Del mismo modo, cualquier usuario ha de ser responsable de la constitucionalidad y licitud de los contenidos que emite”²⁰⁰.

En un trabajo de hace ya unos años de Solozábal Echavarría, se citan los aspectos nucleares o esenciales de la libertad de expresión²⁰¹. Ya de inicio, la libertad de expresión dispone de dos dimensiones que son propias de todo derecho fundamental, por un lado, ligado a la dignidad humana “son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma constituyendo el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del *status* jurídico del individuo”²⁰². Además de este plano subjetivo, poseen una “dimensión objetiva, ya que constituyen elementos, asimismo imprescindibles, de orden jurídico general”²⁰³. Pese que

¹⁹⁷ Vid. SSTC 105/1990, de 6 de junio; o, 15/1993, de 18 de enero.

¹⁹⁸ Nuñez Martínez, M.: *op.cit.*, pp. 302-303.

¹⁹⁹ Vid. Oliver Araujo, J.: *El recurso de amparo*, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 1986.

²⁰⁰ Cotino Hueso, L.: *op.cit.*, p. 490.

²⁰¹ En el fondo se menciona la caracterización individual o institucional que se le confiere. En palabras del autor, “el interés de la indagación sobre la verdadera naturaleza de los derechos a una comunicación libre no se agota, como ocurre con todo ejercicio verdaderamente teórico, y no meramente especulativo o artificial, en sí mismo, esto es, no se justifica reflejamente, sino por su contribución a la comprensión del régimen efectivo de dichos derechos”. En Solozábal Echavarría, J.J.: La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales, *Revista española de derecho constitucional*, nº 32, 1991, p. 76.

²⁰² Solozábal Echavarría, J.J.: *op.cit.*, p. 78.

²⁰³ *Ibidem*, p. 78.

pueda resultar incómoda para los poderes públicos o rebase la moralidad o ética, se trata de un requisito imprescindible de la democracia. Se objeta por el autor, que una insistencia en su dimensión política lleva a olvidar el verdadero sentido. “Se trata de derechos de libre configuración de su titular, que puede orientarlos al debate político, pero solo si ésta es su voluntad. Son derechos negativos, en efecto, en la medida en que su núcleo básico de libre configuración está acompañado por una protección frente a injerencias o restricciones del Estado; por eso en ese sentido, y en cuanto no se haga injusticia a su verdadero carácter, se trata de derechos de defensa”²⁰⁴.

El TC parece haber acogido ambas dimensiones, opinión pública libre sin injerencias. A modo de ejemplo, en la STC 6/1981 de 16 de marzo, se afirma, en el FJ 3º, que “garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad”. Y, en el FJ 4º, “es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la ley, e incluso frente a la propia ley en cuanto esta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite”.

Tanto la libertad de expresión, en sentido estricto, como la libertad de información pueden, y así ocurre en numerosos casos, colisionar con otros derechos e intereses.

Por otra parte, a través del art. 10.2 CE²⁰⁵, se otorga rango constitucional a determinados derechos y libertades proclamados en los Tratados Internacionales. La libertad de expresión consagrada en la Constitución permitirá establecer una conexión con otros Convenios y Tratados internacionales sobre esta materia, en los que sea parte España. Igualmente, se obliga a interpretar los correspondientes preceptos sobre la libertad de expresión y discurso de odio en el ámbito internacional, de acuerdo con su contenido. Constituirá una fuente interpretativa de gran valor, no como canon autónomo de validez de las normas o canon de constitucionalidad, pero sí una contribución a la mejor identificación del contenido de la libertad de expresión. Los tratados han de estar

²⁰⁴ Solozábal Echavarría, J.J.: *op.cit.* pp. 103-104.

²⁰⁵ Vid. Aparicio Pérez, M.A.: “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces para la Democracia*, 6, 1989, pp. 9-18.

publicados oficialmente en España para su consideración como parte del ordenamiento jurídico interno a efectos interpretativos.

Por precisar algunos textos internacionales sobre derechos humanos utilizados por el TC en su labor hermenéutica: la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), Nueva York, con fecha 10 de diciembre de 1948; Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 27 de abril de 1977. (BOE nº 103, de 30 de abril de 1977); Protocolo facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de adhesión de 25 de enero de 1985. (BOE nº 79, de 2 de abril de 1985); Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977. (BOE nº 103, de 30 de abril de 1977); Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 260 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1948. Instrumento de adhesión de 13 de septiembre de 1968. (BOE nº 34, de 8 de febrero de 1969); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, hecha en Nueva York, adoptada por la resolución 2106 A (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 7 de marzo de 1966. Instrumento de adhesión de 13 de septiembre de 1968. (BOE nº 34, de 8 de febrero de 1969); Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979 (BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979). Conviene tener presente, además, que este Convenio tiene a su vez cómo intérprete al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ello es habitual que el Tribunal Constitucional se remita a la jurisprudencia del mismo para aclarar el contenido y los límites de los derechos y libertades; Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952. Instrumento de ratificación de 27 de noviembre de 1990 (BOE nº 11, de 12 de enero de 1991); etc.

En el art. 20.4²⁰⁶ se recogen los límites a la libertad de expresión que el constituyente consideró necesarios. En capítulos sucesivos se tratará con detalle.

En el art. 20.1d) se reconoce y protege el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión, a distinción del art. 20.1.a) que se reconoce el derecho a expresar y difundir libremente opiniones. Con el art. 20.1.d) hacemos mención a la libertad de información²⁰⁷. Esta también tiene el problema de la determinación de los límites. Ciertamente, también el honor de las personas, en la práctica, es el que más veces se sitúa como límite de aquella²⁰⁸.

A juicio de Muñoz Machado, la operación de la jurisprudencia española, ante esas colisiones entre libertad de información y honor de una persona, “ha consistido en convertir a la libertad de información en una libertad preferente, dotándola de un núcleo resistente y constitucionalmente indeclinable”²⁰⁹. Para ello, en esa delimitación del contenido mínimo irresistible, se diferencia lo público de lo privado, y, se constituyen los límites internos que conforman ese núcleo. “Se usan aquí dos puntos de referencia: uno objetivo, la verdad; y otro subjetivo, la actitud del informado hacia la verdad, para determinar si se ha producido una indagación honesta y diligente sobre la misma”²¹⁰. Dado que la verdad absoluta es difícilmente alcanzable. En opinión de este autor, no puede resolverse siempre utilizando el método de *balancing* o contrapeso, sino que debe resolverse “verificando, antes de nada, si la libertad de información ha sobrepasado o no los límites de su ejercicio lícito y preferente”²¹¹. Sin restar importancia a la inaplicación de los límites ordinarios en el caso de difusión de opiniones. Es la clásica distinción entre enunciados de hecho más característico de la libertad de información y puras opiniones

²⁰⁶ Las limitaciones expresas del 20.4 “no son una invitación para que esta quede desprovista de la utilidad que la justifica según el criterio subjetivo de los gobernantes o de los jueces, sino una objetivación de una técnica interpretativa que exige ponderar caso por caso en qué medida está justificada la limitación”. En Revenga Sánchez, M.: “Artículo 20”. En Muñoz Machado, S. (ed.): *Comentario mínimo a la Constitución Española*, Crítica, Barcelona, 2018, pp. 93-94.

²⁰⁷ Un carácter más institucional. Ya que “en el derecho a la información las actividades garantizadas son múltiples: preparación, elaboración, selección y difusión de la información o noticias”. En Solozábal Echavarría, J.J.: *op.cit.*, p. 81.

²⁰⁸ “Cuando el honor o fama de las personas es tocado o desplazado por una noticia, el ciudadano afectado puede usar métodos penales o civiles para reponerlo en su lugar”. En Muñoz Machado, S.: *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 13.

²⁰⁹ Muñoz Machado, S.: *op.cit.*, pp. 148-149.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 149.

²¹¹ *Ibidem*, p. 150.

característico de la libertad de expresión, aunque en ocasiones se entremezclan²¹². Por otro lado, Muñoz Machado justifica (no en el caso de opiniones) “que cuando se informa sobre asuntos o personas públicas el honor es un límite que solo actúa cuando la noticia es falsa y el informador difunde la falsedad a sabiendas o sin preocuparse de indagar la verdad”²¹³. Como recuerda el propio autor, no lesionará el honor (exento de responsabilidad) pero podrá suponer un quebranto a la intimidad. En las opiniones, los límites estarán en los insultos o en el empleo, sin base factual, de un lenguaje ofensivo, injurioso o injustificado. Al igual que la protección a la libre información cederá ante el honor, cuando las formas de lenguaje no “constituyan formas útiles de expresar ideas y, además, sus destinatarios son personas públicas”²¹⁴. Esto es no se impide un lenguaje duro e hiriente en la información, si cumplen con esa finalidad anterior. El TC ha ido formulando declaraciones robustas²¹⁵ sobre los límites a la libertad de información y sus relaciones con otros derechos. Pues, al igual que del derecho a la libertad de expresión, el derecho a comunicar y recibir información veraz garantiza la formación de una opinión pública libre, garantía que será condición previa para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de una sociedad libre y democrática. Consecuencia de ello, será la posición preferencial que la doctrina constitucional ha reconocido, o al menos una posición singular. Por ese motivo, “antes de proceder al balanceamiento, [requiere] valorar si el derecho ha sido ejercicio dentro del ámbito o de los límites hasta donde se extiende la protección constitucional especial”²¹⁶. Entre los elementos ponderativos que se han manejado por parte de la jurisprudencia constitucional o del Tribunal Supremo (adelante TS), estará el ánimo subjetivo o diligencia del informador; y, la buena fe (derivada de la misma la doctrina de los reportajes neutrales). La doctrina de los reportajes neutrales permitió excluir de responsabilidad criminal, dado el ejercicio del derecho preeminente de informar, cuando el reportaje o información se limita a reproducir lo que otros han dicho²¹⁷.

²¹² “Si el límite de la veracidad operara respecto de las opiniones, se llegaría a la consecuencia de que la libertad de información solo podría usarse para la divulgación de hechos, pero no de opiniones. Esta rebaja no está admitida, sin embargo, en la Constitución”. En Muñoz Machado, S.: *op.cit.*, p. 158.

²¹³ *Ibidem*, pp. 158-159.

²¹⁴ *Ibidem*, p.159.

²¹⁵ A pesar de que se expresó en el año 1988, parcialmente “faltan en la jurisprudencia valoraciones constitucionales sobre el papel exonerante de la verdad y las modulaciones con que este límite debe entenderse”. En *ibidem*, p. 170.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 174.

²¹⁷ Vid. STC 159/86, de 12 de diciembre (caso Egin), donde prima el interés de la libre información.

2.2.6. ¿La libertad de expresión se puede considerar libertad pública y/o derecho fundamental?

En atención a la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, observamos que la acepción constitucional *libertades públicas* como categoría jurídica independiente a derechos fundamentales no resulta para nada clarificadora. Sobre todo, se predica que ambas categorías son prácticamente similares, tanto en ubicación (Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE), como en su protección jurídica. Así y todo, en línea a la tesis de la profesora Sánchez Ferriz “creemos oportuna su distinción”²¹⁸ o, al menos, subrayar las características que las hace categorías jurídicas independientes.

En los inicios del estudio del concepto de libertad pública por parte de la doctrina constitucional francesa, los factores para una distinción con los derechos fundamentales, giraban en torno a su carácter negativo frente a prestaciones positivas, junto a una dimensión colectiva de estas libertades. Con posterioridad, se afirmaba que los derechos positivados –protección en el ordenamiento jurídico–, a excepción de los derechos sociales, eran libertades públicas. Ambos planteamientos no resuelven de forma definitiva tal distinción. Como pone de relieve Sánchez Ferriz: “Tal interpretación no parece, sin embargo, poder trasladarse, sin más, a nuestro constitucionalismo que tradicionalmente ha considerado las libertades públicas como un grupo particular de los derechos constitucionalmente reconocidos solo después de una larga reivindicación por los más progresistas de los grupos políticos”²¹⁹. Según esta óptica, hace referencia a los derechos de la primera y segunda generación –en especial esta–, tras considerar los postulados del constitucionalismo liberal. Se conciben, de este modo, unos instrumentos o derechos *pre-políticos* para encauzar una emancipación de la sociedad civil sobre los poderes públicos. O sea, un proceso intercomunicativo abierto y convergente, en el sentido *habermasiano*. Unos derechos-libertad que, sin alcanzar una repercusión externa al titular, “se ejercen con relación a los demás aunque no necesariamente en forma colectiva”²²⁰.

²¹⁸ Sánchez Ferriz, R.: *Estudio sobre las libertades*, 2º ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 214.

²¹⁹ Sánchez Ferriz, R.: *op.cit.*, p. 221.

²²⁰ *Ibidem*, p. 223.

De esta manera, a la hora de distinguir libertades públicas de derechos fundamentales, se atendería a las peculiaridades de las libertades públicas, expuestas en la obra *Estudios sobre las libertades* de Sánchez Ferriz:

- a) Las libertades públicas son derechos cuyo reconocimiento molestan o no resultan grato al poder. Manifiestan ese doble carácter de libertad individual y social, al oponerse “pública y activamente frente al poder político, frente al Estado, lo que permite distinguirlas de las libertades a ejercer en relación con los particulares o frente al poder público pero sin adoptar posición activa alguna”²²¹.
- b) Las libertades públicas son categorías intermedias entre derechos individuales y derechos políticos. En suma, “son expresión inmediata de la sociabilidad humana”²²². En el sentido de instrumentos que “no buscan la conformación de la voluntad del Estado, sino la expresión de la sociedad subyacente al Estado”²²³.
- c) Las libertades públicas incluyen fines o carga política. Su mismo origen como libertades concretas individuales (prensa, cátedra, expresión) o colectivas (reunión y asociación) promulgaba un cambio de las instituciones. A juicio de la autora, “se ejercen exteriorizándose, en forma activa”²²⁴. De ahí que, con rotundidad, sea un parámetro para discernir si hablamos de una democracia.
- d) Las libertades públicas se reconocen con límites en su ejercicio.

Si pensamos en la libertad de expresión, parece que las características consubstanciales de las libertades públicas se dan. Por una parte, es un derecho que molesta al poder y se exterioriza activa o políticamente. Por otro lado, podría integrarse tanto como derecho individual como derecho político. Y, por último, se reconoce con límites en su ejercicio.

En suma, Sánchez Ferriz apunta a un régimen jurídico de las libertades públicas aislado respecto a la categorización de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, considera que se manifiesta “en sus sujetos, en el bien o bienes jurídicos protegidos, en su regulación, siempre delimitada (no solo por las leyes de desarrollo sino también por la Constitución), en sus garantías o protección y, por último, en su suspensión”²²⁵.

²²¹ Sánchez Ferriz, R.: *op.cit.*, p. 223.

²²² *Ibidem*, p. 225.

²²³ *Ibidem.*, p. 226.

²²⁴ *Ibidem*, p. 228.

²²⁵ *Ibidem*, p. 243.

Sostenemos esta tesis respecto a una naturaleza independiente de las libertades públicas. Es decir, que las libertades públicas son derechos del individuo vinculados a la dignidad, pero con el propósito de establecer la *vida democrática* (en sentido político), y no tanto la protección de la vida y la integridad²²⁶. Por ende, son derechos del individuo en relación con los demás. Junto a ello, su carácter institucional que concurre en las mismas, con una estrecha vinculación con el orden democrático constitucional. Se observa con mayor claridad en el art. 55 CE, al prever la suspensión del ejercicio de las libertades –garantías– a diferencia de suspender los correspondientes derechos fundamentales (en sentido restrictivo del término). Es por eso que la definición de Sánchez Ferriz nos parece acertada: “Las libertades públicas garantizan al individuo una esfera de libertad que solo a él corresponde ejercitar pero siempre en el marco constitucional y legalmente establecido por cuanto, siendo expresión de la espontaneidad social, pueden, también, comprometer el orden democrático”²²⁷.

Tras estas notas, la libertad de expresión perfectamente puede incluirse en la categoría de libertad pública. Incluso podría deducirse en sentido amplio, que englobaría al resto de libertades públicas. Siendo frecuente las afirmaciones que subrayan que “la sola libertad de expresión del pensamiento, comprende en realidad a todas las demás libertades que no serían sino manifestaciones esporádicas o estables de aquélla”²²⁸.

La libertad de expresión cumple la mayor parte de las características de libertad pública. En primer lugar, sirve para oponerse pública y activamente frente al poder político. En segundo lugar, la libertad de expresión como derecho individual y derecho político es expresión inmediata de la sociabilidad humana. En tercer lugar, relacionado con la anterior, incluye fines o carga política en su ejercicio. Por último, se reconocen límites -algunos expesos- a su ejercicio. En resumen, la libertad de expresión tiene un doble carácter: individual y colectivo. El ejercicio de la misma se manifiesta con un componente o carga política. E, igualmente, en su reconocimiento como derecho, su ejercicio está limitado. Además, también sería un derecho intermedio entre los derechos individuales y los derechos políticos. Estas manifestaciones nos permiten considerar a la

²²⁶ “Son el parámetro que mide la democraticidad de un régimen que sólo es tal si, además de reconocerlas, las protege con suficientes garantías jurídicas”. En *ibidem*, p.244.

²²⁷ *Ibidem*, p. 248.

²²⁸ *Ibidem*, pp. 236-237.

libertad de expresión como libertad pública, al mismo tiempo que como derecho fundamental.

2.2.7. La libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

La libertad de expresión se consagra en el art. 10 del CEDH. Si bien, de modo suplementario o colateral también se ha aplicado a través de la prohibición del abuso de derecho del art. 17 CEDH, en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho o a realizar un acto tendente a la destrucción de derechos o libertades; o a limitaciones amplias de estos derechos o libertades que las previstas (este inciso ha tenido una mayor aplicabilidad en la actividad jurisprudencial del TEDH respecto a la libertad de expresión).

En relación a otras normas internacionales, la especificidad del Convenio “es la existencia de un tribunal que aplica e interpreta el Convenio”²²⁹. Ello es básico si tenemos en cuenta el art. 10.2 CE, que señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las materias ratificadas por España. Por ende, el CEDH servirá como elemento armonizador de los derechos humanos del espacio común europeo²³⁰. Los numerosos casos dirigidos ante el TEDH en los que se ha invocado el art. 10 CEDH, ha permitido la elaboración de una doctrina, consolidada y elaborada, en relación a la libertad de expresión e información. En especial, en lo que tiene que ver con la amplitud de la crítica política sea con manifestaciones favorables o desfavorables; o en la aplicación del principio de proporcionalidad a la hora del análisis de una injerencia en el derecho.

Desde el conocido caso *Handyside c. Reino Unido* de 1976²³¹, la libertad de expresión se ha considerado como uno de los fundamentos de la sociedad democrática y una de las condiciones para la realización personal de los individuos. Esto coincidiría con las dos dimensiones constitucionales, la protección del ámbito personal y la garantía institucional del sistema democrático. Ya en la misma sentencia se consideró que la

²²⁹ Català i Bas, A.H.: *Libertad de expresión e información: la jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional: hacia un derecho europeo de los derechos humanos*, Revista General de Derecho, Valencia, 2001, p. 38.

²³⁰ Vid. Català i Bas, A.H.: *op.cit.*, pp. 56-63.

²³¹ STEDH *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976.

libertad de expresión no solo se aplica a las ideas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que ofenden, conmocionan o perturban²³².

Se protege, por tanto, todo tipo de manifestaciones relativas tanto a ideas u opiniones, como informaciones sobre cuestiones de hecho, con independencia del medio utilizado o la condición personal. Como expresa López Guerra, se protege la expresión oral, escrita o difundida por medios electrónicos u otros, así como expresiones artísticas o incluso actuaciones con contenido simbólico que transmitan ideas.

Las limitaciones al mismo, al igual que la estructura similar a otros derechos del Convenio, se determinan en el segundo párrafo del art. 10. Las mismas presentan unas particularidades. Se destacan algunas, expuestas y analizadas por López Guerra²³³. La primera, que la lista de fines legítimos que justifican una injerencia resulta amplia; es decir, que su ejercicio se vea sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones. La segunda, el ejercicio de la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades. La tercera, la limitación al tratarse de la posición fundamental del derecho debe responder a una necesidad social apremiante. La cuarta, se concede un margen de apreciación que varía según el contexto o materia de que se trate. De ahí, una de las razones que nuestro análisis se haya enfocado en la expresión artística y la crítica política.

Por último, aunque el TEDH no haya realizado una definición firme del discurso del odio, pues se remite generalmente a la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Con ello, el TEDH en varios recursos, de forma excepcional²³⁴, ha respondido que el discurso de odio, que abarca formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan la intolerancia, se sitúen fuera de la protección del art. 10 en aplicación del art. 17 CEDH²³⁵. De forma usual se limita el discurso de odio en aplicación de las limitaciones ofrecidas por el art. 10 CEDH.

²³² “La libertad de expresión es, por tanto, también, una libertad de crítica. En López Guerra, L.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 236.

²³³ López Guerra, L.: *op.cit.*, p. 238.

²³⁴ El uso es excepcional ya que está reservado a actuaciones directamente contrarias a los principios del CEDH.

²³⁵ “La aplicación del artículo 17 tiene en ocasiones una consecuencia procesal: el Tribunal, ab initio, inadmite la demanda, en virtud de los mandatos del artículo 17 citado, sin entrar por ello a examinar una sentencia sobre el fondo de la pretensión que se formula”. En *ibidem*, p. 239.

2.3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ¿EN CONFLICTO CON LA DIGNIDAD O PARTE DE LA MISMA?

De inicio, todas las culturas adoptan una cierta noción del valor de los seres humanos, esto se debe principalmente a las distintas religiones y las creaciones filosóficas o artísticas. Pensemos que en el Preámbulo de la Declaración de 1948 se hace referencia a la universalidad de los derechos y a la dignidad humana (al menos como vocación). Dentro de este marco, los derechos humanos que surgen tras la Edad Moderna son de concepción individualista occidental, por lo que carecen de una visión pluralista global (como las tradiciones hindús, chinas o africanas, entre otras). Por ese motivo, la doctrina jurídica aboga por la diversidad cultural y tolerancia hacia estos derechos humanos, pero no tanto, por un relativismo cultural que puedan afectar gravemente a principios generales consolidados.

Respecto a la dignidad podría afirmarse que surge aproximativamente en el período histórico del Renacimiento, ya que es el momento que la condición humana adquiere, por sí, ser algo muy valioso. Del mismo modo, la concepción kantiana de dignidad alineada a la noción del *derecho a tener derechos*²³⁶. También, la visión personalista de signo cristiano. A grandes rasgos, la vida feliz y virtuosa se incorpora al principio de dignidad humana. La concepción del valor de los seres humanos será la esencia de la dignidad humana que se ha desarrollado como el derecho a tener derechos. Dicho lo cual, resulta complicado determinar con carácter general cuándo se lesiona la dignidad humana, teniendo presente que la noción representa un respeto mínimo a su condición de ser humano²³⁷. O, como reconocía Peces-Barba, la dignidad es el fundamento y razón de la necesidad de los valores superiores. Podría decirse que es algo intangible que como seres racionales resulta inherente, y no obedece a leyes positivas²³⁸. El concepto requiere criterios intersubjetivos de valoración ética. En este punto, Eusebio Fernández entiende la dignidad como valor de cada ser humano, lo que conlleva delimitar una serie de exigencias para su contenido²³⁹. Entre ellas, hallamos la autonomía, seguridad, igualdad y libertad. Para Eusebio Fernández, con criterio que compartimos, la dignidad son creencias compartidas sobre estos y otros valores ideales con un mínimo

²³⁶ El reconocimiento de los derechos humanos es el medio de garantizar una vida digna. En Fernández García, E.: *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 13.

²³⁷ Fernández García, E.: *op.cit.*, p. 20.

²³⁸ Se presupone un juicio de valor moral. En *ibidem*, p. 22.

²³⁹ *Ibidem*, p. 24.

respeto por la vida y la integridad física y moral. También resulta destacable la definición de dignidad ofrecida por Alegre Martínez: “La dignidad es razón de ser, fin y límite de los derechos, está situada en un plano superior a los mismos”²⁴⁰. Para este autor, la dignidad se desglosa en dos manifestaciones²⁴¹: como límite de los derechos propios o el respeto ajeno; o como límite de nuestros propios derechos. Es decir, la dignidad aparece en los derechos fundamentales como razón de fundamento y los limita en su ejercicio.

La conexión de la dignidad con la vida hace considerarla como principio que fundamenta el resto de derechos, “hasta qué punto merece la pena vivir si no se vive como hombre, es decir, si no es posible vivir de modo conforme a la propia dignidad”²⁴². Estas palabras resultan complejas en la práctica, por su dosis de relatividad. Por ese motivo, surgen tantos conflictos entre la libertad personal del individuo y la dignidad (eutanasia, protección del *nasciturus*, manipulaciones genéticas, etc.).

Pero no tan solo los anteriores, pues tras la conocida STC 231/1988²⁴³, se vinculan los derechos de honor, a la imagen y libertad personal con la dignidad (propia existencia individuo). González Pérez consideró que el honor se refiere al respeto de la dignidad propia y en no desmerecer lo ajeno²⁴⁴. Por ello, el derecho al honor ofrece especial interés en razón de la dignidad de lo ajeno o como límite de los derechos propios (primera manifestación de la dignidad). Entre esos derechos propios estaría las libertades de expresión e información. Incluso, a la inversa, las libertades de expresión e información cuando se ven impedidas por los poderes públicos, también se liga a un ataque a la dignidad personal (segunda manifestación de la dignidad)²⁴⁵. En suma, la dignidad se ligaría a la restricción del ejercicio de la libertad de expresión, aunque el caso más común se produce tras entrar en conflicto con la dignidad ajena (honor).

Cuando se restringe el ejercicio de la libertad de expresión (especialmente negativa) se atacaría a la dignidad personal, entendida como límite a ese derecho fundamental y libertad pública. En cambio, cuando entra en conflicto con otro derecho fundamental como el honor o la intimidad (reconocidos dogmáticamente como derechos

²⁴⁰ Alegre Martínez, M.A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996, p. 81.

²⁴¹ Alegre Martínez, M.A.: *op.cit.*, pp. 81-82.

²⁴² *Ibidem*, p. 83.

²⁴³ STC 231/1988, de 2 de diciembre.

²⁴⁴ González Pérez, J.: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 2011, p. 101.

²⁴⁵ González Pérez, J.: *op.cit.*, p. 10.

propios), se alude a no desmerecer la dignidad ajena. En definitiva, el ataque a la dignidad en relación a la libertad de expresión, se produce por cualquier restricción a su ejercicio, sea de forma negativa (censurar la acción libre), sea de forma positiva (impedir la autorrealización individual). Al mismo tiempo, al entrar en conflicto con otros derechos propios, arremete contra la dignidad ajena.

CAPÍTULO 3:

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO DEL DISCURSO POLÍTICO

3.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO POLÍTICO.

3.2. NOTAS A SENTENCIAS RELEVANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADAS CON EL DISCURSO POLÍTICO.

3.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional, 235/2007, de 7 de noviembre (nulidad parcial e interpretación de precepto legal del art. 607 CP).

3.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional, 35/2020, de 25 de febrero (vulneración art. 20 CE).

3.3. NOTAS A SENTENCIAS RELEVANTES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADAS CON EL DISCURSO POLÍTICO.

3.3.1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Müslüm Gundüz c. Turquía, 4 de diciembre de 2003 (violación art. 10 CEDH).

3.3.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Féret c. Bélgica, Sala, Sección Segunda, 16 de julio de 2009 (no violación art. 10 CEDH).

3.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO POLÍTICO

El mantenimiento de una comunicación pública libre resulta esencial para el principio de legitimidad democrática. Sucede, pues, que se configura de este modo como un elemento conformador del sistema político democrático. Dicho con otras palabras, la libertad de expresión tiene una especial trascendencia para el ejercicio de otros derechos inherentes al buen funcionamiento democrático. Tanto es así que ampara no solo ideas inofensivas o indiferentes, sino también las que escandalizan o perturban. Sin embargo, la pregunta que surge de forma inmediata es la siguiente: ¿todo discurso perturbador estaría amparado como discurso político?

Tengamos presente que la tolerancia y la dignidad no solo radican en el amparo de la libertad de expresión, sino en el no rechazo a los demás y el respeto a otros derechos. De ahí que, aquellas formas de expresión que propaguen o justifiquen el odio basado en la intolerancia, puedan sancionarse si no pertenecen a la esfera de un discurso político. La difamación, el desprecio y el rechazo a colectivos minoritarios, en muchas ocasiones, quedarían fuera del discurso político para pasar a ser discurso del odio.

El caso *Feret c. Bélgica* es ejemplo de lo anterior. Si bien es cierto que, desde el año 2015, se ha acogido progresivamente sus argumentos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. En una fórmula de democracia militante, cualquier discurso disidente que choque o moleste -incluso de carácter humorístico- se ha incluido como discurso del odio, aunque ni el discurso directamente o significativamente incite a la violencia, ni difame expresamente a colectivos con ánimo discriminatorio. Visto de esta forma, nos posicionamos de modo discrepante a la progresiva expansión criminalizadora de los discursos que no incitan directamente a violencia o difaman con un ánimo discriminatorio.

Justamente el discurso del odio, como límite a la libertad de expresión, queda fuera de la protección del art. 10 CEDH (al igual que el art. 20 CE). En este discurso se incluye tanto la incitación a actos de violencia como la incitación a la discriminación (en este caso racial).

Por supuesto, nos parece acertada la consideración que realiza el TEDH, en el caso *Feret*, sobre estos delitos de opinión, en el sentido que la acción punible se deriva directamente del discurso o al menos debe resultar significativa. También a que la

incitación a la violencia es una exhortación psicológica fuerte. Sin embargo, no coincidimos con el juicio expuesto en la línea argumental de la sentencia. En cuanto a que la incitación a la discriminación se interprete como un sentimiento que manifiestamente no tiende a la acción, como en el siguiente caso. A nuestro juicio, la intolerancia no es el resultado de una multitud de interacciones de personas con ideas afines reforzadas, tal como alude este voto disidente. El discurso contenía una difamación a un colectivo, eso sí. Con todo no puede mezclarse cuestiones distintas. O difama con un ánimo discriminador o incita a la violencia (preferiblemente de forma directa).

Asimismo, el caso *Gundüz c. Turquía* nos ofrece unas pautas interesantes para el discernimiento de si la injerencia es necesaria en una sociedad democrática. En efecto, las condiciones, restricciones o sanciones impuestas al ejercicio de la libertad de expresión requieren varias precisiones en la argumentación jurídica: en primer lugar, que sean proporcionales al objetivo legítimo perseguido; en segundo lugar, una consideración de la injerencia impugnada a la luz del caso en su conjunto, para determinar la proporcionalidad a los fines legítimos perseguidos; en tercer lugar, las razones aducidas por las autoridades nacionales deben mostrarse relevantes y suficientes; por último, en cuarto lugar, la naturaleza y la gravedad de las sanciones debe ser un factor a tener en cuenta al evaluar la proporcionalidad de la injerencia.

Cuestión distinta es que, en la práctica, el Tribunal Supremo ha utilizado la sentencia del caso *Féret* como *arma arrojadiza*, en una fórmula de democracia militante ante discursos disidentes²⁴⁶. Y aquí si volvemos a coincidir con la formulación del voto de un juez -con apoyo de otros dos- en el caso *Féret*, cuando expresa que no corresponde a los poderes públicos controlar un catálogo de ideas falsas e inaceptables, pues solo el libre intercambio de ideas nos permite tomar decisiones políticas y personales informadas. Al igual que los contraargumentos racionales permiten vencer a las emociones irracionales. Esto último, más discutible, aunque lo consideremos así.

En otro punto relacionado al discurso político, nuestro ordenamiento constitucional, a diferencia de otros de nuestro entorno e incluso en ocasiones a la

²⁴⁶ En el propio voto se menciona esa especulación sobre el peligro. Niega el juicio independiente y una contraargumentación. Y alude a una ampliación del ámbito de declaraciones susceptibles de dar lugar a delito, sin razón de peso. Ciertamente, así ha sucedido en España con la jurisprudencia de los años 2015 hasta la actualidad, del TS y del TC.

jurisprudencia del TEDH, no tiene cabida un modelo de adhesión positiva que se imponga o una democracia militante. Evidentemente, la negación o justificación de hechos de genocidio puede afectar a otros bienes constitucionalmente protegidos. O, en otros términos, la manifestación expresiva de una concepción histórica contrastada con el deliberado ánimo de menospreciar a personas o grupos por su condición o circunstancia de víctimas, podría situarse fuera del ámbito de protección de dicho derecho fundamental. Lo cual no conlleva que sea objeto de sanción penal el *negacionismo* sin una atención al respecto del contenido esencial del derecho fundamental (delimitación) como límite infranqueable. Y, *a posteriori*, en aras a su consideración como límite al ejercicio de ese derecho, debe contener los caracteres del discurso del odio.

No en pocas ocasiones, la justicia constitucional ha considerado que la apología a los verdugos, glorificando su ideología y justificando sus hechos, pueden suponer una humillación a las víctimas y, por tanto, no quedaría amparado por un derecho fundamental. Al igual que las manifestaciones racistas o vilipendiadoras son incompatibles con la dignidad humana como origen del resto de derechos fundamentales. Pero no siempre las manifestaciones o expresiones serán privadas de protección constitucional. Con la STC 235/2007²⁴⁷ se avisa que se castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a la justificación de un genocidio, pero no se priva de protección la difusión de una determinada historia que niegue un genocidio. El TC vino a decir que no se puede castigar la mera transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos. Dado que se persigue una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), constituye un límite infranqueable para el legislador penal. En efecto, se interfiere en el ámbito de la delimitación, ya que las normas penales tienen vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configurar o tipificar un delito encuentra el límite en el contenido esencial de un derecho fundamental, en este caso, la libertad de expresión. Una negación de un delito sin un elemento adicional tendencial (la justificación, por ejemplo) o potencial de delito²⁴⁸, no respetaría la delimitación de un derecho fundamental como la libertad de

²⁴⁷ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

²⁴⁸ El autor critica que el discurso negacionista por su naturaleza supone una incitación encubierta, surgen dudas sobre el dolo, y las formas de provocación se adelantan al *iter criminis*. En los términos siguientes: “Sea por el bien jurídico supra-individual inadmisibles cuando está en juego la libertad de expresión, sea por el encadenamiento de adelantos de la barrera punitiva y la indeterminación del juicio ofensivo, tal

expresión. El TEDH, en un paso más allá, ha citado que los Estados dentro de su margen de apreciación podrán, mediante su derecho interno, restringir la libertad de expresión a quienes niegan hechos históricos claros, pero en la medida que implique un propósito de difamación racial o incitación al odio²⁴⁹.

Nos parece conveniente este recordatorio de Català i Blas: “Las garantías que se derivan del Convenio, por muy exigentes que sean han de ser asumidas por los ordenamientos internos que no pueden, por tanto, rebajarlas. El estándar convencional es indisponible lo que supone que puede superarse pero nunca rebajarse”²⁵⁰. Es deseable una interrelación entre garantía convencional y garantía interna de cada Estado que supongan aumentar el nivel de protección de los derechos en los sistemas internos con construcciones jurídicas elaboradas.

La caracterización de discurso del odio refiere a instigar a la provocación de actos de violencia o incitación a la discriminación. Por ende, ese contenido no es compatible con la protección de un discurso político, que forma parte del ejercicio libre de expresión. La aplicación judicial del discurso del odio como un límite a la libertad de manifestarse o expresarse debe tener un alcance medido y restrictivo, pues algún discurso considerado como tal, integraría un ámbito del discurso político. Y que ni tan siquiera cumple los caracteres del discurso del odio como se establece en la normativa internacional ni nacional.

En relación a la STC 35/2020, de 25 de febrero, el caso del rapero César Strawberry, se extraen conclusiones esperanzadoras²⁵¹ y parámetros²⁵² más estables en el

formulación debe ser rechazada”. En Teruel Lozano, G.M.: *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid, 2015, p. 567.

²⁴⁹ En ese punto, Teruel Lozano distingue entre un discurso negacionista neutro o no ofensivo, y, un discurso negacionista cualificado que por sus manifestaciones pueden resultar vejatorio o provocador. “Una distinción que obliga al análisis en concreto de cada manifestación, sin que quepa distinguirlas a priori sobre la base de criterios como son la inclusión de juicios de valor o de si se trata de negaciones simples de los hechos, ya que dada la complejidad de estos discursos este tipo de distinciones tienden a generar confusión”. En Teruel Lozano, G.M.: *op.cit.*, p. 559.

²⁵⁰ Català i Blas, A.H.: *op.cit.*, p. 439.

²⁵¹ “Esta es la novedosa aportación de la STC 35/2020, que desciende a revisar la motivación para comprobar si de forma efectiva se tuvieron en cuenta los elementos contextuales que permiten acreditar que existió una peligrosidad real y, por ende, que las manifestaciones pueden considerarse como una auténtica incitación”. En Teruel Lozano, G.M.: “La jurisprudencia del tribunal constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, 2021, p. 415.

²⁵² Para extraer más conclusiones, vid. Rollnert Lien, G.: “El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Político*, nº 109, 2020, pp. 214-224.

respecto a la libertad de expresión. En especial, la atención a una proporcionalidad de los límites y el posible efecto desalentador frente a un futuro ejercicio de esta libertad. Sorprendentemente, como reconoce Cabellos Espiérrez, “el propio TC se ha encargado de desmentir esta optimista conclusión, no en una, sino en dos sentencias dictadas en diciembre de 2020 y dadas a conocer durante el mes de enero de este año: la STC 190/2020, de 15 de diciembre, relativa a un delito de ultrajes a España por la quema de una bandera en Ferrol, y la STC 192/2020, de 17 de diciembre, relativa a un delito contra los sentimientos religiosos por la interrupción de una misa en Girona para realizar una breve protesta motivada por la tramitación de una reforma del aborto”²⁵³. Si se observan estas dos últimas citadas, aunque con contextos y circunstancias distintas, se renuncia a una valoración sobre el efecto desalentador de las sanciones penales y se transmite el mensaje de que no hay parámetros estables o una línea jurisprudencial con la misma o similar orientación, o al menos la atención al contexto en que los hechos enjuiciados se produjeron. De la misma forma, las preocupantes sentencias anteriores del TS: 846/2015, 30 de diciembre; 623/2016, 13 de julio; y 820/2016, 2 de noviembre.

De forma específica, en la STS 31/2017²⁵⁴ que derivó en la STC 35/2020, se inicia la fundamentación jurídica, poniendo de relieve que la interpretación del artículo 578 CP, no está exenta de dificultades. “De una parte, porque no faltan autorizados juristas que estiman que el delito de enaltecimiento del terrorismo o de desprecio y humillación a las víctimas representa la negación de los principios que han de informar el sistema penal. De otra, porque la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de la equívoca locución -discurso del odio- con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa. Las dificultades se multiplican cuando de lo que se trata es de determinar, como en tantas otras ocasiones, el alcance de lo intolerable”²⁵⁵. Inclusive, afirmando con rotundidad que los principios penales como el carácter fragmentario del Derecho Penal o la consideración como *ultima ratio*, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves²⁵⁶. A pesar de ello, se condena al rapero, como autor de un delito de enaltecimiento

²⁵³ En Cabellos Espiérrez, M.A.: “Un paso adelante y dos atrás: la cambiante jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional sobre libertad de expresión”, en *Blog Revista Catalana de Dret Públic*, 19 mayo del 2021.

²⁵⁴ STS 31/2017, de 18 de enero.

²⁵⁵ STS 31/2017, 18 de enero de 2017, FD 2º.

²⁵⁶ “No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión”. En *ibidem*, FD 2º.

del terrorismo o humillación a las víctimas, a la pena de un año de prisión y seis años y seis meses de inhabilitación absoluta. Tras la consideración que los mensajes de humillación que difundió, valiéndose de su cuenta de Twitter, alimentan el discurso de odio. Entienden que sea o no con sátira o crítica ácida no conduce a matices aclaratorios de la verdadera intención del autor²⁵⁷. Lo que derivó en el recurso de amparo y su posterior estimación, a través de la STC 35/2020. El aspecto central de la misma fue, una vez se realiza un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del TC y del TEDH, señalar la posición central de la libertad de expresión (dimensión institucional). Lo que conduce a una previa y necesaria ponderación²⁵⁸ del acto comunicativo y lo que envuelve al mismo. En este sentido, no se desconoce los aspectos reprobables de los mensajes formulados, si bien se estima que el respeto a la libertad de expresión veda una consecuencia penal sin una ponderación del hecho susceptible de interpretación. En el siguiente caso, la intencionalidad crítica en terreno irónico, provocador o sarcástico, como artista de un género de por sí provocador y a su vez reivindicativo.

En esa misma línea, apunta Teruel Lozano, que reconoce que la STC 35/2020 presta atención a la posición preferente de la libertad de expresión. Ahora bien, considera que, en la ponderación de los potenciales límites, si se trata de un discurso público relevante, implicaría extender el ámbito protegido de la libertad. Sin que, con ello, se excluya del ámbito constitucionalmente protegido por la libertad de expresión²⁵⁹.

Sucede, pues, que para el Tribunal Constitucional no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de sentimientos de odio convierten esa conducta, sin más, en un ilícito penal. Por ese motivo, se exige un examen constitucional con carácter previo al examen de la tipicidad.

Junto a ello, como se proponen, los aspectos como el contenido, la emisión y los efectos del mensaje deben formar parte de los criterios a tomar en consideración en ese

²⁵⁷ Estuvo acompañada la sentencia de la objeción en el Voto Particular: “Pues bien, no hace falta ningún esfuerzo argumental para concluir que las frases recogidas en los hechos probados no tienen la mínima consistencia discursiva y, según se ha dicho, no pasan de ser meros exabruptos sin mayor recorrido, que se agotan en sí mismos; desde luego, francamente inaceptables, pero esto solo. Pues carecen, por su propia morfología y por razón del contexto y del fin, de la menor posibilidad de conexión práctica con algún tipo de actores y de acciones técnico-jurídicamente susceptibles de ser consideradas terroristas”. En Voto particular del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la STS 31/2017.

²⁵⁸ Hay autores que consideran que en realidad la técnica argumentativa no resulta adecuada, ya que se debería hablar de delimitación o razonamiento subsuntivo, y no de una ponderación.

²⁵⁹ “Como mucho podrá entenderse, ante un cierto límite, que su «peso» es menor y que por tanto es más fácil que ceda al colisionar con otros bienes. Pero estas manifestaciones estarían incluidas en el espacio que delimita el contenido *prima facie* protegido por esta libertad”. En Teruel Lozano, G.M.: *op.cit.*, p. 416.

cumplimiento de exigencia previa, antes del análisis de los elementos del tipo aplicable a la conducta imputada. Siendo las cosas así, se considera que resultaron insuficientes y sin una valoración a la dimensión institucional de la libertad de expresión. En concreto, una ausencia de “valoración de la importancia de los mensajes controvertidos desde el punto de vista de la formación de la opinión pública libre y del intercambio de ideas en consonancia con el pluralismo propio de una sociedad democrática; ponderación de si tales mensajes son susceptibles de ser interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas; consideración acerca de si la condena penal de los mensajes podría producir un efecto desaliento o acarrear la desnaturalización del derecho a la libertad de expresión por parte de quienes se propongan ejercitarla mediante la utilización de medios o con contenidos similares; estudio de si el contenido y la finalidad de los mensajes, en su autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y de sus destinatarios, es equiparable a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional”²⁶⁰.

Concluimos este punto con la siguiente reflexión de Valero Heredia: “Perseguir en abstracto ideas que resultan incómodas, nocivas o incluso dañinas para la sociedad, identificándolas con la propia actividad terrorista a través del Código Penal, no parece asumible por ordenamientos jurídicos como el nuestro, que otorgan al valor pluralista un carácter primordial. Atrevernos a barrer del debate público lo disidente, en su acepción más amplia, implica asumir un riesgo demasiado grande y, en este caso, real: la desaparición de una opinión pública libre imprescindible para toda sociedad democrática”²⁶¹.

3.2. NOTAS A SENTENCIAS RELEVANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADAS CON EL DISCURSO POLÍTICO

3.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional, 235/2007, de 7 de noviembre (nulidad parcial e interpretación de precepto legal del art. 607 CP)

En primer lugar, desarrollamos el comentario sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional, 235/2007, de 7 de noviembre (*BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de

²⁶⁰ STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 5º.

²⁶¹ Valero Heredia, A: “La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso «Strawberry», un paso más, aunque no el definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 122, 2021, p. 387.

2007). En aquel momento, la presidenta del Tribunal Constitucional era doña María Emilia Casas Baamonde y el ponente de esta sentencia fue don Eugeni Gay Montalvo.

En el siguiente caso, se plantea una cuestión de inconstitucionalidad (núm. 5152-2000) remitida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona respecto al anterior art. 607.2 CP²⁶². Según el auto de planteamiento: una vez la Sala dictó la providencia de fecha 30 de junio de 2000 con el señalamiento de celebración de la vista oral. Pues, celebrado ese acto, se dictó una nueva providencia por la que declara la causa vista para Sentencia, aunque se acordó abrir el trámite sobre la pertinencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de este artículo por su colisión con el art. 20.1 CE. Finalmente, por Auto de 14 de septiembre de 2000 se planteó la presente cuestión que dio lugar a esta sentencia.

La duda residía en si el tipo penal del 607 CP era autónomo a la apología del 18 CP, esto es, si difundir por cualquier medio, ideas o doctrinas (mayoritariamente hechos históricos) que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o amparen esas prácticas, podría colisionar con la libertad de expresión del art. 20.1 CE. La conducta provenía de una condena de instancia contra un librero que vendía libros con contenidos que negaban o justificaban el genocidio judío. Sin duda, reconociendo la total libertad al legislador para elegir el bien jurídico que estime necesario de protección penal, considera el órgano judicial que el precepto tenía una naturaleza difusa, más, cuando ya están contempladas como conductas delictivas por otros preceptos penales.

En el escrito de la Abogacía del Estado, considera que el recurso a esta argumentación no es útil para el planteamiento de la cuestión. A su juicio, son cuestiones opuestas²⁶³: la afirmación que se asimilan las conductas a otras figuras delictivas y considerar su singularidad. Considera que estos delitos guardan relación con los “delitos de genocidio”, sancionándose dos conductas delictivas, por un lado, la difusión de doctrinas que niegan o justifican (dos modalidades) los delitos de genocidio; y, por otro,

²⁶² En fecha 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona dictó una Sentencia en la que condenaba a don Pedro Varela Geis como autor responsable del delito del art. 607.2 CP, a la pena de dos años de prisión. El condenado presentó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona.

²⁶³ “La consecuencia es, a su juicio, muy simple: se objeta la validez de la norma cuestionada por no adaptarse al esquema sistemático común extraído del examen de esos otros preceptos. Juegan, pues, «desigualmente» la igualdad y la diversidad, ambas «in malam partem» frente a la norma enjuiciada; la igualdad para negar la significación y la utilidad misma del art. 607.2 CP; la diversidad para negar su validez por faltarle los requisitos que deberían integrarlo según la pauta de una previa equiparación de sus fines con los perseguidos por otros preceptos penales”.

la rehabilitación de régimen que amparan esas prácticas. No obstante, reconoce que están ausentes los elementos de la apología definida como forma de provocación del art. 18 CP. Además, que la tipificación de la conducta como delito, pone en peligro, aunque sea con naturaleza abstracta el bien jurídico que se pretende proteger. Aunque no se afirma cuál es, ni realmente se fundamenta su carácter abstracto o difuso. Se expresa en términos tan amplios, como la realización de acciones de impulso directo a la perpetración de graves delitos. Por el contrario, Tajadura Tejada considera acertada la tesis de la Abogacía del Estado, en el sentido que “el artículo 607.2 es una medida de defensa del propio orden constitucional, y como tal debe ser valorada...”²⁶⁴. Es decir, como producto de una conexión causal entre la exposición divulgadora de ciertas doctrinas o ideas y los crímenes más abyectos.

Finalmente, en la incidencia del precepto en la libertad de expresión, desde el punto de vista de la Abogacía, profesar ideas que nieguen el genocidio sea delito o justifiquen el delito no constituye un acto de ejercicio de ese derecho fundamental²⁶⁵. Así, “tal comportamiento resulta peligroso —al menos en abstracto— para el bien jurídico protegido, toda vez que con ello podría llegarse a «estimular resortes psicológico-sociales» no bien conocidos, y crear una atmósfera social...”.

Por su parte, el Fiscal General del Estado aboga para que la conducta típica que se confronta con el derecho fundamental consista simplemente en difundir ideas que nieguen o justifiquen hechos históricos de genocidio, en tanto pueda representar un peligro de que con ellas se genere un clima de aceptación y, consecuentemente, propiciar el surgimiento de brotes de violencia no deseados. En el análisis más que fundamentación jurídica, se afirma que la prevención y sanción de estas conductas no corresponde a que tales comportamientos sean meras expresiones de ideas u opiniones²⁶⁶, “sino que también van encaminados a hacer surgir estados de opinión tergiversados sobre este hecho histórico”. A su juicio, se trataría de sancionar no las opiniones por ser reprobables

²⁶⁴ Tajadura Tejada, J.: “Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, nº 80, 2008, p. 240.

²⁶⁵ Coincidente con el punto de vista de Tajadura Tejada respecto a que la libertad de expresión no ampara la negación del genocidio. Tajadura Tejada, J.: *op.cit.*, pp. 233-255. De la misma manera, estos autores consideran que, con ella, “se hace un flaco favor a la lucha contra el racismo y la xenofobia y damos alas a los intolerantes”. En Català i Bas, A.H.; Pérez i Seguí, Z.: “La negación del holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº. 10, 2007, p. 183.

²⁶⁶ Desde ese punto de vista, Tajadura considera que la manipulación y falsificación de la historia atenta directamente contra las víctimas. En Tajadura Tejada, J.: *op.cit.*, pp. 237-238.

moralmente, sino para proteger de una preparación psicológica o de medios propagandísticos que generan un clima de violencia (delito de peligro abstracto)²⁶⁷.

En lo que respecta a los fundamentos jurídicos, el intérprete constitucional asume las dos posturas enfrentadas: aquella por la cual no considerar inconstitucional ni lesivo este tipo al prevenir conductas peligrosas (posición Abogado Estado y Ministerio Fiscal); y, la otra, del órgano judicial proponente, que tiene serias dudas sobre si resulta contrario al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones. Todo ello, recordando que la cuestión no sirve como instrumento procesal de depuración abstracta del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, las argumentaciones coinciden que el art. 607.2 CP no se enmarcan dentro del concepto de provocación para delinquir ni tampoco en el de apología del delito (18.1 CP). Por ende, no sería una modalidad de apología del genocidio. En segundo lugar, respecto al conflicto con el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, se sugiere que la preservación de una comunicación pública libre resulta esencial para el principio de legitimidad democrática. Junto a ello, se configura como un elemento conformador del sistema político democrático. Además, reviste especial trascendencia para el ejercicio de otros derechos inherentes al buen funcionamiento democrático²⁶⁸. Por lo que resulta válida para informaciones o ideas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o una parte de la población²⁶⁹. En este punto se afirma que nuestro ordenamiento constitucional, a diferencia de otros de nuestro entorno, no tiene cabida un modelo de adhesión positiva²⁷⁰ que se imponga o una democracia militante²⁷¹. El problema surge si la negación de hechos que constituyeron una barbarie

²⁶⁷ Tajadura subraya, del escrito del Fiscal General, la siguiente afirmación: “Se trataría pues, con el precepto, no ya de reputar como delito la libre difusión de ideas u opiniones, por muy reprobables y rechazables moralmente que fueran, sino de proteger a la sociedad de aquellos comportamientos que, con una sistemática preparación psicológica de la población, a través de medios propagandísticos, generaren un clima de violencia y hostilidad”. En Tajadura Tejada, J.: *op.cit.*, p. 241.

²⁶⁸ “Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica”. STC, 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4º.

²⁶⁹ Vid. entre otras, STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2º; STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997.

²⁷⁰ En este punto, Tajadura se pregunta si la libertad de expresión protege a quienes la niegan. “Se trata de una afirmación muy contundente que exigiría, cuando menos, alguna matización. ¿Cabén todas las opiniones? ¿Incluso, las que ataquen frontalmente el orden material de valores del constitucionalismo, y que, por determinadas circunstancias, lo pongan en peligro?”. En *ibidem*, p. 243.

²⁷¹ “De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución —y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana

o su justificación tienen campo en la libre expresión garantizada constitucionalmente, si, por el contrario, pueden ser objeto de sanción estatal al afectar a otros bienes constitucionalmente protegidos.

Como se afirma en el fundamento jurídico quinto, “se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 4)”. Así, pues, expresar una concepción histórica con el deliberado ánimo de menospreciar a personas o grupos por su condición o circunstancia podría situarse fuera del ámbito de protección de dicho derecho. El reconocimiento de la dignidad “configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5)”²⁷². Dicho esto, los magistrados del TC consideran que la apología de los verdugos, glorificando y justificando sus hechos, puede incluirse en el llamado discurso del odio. Se apoyan en la aplicación del art. 17 CEDH como excepción a la libertad de expresión del art. 10 CEDH. Cuestión controvertida. En efecto, una cosa son los juicios ofensivos contra el pueblo judío y otra bien distinta es una negación de hechos histórica (a pesar de que implique una falsificación de la historia), por lo que la incitación directa queda en entredicho²⁷³. Por supuesto que las manifestaciones de desprecio, vilipendiadoras o racistas son constitucionalmente inaceptables e incompatibles con el fundamento de la dignidad humana. Pero eso no priva de protección constitucional a la expresión de una determinada historia o concepción social, a no ser que hablemos de democracia militante. Dicho lo anterior, el TC estimó parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declaró nula la expresión “nieguen o” del art. 607.2 CP y no declaró inconstitucional el castigo de la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, siempre que se interpreten en los términos del fundamento jurídico nueve.

constitucionalmente garantizada— a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional”. En STC, 235/2007, FJ 4º. Igualmente, vid. STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7º y FJ 10º.

²⁷² STC, 235/2007, FJ 5º.

²⁷³ A pesar de la controvertida STEDH Garaudy c. Francia, de 24 de junio de 2003.

Así, pues, en la fundamentación se reconoce que la “literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita, en el delito previsto en el art. 510 CP”²⁷⁴. Además, las “conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal”. En otros términos, se interfiere en el ámbito de la delimitación, ya que las normas penales tienen vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configurar o tipificar un delito encuentra el límite en el contenido esencial de un derecho fundamental, en este caso, la libertad de expresión²⁷⁵.

En aras al principio de conservación de la ley, el TC, siguiendo la doctrina anterior²⁷⁶, explora las posibilidades interpretativas del precepto que permitan salvaguardar la primacía constitucional. Lo que se dicta es una sentencia interpretativa que no declara inconstitucional el texto por completo, sin ánimo de ser una interpretación *contra legem* que desfiguraría los enunciados legales. Por ende, “el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio”²⁷⁷.

Los magistrados constitucionales consideran que la mera negación del delito no comporta una adhesión, ni la creación de un clima social de hostilidad, más que una finalidad preventiva o de aseguramiento que no justifica una restricción de una libertad

²⁷⁴ STC, 235/2007, FJ 6º.

²⁷⁵ “Nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”. En *ibidem*, FJ 6º.

²⁷⁶ Vid. entre otras, las SSTC, 341/1993, de 18 de noviembre, y, 138/2005, de 26 de mayo.

²⁷⁷ STC, 235/2007 FJ 7º.

esencial. Con términos literales: “La constitucionalidad, *a priori*, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado”²⁷⁸. Por tanto, para el TC es un estadio previo que no constituye un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados. Cuestión distinta es la justificación del genocidio, al tratarse de una expresión de juicio de valor si se aprecia un elemento tendencial. En este caso, estiman que pueden ser merecedoras de reproche penal, “siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE”²⁷⁹. En una reinterpretación doctrinal, consideran que necesariamente la difusión pública de ideas justificadoras entre en conflicto con otros bienes constitucionales relevantes que deban tutelarse penalmente. En concreto, se menciona la incitación indirecta a la perpetración del delito, o, cuando la conducta provoque el odio hacia determinados grupos definidos por color, raza, religión, etnia, etc. De “tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”²⁸⁰. Estas conductas justificadoras del genocidio²⁸¹ las incluirían en las manifestaciones del discurso del odio, tanto por la apología pública, como por la incitación al odio de un grupo social afectado.

Quedan así despejadas las dudas del órgano judicial proponente de la cuestión de inconstitucionalidad. En la medida en que le llamaba la atención sobre el hecho de que el tenor literal del art. 607.2 CP en ningún momento contempla un elemento de incitación directa a la comisión de un delito de genocidio, y sobre el dato de que la pena que en él se establece de prisión es de uno a dos años, por lo que no guardaría proporción, dada su

²⁷⁸ STC, 235/2007, FJ 8º.

²⁷⁹ *Ibidem*, FJ 9º.

²⁸⁰ *Ibidem*, FJ 9º.

²⁸¹ “Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución”. En *ibidem*, FJ 9º.

levedad, con la modalidad delictiva definida con carácter general en el art. 18 CP, ni con la castigada en el art. 615 CP con la pena inferior en uno o dos grados al delito provocado.

En suma, en aplicación del principio de proporcionalidad, en esta sentencia se realiza una interpretación constitucional que desvirtúa parcialmente la voluntad del legislador del art. 607 CP. En otras palabras, la Sala considera que el mencionado bien jurídico no resulta merecedor de una protección penal en la medida en que, además de su carácter difuso, supone un límite al derecho a la libertad de expresión.

Brevemente, en relación a los votos particulares (art. 90. 2 LOTC) que formularon los magistrados del TC don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, podemos realizar las siguientes precisiones:

A) Según el orden indicado, el magistrado Roberto García-Calvo considera en alusión al FJ noveno, “ortodoxa técnica analítica estructural”. En concreto, el uso de matizaciones de excepcionalidad “a la libertad de configuración del legislador en un ejercicio ajeno a una correcta hermenéutica, a fin de sostener que la tesis mantenida en dicho fundamento que se intenta corroborar mediante «aderezos» argumentales complementarios”. Estima que con una operación hermenéutica en atención al Código Civil resulta suficiente. Además, sus argumentos los refuerza con la STC 214/1991, en los términos que la libertad ideológica y libertad de expresión no comprenden manifestaciones de carácter racista o xenófobo, ni el odio o el desprecio a un pueblo o etnia. A nuestro juicio, este punto ya se resolvió favorablemente en los fundamentos de la sentencia. En el sentido que la incitación dirigida a un colectivo no quedaría amparada por el ejercicio del derecho, pero en este supuesto se habla de negación y no de incitación a la discriminación. Por otro lado, considera la constitucionalidad del precepto, en base a que la difusión pública de esa doctrina estimula resortes psicológico-sociales para la creación de una atmósfera delictiva y, por ello, estima que no se puede desautorizar el principio de configuración legal.

B) El magistrado Jorge Rodríguez-Zapata disiente de la sentencia al considerar que los grupos antipluralistas que niegan o justifican el genocidio son un peligro presente para el constitucionalismo. En línea a ello, recuerda la propuesta de la Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y xenofobia aprobada por el Consejo de Europa el 2007. A su juicio, en la lista de derechos fundamentales, la dignidad resulta preferente al

resto de derechos, además se contraponen a las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre y 176/1995, de 12 enero. En parte, en los fundamentos de ambas sentencias se expresaba que menospreciar o discriminar a personas o grupos con un determinado entendimiento de la historia, violaba la dignidad humana. A nuestro parecer, expresar una concepción histórica con el deliberado (elemento intencionalidad) ánimo de menospreciar a personas o grupos por su condición o circunstancia podría situarse fuera del ámbito de protección de dicho derecho, pero no una mera negación histórica de hechos.

C) En línea similar, el magistrado Ramón Rodríguez Arribas considera que el negacionismo es “un claro menosprecio hacia las víctimas que lo sufrieron y así se presenta en cuantas ocasiones se produce en la realidad de quienes sostienen, por ejemplo, que el holocausto no existió y que solo es propaganda sionista; pretender amparar semejantes actitudes en la libertad de expresión es degradarla”. Apunta a que estos medios propagandísticos, encubiertos en la libre difusión de ideas, generarían un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, se concreta en actos de discriminación²⁸². Desde su punto de vista, la democracia no puede garantizar la libertad ingenuamente hasta el extremo de destruirla. En consonancia con ello, Tajadura estima que está implícito el carácter militante de la democracia en la dignidad del art. 10 CE y, por ello, se debe defender cualquier ataque a la misma²⁸³.

D) El último voto particular, del magistrado Pascual Sala, considera que el término “nieguen” declarado nulo requería una interpretación conforme a la Constitución, al igual que respecto a la conducta “justifiquen”²⁸⁴. Desde su punto de vista, deberían admitirse ambas, pues estas modalidades contemplan la difusión de ideas o doctrinas que niegan o justifican los delitos tipificados (genocidio) en términos que supongan una incitación indirecta. Además, considera que esta nueva interpretación de inconstitucionalidad sobre la *negación* no es conforme con los textos internacionales más recientes. Y, respecto al principio de conservación de la ley (presunción constitucionalidad del legislador), afirma que ha conllevado que “pueda ser calificada de

²⁸² “No se trata de castigar el resultado de la investigación de un historiador demenciado que llegara a la absurda conclusión de la inexistencia de un genocidio universalmente contrastado, en cuyo caso no habría elemento intencional alguno, y por lo tanto no resultaría punible, sino de poner coto, mediante la sanción penal, a la profusión de informaciones directamente encaminadas a minimizar o a explicar hechos monstruosos de genocidio”. Voto particular del Magistrado Ramón Rodríguez Arribas a la STC 235/2007.

²⁸³ Tajadura Tejada, J.: *op.cit.*, p. 244.

²⁸⁴ “No se comprende bien como esa misma interpretación puede resultar inadecuada cuando se trata de la conducta consistente en la «negación»”. Voto particular del Magistrado Pascual Sala a la STC 235/2007.

desfiguración o manipulación del texto legal, cuando es lo cierto que ese elemento tampoco figura explicitado en la conducta equivalente de justificación y cuando no sería nunca admisible interpretar que el legislador del Código penal hubiera querido incriminar solo una aséptica conducta de negación fáctica desprovista de toda intencionalidad”.

Cabe considerar, por otra parte, que el TEDH apela en numerosas ocasiones al art. 17 CEDH, que prohíbe el abuso del derecho, como producto de la utilización de los derechos para proceder a la destrucción de los mismos. En la siguiente STC 235/2007 no ha manipulado el sentido de la interpretación anterior. Puesto que el propio TEDH reconoce que no resulta suficiente la constatación de un daño, sino que debe corroborarse una voluntad de expresa destrucción de las libertades y derechos. De hecho, los Estados dentro de su margen de apreciación podrán, mediante su derecho interno, restringir la libertad de expresión a quienes niegan hechos históricos claros, pero en la medida que implique un propósito de difamación racial o incitación al odio. Sin postularnos a favor de los negacionistas, existen posturas que no llevan implícitamente una intencionalidad discriminadora ni una humillación a las víctimas. A pesar que choque con la evidencia histórica o la realidad política. La negación histórica del genocidio puede resultar contraria a los valores constitucionales y estar amparada por la libertad de expresión, dado que no se reconoce como límite, en lo que se conoce como discurso del odio. De hecho, no supone una incitación directa a la violencia. Dicho lo cual, resulta más complejo en lo que respecta a la discriminación de las víctimas.

3.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional, 35/2020, de 25 de febrero (vulneración art. 20 CE)

En segundo lugar, analizaremos la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, de 25 de febrero (*BOE* núm. 83, de 26 de marzo de 2020), el ponente de la cual fue Juan Antonio Xiol Ríos. Resolvía el recurso de amparo núm. 2476-2017 contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2017, por el que se desestimaba el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la Sentencia núm. 4/2017, de 18 de enero, por la que se estimaba el recurso de casación núm. 1619-2016 interpuesto contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 20/2016, de 18 de julio. Finalmente, se condenaba al cantante, en este caso, demandante de amparo, como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP.

Es el conocido caso del rapero Sr. César Augusto Lehman (conocido como César Strawberry). Esta sentencia supone un punto y aparte²⁸⁵ con las previas y anteriores - aunque recientes- condenas del TS y TC en cuestiones similares. El objeto de la controversia son seis comentarios que el artista publicó en su red social Twitter, entre los meses de noviembre de 2013 y enero de 2014. En concreto, del siguiente tenor: «El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar a los Grapo»; «A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora»; «Street Fighter, edición Posteta: Ortega Lara vs Eduardo Madina»; «Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado»; «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco»; «Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Qué emoción!». Otro usuario le dice: «Ya tendrás el regalo preparado no? ¿Qué le vas a regalar?». A lo que le contesta: «Un roscón-bomba».

El recurrente -un conocido cantante del género del rap-, interpone un recurso de amparo alegando la vulneración del art. 24.2 y del 20 CE. En su escrito alega que la decisión del TS implica una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de presunción de inocencia, tras volver a valorar en segunda instancia los hechos probados, pero sin el respeto a las garantías de inmediación, publicidad y contradicción en la práctica y valoración de las pruebas personales que lo sustentan. Además de una nueva subsunción del elemento subjetivo intencional del art. 578 CP, sin un trámite de audiencia al acusado. Y lo que nos mueve al análisis: considera la violación de su derecho a la libertad de expresión, más específicamente, en el aspecto subjetivo del tipo penal que no valora el contexto ni las circunstancias y meramente la literalidad de los tuits. Asimismo, considera que los tuits no constituyen discurso de odio al no incitar a la violencia ni tener conexión con actividades terroristas. Sin prácticamente ningún tipo de duda, se resuelve la alegación de la vulneración del art. 24.2, tras la consideración de que “la controversia trae causa de una estricta cuestión jurídica sobre el contenido y configuración del elemento subjetivo del delito, cuya resolución por parte del órgano judicial de segunda instancia no comprometía las garantías que disciplinan la valoración

²⁸⁵ Como comenta el autor, la presencia en el Código Penal de una serie de tipos de contenido abierto e impreciso han supuesto un riesgo a la libertad de expresión. Tal como expresa, no hay parámetros estables: “La experiencia en nuestros tribunales nos lleva a observar todo lo contrario: ausencia de líneas hermenéuticas estables y previsibles, y tendencia mayoritaria a restringir el ámbito de actuación de la libertad de expresión en esos casos... para completar el anterior cuadro, en fin, no ha faltado el recurso a veces desmesurado por parte de los tribunales al concepto de discurso del odio”. En Cabellos Espiérrez, M.A.: *op.cit.*, (blog).

probatoria ni el derecho de audiencia”²⁸⁶. Con ello, nos viene a confirmar que, en los casos de condena en la segunda instancia penal revocando una previa absolución, no existirá ningún reproche constitucional si no hay vista pública ni audiencia. Lógicamente, cuando no se comprometen los principios del proceso penal.

Más compleja resultó el planteamiento de la posible vulneración del derecho a la libertad de expresión. Como en la mayoría de ocasiones, el TC inició con su doctrina consolidada sobre el ejercicio de esta libertad de trascendente dimensión institucional, aunque con carácter limitado, singularmente ante manifestaciones que incitan a la violencia. Cabe resaltar que también menciona el redimensionamiento sobre el papel del Derecho Penal en la represión a la libertad de expresión, lo que no es más que una llamada a la proporcionalidad con miras a rehuir del efecto desaliento. En la misma, se aluden a los parámetros del TEDH²⁸⁷ en aplicación del test de convencionalidad. Se quiere con ello significar que la naturaleza de la conducta desarrollada, las circunstancias personales y el contenido deben ser tenidos en cuenta en la valoración judicial. Del mismo modo, se advierte del control de constitucionalidad que debe desplegarse en el juicio de proporcionalidad de los límites, más en los supuestos, de tipos delictivos²⁸⁸. En la perspectiva que aquí propone el TC, el juzgador tiene un deber previo antes de la aplicación del tipo penal, ¿cuál? El análisis de constitucionalidad para valorar si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, y un seguido control del juicio de proporcionalidad del límite. Como puede observarse en el texto de la sentencia, se trataría de un supuesto donde la ponderación judicial resultó manifiestamente carente de fundamento y desproporcionada²⁸⁹. Por consiguiente, en opinión del TC la valoración de la dimensión institucional de la libertad de expresión -intercambio ideas en consonancia con el pluralismo político- y la ponderación de los límites penales y su posible efecto desaliento, fue insuficiente en el examen previo por parte de los tribunales. En la medida en que los mensajes eran susceptibles de ser interpretados como manifestaciones legítimas del discurso político -una crítica alborotadora- en el contexto y circunstancias que se emitieron, no tanto en lo

²⁸⁶ STC 35/2020, FJ 3º.

²⁸⁷ Entre otras, STEDH, Castells c. España, 23 de abril de 1992; STEDH as. Öztürk c. Turquía, de 28 de septiembre de 1999; STEDH Karakoyun y Taran c. Turquía de 11 de diciembre de 2007.

²⁸⁸ Para ello, citan la STC 112/2016.

²⁸⁹ “No se ha dado ampliamente con la suficiencia requerida a la exigencia de valoración previa de si la conducta enjuiciada era una legítima manifestación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión”. En STC 35/2020, FJ 5º.

que respecta al análisis del contenido. Cabe considerar, por otra parte, que el cantante tiene estilo propio provocador y, a nuestro juicio, los comentarios no tenían una intencionalidad más allá de la crítica social y política a determinados personajes públicos, tal que él mismo, se declaraba alejado de contextos de terrorismo.

La Sentencia cuenta con un Voto Particular del magistrado Montoya Melgar -que analizaremos en líneas sucesivas-. En este, se expresa que el TC realizó un papel que no le correspondía, extendiendo sus competencias como si fuese un juez ordinario de casación.

Brevemente, en relación a los antecedentes, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la AN, absolvió al recurrente del delito de enaltecimiento del terrorismo con un único voto particular discrepante. Se consideró que no quedaba acreditado que, con los mensajes, buscara la defensa de los postulados de organización terrorista ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas. En relación a la calificación de los hechos, en el FD 3º de la Sentencia AN se señala que “es importante no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto, las circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión”. Más adelante se añade: “En esta clase de delitos es importante no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto, las circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad a cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión”. Por tanto, en la calificación de los hechos probados se valoró las interpretaciones del lenguaje emitido, la intencionalidad y los posibles significados para determinar con claridad la posible responsabilidad por un delito de tal naturaleza. A pesar de ello, el Ministerio Fiscal formuló un recurso de casación ante la Sala de lo Penal del TS por inaplicación indebida del art. 578 CP, en el sentido en que el dolo como elemento subjetivo, el elemento intencional ya se halla presente. Esto es, el conocimiento y voluntad de la acción continuada será el móvil.

El recurso fue estimado en la Sentencia núm. 4/2017, de 18 de enero, de la Sala de lo Penal del TS (Ponente: Don Manuel Marchena Gómez), condenando al cantante como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas a la pena de un año de prisión, con un voto particular discrepante. En atención a la solicitud de la Fiscalía, en la argumentación que se recoge en el FD 3º de la Sentencia de la Sala, se indica lo siguiente: “El art. 578 CP solo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. En el presente caso, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia. Es así como queda colmada la tipicidad subjetiva del delito por el que el fiscal formula acusación. La afirmación de que Luis Miguel (César Montaña) no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas — siempre en el marco de referencia que ofrecen los arts. 572 a 577—; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de Twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo”. Para el TS, el art. 578 CP solo exige el dolo básico para este delito, es decir, el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. A su parecer, el móvil no necesariamente debe coincidir con el dolo, ni enriquece el tipo subjetivo. Ya, en el FD 5º, en relación al bien jurídico protegido del art. 578 CP, menciona que la STS 812/2011, de 21 de julio, al igual que la STEDH Sürek c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003, ya calificaron esta manifestación como discurso del odio. Es decir, la alabanza o justificación de acciones terroristas, no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada o amparada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica, en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político.

Por si fuera poco, siguió esa línea jurisprudencial, tras las SSTS 846/2015, 30 de diciembre; 623/2016, 13 de julio; y 820/2016, 2 de noviembre, rigurosa en determinados aspectos de su fundamentación (al menos así pensamos modestamente) a costa de la libertad de expresión. Lo que llevó a que se reputaran manifestaciones expresadas en las redes sociales con tono exabrupto o crítico -incluso de mal gusto- como delito de enaltecimiento o humillación a las víctimas.

Dicho lo anterior, merece una especial atención el Voto Particular formulado por el magistrado don Perfecto Andrés Ibáñez a la STS 4/2017. Con dos ideas claves: por un lado, la humillación a las víctimas debe estar “dotado de un mínimo de textura argumental, de elaboración discursiva y de alguna capacidad de convencer”. Por otro lado, lo que convertirá a la conducta de humillar a la víctima como criminal, “debería tratarse de formulaciones capaces de hacer que una víctima hipotética pudiera considerarse directamente concernida y sentirse vilipendiada por ellas”.

Volviendo a la STC 35/2020 que analizamos, los antecedentes de modo resumido serían los siguientes:

- La sentencia de instancia que absuelve al recurrente no concurría la tipicidad subjetiva del delito del art. 578 CP, pues, a partir de los hechos declarados probados, se concluye que el específico ánimo del dolo no estaba presente en la conducta de publicación de los tuits²⁹⁰.

- La sentencia de casación estima que sí concurre la tipicidad subjetiva al no exigirse ningún específico ánimo o intención del autor añadido a los elementos configuradores del dolo.

- La condena era netamente normativa y no quedaba afectada ante la eventualidad de la concurrencia de un elemento subjetivo del delito, de ahí que no se reiterará actividad probatoria ni celebración de vista o audiencia del acusado.

Así pues, en atención a los fundamentos jurídicos, se cuestiona si se había ponderado con carácter previo lo siguiente: si la conducta suponía un ejercicio legítimo

²⁹⁰ A juicio de Valero Heredia, la aplicación del tipo por parte del TS, prescindió de la entidad y la finalidad de los mensajes, del contexto en que se insertaban y del tono con que fueron pronunciados. Además, añade que según la STC 112/2016 y jurisprudencia del TEDH, la incitación aun cuando se admita como indirecta debe ser idónea para provocar un riesgo concreto. Y, en el caso de humillación, una intención clara. En Valero Heredia, A.: *op.cit.*, p. 381.

de una libertad pública, el art. 20 CE; o si, en cambio, las expresiones proferidas se incluían dentro del discurso del odio como límites. Todo ello, en atención a que existía una absolución previa en la AN para después condenar al demandante en casación como autor de un delito del art. 578 CP. Por otro lado, si se vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. Respecto a esta última, consideran en el FJ 2º: “que la condena del recurrente en las resoluciones de casación no ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que la controversia trae causa de una estricta cuestión jurídica sobre el contenido y configuración del elemento subjetivo del delito, cuya resolución por parte del órgano judicial de segunda instancia no comprometía las garantías que disciplinan la valoración probatoria ni el derecho de audiencia. Por esta razón era suficiente, dada la naturaleza estrictamente jurídica de la cuestión debatida, la intervención del letrado del recurrente en la vista celebrada ante el órgano judicial de segunda instancia, tal como aconteció en el presente caso”.

En una razonada fundamentación jurídica cuarta, evocan en su análisis un estudio detallado sobre la línea jurisprudencial del derecho a la libertad de expresión en los supuestos de condena por delitos de enaltecimiento. Claro está, teniendo presente la publicación de tuits (contexto) y el denominado discurso del odio (límite). De inicio, menciona con carácter general la jurisprudencia relativa a la libertad de expresión; continúa con la eventual limitación por la comisión de este tipo delictivo; prosigue con la jurisprudencia del TEDH; y concluye con el control de constitucionalidad para garantizar la aplicación del principio de proporcionalidad, teniendo como referencia a la STC 112/2016, de 20 de junio de 2016; y, en menor grado, a la STC 177/2015, de 22 de julio.

En primer lugar, respecto a la jurisprudencia del TC, se destacan cuatro elementos caracterizadores de la libertad de expresión, secundadas igualmente con las SSTC 177/2015 y 112/2016:

- El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión, con jurisprudencia unánime, en el sentido de que es una garantía para la formación y existencia de una opinión pública y libre, siendo uno de los pilares de una sociedad democrática. Por ende, goza de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones para que pueda desenvolverse sin temor ni angostura.

- La libertad de expresión es un derecho fundamental no absoluto, por tanto, limitable y, singularmente el derivado de manifestaciones que alienten la violencia.

Puesto que la tolerancia y el respeto a la dignidad de todos los seres humanos constituyen un fundamento de igual valor en una sociedad democrática y pluralista. De ahí que se sancionen e incluso prevengan todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia, y la no autorización del uso de la violencia para imponer criterios.

- Otro foco lo pone en el discurso del odio, considerando que la labor de control de constitucionalidad²⁹¹ debe dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima o si, por el contrario, desencadenan la hostilidad, incitación o promoción del odio. En este punto incluiría a este tipo de conductas inserto en las manifestaciones del discurso del odio, como límite al ejercicio de la libertad de expresión.

- Por último, no menos importante, la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio de la libertad de expresión. En una transcripción del FJ segundo de la STC 177/2015, se recuerda que “los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado”. Se obliga al juez a tener presente el contenido constitucional, evitando de ese modo, un Derecho penal que disuada el ejercicio de la libertad de expresión. En otros términos, el origen de un efecto

²⁹¹ “En relación con este elemento caracterizador, en la STC 177/2015 se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de «dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia» (FJ 4). Igualmente, se recordaba que «[e]n la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que ‘no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre’ (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre» (FJ 4). Y, además, que «[e]s obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes» (FJ 4)”. En STC, Sala Primera, 112/2016, de 20 de junio de 2016, FJ 2º (II).

desaliento al ejercicio de una libertad pública, por una incorrecta ponderación judicial en relación a la posición preferente que ocupa la libertad de expresión. En síntesis, la posible extralimitación del *ius puniendi*, por lo que interpela a tener presente el contenido esencial del derecho.

A continuación, en relación a jurisprudencia que aplicó el delito de enaltecimiento, se cita la STC 235/2007, de 7 de noviembre. En los argumentos se rememora que el genocidio como tal permite de forma excepcional que el legislador penal castigue la justificación pública de ese delito siempre que se incriminen conductas que supongan una provocación -incluso indirectas- al genocidio. Facultando que se consideren merecedoras de reproche penal si no se entienden incluidas en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo. Por ende, como se confirmó por parte del TC con la Sentencia 235/2007, la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas es una manifestación del discurso del odio; ahora bien, requiere una situación de riesgo para los derechos de terceros, personas o el propio sistema de libertades. En suma, se expresa una preocupación por los riesgos derivados de una limitación desproporcionada a partir de la limitación mediante la sanción penal de estas conductas. Resumidamente, debido a esa especial peligrosidad de delitos que ponen en riesgo la esencia democrática, como el genocidio, se abre la puerta a la libertad de configuración del legislador de perseguir conductas que justifiquen públicamente el mismo, siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones política de cualquier tipo.

Prosigue con la jurisprudencia del TEDH. Respecto a la posible vulneración de la libertad de expresión, ponen de manifiesto: Que las limitaciones a la libertad de expresión por sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo estarán justificadas en determinados casos, el principal, cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo²⁹² para la seguridad nacional o seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito. O como apoyo moral a la ideología o la actividad que justifica el recurso a la violencia para la consecución de sus objetivos, generalmente, políticos²⁹³. La jurisprudencia del TEDH indica parámetros o aspectos relevantes en la ponderación, tales como: el mayor o menor impacto de la difusión, las

²⁹² STEDH Leroy c. Francia, 2 de octubre de 2008.

²⁹³ SSTEDH Sürek c. Turquía -núms. 1 y 3-, 7 de febrero de 2006; Halis Dogan c. Turquía; 7 de marzo de 2006.

circunstancias personales del autor, el contexto temporal (un contexto de violencia esa manifestación tendrá mayor influencia); etc.

A posteriori, el control de constitucionalidad que debe desarrollarse en el juicio de proporcionalidad de la limitación en un supuesto de aplicación de un delito de enaltecimiento del terrorismo. Acude para ello, al FJ 2º de la STC 112/2016: “La ausencia de ese examen previo al que está obligado el juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible”. En miras a que el reconocimiento de que los hechos probados, no pueden ser valorados como actos de ejercicio de un derecho y como conductas delictivas, interpelan a que el juez penal en un momento previo a la aplicación de la norma examine preliminarmente (control abstracto constitucionalidad) la eventual concurrencia de un ejercicio legítimo de derecho o libertad constitucional.

Se trataría de lo siguiente: que se dé cumplimiento a la exigencia de una valoración previa para discernir si la conducta enjuiciada era una legítima manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. De ese modo, en el FJ 5º, concluye el Tribunal “que la sentencia condenatoria no ha dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos”.

La falta de un análisis en serio de la dimensión institucional de la libertad de expresión²⁹⁴, llevan a la consideración de que no se pondera, entre otras cosas, la intención irónica o sarcástica del recurrente en la emisión de sus mensajes y su trayectoria profesional, junto al contexto en que se emiten los mensajes. Circunstancias relevantes para el TC en esa ponderación previa que el juez penal desarrolla en materia de protección de los derechos fundamentales, en este caso, la libertad de expresión. Incluso, sugiere que

²⁹⁴ “La posición central que tiene el derecho a la libertad de expresión como regla material de identificación del sistema democrático determina que no solo el resultado del acto comunicativo respecto de los que se puedan sentirse dañados por él, sino también los aspectos institucionales que el acto comunicativo envuelve en relación con la formación de la opinión pública libre y la libre circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático, deben ponderarse necesariamente para trazar el ámbito que debe reservarse al deber de tolerancia ante el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, los límites de la intervención penal en la materia”. En STC 35/2020, FJ 5º.

la mayor parte de los tuits son susceptibles de ser interpretados como producto del discurso crítico político. Por consiguiente, el TC consideró que la sentencia condenatoria no dio cumplimiento, con la necesaria o suficiente exigencia de valoración previa, de si la conducta que se enjuiciaba era una manifestación del ejercicio de la libertad de expresión, tras la negación a valorar la intención comunicativa, el contexto y las circunstancias de los mensajes emitidos. Visto lo anterior, el Tribunal Constitucional decide estimar parcialmente el recurso de amparo, al declarar la vulneración de la libertad de expresión del art. 20.1.a) CE y restablecer su derecho, declarando la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Penal del TS núm. 4/2017, de 18 de enero de 2017, y el Auto de 6 de abril de 2017.

El Voto Particular lo formuló el magistrado don Alfredo Montoya Melgar. En el mismo, muestra la discrepancia con la FJ 4º y 5º y el consecuente fallo. Más concretamente, la jurisprudencia constitucional que invoca la extrae, en especial, del análisis de la STC 112/2016, sobre la colisión del delito de enaltecimiento con el derecho a la libertad de expresión. Sostiene que la libertad de expresión es susceptible de limitaciones frente a manifestaciones que alienten la violencia. Sus premisas serían las siguientes: la sanción penal de la exaltación o justificación como manifestación del discurso de odio requiere una situación de riesgo para las personas, derechos de terceros o para el propio sistema de libertades -añade que la jurisprudencia del TEDH justifica dichas limitaciones cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, seguridad pública, defensa del orden o prevención del delito-.

La premisa sería la valoración como cuestión previa a la aplicación del tipo penal, y sin ella, la ponderación resultara carente de fundamento. “Al trasladar ese planteamiento al caso enjuiciado, entiende la mayoría del Tribunal (fundamento jurídico de su resolución) que la sentencia impugnada no dio cumplimiento suficiente a la descrita exigencia de valoración previa sobre si la conducta enjuiciada era una legítima manifestación del derecho fundamental a la libertad de expresión”. No comparte dicho planteamiento de que el TS no ponderase de forma suficiente la posible vulneración a la libertad de expresión ni que no ponderase que la conducta representase una situación de riesgo para las personas o para derechos de terceros. En atención al examen previo, no converge con el resto de Magistrados. ¿Por qué motivos? Pues porque, desde su punto de vista, debe descartarse que, si el análisis no se efectúa sistemáticamente con carácter previo, determine la existencia de una lesión del derecho fundamental a la libertad de

expresión. Tal como expresa en su Voto Particular²⁹⁵: “En todo caso, no puede decirse que en la sentencia del Tribunal Supremo recurrida no exista el necesario examen del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, pues toma en consideración múltiples factores que el propio Tribunal Constitucional viene entendiendo como determinantes de la presencia o ausencia de lesión del derecho aquí concernido. A tal efecto, no puede olvidarse que esa argumentación no tiene que ser necesariamente acertada y compartida por el Tribunal Constitucional”. Considera múltiples factores que han sido considerados y relevantes para una efectiva valoración de la conducta enjuiciada: en primer lugar, la condición de quien emite el mensaje, esto es, admite que las letras de sus canciones tienen un marcado tono provocador, pero los mensajes de humillación no la excluyen de la culpabilidad; en segundo lugar, el mensaje emitido a través de las nuevas tecnologías intensifica de forma exponencial el daño y carece de un control sobre su difusión; en tercer lugar, el mensaje lo enmarcan en el discurso del odio que no gozaría de tutela constitucional; en cuarto lugar, se entendió que la libertad de expresión no primaba sobre el bien jurídico protegido de este tipo penal²⁹⁶; en último lugar, en el conflicto entre derechos, la protección de las víctimas del terrorismo²⁹⁷ como límite a la libertad de expresión fue el eje argumental del TS.

Desde su punto de vista, la humillación a las víctimas es una manifestación del discurso de odio, al justificar e incitar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos. Asimismo, considera que los criterios desarrollados en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo no tuvieron en cuenta la segunda modalidad de comisión del tipo (tipo mixto alternativo), esto es, la humillación de las víctimas. Entiende que en la fundamentación jurídica se trata de forma autónoma el delito de enaltecimiento, la humillación y la vejación a las víctimas. En cambio, debería utilizarse humillación o vejación de las víctimas del terrorismo. En concreto, menciona en el voto que, “no cabe extrapolar a este caso, sin más, criterios desarrollados en relación con el puro enaltecimiento del terrorismo, puesto que la humillación, burla o escarnio a una víctima del terrorismo, no conlleva conceptualmente la acción de animar directa o indirectamente

²⁹⁵ Parte del razonamiento proviene de la STC 158/2009, de 25 de junio.

²⁹⁶ Alude a que la STS 623/2016, de 13 de julio, afirma que “la libertad ideológica o de expresión no puede ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación”.

²⁹⁷ “Se nos escapa –afirma el magistrado Montoya Melgar– en qué puede contribuir a la formación de una opinión pública libre difundir, por ejemplo, que quien sufrió el secuestro más largo de la historia de España debería volver a pasar por tal experiencia”.

a la comisión de nuevos delitos; exigencia de coincidencia que supondría un práctico vaciamiento del tipo y con ello una inasumible desprotección de tales víctimas”.

Para concluir dejamos anotadas algunas críticas realizadas a esta Sentencia. García Amado discrepa sobre varios motivos, no en relación a la absolución (fondo), sino principalmente de la extralimitación de las competencias del TC. Lo expresa del siguiente modo: “... pues viene a terciar en el debate sobre la interpretación más conveniente de una norma penal y eso al TC no le compete; argumentación con una fuerte carga retórica dirigida a ocultar o disfrazar tal extralimitación; y uso impropio o escasamente depurado de una terminología alusiva a la ponderación para dar la impresión de que se emplea tal método o modo de razonar, hoy tenido por tan apropiado, mientras que en realidad no se pondera en esta sentencia; salvo que ponderación sea lo mismo que valoración pura y simple, en cuyo caso la teoría de la ponderación pierde toda peculiaridad y autonomía y se vuelve trivial”. Es decir, rechaza el punitivismo desbocado y tampoco está a favor de la condena de César Strawberry, ahora bien, rechaza los argumentos del TC a la hora de la concesión del amparo. Las razones que expone son las siguientes:

- En la divergencia del art. 578 CP, entre la Audiencia Nacional (que exige una intención ofensiva acreditada o patente de humillar a las víctimas) y el TS (que considera que basta que el acusado conozca los elementos que definen el tipo objetivo), afirma que el TC ha terciado en una interpretación infraconstitucional²⁹⁸.
- Respecto a esa forma interpretativa, considera que añade elementos definatorios del delito, la inconstitucionalidad de la acción²⁹⁹. Sin que niegue un control

²⁹⁸ “Así pues, el TC está situando el eje del debate en una divergencia sobre la interpretación mejor del artículo 578 del Código Penal, y más en concreto sobre los componentes del elemento subjetivo de ese tipo penal. Pero, de paso, pareciera que el TC se está cerrando a sí mismo la puerta, pues sabido es que en nuestro sistema no corresponde al Tribunal Constitucional, al resolver recursos de amparo, terciar en la interpretación de las normas infraconstitucionales y discernir cuál es para cada caso le mejor, pues ello convertiría al TC en algo así como un tribunal de supercasación”. En García Amado, J.A.: “Sobre la sentencia del TC 35/2020 en el conocido como caso Strawberry”, en *blog almacenedderecho*, 2 de abril de 2020. <https://almacenedderecho.org/sobre-la-sentencia-del-tc-352020-en-el-conocido-como-caso-strawberry>

²⁹⁹ “Así las cosas, resulta que a los elementos definatorios del delito hay que añadirle uno más: la inconstitucionalidad de la acción. Por consiguiente, delito ya no será meramente la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, sino la conducta típica, antijurídica, culpable, punible e... inconstitucional”. En García Amado, J.A.: *op.cit.*

abstracto de constitucionalidad de la norma penal, sino que se pregunta dónde quedaría el juicio penal para las condiciones del delito.

- Desde su punto de vista, es una duplicidad de juicios, en el sentido que si la ley penal es constitucional no puede conllevar delitos inconstitucionales³⁰⁰.
- Para el autor, no se plantea la ponderación como la veníamos conociendo, sino un razonamiento subsuntivo, lo que “propone el TC es una serie de criterios para interpretar qué debe entenderse por libertad de expresión y qué expresiones cuadran o no bajo esa libertad”³⁰¹.

En línea similar, Presno Linera trae a colación su desacuerdo con la técnica de ponderación. Estima, por tanto, que se debería hablar de delimitar el alcance de la libertad de expresión -haz de facultades que forman parte del objeto- y no de ponderar. A su modo de ver, sí que acierta el TC al recordar la dimensión institucional de la libertad de expresión y en la insistencia de la importancia del contexto para el análisis judicial. No, en cambio, en dos aspectos: el primero, en la apelación a que este tipo penal se incluya en el discurso de odio, o al menos un concepto que se banalice; el segundo, la incorrecta técnica de ponderación. Apunta lo siguiente: “En realidad, no hay tal enfrentamiento sino un derecho fundamental, la libertad de expresión, que está sujeto a límites en aras a proteger otros bienes y derechos y no hay conflicto porque si una expresión está constitucionalmente protegida es porque no ha menoscabado otro bien o derecho y si los ha lesionado la expresión no podía considerarse un ejercicio de la libertad iusfundamental”³⁰².

3.3. NOTAS A SENTENCIAS RELEVANTES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADAS CON EL DISCURSO POLÍTICO

³⁰⁰ “¿Por qué es artificiosa y extraña duplicidad de juicios que el TC le pide al juez penal al exigirle que primero examine si lo que ha hecho el acusado es ejercer su derecho fundamental y que solo después mire si concurren los elementos del tipo delictivo? Porque siempre, en la teoría y en la práctica, se da por sentado que la acción típica, antijurídica, culpable y punible, y que lo sea conforme a una norma penal no inconstitucional, es un delito y por ser delito, es inconstitucional. Ante la ley penal constitucional (es decir, no inconstitucional) no hay delitos inconstitucionales. No tiene sentido que a un acusado se le diga que su conducta penalmente es delito, pero constitucionalmente es lícita”. En En García Amado, J.A.: *op.cit. (blog)*

³⁰¹ *Ibidem (blog)*.

³⁰² Presno Linera, M.A.: Breves y apuradas consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que «anula la condena del Tribunal Supremo al cantante Strawberry». En *blog el derecho y el revés*, 2 de abril de 2020. <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/02/breves-y-apuradas-consideraciones-sobre-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-que-anula-la-condena-del-tribunal-supremo-al-cantante-strawberry/>

3.3.1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Müslüm Gundüz c. Turquía, 4 de diciembre de 2003 (violación art. 10 CEDH)

En primer lugar, analizaremos el caso Gundüz c. Turquía (solicitud nº 35071/97). En el juicio reunidos en Sala, el presidente fue don Christos Rozakis. El caso se originó en una solicitud presentada, en fecha de 21 de enero de 1997, ante la Comisión Europea de Derechos Humanos en virtud del art. 25 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos. El objeto de la demanda atendía al art. 10 CEDH. La demanda se transmitió al TEDH, el 1 de noviembre de 1998, tras la entrada en vigor del Protocolo nº 11. Ya el 29 de marzo de 2001, la Sala declaró admisible la demanda, asignándose en fecha posterior a la Sección Primera.

En atención a las circunstancias del caso, el demandante era líder de una comunidad islámica y participó en un programa de televisión, Ceviz Kabuğu, transmitido por el canal HBB. Se inicia un proceso penal, tras la acusación presentada por el fiscal por una vulneración del art. 312 del Código Penal Turco, tras las declaraciones en el programa de televisión donde presuntamente incitaba al odio y la hostilidad sobre la base de la religión. El Tribunal de instancia lo declaró culpable con una condena a dos años de prisión y una multa. Entre las expresiones se mencionaba que “la democracia en Turquía es despótica, despiadada e impía”, “pic = bastardo”, y a la pregunta de si el objeto último era destruir la democracia y establecer un régimen basado en la Sharía, responde “*por supuesto, eso sucederá*”. Se interpone recurso de casación aludiendo a la libertad de expresión y religión de la Constitución turca, aunque, el tribunal confirmó la sentencia.

En relación al art. 312 del Código Penal turco condena a la persona que incitare al pueblo al odio o a la hostilidad sobre la base de una distinción entre clases sociales, razas, religiones, regiones. De inicio, sin ahora entrar en profundidad, el término discurso del odio hemos expresado que abarcaría todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en intolerancia. Lo señalado por los tribunales turcos, en relación a las expresiones del Sr. Gundüz, por desafortunadas que sean, no atestiguan corroborar una incitación o justificación al odio por cuestión de la religión. Por supuesto, que los gobiernos nacionales crean ese marco legal, pero cualquier injerencia de las autoridades

públicas en la libertad de expresión se circunscribe sobre la base de criterios objetivos y sujetos a un control judicial independiente.

Los gobiernos deben garantizar que, dentro de su marco legal, cualquier injerencia de las autoridades públicas en la libertad de expresión se circunscriba estrictamente sobre la base de criterios objetivos y esté sujeta a un control judicial independiente. Para ello, la ley -penal- debe prever sanciones efectivas y proporcionadas.

Se alega por tanto la presunta violación del art. 10 CEDH, en especial, porque no se fundamenta la injerencia en la persecución de fines legítimos como la prevención del delito o la protección de los derechos de los demás; y, si esa injerencia era necesaria en una sociedad democrática. En este último punto, el Gobierno alegó que, los comentarios en oposición al sistema democrático, eran ofensivos y podían causar un daño grave a la moral y al orden público. El comentario al cual se aferran para el castigo era, principalmente, la afirmación de que cualquier hijo nacido de un matrimonio celebrado sin la fe islámica era bastardo. Con esas expresiones, consideraron que difundía un odio basado en la intolerancia religiosa. La impugnación del solicitante se basaba en que sus puntos de vista eran ejemplos sobre la base de creencias personales sin un ánimo de insulto. Menciona que la utilización de la palabra bastardo la expresó como hijo ilegítimo, enfatizando que el matrimonio civil era contrario a la concepción islámica de matrimonio. En suma, considera el demandante que sus declaraciones forman parte del discurso político, incluso con una lectura unipersonal.

El Tribunal, sugiere de inicio que las opiniones religiosas pueden ser límites del art. 10.2, en la medida que sean expresiones gratuitamente ofensivas para los demás y no contribuyan a ninguna forma de interés público. No dudamos que existe un cierto margen de apreciación en materias susceptibles de ofender las convicciones personales íntimas como la religión. Sin embargo, no es ilimitado ese margen, por tanto, la cuestión es esta: ¿la injerencia fue necesaria en una sociedad democrática?

Fue sancionado por unas declaraciones que clasificaron como discurso del odio. Ciertamente, se puede sancionar las formas de expresión que propaguen, incitan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (en este caso religiosa). No obstante, esas condiciones, restricciones o sanciones impuestas requieren varias cuestiones: primero, ser proporcionales al objetivo legítimo perseguido; segundo, la consideración de la injerencia impugnada a la luz del caso en su conjunto para determinar la proporcionalidad a los fines

legítimos perseguidos; tercero, las razones aducidas por las autoridades nacionales deben ser relevantes y suficientes; en cuarto lugar, la naturaleza y la gravedad de las sanciones será un factor a tener en cuenta al evaluar la proporcionalidad de la injerencia.

Como reconoce la Corte de Estrasburgo, la entrevista debatida en los medios se trataba de un asunto de interés general para la sociedad turca, incluso el formato televisivo del programa se diseñó para un fomento de los contrargumentos, conociendo de antemano que el Sr. Gundüz era líder de una secta religiosa (sus puntos de vista eran sumamente conocidos). Las declaraciones hechas iban dirigidas a una campaña abierta a favor de la Sharia. En principio, de las mismas, ni se observa un ataque dirigido a un colectivo en concreto ni un recurso a la violencia. Más importante aún, “se expresaron en el curso de un debate plural en el que participaba activamente la demandante”³⁰³.

Ciertamente, no cabe duda de que, como cualquier otra observación dirigida contra los valores fundamentales de la Convención, las expresiones que pretenden difundir, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia, incluida la intolerancia religiosa, no gozan de la protección que otorga el artículo 10 de la Convención. Sin embargo, el Tribunal considera que el mero hecho de defender la Sharia, sin recurrir a la violencia para instaurarla, no puede ser considerado como “discurso del odio”. Además, el caso de la demandante debe verse en un contexto muy particular. En primer lugar, el objetivo del programa en cuestión era presentar la secta de la cual el solicitante era el líder; en segundo lugar, las opiniones extremistas del demandante ya eran conocidas y discutidas en público y, en particular, fueron contrarrestadas por la intervención de los demás participantes en el programa; y, por último, se expresaron en el curso de un debate plural en el que participaba activamente la demandante. En consecuencia, la Corte considera que en el presente caso no se ha establecido de manera fehaciente la necesidad de la restricción en cuestión. Por todo ello, concluyen, por seis votos contra uno, que la injerencia en la libertad de expresión del demandante no se basó en motivos suficientes a los efectos del art. 10 CEDH.

El voto disidente, de conformidad con el art. 45.2 CEDH, fue del juez turco Riza Türmen, quien estimó que la palabra “pic” es una palabra peyorativa muy grave en la sociedad turca; por ende, consideraba que debe incluirse en la categoría de discurso de odio basado en la intolerancia religiosa. Hace alusión a la Recomendación de política

³⁰³ Traducción no oficial del punto 51 de la sentencia.

general nº 7 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, respecto a que establece que la ley debe sancionar los insultos públicos y difamación; y según la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros, el discurso de odio abarca el odio basado en la intolerancia. Señala en su voto que, si en el texto de la Sentencia no se ha negado que ese comentario es intolerante, debería reputarse como discurso de odio y no disfrutar de la protección del art. 10. De hecho, a su juicio, no contribuye en nada a un debate público significativo. Además, recuerda que el margen de apreciación resulta más amplio para los Estados contratantes cuando regulan la libertad de expresión en relación con materias susceptibles de ofender las convicciones personales íntimas, o de la religión³⁰⁴. En particular, considera que se debe otorgar un grado de protección a los valores seculares al igual que los religiosos.

En efecto, su comentario resultó insultante hacia los valores seculares, pero la discrecionalidad otorgada a los tribunales nacionales produjo una injerencia hacia la libertad de expresión. O, mejor dicho, la injerencia no se basó en motivos suficientes, incluso dudosos en una categorización como discurso del odio. Ya que el contexto ofrecido no recurría a la violencia directa, y los discursos intolerantes tenían la opción de ser contrarrestados en la intervención de otros participantes. En suma, el contexto de una discusión pluralista de un asunto de interés político.

3.3.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Féret c. Bélgica, Sala, Sección Segunda, 16 de julio de 2009 (no violación art. 10 CEDH)

A continuación, haremos referencia a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Féret contra Bélgica, Sala-Sección Segunda (solicitud nº 15615/07). El presidente fue el portugués Ireneu Cabral Barreto.

Con esta Sentencia, el TEDH, en una matización muy importante de su doctrina anterior, condena, al inadmitir la demanda, al presidente de un partido de extrema derecha por incitar públicamente a la discriminación o al odio racial mediante panfletos distribuidos en campaña electoral. En concreto, al presidente del partido político *Front Nationaal* que era miembro de la cámara de representantes belga y, en ese momento, el

³⁰⁴ Hace alusión principalmente a la STEDH Otto-Preminger- Institut y Wingrove c. Austria, de 20 de septiembre de 1994. En ella se determinó que la incautación y el decomiso de una película (contenía imágenes triviales en contra del cristianismo) por parte del Gobierno austriaco mediante un proceso penal no violaba el derecho a la libertad de expresión.

editor responsable de las publicaciones del partido. Los folletos y carteles que se distribuyeron en campaña electoral dieron lugar a denuncias de incitación al odio y discriminación, ya que presentaban a los inmigrantes no europeos como delincuentes y que buscaban burlarse del resto de ciudadanos. Todo ello despertaba una serie de sentimientos de rechazo o desconfianza hacia los extranjeros. La inmunidad parlamentaria fue levantada (suspendida)³⁰⁵ para iniciarse un proceso penal como editor y autor de esos panfletos distribuidos. Lo que conllevó a que fuese denunciado en base a la ley que sancionaba la xenofobia, y condenado por los tribunales belgas a una pena de doscientas cincuenta horas de servicios comunitarios (pena prisión suspendida) e inhabilitación del cargo por diez años. Se consideró que no entraba dentro de su actividad parlamentaria, ya que los pasajes contenían una incitación deliberada. Y su recurso de apelación y casación fueron desestimados³⁰⁶. Por ello, se presentó la demanda contra el reino de Bélgica ante el TEDH el 29 de marzo de 2007.

De este modo, el representante político alegaba que hubo una injerencia en su derecho a la libertad de expresión previsto en la ley. Teniendo en cuenta que las difamaciones o insultos que realizó ese representante iban dirigidos contra determinados grupos de población, por lo que podían incorporarse como discursos de odio. Dentro de la categoría de este discurso político se suscitó un odio -comentarios intolerantes- basado en prejuicios étnicos culturales, al excluir a los inmigrantes. Pensemos, igualmente, que los partidos políticos tienen un alto nivel de protección por sus opiniones formuladas en público. Lógicamente, el caso no fue tan clarividente, cuando el Tribunal sostuvo por cuatro votos contra tres que no había habido violación del artículo 10 del CEDH a raíz de la condena por la distribución de los folletos en campaña electoral. Su injerencia a ese

³⁰⁵ El 6 de junio de 2002, el fiscal de Bruselas redactó un informe para la atención del fiscal del Tribunal de Apelación de Bruselas en el que sugería que se suspendiera la inmunidad parlamentaria del demandante a fin de permitir que se incoaran procedimientos penales contra él. Con posterioridad, el 13 de junio de 2002, el Fiscal General presentó esta solicitud al Presidente de la Cámara de Representantes.

³⁰⁶ Según la exposición de hechos, el 29 de junio de 2004, el demandante prestó juramento ante el Consejo de la Región de Bruselas-Capital. El 20 de febrero de 2006, el Tribunal de Apelación de Bruselas reanudó el juicio *ab ovo*. En Sentencia de 18 de abril de 2006, el Tribunal de Apelación de Bruselas condenó al demandante a 250 horas de trabajo a realizar en el área de integración de personas de nacionalidad extranjera, con una pena de prisión subsidiaria de diez meses. Prohíbe al solicitante ejercer el derecho a la elegibilidad por un período de diez años. El demandante interpuso recurso de casación en escrito de 19 de julio de 2006. El 4 de octubre de 2006, la Cámara de Casación desestimó el recurso basado principalmente en cuestiones de la inmunidad parlamentaria.

derecho estaba prevista en una Ley de 30 de julio de 1981, con los objetivos legítimos de proteger los derechos de los demás.

Para empezar, el TEDH sostiene que la libertad de expresión resulta especial e importante para un representante político, además, también será crucial, que los comentarios en público no fomenten la intolerancia ni sentimientos de rechazo o incluso odio hacia los extranjeros. El impacto de magnificarse esos mensajes en un contexto electoral fue decisivo ante la necesidad apremiante de proteger los derechos de los inmigrantes.

El TEDH acude a la recomendación nº. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en atención a lo que se entiende por discurso de odio, junto a los informes de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (“ECRI”) que fueron dirigidos contra Bélgica.

Pasamos a explicar, a continuación, parte de la doctrina que se expone en el fondo de la resolución judicial para la determinación de si esa injerencia era necesaria en una sociedad democrática para lograr esos fines. Como sucede con supuestos parecidos, en los argumentos nos reiteran que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de toda sociedad democrática y una de las condiciones básicas de desarrollo del individuo. Aplicándose desde los orígenes con el *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre de 1976, no solo a ideas inofensivas o indiferentes, sino también amparando aquellas que escandalizan o perturban.

De ahí que la verificación de ese carácter necesario en una sociedad democrática deba valorar si era proporcionada al fin legítimo perseguido atendiendo a las razones aducidas por las autoridades nacionales (margen de apreciación)³⁰⁷. En efecto, no es un derecho absoluto, si bien, cuando estamos en el campo del discurso político o asuntos de interés general público, la restricción tiene un recorrido más corto, o a la inversa, se deja poco espacio a la misma. Además, en el caso particular, un representante electo del pueblo requiere que la injerencia se ejerza con un estricto escrutinio.

³⁰⁷ Para un análisis en profundidad del margen de apreciación, vid. García Roca, F. J.: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Cizur Menor-Navarra, 2010.

En la otra cara de la moneda, se halla la tolerancia y la dignidad de los seres humanos. Por ese motivo, las formas de expresión que propaguen, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia pueden sancionarse siempre que sean proporcionales al objetivo legítimo perseguido. El contenido de los folletos y dibujos distribuidos, según los hechos, resultó ofensivo, ya que se basaba en la diferencia entre ciudadanos belgas y otros ciudadanos, explotando las ventajas de vivir en Bélgica y burlándose de los mismos. Lo que lleva a sentimientos de desprecio y rechazo hacia los extranjeros.

La Corte estima que la incitación al odio o discriminación no requiere un determinado acto de violencia, sino que con un insulto, ridiculización o difamación a determinados grupos específicos de la población. Por ese motivo, son suficientes para que las autoridades luchen contra esos discursos racistas, aunque restrinjan la libertad de expresión. Y, la mera circunstancia de ser parlamentario no conlleva una atenuación de la responsabilidad. “La Corte otorga especial importancia al medio utilizado y el contexto en el que se difundieron las manifestaciones impugnadas en el presente caso y, en consecuencia, a su potencial impacto en el orden público y la cohesión del grupo social. Sin embargo, se trataba de panfletos de un partido político distribuidos en el marco de una campaña electoral, una forma de expresión destinada a llegar al electorado en sentido amplio, y por ende a toda la población. Si en un contexto electoral los partidos políticos deben gozar de una amplia libertad de expresión en un intento de convencer a sus votantes, en caso de discurso racista o xenófobo, tal contexto contribuye a suscitar el odio y la intolerancia porque, por la fuerza de las circunstancias, las posiciones de los candidatos a las elecciones tienden a ser más fijas y las consignas o estereotipos las fórmulas llegan a prevalecer sobre los argumentos razonables. El impacto del discurso racista y xenófobo se hace entonces mayor y más dañino”³⁰⁸.

Se considera que los partidos políticos tienen derecho a defender sus opiniones en público, incluso aquellas que ofenden -como problemas con la inmigración-, si bien, deben evitar los comentarios vejatorios o humillantes. El lenguaje utilizado no puede camuflarse por el proceso electoral. En esencia, había motivos para justificar la injerencia

³⁰⁸ Traducción no oficial del punto 76 de la sentencia.

en la libertad de expresión³⁰⁹. Cuestión más compleja era si fue pertinente y proporcional. Concluyen que no justifica la aplicación del art. 17 CEDH (desestimada por unanimidad) y no ha habido violación del art. 10 CEDH (cuatro votos contra tres).

Andràs Sajo realizó un voto disidente acompañado de los jueces Vladimiro Zagrebelsky y Nona Tsotsoria. En su opinión, considera que existe una represión criminal contra un discurso político, a pesar de compartir los peligros de la intolerancia, como la propaganda xenófoba. Considera que se sacrifica la libertad de expresión sin razones de peso, utilizando métodos muy represivos. Menciona en el voto, que cuando nos enfrentamos a ideas que provocan odio o asco es donde el juicio debe ser más deferente; en la medida en que nuestras convicciones personales corren el riesgo de influir en nuestras ideas sobre lo que resulta peligroso. A su modo de ver, las declaraciones van dirigidas contra la política favorable a los inmigrantes, y lo formula mediante un discurso caricaturesco y de ambigüedad, pero dentro del contenido político. Considera que no se ha tenido en cuenta los elementos que pueden neutralizar la declaración en cuestión³¹⁰, como sí en otros casos y con las medidas menos restrictivas posibles. Incluso en un paso más allá, consideran no prudente reconocer al parlamentario como racista. Así, de las declaraciones citadas no hay alusión a la superioridad o inferioridad de una raza, más de lo que reconocen características biológicas innatas en un grupo identificable de personas. Por tanto, se sorprende que el TEDH considere las expresiones como discurso racista y de clara incitación al odio racial a la hora de caracterizar esas declaraciones. En este punto, consideramos que la discriminación sería compartida por personas innegablemente racistas, no que se le tilde al parlamentario como tal, pero sí, que las declaraciones del Sr. Féret se han utilizado de forma desproporcionada y quedan fuera de ese contenido político.

Justamente el discurso del odio, como límite a la libertad de expresión queda fuera de la protección del art. 10 CEDH (al igual que el art. 20 CE). En este discurso se incluye

³⁰⁹ “La Corte reitera que la naturaleza y la severidad de las penas impuestas son también factores a tener en cuenta a la hora de medir la proporcionalidad de la injerencia”. En traducción no oficial del punto 79 de la sentencia.

³¹⁰ “La protección del discurso político exige que las declaraciones sean valoradas en el marco de la publicación como un todo, no aisladamente del resto del texto o mensaje, y no deben combinarse con otras declaraciones elegidas al azar. Combinar diferentes declaraciones en un solo mensaje supone que el público también puede hacerlo de la misma manera que las autoridades nacionales”. En traducción no oficial del voto disidente.

tanto a la incitación a actos de violencia como a la incitación a la discriminación (en este caso racial).

Por supuesto, nos adherimos a la consideración que se realiza sobre estos delitos de opinión, en el sentido que la acción punible se deriva directamente del discurso o al menos debe resultar significativa. Al igual, que la incitación a la violencia es una exhortación psicológica fuerte. Sin embargo, no coincidimos con el juicio expuesto, respecto a que la incitación a la discriminación sea un sentimiento que manifiestamente no tiende a la acción, en el siguiente caso. La intolerancia no son el resultado de una multitud de interacciones de personas con ideas afines reforzadas, tal como alude este voto disidente. El discurso contenía una difamación a un colectivo.

Cuestión distinta es que, en la práctica, el Tribunal Supremo ha utilizado esta sentencia como *arma arrojadiza*, en una fórmula de democracia militante ante discursos disidentes. Y, aquí si volvemos a coincidir con la formulación del voto, cuando expresa que no corresponde controlar a los poderes públicos un catálogo de ideas falsas e inaceptables, pues solo el libre intercambio de ideas nos permite tomar decisiones políticas y personales informadas. Al igual que la alusión a que los contraargumentos racionales permiten vencer a las emociones irracionales. Esto último, más discutible, aunque lo consideremos así.

CAPÍTULO 4:

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO DEL DISCURSO ARTÍSTICO

4.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO ARTÍSTICO.

4.2. NOTAS A SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADAS CON EL DISCURSO ARTÍSTICO.

4.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1990, de 19 de julio (no vulneración art. 14 CE).

4.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional 23/2010, de 27 de abril (no vulneración art. 20 CE, mantiene la violación del art. 18 CE).

4.3. NOTAS A SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADAS CON EL DISCURSO ARTÍSTICO.

4.3.1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Müller y otros c. Suiza, de 24 de mayo 1988 (violación art. 10 CEDH).

4.3.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Leroy contra Francia, de 2 de octubre de 2008 (no violación art. 10 CEDH).

4.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO ARTÍSTICO

Uno de los temas tradicionalmente *marginados* en los estudios del Derecho Constitucional es la libertad expresión en su forma artística. Como reconoce Vázquez Alonso, “una suerte de *talmudismo* jurisprudencial”³¹¹. De modo que, con respecto a otros subtipos o formas de manifestación de la libertad de expresión, carece de autonomía dogmática, incluso conceptualmente. Con toda probabilidad, las dificultades radican del “propio carácter escurridizo de la definición de arte”³¹². Importa, y por muchas razones, que pueda establecerse como una modalidad específica de la libertad de expresión³¹³. Desde la perspectiva que en un principio proponemos, la libertad de expresión en su manifestación artística cobijaría aquellas formas de expresión que, con independencia de subyacer ideas u opiniones, “están dirigidas a provocar emoción estética”³¹⁴. Evidentemente, existen posturas contrarias a reconocerla como modalidad específica. De hecho, determinados autores afirman que la contribución de la libertad artística a la opinión pública no resulta equiparable a la contribución privilegiada de la libertad de expresión³¹⁵. Derivado de estas tesis de menor privilegio, se conduciría a que las restricciones de esta libertad no han de someterse a un escrutinio interpretativo tan exigente.

A pesar de ello, nos resulta de interés el alegato expuesto por Vázquez Alonso. Este autor considera a la obra de arte “un fenómeno intrínsecamente comunicativo”³¹⁶, además de “la inequívoca dimensión institucional u objetiva de la libertad artística... dentro de la cultura del Estado constitucional”³¹⁷. Con esta perspectiva, el tratamiento judicial sería análogo al del discurso político, subsumiendo la obra de arte dentro de la protección del *political speech*, pues, pensar lo contrario, llevaría a la conclusión de que toda manifestación artística inteligible no debe ser analizada desde la óptica de la libertad

³¹¹ Vázquez Alonso, V.J.: “La libertad de expresión artística: una primera aproximación”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 62, nº. 2, 2014, p. 73.

³¹² Vázquez Alonso, V.J.: *op.cit.*, p. 74.

³¹³ Dicho lo cual, el valor común, “aun siendo diferenciada de esta, en tanto a su concreta intencionalidad estética, es susceptible de ser objeto de una aproximación jurídica similar en su tratamiento”. En *ibidem*, p. 74.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 74

³¹⁵ Igualmente, posturas que “se sustentan sobre la tesis filosófica de que el arte no es siempre cognoscitivo o comunicativo, sobre todo desde la irrupción de ciertas manifestaciones artísticas, propias de la modernidad y la post-modernidad”. En Vázquez Alonso, V.J.: *op.cit.*, p. 75.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 75.

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 75-76.

de expresión³¹⁸. Dicho de otro modo, “el hecho de que el arte se constituya en un espacio de reflexión autónoma no significa que no entre en contacto ni incida, a través de unas pautas propias, en la formación de la opinión pública”³¹⁹. El arte es expresión y manifestación³²⁰, por lo que no parece lógico que pueda ser infravalorado en su inclusión en la libertad de expresión³²¹. Evidentemente, se interpreta lo real o resulta algo imaginado, aunque, sigue siendo una manifestación humana. Al igual que sucede con los discursos escritos extravagantes o con las expresiones artísticas vanguardistas, y no por ello se les niega una vocación política, a modo de contribución en la formación de opinión pública. En función de lo planteado, sería contradictorio negarle la protección jurídica propia de la libertad de expresión –a formas no figurativas o narrativas–, cuando “también participan, ya sea inconscientemente, en el proceso de reflexión que hace sobre sí misma una sociedad en un tiempo determinado”³²².

Además, no solamente está vinculada a la formación de un libre mercado de ideas, sino que también, a otro valor omitido, como es el libre desarrollo de la personalidad –ser artista–. Esto último significa la capacidad o habilidad necesaria para algo. Un pretexto de prospección moral o capacidad emancipadora del individuo³²³. Y, por tanto, que requiere ser resistente a límites del orden moral o público. Al igual que no puede ubicarse un Estado constitucional sin medios de comunicación libres, tampoco es admisible no equiparar la libertad artística como otra más de las manifestaciones de la libertad de expresión genéricamente considerada, con su correspondiente protección y valor jurídico. La expresión “artística penetra y afecta a la comunidad política. Puede fortalecer o cohesionar una determinada comunidad, del mismo modo que puede generar

³¹⁸ “Desde el punto de vista constitucional no es necesario establecer una definición valorativa y definitiva de lo artístico, pues se trata tan sólo de proteger los valores intrínsecos a un modelo de discurso. Jurídicamente, lo relevante es el método, excluyendo cualquier valoración sobre la calidad los resultados”. En Urías, J.: “La creación artística como discurso protegido: experiencias comparadas y posibilidades españolas”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 46, 2020, p. 347.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 78.

³²⁰ El *Diccionario de la Real Academia Española*, en una de sus acepciones, considera el arte como una: “Manifestación de la actividad humana mediante la cual se interpreta lo real o se plasma lo imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros”.

³²¹ En cambio, la protección jurídica por parte de los tribunales sigue con un bajo perfil, al no reconocerle la dimensión institucional.

³²² Vázquez Alonso, V.J.: *op.cit.*, p. 80.

³²³ En cambio, para este autor, “jurídicamente, el aspecto relativo a la divulgación de la obra artística se desvincula del derecho individual al desarrollo de la personalidad del creador y se pone en relación con esta trascendencia social de la obra”. En Urías, J.: *op.cit.*, p. 348.

subculturas que pongan en cuestión o exterioricen las debilidades de la cultura política hegemónica”³²⁴.

Si bien, su protección puede integrarse en el 20.1.a) “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones... otro medio de reproducción”. De la misma manera, este subtipo de la libertad de expresión tiene reconocimiento en el artículo 20.1.b) CE³²⁵. En concreto, el derecho a la producción y la creación artística³²⁶, literaria, científica y técnica. Dando luz verde a un derecho específico. Parecería que el constituyente optó por identificar los distintos discursos protegidos, agrupando cada uno de ellos bajo un derecho específico, aunque de una misma raíz -libertad de expresión-. Según el profesor Urías, nuestro Texto Constitucional “incluye explícitamente las facultades de producción y creación, configurando un nuevo tipo de discurso público específicamente protegido que se suma a las libertades de expresión e información”³²⁷. Además, como garantía del proceso creativo, se vería reforzado por la prohibición de censura previa. Pero, dada la temática que estudiamos en este capítulo, consideramos que su protección se hallaría en el art. 20.1.a), en la esencia de manifestar y expresar opiniones e ideas.

La respuesta tanto del TC como del TEDH respecto a las medidas limitativas de la libertad artística del art. 10 CEDH, no siempre han alcanzado la máxima protección o prevalencia que demandamos. Ahora bien, a veces, ha servido de vehículo al discurso político³²⁸.

En atención a la STC 136/1990, a pesar que se invoque —de forma anecdótica el art. 14 CE—, se extraen algunas ideas en relación a la libertad de expresión (en sentido artístico) y su posible conflicto con otros derechos fundamentales, como el honor o la propia imagen, y su posible incidencia con el delito de injurias. Una de ellas sería que la

³²⁴ Vázquez Alonso, V.J.: *op.cit.*, p.85.

³²⁵ El art. 20.1.b) CE “incluye a los que, sin ser hechos veraces ni pronunciamientos ideológicos sobre el devenir social, tengan un valor espiritual determinado, conectado con su sentido innovador”. En *ibidem.*, p. 345. Del mismo modo, “es una concreción del derecho fundamental a la libertad de expresión, si bien con un ámbito de protección propio”. En Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2020, de 15 de julio, FJº 16.

³²⁶ Para un estudio sobre la creación artística, vid. Díez Bueso, L.: *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa. Entre la expresión y el discurso del odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 65-86.

³²⁷ Urías, J.: *op.cit.*, p. 344.

³²⁸ El TEDH “conecta fuertemente la protección de las libertades de expresión y comunicación con su función política en el Estado democrático. Eso explica que venga manteniendo una doctrina muy restrictiva respecto a las características propias de la obra artística como manifestación diferenciada y protegible de la libertad de expresión”. En *ibidem.*, p. 358.

cultura o estatus social no debe nunca confundirse con educación y/o respeto, por lo que el presunto mayor o menor nivel sociocultural o económico de un grupo humano no conduce a una dignidad distinta. El ataque a la dignidad será tratado por igual en su aplicación. En cambio, sí se tienen en cuenta esos condicionantes, para discernir el elemento subjetivo del delito de injurias. Esto es, la intencionalidad debe dirigirse específicamente a menospreciar la honorabilidad de alguien, por lo que el contexto o conjunto de lo proferido (lugar, estado social, tiempo, cultura, etc.) jugará un papel relevante. Así, lo que en determinado ámbito podrá ser ofensivo o injurioso, en otro, en cambio, podrá resultar protegido por la libertad de expresión, que prevalecerá frente al honor invocado como lesionado.

Por otra parte, en la STC 23/2010, el problema que se suscita es la ponderación de derechos, al producirse un conflicto entre dos derechos enfrentados (art. 18 versus art. 20), atendiendo al contenido que corresponda. El Tribunal Constitucional en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales debe resolver el conflicto entre derechos o bienes enfrentados. Se advierte que la libertad de expresión comprende la expresión de juicios de valor que incorporen la crítica, aun cuando esta sea desabrida o disguste a quien se dirija. Siempre que con las mismas se colabore a la formación de la opinión pública. En este punto, la difusión de esas ideas que tienen como objeto la valoración crítica (con contenido humorístico o no) del modelo de sociedad deben merecer protección constitucional. Al mismo tiempo, el Tribunal recuerda que los límites del ejercicio del derecho a la libertad de expresión van más allá del 20.4 CE, ya que incluyen el respeto al contenido normativo garantizado por otros derechos fundamentales, por lo que su delimitación de ámbito protegido deberá ponderarse con otros valores constitucionales enfrentados. Del mismo modo, considera que la transcendencia pública del mensaje, la notoriedad pública del ofendido y la difusión sin consentimiento son elementos y circunstancias esenciales en el análisis a realizar en ese conflicto. Más importante, estima que una manipulación o distorsión de la imagen con finalidad humorística puede considerarse como creación artística —una caricatura—. La vía de expresión de las caricaturas son la burla o la ironía crítica. La caricatura podrá afectar al derecho a la propia imagen o al honor de la persona que representa, pero también puede venir justificada por un legítimo ejercicio de la libertad de expresión. En especial, vendrá justificada cuando contribuya a la libre circulación de ideas. Por tanto, esa caricatura se vincula con una finalidad legítima cuando sea una manifestación crítica que contribuye a

la formación de una opinión pública. Esto es, en cuanto más público se caracteriza el mensaje y el personaje afectado (famoso), más contribuye su difusión libre sin injerencias. En cambio, cuanto más privativo o personal resulta tanto el afectado como el mensaje, más se desvinculará de la finalidad legítima como opinión pública. Aunque resulte dañino al honor de la persona, deberá soportar un debate público sobre diversos aspectos relevantes o de interés general, que se someten al escrutinio de la sociedad tras la tolerancia propia de un modo de vida de relevancia o fama. Incluso algunos debates de carácter humorístico (sentido artístico). Con todo, como resultó en esta Sentencia del intérprete supremo de la Constitución, la caricatura se desvinculaba de una finalidad legítima de crítica social o política, que no contribuía a la formación de una opinión pública libre.

En el caso Müller y otros contra Suiza, del año 1988, se cuestionó si podía justificarse las sanciones por unos lienzos obscenos sexualmente a la luz del art. 10.2 del Convenio, como medida necesaria para la protección de la moral. Se explica en la misma que quienes crean, ejecutan, distribuyen o exhiben obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones, que es esencial para una sociedad democrática. Por tanto, se reconoce el ámbito artístico dentro de las manifestaciones. Por lo tanto, es una obligación del Estado la de no cercenar indebidamente la libertad de expresión a los artistas. En este caso, se encomendaron al margen de apreciación de las autoridades suizas. Lo que ocasiona un voto disidente donde se recuerda que las garantías del convenio quedan *mal paradas* sino se atiende seriamente a la justificación realizada en ese margen de apreciación. Se trata, de que la justificación ponga de manifiesto que son necesarias en una sociedad democrática.

Finalmente, se resolvió una injerencia legítima a la libertad de expresión en unos límites a la moralidad. En especial, dadas las circunstancias del contexto. Por lo demás, la Corte asumió la tesis de los tribunales suizos -su margen de apreciación-, con una consideración definitiva de que la expresión artística ofendía la decencia sexual. Ahora bien, respecto a la confiscación de las pinturas, tuvo serias dudas respecto a ser necesario en una sociedad democrático, pero se decantó por juzgar la medida proporcionada en coherencia con el fin perseguido³²⁹.

³²⁹ Sucesivamente, sucedió de forma similar con el caso Otto Preminger Institute c. Austria del año 1994, donde confirió a las autoridades, el margen de apreciación a las cuestiones religiosas. Y, más próximo en el tiempo, en el caso Kokkinakis c. Grecia del 2003.

A pesar de las semejanzas con la anterior, con un distinto resultado, hacemos la mención de la Sentencia del TEDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria* (Sección 1º), con fecha 25 de enero 2007. Las circunstancias del caso son las siguientes: una asociación de artistas austriacos organiza, en sus instalaciones, una exposición titulada *Das Jahrhundert künstler ischer Freiheit*³³⁰. Entre las obras, un cuadro titulado *Apocalipsis* mostraba a varias personalidades, como la Madre Teresa, a un cardenal austriaco y al Sr. Meischberger, ex líder del FPÖ (partido liberal), desnudos o con posiciones sexuales y con sus ojos ocultos por una línea negra. Durante la exposición, un visitante cubrió con pintura roja al Sr. Meischberger, lo que llevó a un aumento de la expectación.

El representante político, Sr. Meischberger, en aquel momento diputado, inició un procedimiento por daños y perjuicios, argumentando que la pintura lo mostraba en posiciones sexuales que lo denigraba en su actividad política. Recordó que los ojos ocultos no lo hacían irreconocible y que, después del incidente, aumentó, aún más, la publicidad de la pintura. El Tribunal de instancia de Viena desestimó la demanda, en la consideración de que no revelaba información sobre su vida privada y la obra era una especie de tira cómica que claramente no representa la realidad. Y, en atención a la posición íntima la consideran degradante, sin embargo, prevalece la libertad de expresión sobre su dignidad en este caso. Además, el Tribunal sostiene que la pintura muestra a muchas personas -incluso otros integrantes del partido-, lo que puede considerarse una especie de reacción política. En cambio, el Tribunal de apelación estimó el recurso interpuesto por el Sr. Meischberger, prohibiendo la futura exposición del cuadro y ordenando a pagar una cantidad en concepto de daños y perjuicios. A diferencia del tribunal de instancia, resuelven que los límites de la libertad artística se excedían, pues, a su modo de ver, la sátira o la crítica exagerada estaba sustancialmente distorsionada por elementos imaginarios. Al igual, el Tribunal Supremo que considera que el Sr. Meischberger era reconocible en la pintura, por ende, el retrato era degradante e insultante. En el marco de la demanda ante el TEDH, la representación del Gobierno austriaco mantiene la postura que la injerencia al derecho era lícita y perseguía un objetivo legítimo; ya que la representación de personalidades en situaciones sexuales (en aras al honor y protección de la moral) difícilmente podría pasar por la formulación de una opinión que contribuya al debate político o cultural. En atención a la proporcionalidad de

³³⁰ El siglo de la libertad artística.

la injerencia a la expresión artística, recurren a que la exposición ha estado en el centro de atención por la ciudadanía. Con ello, en ese conflicto, se estimó que el interés individual (la reputación del representante) prevalecería a la libertad de exponer el cuadro.

En contraposición, el demandante sostiene que la exposición pública del cuadro contribuye al debate cultural, en consonancia a ello, ni era necesaria ni proporcionada la injerencia. Según el punto de vista del demandante, el interés individual digno de protección no existía, pues se representaba de forma alegórica (relaciones entre el poder y el sexo). A su favor, considera que después que la pintura se dañara parcialmente ya no era reconocible. En relación a la problemática expuesta, el TEDH considera que tal representación equivalía a una caricatura de las personas en cuestión utilizando elementos satíricos³³¹. Señala que la sátira es una forma de expresión artística y comentario social y, por sus características inherentes de exageración y distorsión de la realidad, tiene como objetivo natural provocar y agitar. La Sala por cuatro votos contra tres, sostuvo que había habido una violación del art. 10 CEDH.

Cabe resaltar, la opinión disidente del juez chipriota, Loukis Loucaides. Este juez afirmó que la naturaleza y el significado de una imagen en una pintura no debe juzgarse sobre la base de lo que el pintor pretenda transmitir, sino el efecto de la imagen visible sobre el observador. Por ello, no estaba de acuerdo con la opinión de la mayoría en que hubo una injerencia en la libertad de expresión artística. A su juicio, una representación vulgar y grotesca no puede llamarse satírica, más cuando muestra una serie de personalidades adoptando posturas sexuales repulsivas. Cree firmemente que no transmiten ningún mensaje, sino que el único efecto es insultar y ridiculizar a las personalidades retratadas. En síntesis, estaría desprovista de cualquier mensaje significativo para el discurso público.

³³¹ Con probabilidad se puede hablar de un punto intermedio interpretativo. Se observa en la ponderación realizada por la Corte, tanto en el siguiente caso *Bildender Künstler c. Austria* de 25 de abril de 2007, como en el *Karatas c. Turquía* del 1999. Pues el TEDH acude a la dimensión política del discurso, pero sin aparejar la libertad artística como manifestación de la libertad de expresión.

En la misma línea, Urías: “Se desprende de ello que cuando se utiliza una caricatura para expresar una opinión política, el canon utilizable da un margen más amplio a la libertad de expresión. El desarrollo de esta jurisprudencia así lo ratifica, insistiendo en que los personajes públicos deben tener una mayor tolerancia hacia la crítica cuando se expresa de forma satírica. Esta protección acrecentada concurre sólo en la medida en la que se utilice la caricatura o sátira para la crítica política; siempre sometida a algunos límites”. En Urías, J.: *op.cit.*, p. 360.

Al igual que la opinión disidente conjunta de los jueces Dean Spielmann y Erik Jebens, en contra de los argumentos expuestos en la sentencia confirmando la violación del art. 10 CEDH, en atención a que la injerencia a la libertad de expresión resultaba proporcionada al objetivo perseguido. Desde su razonamiento, la pintura no pretendía retratar la realidad, sino que transmitía un mensaje por medio de la caricatura y sátira (características inherentes de agitar y provocar distorsionando la realidad). Además, en la pintura había otras personas representadas. Una vez dicho lo anterior, cuando el arte se convierte en exceso -protección dignidad-, la libertad artística deja de ser limitada. Afirman en la misma que la dignidad es universal e indisociable. Y, en este caso, refería a un concepto concreto de dignidad, dada la humillación pictórica. En síntesis, consideran que un conflicto de la libertad artística con la dignidad, debe subordinarse a los derechos de la personalidad, sea el arte bueno o malo. Incluso añaden que el derecho a la propia imagen está cubierto por el art. 8 CEDH, en el sentido de que la fotografía (pictórica) se incluyera sin el consentimiento del representante político³³².

Por otro lado, debemos referirnos a una sentencia que podría perfectamente incluirse en el discurso político (en su conexión con la prevención al terrorismo), si bien, resulta sugestiva, por muchas razones, al estudio del discurso artístico. Estamos hablando del caso Leroy c. Francia, de 2 de octubre de 2008. Se condenaba a un dibujante por un delito de apología al terrorismo, tras la publicación de una caricatura con un mensaje que contenía el siguiente mensaje: “Todos nosotros lo hemos soñado, Hamás lo ha hecho”. Justamente, unos días después de la tragedia del atentado de las Torres Gemelas en New York.

La Corte dictaminó, por unanimidad, que no hubo violación del art. 10 CEDH. Y, en relación con la invocación del Gobierno francés para la inadmisibilidad de la demanda mediante el art. 17 CEDH, estimó la Corte que las expresiones en litigio hacían referencia a un ámbito humorístico (caricatura) y que, de su contenido, no se justificaba inequívocamente el acto terrorista. Sin embargo, se dictaminó que había habido una violación del art. 6 CEDH, en atención al derecho a un juicio justo, en relación a los

³³² “El artículo 8 protege el derecho a la identidad y el derecho al desarrollo personal, particularmente en relación con la noción de autonomía personal, un principio importante que subyace en la interpretación de las garantías de esa disposición. Dado que el control de la propia imagen es uno de los componentes esenciales del desarrollo personal, el artículo 8 puede ser aplicable simplemente sobre la base de que la persona no ha tenido la oportunidad previa de impugnar la reproducción de su imagen”. En Voto disidente conjunto de Spielmann y Jebens, punto 14, traducción no oficial.

trámites procesales del recurso de casación. La Corte de Estrasburgo dictaminó que la condena del demandante supuso una injerencia legítima en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Esta injerencia estaba prescrita por la ley francesa y perseguía varios objetivos legítimos, teniendo en cuenta la naturaleza delicada de la lucha contra el terrorismo, a saber, el mantenimiento de la seguridad pública y la prevención de la delincuencia. Al igual que era necesaria en una sociedad democrática, dado que la difusión de la imagen satírica no se limitó a criticar con ideología o militancia política, antes bien, glorificaba y provocaba la acción violenta.

No coincidimos totalmente con los argumentos expuestos en la sentencia. Ya que, en repetidas ocasiones, ha provocado que los tribunales de España apliquen o citen parte de la doctrina en temas discutibles, principalmente en lo que respecta a la aceptación de una provocación indirecta de hechos delictivos. En nuestra opinión, no suprime el hecho que el dibujo fuese publicado en días de duelo para los familiares de las víctimas, además de la falta de cuidado del lenguaje periodístico utilizado, más cuando era un tema de interés público reciente. Por ello, probablemente, y así se pone de relieve en la sentencia, llevó a su consideración como hecho delictivo.

De contenido análogo, la STEDH (Sección 5ª) de 10 de julio de 2008, el caso *Soulas y otros c. Francia*, en el que previamente había una condena al autor de un libro por un delito de incitación a la discriminación, al odio y a la violencia por el contenido de este. En el libro abordaba problemas relacionados con la inmigración en Europa y defendía la incompatibilidad entre la civilización europea y la islámica. En el siguiente caso, el TEDH aplicó el test de *convencionalidad* en relación al art. 10 CEDH y declaró que no había habido violación del mismo. Y, en cuanto al art. 17 CEDH, concluyó que “los pasajes del libro de que se trata enjuiciados no son lo suficientemente graves para justificar la aplicación del artículo 17 del Convenio en el presente caso. Por consiguiente, el Tribunal rechaza la excepción del Gobierno basada en este artículo y concluye que no ha habido violación del artículo 10”.

4.2. NOTAS A SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADAS CON EL DISCURSO ARTÍSTICO

4.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1990 de 19 de julio (no vulneración art. 14 CE)

De inicio, examinaremos la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 136/1990 de 19 de julio (*BOE* núm. 181, de 30 de julio de 1990). En ese momento, el presidente del TC era don Francisco Tomás y Valiente, y el ponente de la sentencia fue el magistrado don Carlos de la Vega Benayas.

La razón provenía del recurso de amparo núm. 851/88, contra el Auto de 18 de abril de 1988 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia. En la síntesis de los hechos se mencionaba el posible delito de injurias como consecuencia de la realización de la película *“El Lute, camina o revienta”* dirigida por Vicente Aranda. Inicialmente, en el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Valencia se dictó auto, en el que se acordaba el archivo de las actuaciones. Ello llevaría al recurso de reforma y recurso de apelación que fueron desestimados y confirmada la resolución recurrida. En el razonamiento jurídico se citaba que el arquetipo del art. 457 CP (delito injurias) exigía tres elementos: el primero, un elemento objetivo que se representaba por las expresiones proferidas; el segundo, un elemento subjetivo, o elemento subjetivo del injusto; y el tercero, por una valoración de la magnitud de la ofensa. Con ello se debían valorar las circunstancias de ocasión, tiempo, lugar o modo; así como, la dignidad y condiciones personales del ofensor y ofendido.

Como detalles de la sinopsis de la película, se narra la situación económica precaria de la raza quincallera. Entre las costumbres o principios básicos fundamentales de esta etnia es la salvaguarda de su propia raza y la protección de la mujer. La interpretación de los encantos físicos femeninos en la película lleva consigo al presunto desprestigio de la mujer quincallera (Doña Consuelo García). Este papel de la mujer quincallera se interpreta por la célebre actriz Victoria Abril.

La recurrente de amparo consideraba que el auto que impugna vulneraba el derecho a la igualdad del art. 14 CE, alegando “que en el mismo se viene a supeditar a la condición social y estado civil el que determinadas expresiones como «puta», o determinados comportamientos como lavarse en el río desnuda a sabiendas de que es vista por un hombre, puedan tener o no carácter injurioso”. Por eso, solicita la anulación de la resolución recurrida para decretar la continuación de las diligencias previas. No invoca el derecho al honor del art. 18 CE. En sí, denota dudosa la argumentación de la demandada respecto a una hipotética violación del art. 18.1 por parte de las resoluciones judiciales, pues de inicio, serían -como mucho- indirectas por no reparar la violación producida del

particular respecto al honor. Además, no razona en qué medida su honor ha podido ser vulnerado en razón a las afirmaciones de la película. Junto a ello, la alegación en la demanda del art. 14 CE “no sigue el más mínimo razonamiento que ilustre la posible discriminación de la recurrente respecto a terceras personas” (argumento del Ministerio Fiscal). Los autores de la vulneración serían, en su caso, los de la película en la que se han vertido los conceptos supuestamente injuriosos y no los actos del órgano judicial. En suma, añade el Fiscal, que el único derecho fundamental alegado en la demanda como vulnerado es el principio de igualdad, consagrado en el art. 14 CE. Ahora bien, a tal denuncia no sigue el más mínimo razonamiento que ilustre la posible discriminación de la recurrente respecto a terceras personas, que tampoco se citan. Por ello, solicita la inadmisión del recurso. La demandada indica que los atentados contra la reputación, buena fama, renombre, amor propio o pundonor tienen un carácter relativo dependiendo de la existencia o no de infracción penal de la dignidad y condiciones personales de ofensor y ofendido, así como condiciones socioculturales de ambos y estrato social, y en contraposición a ello, el auto recurrido supedita la existencia de delito en la mayor o menor dignidad de la persona, así como a su condición sociocultural y estrato social. Evidentemente, que se indique en los autos previos que los atentados contra la reputación o la buena fama tienen un carácter relativo dependiendo de las condiciones personales de ofensor y ofendido, no supedita una menor dignidad de la persona ni a su condición sociocultural (igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley). El Ministerio Fiscal considera que la “mención de la condición social y el estado civil de la recurrente no puede entenderse como tal, pues no se justifica ni se razona la discriminación efectuada por el Juzgado de Instrucción”. En términos de justicia procesal, interesa que se dicte Sentencia denegando el amparo por cuanto no resulta del proceso la lesión de los derechos fundamentales que sirven de apoyo a la demanda.

Como curiosidad, cabe subrayar que, a pesar de la mención a la igualdad, la parte demandante indica que cuanto más alto esta la persona en el estrato social, mayor es su conocimiento y mayor puede ser su nivel socio-cultural, lo que conllevaría un ambiente con formas sociales que destacan por la exquisitez. No por ello, consideran que deba confundirse con la educación y el respeto.

En relación a los fundamentos jurídicos se alude a que la actora solo aduce como motivo de amparo la infracción del art. 14 CE, sin ser alegaciones precisas. Ahora bien, del auto no se aprecia que el rechazo descansa en ello, sino, en si era o no constitutivo de

un delito de injurias. De las consideraciones generales sobre la injuria, en relación a una valoración del lugar y condiciones socioculturales de infractor y víctima (circunstancial) no se deriva una discriminación racial o una discriminación de las que prohíbe el art. 14 CE³³³. Nos recuerda que la doctrina de la Audiencia a lo que hace mención es a la intencionalidad y a los efectos derivados de las expresiones, y no “una vinculación de su condición social o de sus circunstancias de nacimiento y raza, que en modo alguno pueden considerarse como datos relevantes para apreciar la calificación del carácter injurioso o no de los hechos denunciados”³³⁴. Incluso reitera como, en los fundamentos jurídicos del auto impugnado, se avisa que los derechos del art. 20 CE no han sido transgredidos en relación a la honorabilidad. Por todo lo anterior, se acuerda desestimar el recurso.

4.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional 23/2010, de 27 de abril (no vulneración art. 20 CE, mantiene la violación del art. 18 CE)

En segundo lugar, analizamos la Sentencia del Tribunal Constitucional, 23/2010 de 27 de abril (*BOE* núm. 129, de 27 de mayo de 2010). En ese momento, la presidenta del TC era doña María Emilia Casas Baamonde, y el ponente de la sentencia fue el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. El recurso de amparo, núm. 4239-2006, fue promovido por HF Revistas, S.A., contra la Sentencia de 7 de marzo de 2006 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

En la exposición de hechos se alude a cómo, en la edición de fecha 1 de mayo de 1995 de la revista humorística *Noticias del Mundo*, se publicó un reportaje caricaturesco de doña Isabel Iglesias Preysler (personaje conocido en las revistas del momento). En el mismo, bajo el titular “La doble de Chabeli se desnuda” y “gran exclusiva”, aparecía una composición fotográfica en la que, mediante técnicas de manipulación de la imagen, se conjuntaba la cabeza y el rostro de la recurrente con el cuerpo de otra mujer, mostrado hasta los muslos y cubierto exclusivamente por un tanga a la cintura. Se trataba de un montaje fotográfica y correspondía la imagen a una bañista al azar. Además, bajo la fotografía aparecía un recuadro en forma de cupón recortable donde decía: “Usted decide:

³³³ “Pero tampoco esta doctrina de la ponderación circunstancial del *animus injuriandi* ofrece flancos al reproche desde la perspectiva del art. 14 C.E. -precepto que, según se advierte, tuvo el juzgador presente, cuyas prohibiciones, expresa o genéricamente invocadas, no se encuentran concernidas por ella-. Únicamente lo estarían si la exclusión por el órgano judicial de la tipicidad injuriosa en un caso concreto obedeciera a las circunstancias de nacimiento, raza, etc., del que se considerase ofendido, lo que tampoco aquí sucede”. En STC136/1990, FJ2º.

³³⁴ En STC136/1990, FJ3º.

ponga una X donde considere: -creo que los pechos de la auténtica Chabeli no pueden ser tan bonitos como los de su doble, María Solana; -creo que los pechos de Chabeli deben ser más bonitos que los de su doble”. Con motivo de la difusión de la publicación, la recurrente formuló una demanda incidental al amparo de la LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen contra la empresa, la editora y director de la revista. Reclamando una indemnización por intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen.

Tanto el Juzgado de Primera de Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid, declararon esa existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante y condenando a indemnizar a la actora. Lo que llevó a que la entidad interpusiera un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue desestimado. En concreto, se consideró que la fotografía no se califica de caricatura al no aparecer el rostro deformado.

De ahí, la consecuente demanda de amparo de la entidad recurrente invocando una lesión del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1), explicando que lo que busca en su línea editorial es el entretenimiento humorístico. En la medida en que la fotografía de los senos no eran los suyos (de la afectada famosa), a su juicio no se les puede atribuir la lesión del derecho a la propia imagen, sino más bien, una caricatura de humor gráfico. Por otro lado, invocan la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por una ausencia de motivación en el cálculo de la indemnización acordada. Por todo ello, solicita el amparo para que se declare la vulneración de esos derechos fundamentales, y la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS. Tras providencia de la Sección Segunda del TC se acuerda admitir a trámite la demanda de amparo.

En las alegaciones de la parte al que se le reconoce la vulneración, en la vía judicial ordinaria se considera que el reportaje vulnera el derecho del art. 18.1 CE (propia imagen y honor), al no quedar amparado por el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 CE. Más concretamente, “justifica la lesión del derecho a la propia imagen en que la revista utilizó para su fotomontaje la cara de doña Isabel Iglesias, que es su rasgo físico más característico, con fines comerciales y provocando una curiosidad malsana sobre su cuerpo, sin que existiera ningún interés público en ello”. Además de atribuirle un sentido vejatorio por unir su rostro al cuerpo de una desconocida, incitando a un concurso a los lectores respecto la forma de sus pechos. En sentido opuesto, la entidad recurrente del

amparo reitera que se trata de un ejercicio legítimo de la libertad de expresión en un sentido humorístico y jocoso, sin intención de difamar.

El Ministerio Fiscal reconoce la afectación al derecho a la propia imagen (calificado como leve al no corresponderse el cuerpo de la actora) que se realizó de forma no consentida (publicación de un fotomontaje burlesco). No obstante, estima, tras la aplicación del principio de proporcionalidad, que debe presidir la libertad de expresión. Considera que la condición de persona con notoriedad pública lleve a que los límites sean socialmente admisibles y tolerables. “La apreciación de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen en el presente caso conllevaría el encapsulamiento de la libertad de expresión en unos límites excesivamente estrechos e incompatibles con su contenido esencial”.

En relación a los argumentos jurídicos de la sentencia analizada, el Tribunal Constitucional expone que el problema que se plantea es la ponderación entre los derechos fundamentales a la propia imagen del art. 18.1 CE y la libertad de expresión del art. 20.1a) CE. El Tribunal Constitucional, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, debe resolver el conflicto entre derechos o bienes enfrentados atendiendo al contenido que corresponda³³⁵. En el fundamento jurídico tercero se recoge que la publicación ficticia y satírica cuestionada es una manifestación de la libertad de expresión, si bien, a la vista de su contenido de resolverse sobre su legitimidad. Acude a la jurisprudencia anterior donde alude a que “esta libertad fundamental comprende, junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige ...pues [así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática]”³³⁶. Como ya es sabido, lo que garantiza es el desarrollo de una comunicación pública libre, tras la permisividad de la libre circulación de ideas y juicios de valor.

En los mismos argumentos, el TC afirma, en el fundamento jurídico tercero, que “merece especial protección constitucional la difusión de ideas que colaboren a la formación de la opinión pública”, que se engloban en los juicios de valor de ámbito político o libertad de expresión desde la vertiente política. Y añade: “También aquellos

³³⁵ La delimitación del correcto ámbito de protección. Por ejemplo, vid. la STC 51/2008, de 14 de abril.

³³⁶ STC 23/2010, FJ3º. Del mismo modo, STC 110/2000, de 5 de mayo; o la STEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España.

que tienen por objeto la valoración crítica del modelo de sociedad y su evolución”. En este punto, se podría incluir a la libertad de expresión desde la vertiente artística.

Posteriormente, trata la cuestión de los límites del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. A diferencia de la libertad de información, no hay pretensión de sentar hechos o afirmar datos, aunque, como se afirma en la sentencia, “su campo de acción sí que ha de venir delimitado en primer lugar por la ausencia de «frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito» (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4; 20/2002, de 28 de enero, FJ 4; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 6). Junto a ello, la tendencia expansiva de la libertad de expresión encuentra también su límite en el respeto al contenido normativo garantizado por otros derechos fundamentales, cuya afectación no resulta necesaria para la realización constitucional del derecho”. Por tanto, la delimitación de su ámbito protegido tiene que adecuarse mediante una ponderación con otros valores constitucionales enfrentados.

Más allá de los límites constitucionales del apartado 4 del art. 20 CE, se debe examinar la posible colisión con otros derechos fundamentales. En el siguiente caso, el análisis versaba en un conflicto entre libertad de expresión y derecho a la propia imagen, como reconoce el propio Tribunal, vinculado a la garantía de la dignidad personal³³⁷. De manera que “el bien protegido constitucionalmente no es tanto la mera reproducción gráfica de cualquier elemento corporal del individuo como la evocación social de la persona que habitualmente se plasma a través de aquélla”³³⁸. Una defensa frente a un uso no consentido de una representación pública personal. En efecto, el consentimiento tendrá mucho que decir, sin que sea un elemento exclusivo a tener en cuenta en esa colisión entre derechos. Ya que hay elementos como la trascendencia pública, la notoriedad pública del personaje³³⁹ y la difusión in consentida que han sido analizados en esta sentencia.

³³⁷ “Más allá de asegurar la individualidad se trata de garantizar así a la persona un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, una capacidad de «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida»”. En STC, 23/2010, FJ 4º.

³³⁸ *Ibidem*, FJ 4º.

³³⁹ “Entre estas limitaciones está, sin duda, la de soportar el debate público sobre diversos aspectos de relevancia pública de su persona, en la medida en que, por las materias a que se refiera, resulte de interés general, pues quien de un modo u otro hace de la exposición personal a los demás su modo de vida y acepta instalarse en el mundo de la fama no sólo está contribuyendo a delimitar el terreno reservado a su intimidad personal, sino que también se somete al escrutinio de la sociedad”. En *ibidem*, FJ 5º.

Finalmente, y resulta muy relevante para nuestra investigación, hay que subrayar que el Tribunal recuerda que la manipulación de la imagen con una finalidad humorística podría calificarse de caricatura -creación artística-. “En los casos en los que la caricatura se elabora mediante la distorsión de la imagen fotográfica de una persona, resulta evidente que se viene a afectar al derecho a la propia imagen de la persona representada, si bien tal afección puede venir justificada por el legítimo ejercicio de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] o, incluso, de la libertad de creación artística [art. 20.1 b) CE]”³⁴⁰. Por si no fuera suficiente, considera a la caricatura como una de las vías de expresión de la burla o ironía crítica. Los magistrados estiman que el uso manipulativo de la imagen podrá constituir un ejercicio legítimo de la libertad de expresión en cuanto contribuya a la opinión pública y la libre circulación de ideas. Sin embargo, también en ocasiones, la manipulación obedece a intenciones que no gozan de relevancia constitucional por venir desvinculadas de lo anterior³⁴¹. Por ello, una desconexión de la libre circulación de ideas (una difamación o denigración sin relación alguna) sería suficiente para justificar la afectación de otro derecho fundamental como el 18.1 CE. Va un paso más allá en los argumentos, a la hora de considerar que la utilización de la imagen provocaba un marcado sesgo sexista para la obtención de un beneficio económico. Quizás resultaba suficiente con la desvinculación de una finalidad legítima de crítica social o política que no contribuía a la formación de una opinión pública libre. Por todo lo expuesto, tras el examen de las circunstancias del caso, deniegan el amparo a la revista HF al vulnerar el derecho a la propia imagen de doña Isabel Iglesias.

4.3. NOTAS A SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADAS CON EL DISCURSO ARTÍSTICO

4.3.1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Müller y otros c. Suiza, de 24 de mayo 1988 (violación art. 10 CEDH)

³⁴⁰ STC 23/2010, FJ 5º.

³⁴¹ “Así sucede también en el presente asunto, pues efectivamente, la difusión de la caricatura que ahora analizamos, con independencia del juicio que pudiera merecer su contraste con el derecho al honor de la afectada no puede entenderse como un ejercicio de crítica política o social a través de la sátira y el humor”. *Ibidem*, FJ 5º.

En este apartado se realiza un análisis de la STEDH Müller y otros c. Suiza, 24 de mayo 1988 (solicitud n ° 10737/84). El presidente de la misma fue don Rolv Ryssdal.

Como resultado de los hechos, un ciudadano de nacionalidad suiza y de profesión pintor, junto a otras nueve personas, presentaron la solicitud de demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos contra el Gobierno Suizo. En el marco de unos festejos del año 1981 se expusieron tres lienzos de gran formato de los solicitantes de la demanda ante la Comisión Europea. Derivado de los mismos, en fecha de febrero del 1982, el Juzgado Penal de ese distrito condenó a los organizadores y al pintor a una multa y decomiso por publicaciones obscenas en referidos lienzos, en atención al art. 204 CP suizo. De forma muy resumida, se penaliza al que haya realizado o poseído escritos, imágenes, películas u otros objetos obscenos con miras a comercializarlos o distribuirlos o exhibirlos en público. Por consiguiente, estos ciudadanos apelaron ante el Tribunal de ese cantón de Friburgo, rechazando el mismo dicha pretensión. Tras ello, los artistas interpusieron un recurso ante el Tribunal de Casación del Tribunal Federal, que volvió a rechazar el recurso. Ello condujo a que presentaran ante la Comisión la supuesta violación del derecho a la libertad de expresión del art. 10.1 CEDH, en relación a que no estaba justificado en base al art. 10.2 CEDH -moral pública-. La solicitud se presentó el 22 de julio del 1983. Tras una fase de observaciones y audiencia contradictoria, la Comisión admitió la solicitud de demanda, poniendo a disposición de las partes una solución amistosa que no tuvo éxito. Se transmitió el informe adoptado (estableciendo los hechos y formulando una opinión) emitido por la Comisión de 8 de octubre de 1986 al Comité de Ministros.

Se consideró por parte de los tribunales suizos que los lienzos, directamente, no excitan sexualmente. Aunque las imágenes dan rienda suelta a la perversidad y dañan la concepción moral mayoritaria. Incluso en la casación penal se estimaba que los lienzos causaban aversión y asco. Dicho lo cual, en lugar de ordenar destruirlos, se opta por decomisarlos para su depósito en un Museo. Obviamente, los demandantes argumentaron en todo momento que no había obscenidad al no referirse a algo objetivo o científico. Sin embargo, la fundamentación jurídica partió de que las cosas deben ser apreciadas como se ven por el espectador y no por lo reivindicado por el autor. Consideran que la intencionalidad existía, en concreto, una conciencia de la obscenidad según las concepciones comúnmente aceptadas. Según recoge su jurisprudencia nacional -nos referimos a Suiza- en relación al art. 204 CP, aprecian que la obscenidad se determina por

la ofensa a las concepciones morales de la ciudadanía de sensibilidad normal. Y, por tanto, queda a un lado la libertad artística (art. 113 Constitución Federal) que invocaron los recurrentes para restituirles sus obras. Un detalle interesante es que la exposición abierta al público no estaba restringida por un límite de edad.

A los demandantes no les queda más remedio que acudir a una posible violación de la libertad de expresión del art. 10, en relación a la creación artística a la hora del examen de la justificación de la injerencia de esta libertad. Además, sostienen que la no previsibilidad de la norma jurídica tal como está redactada, al no existir un criterio objetivo para definir la obscenidad. Esto es, las autoridades nacionales se han excedido del margen de apreciación de los términos del art. 10.2 CEDH, en esa interferencia para proteger la moral. Los demandantes aluden, en su defensa, que con el arte no se pretende solo el desarrollo de la personalidad del individuo, sino que también sirve para el progreso de una sociedad por sus posibilidades de reflexión. Aluden al célebre párrafo de la sentencia Handyside, donde se garantiza la libertad no solo a las inofensivas o diferentes, sino también aquellas expresiones que escandalizan.

Dicho lo anterior, la representación pictórica de la sexualidad también era representativa en otras etapas de arte antiguo (algunas más allá de la concepción dominante de moral). Más aún, en la actual sociedad que consideramos de carácter pluralista, donde la represión penal debe limitarse a casos en que se infrinjan intencionalmente la paz pública o se violen derechos fundamentales de los demás. En este punto, la protección de los derechos de los demás, fue uno de los puntos discutidos, en el caso de proteger a los niños y adolescentes, pese a que fuese una exposición de arte moderno experimental. Cuestión distinta a valoración es si resulta apropiada la sanción impuesta por las autoridades con el fin perseguido. La pregunta sería la siguiente: ¿podían justificarse esas sanciones a la luz del art. 10.2 CEDH como medidas necesarias para la protección de la moral?

En cuanto a la necesidad de la interferencia por parte de los tribunales, nos lleva a las circunstancias específicas del caso y a la ponderación concreta de intereses. Sin olvidarnos, de la calificación jurídica de los hechos controvertidos y la conformación de la necesidad. Se explica, las autoridades suizas consideran que una multa moderada y un decomiso a un museo eran necesarias en orden a su legislación penal. Junto a ello, resulta indispensable, en tanto que el respeto de los derechos y libertades de otros, deriva de la

obligación positiva que incumbe a los Estados para asegurar las actitudes no discriminatorias. En este asunto, la protección del derecho y la educación de los niños y adolescentes. En términos llanos, las autoridades suizas nos recuerdan la idea clásica de que la libertad de una persona termina donde comienza la de otra.

En el alcance del art. 10 CEDH, el ejercicio de las libertades conlleva unas responsabilidades y puede estar sujeto a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones que deben ser previstas por las leyes. Siempre que constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para: la seguridad, el mantenimiento del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o moral, la protección de la reputación o los derechos de los otros.

La Comisión, respecto a la justificación de la condena, entiende que estaba prescrita por la ley y perseguía uno de los objetivos legítimos del 10.2. El tercer requisito, estiman que las sanciones se ajustaban al CEDH, al ser necesarias en una sociedad democrática en aras a la protección de la moral, teniendo en cuenta los puntos de vista sociológicos y culturales. Apuntan, sin un examen del punto de vista estético o interpretativo del mensaje del artista, que las relaciones sexuales (sodomía, felación, etc.) de los lienzos podían razonablemente considerarse como obscenos por parte de los tribunales suizos. Teniendo en cuenta lo anterior, apuntan a la no violación del art. 10 CEDH en relación a la condena de multa. Ahora bien, en la cuestión del decomiso de los lienzos -en su consideración de medida necesaria para la protección de la moralidad-, la Comisión apunta a una idea interesante. Si ya no puede disponer de ellos, ni venderlos ni exhibirlos, y probablemente no reproducirlos otra vez, el contenido del derecho queda afectado. Puesto que la libertad de expresión artística incluye la creación de obras y la distribución de las mismas. Los efectos producidos con la confiscación (en ausencia de destrucción) para exhibir las mismas en el futuro, conllevarían a una violación de esta libertad. En concreto, la Comisión, por 11 votos contra 3, no comparte la opinión de los tribunales suizos respecto a la confiscación, socavando la libertad de expresión.

El caso fue remitido a la Corte por la Comisión. Tras la atención de las circunstancias del caso, esto es, la exposición de arte contemporáneo en Friburgo en el marco del 500 aniversario de la entrada del cantón de Friburgo en la Confederación Suiza, los artistas que demandan realizaron algunos lienzos obscenos. Los tribunales suizos los condenó penalmente por publicación de material obsceno (sodomía, felación hombres,

sexo con animales) y vulneración de las libertades de creencias y cultos religiosos. También ordenó que confiscaran las pinturas. Estiman que el arte que manifiesta una sexualidad cruda y de primer plano no es digna de protección. En cierto modo tienen en cuenta su efecto sobre el observador de sensibilidad ordinaria, sin una abstracción o simbolismo. Por tanto, para los tribunales suizos, la impresión era moralmente ofensiva para una persona de sensibilidad normal. En cambio, para los demandantes ejercieron indiscutiblemente su derecho a la libertad de expresión en un ámbito artístico o en la forma de arte – dentro de la libertad de recibir y difundir información e ideas-. Por ese motivo, consideran que sufrieron una injerencia de la autoridad pública, tanto por la condena como por la confiscación de las pinturas.

Para la Corte, las restricciones no son contrarias a la Convención, pues se ven restringidas en las condiciones previstas del 10.2³⁴² por establecerse por ley. Más dudas surgieron respecto a si esas restricciones eran necesarias en una sociedad democrática. Cabe resaltar que los demandantes argumentaron un significado simbólico a esa concepción de sexualidad; en cambio, el Gobierno estimaba una interferencia necesaria por las circunstancias en las que fueron exhibidas las pinturas. Siendo las cosas así, ¿existía una necesidad social apremiante para restringir la libertad de expresión protegida?

Evidentemente, el TEDH debe determinar si esa injerencia en cuestión fue proporcional al objetivo legítimo perseguido y si las razones para justificarla son relevantes. En la medida en que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y que se aplica también a informaciones o ideas que ofenden, escandalizan o perturban, con una amplitud de miras. Específicamente, la Corte estima que quienes crean, ejecutan, distribuyen o exhiben obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones, y como tales, son esenciales para una sociedad democrática. De ahí, la obligación del Estado de no cercenar indebidamente la libertad de expresión en forma artística.

³⁴² “La Corte acepta que el artículo 204 del Código Penal suizo está diseñado para proteger la moral pública, y no hay razón para suponer que al aplicarlo en el presente caso los tribunales suizos tenían otros objetivos que hubieran sido incompatibles con la Convención. Además, como señaló la Comisión, existe un vínculo natural entre la protección de la moral y la protección de los derechos de los demás. En consecuencia, la condena de los demandantes tenía un objetivo legítimo según el artículo 10 § 2 (art. 10-2)”. En STEDH, Müller y otros c. Suiza, 24 de mayo 1988, punto 30, traducción no oficial.

En el presente caso, se concibieron contrarias a la moralidad sexual, dadas las circunstancias de no imponer ningún precio de entrada ni límite de edad -el contexto-. Por tanto, sin restricciones al público. Los tribunales suizos dentro de su margen de apreciación, como hemos ido avanzando, consideraban las mismas susceptibles de ofender la decencia sexual de las personas con una sensibilidad ordinaria. Por ese motivo, consideran que la medida aplicada no violó el art.10 CEDH.

Ahora bien, en relación al decomiso de las pinturas (confiscación), la Corte consideró que no estaba prescrita por la ley -términos no claros-; ni era necesaria en una sociedad democrática, dicho lo cual, resultaba proporcionada en relación con el fin perseguido. Esa confirmación de la proporcionalidad, en línea a que se optó por una confiscación como alternativa a la destrucción. Y el decomiso de bienes legalmente ilícitos se permite para proteger al público de una repetición de la acción delictiva. Ciertamente, existen serias dudas, pues el objeto decomisado era un cuadro original, por el cual, el artista en otro contexto o sin exigencias de protección de la moral, no pudo expresar su arte. De ahí, quizás que la votación del tribunal, en este hecho de decomiso, fue la conclusión de no infringir el art. 10, por cinco votos contra dos.

De allí, el voto disidente del juez, Sr. Dean Spielmann, y el voto en parte concurrente del juez, Sr. Jan De Meyer. El juez Spielmann tiene serias dudas de la necesidad de un castigo a una expresión de arte en la sociedad moderna, aunque reconoce que no existe una concepción uniforme de la moral. En consecuencia, las autoridades estatales están en mejor posición que el juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto. Tras el ejemplo histórico de la censura a una obra clásica, *Flores del Mal* de *Charles Baudelaire*, estima que la libertad de expresión es la regla y las injerencias del Estado la excepción, por lo que una noción de obscenidad requiere una prudencia justificada. Y, aunque reconoce el margen de apreciación, considera que las garantías del Convenio pueden correr riesgo sino están justificadas respecto a ser necesarias en una sociedad democrática. Se centra en dos argumentos a la hora de no justificar la idea de necesario: el primero de ellos, que la norma penal ordenaba la destrucción de las pinturas en disputa y no se realizó; y, por otro lado, del decomiso se acordó en años posteriores su restauración. El mismo juez se pregunta: ¿era tan necesario lo que ya no es? Por todo ello, concluye que a su juicio hubo una violación del art. 10 CEDH.

4.3.2 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Leroy contra Francia, de 2 de octubre de 2008 (no violación del art. 10 CEDH)

La siguiente sentencia del TEDH que analizaremos será la notoria Leroy c. Francia (Sección 5ª), de fecha 2 de octubre de 2008. En la misma, se enjuiciaba (solicitud nº 36109/03) la condena por un delito de apología del terrorismo por la publicación y distribución, en un semanario francés el 13 de septiembre de 2001, de una caricatura simbolizando el ataque de las Torres Gemelas con el mensaje siguiente: “Todos nosotros lo hemos soñado, Hamás lo ha hecho”. En definitiva, vamos a analizar la libertad de expresión en el contexto de la prevención del terrorismo, en atención a la condena por textos provocativos sobre el ataque del 11-S.

La Corte de Estrasburgo dictaminó por unanimidad que no hubo violación del art. 10 CEDH (complicidad con el terrorismo) y, en relación con la invocación del art. 17 CEDH, estimó que las expresiones en litigio no entraban en su ámbito de aplicación, habida cuenta de su forma humorística y de que su contenido no constituía una justificación “inequívoca” del acto terrorista. Debía analizarse la posible ofensa a la memoria de las víctimas del 11-S a la luz del art. 10 CEDH, sin que fuera posible la exclusión *ratione materiae* de la publicación en cuestión. Sí, en cambio, dictaminó que había habido una violación del art. 6 CEDH, en atención al derecho a un juicio justo dentro de un plazo razonable.

En relación a los principales hechos, el demandante francés, el Sr. Denis Leroy, es dibujante y trabaja para varias publicaciones locales. Este realiza una publicación de un dibujo que refería a los ataques del 11 de septiembre de 2001. En concreto, en la redacción de un semanario político vasco -Ekaitza-, de fecha de 13 de septiembre de 2001, se mostraba un dibujo que representaba el atentado de las torres gemelas con una leyenda que parodiaba lo siguiente: “Todos hemos soñado con ello... Hamás lo hizo”. Tras esta publicación, el fiscal de Bayona inició un proceso contra el demandante y el director editorial por complicidad en el enaltecimiento del terrorismo. El tribunal de instancia le condenó al pago de una multa, al igual que el tribunal de apelación de Pau que confirmó la sentencia. Destaca, por encima de todo, que el término “soñar” de la leyenda del dibujo daba a entender que elogiaban inequívocamente un acto terrorista, e indirectamente incitaba al lector a la comisión delictiva. El tribunal de casación desestimó el recurso interpuesto.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 12 de noviembre de 2003. En la Sala compuesta de siete jueces, presidía el juez danés, sr. Peer Lorenzen. En la misma, se quejaba de la condena, basándose en la libertad de expresión (10 CEDH) y el derecho a un juicio justo (6 CEDH).

A destacar que, en el número de la semana siguiente, el dibujante explicó que no tomó en cuenta el dolor humano y quiso ilustrar la caída de símbolos americanos. Y que era consciente de la desgracia causada a las víctimas y las familias por el atentado terrorista, no obstante, como interpelación se pregunta él mismo: ¿qué hace que ese dolor sea mucho más publicitado que el que provocan otros ataques en otros países? En atención a las explicaciones del dibujante, *grosso modo*, sopesa que la política estadounidense discrimina sistemáticamente a los musulmanes.

Como ya avanzamos, el tribunal de instancia y el de apelación le condenaron por una conducta delictiva encuadrada en la apología del terrorismo, fundamentada en la perturbación que ocasionaba al orden público, por la sensibilidad del terrorismo y, en relación a los derechos de los demás -la memoria de las víctimas-. Se centran que el uso del verbo soñar hace alusión directa y dando una valoración inequívoca. Y, la primera persona del plural -nosotros- esa adhesión al medio destructivo.

La vulneración del derecho a un juicio justo, se producirá por los siguientes hechos. Al demandante, tras la interposición del recurso de casación, se le avisó de que iba a desestimarse su recurso (sin conocer las razones de hecho y de derecho) y sin citarlo a una audiencia.

El TEDH, sin perjuicio de los principios establecidos en materia de libertad de expresión, considera provocación pública a cometer un delito de terrorismo la difusión o cualquier otra forma pública de un mensaje que incite a la comisión de tal conducta, ya sea directa e indirecta, o cuando exista peligro de que se cometa. De ahí que los Estados parte adopten las medidas necesarias para tipificar como delito, de acuerdo con su Derecho interno, la provocación pública a cometer un delito de terrorismo, sin que resulte necesario que el delito de terrorismo se haya llegado a cometer. Singularmente, se centra en la prevención de: hechos que conlleven el reclutamiento de terroristas o grupos terroristas; la instigación étnica o religiosa que sirva de base al terrorismo; la difusión del discurso de odio y la promoción de ideologías favorables al terrorismo. Lógicamente, la cuestión radica en dónde está el límite entre expresión legítima de crítica y la incitación

directa a cometer delitos de terrorismo. La provocación directa no plantea problemas, en cambio, la provocación indirecta resulta compleja en la práctica y en la teoría. Justamente es el caso que analizamos. Dicho esto, la orientación que sigue la Corte, la desglosa en dos condiciones. La primera condición, la existencia de una intención expresa de incitar a la comisión de un delito de terrorismo que debe cometerse de forma ilícita e intencionada. La segunda condición, el acto debe crear un riesgo a la comisión de un delito de terrorismo, lo que conlleva tener en cuenta la naturaleza del autor, el destinatario del mensaje y el contexto en el que se comete el delito. O dicho, en otros términos, la materialidad y el carácter creíble del riesgo son pautas aplicadas y aplicables por parte del TEDH, por las cuales se determina una injerencia legítima en el ejercicio del derecho fundamental.

Por otro lado, se hace referencia a una declaración del Comité de Ministros de 2 de marzo de 2005, en relación a la actuación por parte de los medios de comunicación en el contexto de la lucha contra el terrorismo. En dicho texto se invita a los medios a tener en cuenta: sus responsabilidades particulares en el contexto del terrorismo (no aumentar la sensación de miedo que suscita los actos y no ofrecer una plataforma a terroristas); la prevención del discurso del odio y la incitación a la violencia; y ser conscientes de los riesgos involuntarios que los medios como vehículo pueden servir para expresar sentimientos discriminatorios o de odio.

En atención a la admisibilidad de la demanda, el propio Gobierno francés sostuvo que, en virtud del art. 17 CEDH, debería declararse inadmisibile. En la medida en que los actos constituyen una apología del terrorismo y perturba al orden público³⁴³. En este punto, la Corte de Estrasburgo manifiesta que la expresión en disputa no cae dentro del alcance de aquellas que estarían exentas por el art. 17 CEDH³⁴⁴. En el punto 27 de la sentencia se reconoce, en primer lugar, que el mensaje sustantivo de la forma humorística de una caricatura no tiene la intención de la negación total de los derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, el dibujo y el comentario no constituyen una justificación tan inequívoca de incitación al acto terrorista que les haga sustraerse de una protección

³⁴³ Vid., entre otras, la STEDH *Garaudy c. Francia*, de 24 de junio de 2003.

³⁴⁴ El “Tribunal recuerda que el artículo 17, en la medida en que se refiere a grupos o individuos, tiene por objeto impedirles derivado del Convenio un derecho que les permita ejercer una actividad o realizar un acto encaminado a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en la Convención; que, por lo tanto, nadie debería poder valerse de las disposiciones del Convenio para realizar actos encaminados a la supresión de los derechos y libertades a que se refiere”. Punto 26, traducción no oficial.

garantizada por el art. 10 CEDH. En suma, se requiere un examen de la demanda a la luz de los argumentos de las partes.

Dentro del ámbito de aplicación del art.10.2, el Gobierno francés consideraba que la injerencia en la libertad de expresión del dibujante, el sr. Leroy, se basó en el art. 24 de la Ley de 29 de julio de 1881, que sanciona el delito de provocación o enaltecimiento de un acto de terrorismo. En cuanto a la prevención delictiva y el orden público, alegó que la necesidad de la injerencia se derivaba de ser una manifestación ofensiva para las víctimas y familiares de las mismas, además, idealizaba la muerte y la efectividad del terrorismo. El demandante niega tal apología, recalando que solo pretendía criticar políticamente al imperialismo estadounidense. Y que la leyenda del dibujo tenía un sentido humorístico.

En la fundamentación jurídica, la Corte tiene en cuenta el carácter sensible de la lucha contra el terrorismo, la defensa del orden y la prevención del delito en el sentido del art.10.2. A la hora de determinar si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática, prestó atención a los términos utilizados al ilustrar el dibujo³⁴⁵ y al contexto y circunstancias en el que fue publicado. Tras la mención de doctrina previa en razón a que la libertad periodística (incluimos artística) implica una cierta dosis de exageración, incluso provocación, se reafirma en la línea de los tribunales franceses. A pesar del debate de interés general que conllevaron los trágicos hechos, se decantaron por no compartir el análisis expuesto por el demandante. Principalmente, señala que la provocación “no tiene por qué ser seguida necesariamente” para constituir delito. En síntesis, consideran que el autor resulta responsable de una apología hacia la violencia perpetrada y una provocación de actos terroristas (a pesar de que literalmente se afirme que la provocación equivale a una sátira que tiene como objeto natural provocar y suscitar agitación).

En línea con sentencias anteriores, se recuerda que el creador o artista, cuyo objeto de expresión sea político o militante, será examinado en sus deberes y responsabilidades. Por consiguiente, por más que la sátira sea equivalente a provocación, no escapará a una restricción en aras al art. 10.2 CEDH. Siendo las cosas así, la caricatura adquirió un significado particular en las circunstancias del caso, que llevaron a examinarla con lupa.

³⁴⁵ De forma interesante, en el punto 39 se menciona que, a la luz del lenguaje inherente a la caricatura, como forma de expresión artística, por definición suele ser provocativa.

El mundo entero estaba conmocionado por un trágico suceso terrorista y dos días después, el Sr. Leroy no tomó las precauciones oportunas. El Tribunal por unanimidad sostuvo que no había violación del art. 10, y sí, en cambio del art. 6. Este último, por falta de comunicación al demandante del informe del juez ponente y fecha de audiencia.

Así, pues, el Tribunal consideró que la condena del demandante supuso una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Esta injerencia estaba establecida por la ley francesa y perseguía varios objetivos legítimos, teniendo en cuenta la naturaleza delicada de la lucha contra el terrorismo, a saber, el mantenimiento de la seguridad pública y la prevención de la delincuencia. En atención a si era necesaria en una sociedad democrática, considera que la difusión de la imagen satírica no se limitó a criticar políticamente, sino que glorificaba la acción violenta y provocaba a su realización.

A pesar de que coincidamos parcialmente en los argumentos aducidos en esta sentencia (en especial sobre la utilización de la provocación indirecta), no resta que el dibujo fuese publicado en días posteriores o de duelo por los familiares de las víctimas, además de la carencia de cuidado del lenguaje utilizado, sabiendo que era un tema de interés público reciente. Lo que podía llevar, y así fue, a que se considerase como hecho delictivo, máxime cuando se le impuso una multa (no resultando tan desproporcionado el castigo).

CAPÍTULO 5:

EL DISCURSO DEL ODIO

5.1. EL DISCURSO “DE ODIO” O “DEL ODIO”.

5.1.1. ¿Qué es el discurso del odio?

5.1.1.1. El Plan de Acción de Rabat.

5.1.1.2. Memorandum explicativo de la Recomendación de política general nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio (ECRI).

5.1.1.3. Recepción y definición del discurso del odio en el contexto europeo.

5.1.2. Estado de la cuestión en la sociedad.

5.1.3. Motivos de la regulación penal en el contexto nacional.

5.1.4. Algunas consecuencias constitucionales en el ámbito penal.

5.1.5. Dignidad y Derecho Penal.

5.2. LOS DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIO DEL ART. 510 CP

5.2.1. Bien jurídico protegido

5.2.2. La incidencia constitucional tras un análisis jurisprudencial en los últimos años

5.2.3. Debate dogmático y resultados provisionales

5.3. LOS DELITOS DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO DEL ART. 578 CP

5.3.1. Bien jurídico protegido

5.3.2. La incidencia constitucional tras un análisis jurisprudencial en los últimos años

5.3.3 Debate dogmático y resultados provisionales.

5.1. EL DISCURSO “DE ODIOS” O “DEL ODIOS”

5.1.1. ¿Qué es el discurso del odio?

En el actual contexto político-social, tras la utilización masiva por parte de la ciudadanía de las *nuevas tecnologías*, junto a una nueva corriente comunicativa *de hacer política* a fuerza de actitudes populistas; unidas a la persistente desconfianza ciudadana en las instituciones representativas, nos sugiere una crisis del modelo socio-liberal presente. Un peligro para la libertad de los *modernos*, que acuñó hace ya tiempo Constant.

Resulta que en las sociedades modernas de corte pluralista vemos determinadas conductas que se consideran intolerantes. Entre esas conductas, el punto de mira gira en torno a los llamados discursos de odio, que son fruto de la expresión *hate speech* proveniente de la doctrina académica norteamericana. El término discurso de (o del) odio, de manera exclusiva, no engloba solo las expresiones escritas, sino que también abarca los símbolos y los actos simbólicos. Dentro de este marco, bajo el rótulo del término discursos del odio, se agrupan tanto sentimientos como emociones. En definitiva, distintas expresiones que contienen humillación y desprecio³⁴⁶. Debe señalarse, como así lo ha puesto de relieve la doctrina penal, que el término ha sobrepasado “todos los límites imaginables de racionalidad para convertirse en una especie de cajón de sastre en el que cabe cualquier conducta delictiva (e incluso algunas que ni siquiera lo son) que venga condicionada por un sentimiento de animadversión del autor hacia la víctima, sea cual fuere el motivo que lo cause”³⁴⁷.

Como se anotó, mencionamos la importancia y prevalencia de la libertad de expresión como parte de ese orden constitucional fundamental en toda democracia. Asimismo, ese carácter de derecho y libertad fundamental no impide que haya ciertos límites en su ejercicio. Visto que no es un derecho absoluto. Con todo, parecería que deberíamos tolerar determinados discursos pese a ser hirientes o vejatorios, por esa prevalencia de un derecho fundamental tan esencial como la libertad de expresión. De nuevo, ningún derecho fundamental es ilimitado. Además, en caso de conflicto con otros

³⁴⁶ “La expresión “discurso del odio” no es afortunada... en el caso de estos discursos bajo el rótulo del odio se recogen un conjunto de sentimientos y emociones más débiles, como el desprecio, la aversión y el amplio mundo de las fobias sociales”. En Cortina, A.: “Prólogo”. En Alonso Sanz, L; Vázquez Alonso, V.J (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, p. 9.

³⁴⁷ Lorenzo Copello, P.: “No es odio, es discriminación, a propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”. En Lorenzo Copello, P. y Daunis Rodríguez, A. (coords.): *Odio, prejuicio y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, p. 257.

derechos, como son el honor o la dignidad, debe ponderarse su respectiva necesidad en el orden social. El problema de limitar el ejercicio de la libertad de expresión resulta de gran complejidad, “ya que si comenzamos a cercenar la libertad abrimos un camino hacia el populismo”³⁴⁸. Como contrapartida, apunta Adela Cortina, el derecho al reconocimiento de la propia dignidad también “es un bien innegociable en cualquier sociedad que sea lo suficientemente inteligente como para percatarse de que el núcleo de la vida social no lo forman individuos aislados, empeñados en jugar juegos de suma negativa, sino personas en relación, en vínculo de reconocimiento mutuo”³⁴⁹.

El Derecho es una de las principales herramientas, no la única, para proponer soluciones ante estos desafíos. ¿Qué desafíos? En resumidas cuentas, dilucidar si la libertad de expresión debe proteger la difusión de cualquier idea o pensamiento, incluso las repulsivas o dañinas de otro derecho fundamental como pueda ser la dignidad. O si, por el contrario, lo que encierra los discursos del odio, a diferencia de discursos odiosos e impopulares, no deberá ser garantizado ni amparado por la libertad de expresión. Siempre, en la medida en que la libertad es un valor fundamental para la propia defensa del orden constitucional y la democracia. En esta colisión de derechos “se requiere una interpretación finalista de la expresión discurso del odio, que permita ponderar con acierto una limitación a la libertad”³⁵⁰. De la misma forma, que un análisis sobre otras cuestiones conexas, como el multiculturalismo de las sociedades o la globalización tecnológica, debe ser tenido en cuenta en este complejo asunto del discurso de odio.

El análisis de la definición de discurso del odio —incluso si incorporamos el negacionismo— como una forma de delito³⁵¹, proviene, en esencia, de las Recomendaciones de política general núm. 7, sobre la legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial³⁵², y núm. 15 de la ECRI, sobre la lucha contra el discurso del odio (Comisión contra el racismo y la intolerancia del Consejo de Europa).

³⁴⁸ Al Hasani Maturano, A.: “El discurso del odio como pieza de la deriva populista”. En Pérez Adroher, A.; Hernández Martínez, E.; López de la Vieja, M.T. (dirs.): *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 1.242.

³⁴⁹ Cortina, A.: *op.cit.*, p. 11.

³⁵⁰ Al Hasani Maturano, A.: *op.cit.*, p. 1.242.

³⁵¹ Una distinción entre delito de odio y discurso de odio, a pesar de su correlación.

³⁵² En su memorando explicativo en relación al ámbito constitucional, en el apartado 11 contempla que “Según el apartado 3 de la Recomendación, la Constitución debería prever la posible restricción del ejercicio de la libertad de expresión, reunión y asociación con vistas a luchar contra el racismo. En sus artículos 10 (2) y 11 (2), el Convenio Europeo de Derechos Humanos enumera los objetivos que pueden justificar restricciones de esas libertades. Aunque la lucha contra el racismo no figura entre tales objetivos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que está contemplada. De acuerdo

La Recomendación de política general núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015 de la ECRI, merece una especial atención, por ser esclarecedora del concepto de discurso de odio. En la misma se considera que el discurso de odio debe entenderse “como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”. Al mismo tiempo, reconoce que el discurso de odio “puede adoptar la forma de negación, trivialización, justificación o condonación públicas de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada... o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido”. Se reconoce “que hay formas de expresión que ofenden, perturban o trastornan pero que, por sí mismas, no constituyen discurso de odio (...)”. Sucesivamente, se reconoce “que el discurso de odio puede tener por objeto incitar 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, y que ello constituye una forma de expresión especialmente grave”.

En el apartado 10 se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que “actúen de forma adecuada y decidida contra el uso en público de discurso de odio que tenga como finalidad, o quepa suponer razonablemente que va a tener dicho efecto, incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a los que van dirigidas, y ello mediante normas penales, siempre que otras medidas menos restrictivas puedan resultar menos eficaces, y se respete la libertad de

con los artículos del referido Convenio, estas restricciones deberían ser autorizadas por la ley y necesarias en una sociedad democrática”.

Y del ámbito penal, en el apartado 38 se indica lo siguiente: “El alcance de ciertos delitos penales especificados en el apartado 18 se limita a la condición de que se cometan «en público» ... Por consiguiente, los Estados miembros deberían garantizar que no resulte excesivamente difícil mostrar la naturaleza «pública» de los actos. Así, pues, por ejemplo, esta condición debería considerarse demostrada en casos de declaraciones pronunciadas en reuniones de organizaciones neo-nazis o de mensajes intercambiados en un foro de discusión en Internet”.

El apartado 46 refiere: “El apartado 20 de la Recomendación estipula que la legislación debería penalizar cualquier instigación, ayuda, incitación o tentativa de cometer cualquiera de los delitos penales contemplados en los apartados 18 y 19. Esta recomendación solo es aplicable a aquellos delitos en los que es posible la instigación, la ayuda, la incitación o la tentativa”.

expresión y opinión”. Tras ello, en aras a la concesión del apartado 10, velan por una definición clara de los tipos penales y la sanción penal; y, que no se emplee para reprimir la crítica política o creencias religiosas. Además, que se prevean sanciones que tengan en cuenta la necesidad de proporcionalidad. Y, no menos importante, que se disponga de una formación adecuada y se realicen buenas prácticas por parte de cuerpos encargados de velar por la aplicación de la ley. Por si no fuera suficiente, el memorándum explicativo aporta numerosa información valiosa, que explicaremos en otro apartado.

Es conveniente reiterar que la definición se amplió o banalizó, pese una crítica firme por gran parte de la doctrina, principalmente por la interpretación que trajo consigo la STEDH Féret c. Bélgica, tras la incorporación de la posible responsabilidad penal por un uso irresponsable de la libertad de expresión. En cierta medida, ha sido incorporada su interpretación en el contexto nacional, a partir del año 2015, con la jurisprudencia de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Desde su llegada a nuestro ámbito jurídico (del *hate speech* norteamericano) hasta la actualidad, la doctrina mayoritaria, tanto del ámbito constitucional como penal, ha sido crítica con la banalización del concepto de discurso del odio. A causa de la ambigüedad de su definición, o extensión del mismo; y, porque, en ocasiones, se identifica y confunde el discurso de odio con el delito de odio³⁵³. En este sentido, consideramos que la Recomendación de Política General nº 15, publicada en marzo de 2016, en el contexto de la previa Recomendación nº 7 de Política General de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia³⁵⁴, contribuye a fijar un marco jurídico estable para su conceptualización. De hecho, estas recomendaciones están elaboradas en el contexto del respeto a la normativa del Consejo de Europa y la Unión Europea³⁵⁵, así como de la ONU³⁵⁶. Aunque no son prescriptivas, y por tanto no son normas jurídicas vinculantes para los Estados parte del Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales,

³⁵³ “No siempre todo discurso de odio (*hate speech*) es un delito de odio (*hate crime*)”. En Eloségui Itxaso, M.: “Las recomendaciones de la ECRI sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44, 2017, p. 3.

³⁵⁴ En la misma se recomienda a los Estados promulgar una legislación penal por incitación pública a la violencia o al odio, principalmente respecto a la discriminación racial.

³⁵⁵ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (*DOUE* nº L328, de 6 de diciembre de 2008).

³⁵⁶ Con mayor análisis vid. Gascón Cuenca, A.: “El concepto de delito de odio y de discurso de odio en el ámbito internacional y regional europeo”, en Laurenzo Copello, P. y Daunis Rodríguez, A. (coords.): *Odio, prejuicio y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 170-178.

los Estados deben ir adaptando sus normativas a dichos requerimientos. Asimismo, fue con la previa Recomendación n.º R (97) 20 del Comité de Ministros, a los Estados miembros sobre el discurso de odio donde se originó el término: “Toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”³⁵⁷. En su principio núm. 4 se sugiere al poder legislativo y judicial que no el discurso de odio, en casos específicos de incitación, no disfrutará de la protección de la libertad de expresión³⁵⁸. Asimismo, en el principio núm. 7, se afirma que deben tener en cuenta, los estándares para evaluar la necesidad de restringir la libertad de expresión, entre otras cosas: la forma, el contenido, el contexto y el propósito del mensaje.

Recientemente, se pone el foco normativo en manifestaciones efectuadas en internet, entre otras, por ejemplo, la Recomendación de Política General núm. 6, para combatir la difusión de material racista, xenófobo y antisemita a través de internet. En el contexto de la UE, la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo³⁵⁹, que

³⁵⁷ En la introducción a los apartados, se indica el alcance del discurso al odio: "Alcance. Los principios establecidos a continuación se aplican al discurso de odio, en particular al discurso de odio difundido a través de los medios de comunicación. A los efectos de la aplicación de estos principios, se entenderá por "discurso del odio" todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante" (traducción propia del inglés).

³⁵⁸ “Principio 4. La legislación y la práctica nacional deben permitir que los tribunales tengan en cuenta que los casos específicos de incitación al odio pueden ser tan insultantes para las personas o grupos que no disfruten del nivel de protección que otorga el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a otras formas de expresión. Este es el caso cuando la incitación al odio tiene por objeto la destrucción de los derechos y libertades previstos en el Convenio o su limitación en mayor medida que lo dispuesto en él” (traducción propia del inglés).

³⁵⁹ En esta se recoge que cada Estado miembro debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que se castiguen conductas intencionadas de: “a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo; d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”.

servirá como base jurídica para modificar el Código Penal en el año 2015³⁶⁰. Tras obligar a los Estados miembros a regular, a través del legislador estatal, las conductas de incitación pública a la violencia o al odio y su propaganda dirigida contra un grupo de personas o un miembro de un grupo; la apología o negación flagrante de los crímenes de genocidio o contra la humanidad; y castigar la complicidad de comisión en las mismas.

Por otro lado, no menos significativo, como acción de las Naciones Unidas, es el Plan de Acción de Rabat, sobre la prohibición de la apología de odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, de 5 de octubre de 2012. La atención a todas estas fuentes, nos lleva a establecer, de inicio, qué tipos de expresiones constituirán o no, delito penal, en atención a varios *ítems*.

A nuestro parecer, la definición del discurso de odio de la Recomendación de política general nº. 15 de la Comisión Europea contra el racismo e intolerancia (ECRI) resulta idónea. Se trata del: “Fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”. Recoge varias conductas como son el fomento, promoción o instigación del odio, el menosprecio o amenaza. Dirigidas a una persona o grupo de personas por razones de raza, creencias, etnia, discapacidad, lengua, sexo, género o identidad de género u otras.

Esta definición nos proporciona algunos elementos de la conducta (expresiva). En primer lugar, la conducta debe producir una promoción, incitación, justificación o provocación de humillar o menospreciar a una persona o grupo de personas. En segundo lugar, la intencionalidad de esa conducta, ya que debe producirse un acoso o descrédito para estigmatizarla o amenazarla. En tercer lugar, la razón de ser de ese discurso; esto es, por razón de raza, color, edad, lengua, creencias, sexo, orientación sexual, etc. La finalidad de este conjunto de elementos es la protección a miembros de grupos vulnerables o individuos, que podían ser objeto de persecuciones. En suma, un odio

³⁶⁰ Landa Gorostiza, J.M.: Los delitos de odio, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2018, p. 49.

intolerante o discriminatorio. Se plantea una especie de derecho discriminatorio³⁶¹, que sanciona las difamaciones raciales, homófobas, antisemitas, u otras manifestaciones relacionadas con la intolerancia.

No debemos olvidar que, en el momento actual, la sociedad de la comunicación ha magnificado el poder de la palabra, dado que se multiplica el efecto entre emisor-receptor, alejando las conversaciones de una esfera privada y transportándolas a la esfera pública. Esta revolución social y tecnológica desborda lo que, en la regulación clásica, merecía atención. Por si resulta poco, una de las actuales corrientes del pensamiento filosófico —o cultural— post-modernista, esto es, *dónde todo vale* sin consecuencias y lo ajeno resulta rechazable, no contribuye a una mejora del encaje problemático que planteamos. Por esa razón y otras, la proliferación de los discursos de odio ha alcanzado cotas alarmantes, que ponen en jaque muchos de los valores nucleares del Estado democrático.

5.1.1.1. El Plan de Acción de Rabat

El Plan de Acción de Rabat, adoptado el 4 y 5 de octubre de 2012 (junto a algunos talleres del expertos del ACNUDH realizados en Ginebra, Viena, Nairobi, Bangkok y Santiago de Chile), sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, ha contribuido, en cierta medida, a mejorar una comprensión de los patrones legislativos y las prácticas judiciales en la idea de respeto al ejercicio de la libertad de expresión. En la medida que se llegue a una prohibición de la incitación u apología como producto de una restricción de la libertad de expresión, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Uno de los componentes más destacados será el umbral de seis partes que describe: contexto social y político; orador; la intención de incitar a la audiencia contra un grupo diana; el contenido y la forma de discurso; el alcance de la difusión; y, la probabilidad de daño incluida la inminencia³⁶².

La prueba de umbral de Rabat ha sido referenciada por parte del TEDH o en presentación de informes por parte de las organizaciones *Article19* y *Amnistía*

³⁶¹ Rey Martínez, F.: “Discurso del odio y racismo líquido”. En Revenga Sánchez, M (dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*, Cuadernos de la Cátedra de democracia y derechos humanos UAH, núm. 12, Alcalá de Henares, 2015.

³⁶² <https://web.prod.ohchr.un-icc.cloud/en/freedom-of-expression>

Internacional. De igual forma, la estrategia y plan de acción sobre el discurso de odio lanzado en el año 2019 por la ONU acoge dicho Plan de Acción de Rabat entre sus líneas.

Asimismo, dada su importancia actual, la Junta de Supervisión de Facebook se refirió en varias decisiones a este Plan, utilizando los seis factores indicados para determinar el riesgo del discurso para incitar a la violencia o promover la discriminación. Las redes sociales son ya una plaza del mercado de las ideas, de ahí una exigencia a la seguridad y dignidad. Con respecto a ello, varias empresas tecnológicas se marcan unos compromisos o estándares de respeto a los derechos humanos. Se quiere con ello eliminar los contenidos racistas o dañinos en ese Marketplace of ideas. En particular, algunas de ellas han aumentado el uso de estándares en sus políticas de moderación de contenidos. De modo que el Plan de Acción es una herramienta que comienzan a utilizar estas empresas dedicadas a las redes sociales para analizar los contenidos, el alcance del discurso y la probabilidad del daño.

A nuestro juicio, este Plan consiste un recurso útil, en esa *delgada línea* entre el ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de expresión y la incitación a la discriminación o violencia. Mediante el mismo se ofrecen unos umbrales útiles en el juicio de ponderación.

5.1.1.2. Memorándum explicativo de la Recomendación de política general n° 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio (ECRI)

En el memorándum explicativo de la Recomendación de política general se especifica con mayor detalle lo que significa discurso de odio para la ECRI, además de las medidas a adoptar para combatirlo. Como se pone de manifiesto, el punto de partida es la protección de la tolerancia y el respeto a una igual dignidad, teniendo presente la importancia de la libertad de expresión.

La ECRI es consciente, en particular, de que cualquier esfuerzo para combatir el discurso de odio, no debe rebasar los límites que podemos aplicar, como derecho restringido, a la libertad de expresión. También la ECRI es consciente de que en algunos casos se puede reaccionar frente al discurso de odio sin restringir la libertad de expresión. Interesante, como se presenta en el memorándum explicativo, la Recomendación sugiere una aplicación gradual de las medidas necesaria para combatir el discurso del odio,

reflejando, así, la importancia del respeto a los derechos y libertades fundamentales. Lo que es lo mismo, aborda la necesidad de erradicación de este tipo de discurso.

En la parte operativa se aborda la necesidad de ratificación de algunos Tratados en aras al refuerzo del compromiso de tomar medidas dirigidas contra el discurso de odio. Igualmente, se subraya la necesidad de adopción de medidas específicas que la ECRI las considera necesarias. Entre ellas: la concienciación pública, la lucha contra cualquier tipo de uso de discurso de odio, el apoyo a las víctimas, la autorregulación, la exigencia de responsabilidades administrativas y civiles, la retirada de apoyo a algunas organizaciones, y la imposición de sanciones penales en circunstancias específicas y limitadas. Como se especifica en el memorándum, la Recomendación se dirige a los gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa. Recuerda que el significado del discurso de odio se establece en los considerandos, reflejando los objetivos y efectos del uso del discurso de odio junto a posibles respuestas. A efectos de la Recomendación, se entiende como el uso de una o más formas de expresión. En concreto, la defensa, promoción o instigación al odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito o difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas. La justificación de esas manifestaciones 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.

En este sentido, se comprenden los elementos esenciales sobre los actos constitutivos de discurso de odio: primero, el fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menosprecio, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza; segundo, el uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto; y en tercer lugar, los motivos que conducen a ese odio hacia la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico o nacional y ascendencia. Como se explica, la expresión se referirá tanto a los discursos orales como a las publicaciones en cualquiera de sus formas (incluye uso de medios electrónicos y su almacenamiento), como escritas, como cualquier otra forma (pinturas, símbolos, señales, etc.). Las formas de expresión que recaen en este ámbito incorporan la negación,

trivialización, justificación pública de delitos de genocidio, lesa humanidad o conflicto armado. O el enaltecimiento de las personas que constituye discurso de odio cuando existe un vínculo entre la persona y el hecho delictivo y no se aplica cuando se hacen declaraciones positivas sobre otras actividades de las personas en cuestión.

Al mismo tiempo, deja anotado la Recomendación que se excluye de forma explícita del discurso de odio, cualquier forma de expresión, tales como la sátira o informes o análisis realizados de forma objetiva, que simplemente ofenden, dañan o molestan. En ese punto, recuerda que, la incitación al odio que ridiculice o difame irresponsablemente a determinados grupos de población mediante una ofensa innecesaria o un uso de lenguaje vejatorio o humillante, podrá incluirse en la definición de la Recomendación. Esta última reconoce que la incitación, en algunos casos, tiende manifiestamente a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad, o discriminación contra aquellos a quienes va dirigido, o cabe razonablemente esperar que tenga tal efecto. Es decir, el elemento de incitación significa que o bien existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio. Para una evaluación de esa finalidad, se tiene en cuenta las circunstancias específicas del discurso de odio, tal como se presenta: el contexto en que se utiliza; la capacidad para ejercer influencia sobre los demás; la naturaleza o contundencia del lenguaje empleado; el contexto de los comentarios específicos; el medio utilizado; la naturaleza de la audiencia. En resumidas cuentas, se refleja las circunstancias expuestas en el Plan de Acción de Rabat, a la hora de una evaluación del riesgo y considerarlo como delito penal. Aunque va un paso más allá, en el sentido que se considerará como discurso de odio, cuando cabe esperar que por efecto del mismo se cometan actos delictivos (forma indirecta).

Para finalizar este apartado, nos parece acertado que se reconozca que el discurso de odio tomará la forma de delito de odio, cuando cumplan con los elementos del tipo. Lo que llevaría a una conclusión, que hemos intentado plantear desde el primer momento: no todo discurso de odio será delito de odio. Son cosas diferentes.

5.1.1.3. Definición del discurso del odio en el contexto europeo

Retomando lo anterior, resulta evidente que las palabras o expresiones pueden producir determinados efectos, entre ellos, eventualmente un daño. Así que, no por ello,

las prohibiciones a la libertad de expresión o manifestación resultan contradictorias con los fundamentos democráticos, pese su capital importancia. Claro está, se requiere una legitimación y fundamentación de dichas restricciones a una libertad pública tan esencial.

Por lo que se refiere al propio término *hate speech*, se pone de relieve la incongruencia del mismo, pues inconscientemente hay la propensión a tratar los problemas con naturaleza jurídico penal³⁶³ y sin una distinción con la tipología penal³⁶⁴. Otro punto a tener en cuenta es que la evolución ha conllevado un reconocimiento irrestricto a limitaciones que no solo suponen una incitación constatable de forma directa, sino también indirecta. Teniendo en cuenta que la libertad de expresión se debe sostener en circunstancias *tolerantes* y *pluralistas* a la hora de una comunicación de opiniones u ideas. Un carácter abierto, o con otros términos, la libertad de expresión incluye lo hiriente, molesto o malsonante. En cierta manera, la actualidad nos muestra un tránsito de esa tolerancia transigente histórica —la regla norteamericana por excelencia— a la intransigencia de cualquier tipo de discurso odioso.

La doctrina norteamericana acogió esta terminología como una emoción de extrema aversión o rechazo al otro, una actitud discriminatoria. Por tanto, generalmente, se considera un lenguaje extremo, ya sea por la forma o ya sea por el contenido. Y no un desagrado o rechazo, pues sino cualquier clase de discurso será de odio. En consecuencia, tal como apuntó Vives Antón, “la determinación de lo intolerable es circunstancial e indefinida y se halla sujeta a multitud de variaciones”³⁶⁵. Lo que hoy resulta extremadamente odioso no lo será mañana, o lo que es intolerante en un país no lo será en otro.

Ciertamente, la reciente amenaza del terrorismo internacional y, de modo indirecto, la crisis económica ha traído un aumento significativo de reacciones racistas o xenófobas. Con actitudes de odio, incluso de algunos partidos o líderes políticos de signo populista. Visto de esta forma, determinados grupos o colectivos con características

³⁶³ La cuestión ha superado los límites. “Acaso sería mejor hablar de expresiones insultantes, discriminatorias o contrarias a la dignidad, pero el problema de llamarlas así es que estaríamos adoptando de manera inconsciente un punto de vista conectado a la comisión de ilícitos de carácter penal”. En Revenga Sánchez, M.: *op.cit.*, pp. 18-19.

³⁶⁴ “Cada vez hay una conciencia más clara del nexo entre la propagación de discursos del odio y asentamiento de contextos de violencia capaces de producir resultados trágicos”. En *ibidem*, p. 32.

³⁶⁵ Vives Antón, T.: “Sobre la apología del terrorismo como «discurso» del odio”. En Revenga Sánchez, M. (dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos UAH, núm. 12, Alcalá de Henares, 2015, p. 39.

comunes, ya sean étnicas, religiosas o culturales, representan un riesgo al *status quo* del sector predominante de la ciudadanía europea³⁶⁶. Una construcción de lo ajeno o *del otro* como enemigo. Por si no fuera suficiente, la facilidad de difusión a través de las nuevas tecnologías de la información y las redes sociales conlleva una repercusión inmediata y a gran escala. La mayoría de las conductas o comportamientos de humillación hacia los miembros de estos colectivos discriminados han ido incorporándose a esta terminología del discurso del odio. En tal sentido, en la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa se propuso una definición amplia de estas formas de expresión pública con componentes discriminatorios. En efecto, las definiciones examinadas³⁶⁷ desde el ámbito internacional coinciden en ese componente discriminatorio como nuclear. Se realizan sobre la base de un rechazo hacia un colectivo diana, esto es, un grupo oprimido o socialmente relegado. Por supuesto que este fenómeno se realiza sobre la base de unos prejuicios o estereotipos sociales, por el hecho de alguna diferencia de lo “corrientemente” establecido. A título ilustrativo, formas de discriminación como el machismo, el antigitanismo, la xenofobia, y otras formas de intolerancia.

De hecho, ya sí en lo referido a los delitos de odio, la transposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, dio origen a la vigente regulación de la incitación al odio del art. 510 del CP. Con el fin de servir de base a una nueva inclusión o modificación de tipos penales —dicho sea de paso, con bienes jurídicos opacos—, condujo a que el legislador penal incluyera las conductas de incitación pública a la violencia o al odio y su propaganda dirigida contra un grupo de personas o un miembro de ese grupo; también la apología o negación flagrante de los crímenes de genocidio o contra la humanidad; al igual que castigar la complicidad de comisión en las mismas.

A propósito del discurso del odio, consideramos que el instrumento más valioso en la protección multinivel en aras a una interpretación convencional de la libertad de

³⁶⁶ “Esta realidad tiene un efecto legitimador sobre las conductas que denostan y niegan ciertas identidades que no se alinean con los valores mayoritarios defendidos por el actual *status quo*, fomentando comportamientos intolerantes”. En Gascón Cuenca, A.: *op.cit.*, p. 160.

³⁶⁷ En Italia, por ejemplo, vid. Caruso, C.: *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna University Press, Bologna, 2013; Pulitanò, D.: “Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio”, *Diritto penale contemporaneo*, n° 28, 2015; Galluccio, A.: *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d’odio e libertà di espressione nell’era di internet*, Giuffrè, Milano, 2020.

expresión (como libertad de manifestación de opiniones u ideas sin injerencias por parte de autoridades públicas), continúa siendo el art. 10 CEDH. En coherencia con ello, el TEDH es el órgano encargado de la interpretación acorde a este artículo, tras identificar los criterios utilizados para decidir cuándo un discurso estará o no bajo el amparo de la libertad de expresión. Tal es así que, el TEDH para estimar una injerencia (en este caso una sanción penal derivada de un discurso de odio) en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión como legítima y que no suponga una vulneración de las garantías establecidas, deberá reunir dicha injerencia los requisitos de estar previsto por la ley, una finalidad legítima de la limitación del derecho, además ser una medida necesaria en una sociedad democrática y ser proporcional a los fines necesarios.

5.1.2. Estado de la cuestión en la sociedad

La censura maquillada de Paul Coleman nos permite prestar atención al estado de la cuestión. Nos recuerda que la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) —al igual que, el Comité de Ministros del Consejo de Europa— recomendó las sanciones de los insultos públicos y las difamaciones, teniendo en cuenta los casos de discurso del odio. Condujo a restricciones penales de la libertad de expresión mediante diversos tipos penales. El propio autor considera que “ni siquiera está claro qué significa el concepto «discurso de odio»”³⁶⁸. Una terminología imprecisa. Ello se debe, principalmente, a que se usa una expresión coloquial, sin precisar una definición legal a los contenidos de la misma. Se identifica como unas expresiones de odio o de emociones que en realidad pueden ocultarse en afirmaciones racionales o corrientes. Coleman estima imposible definir el discurso de odio, aunque incluye la “denigración, falta de respeto, difamación, opinión negativa, enaltecimiento, negación, trivialización, justificación, aprobación, incitación, discriminación, odio, hostilidad e insulto”³⁶⁹.

Por otro lado, realiza una evaluación³⁷⁰ de la lucha penal —delitos de odio— contra el discurso de odio. Las características definitorias que aporta son las siguientes³⁷¹: las leyes están redactadas de forma imprecisa; contienen una carga de subjetividad; no

³⁶⁸ Coleman, P.: *op.cit.*, p. 27.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 29.

³⁷⁰ El autor avanza que son poco precisas y su aplicación resulta arbitraria. En *ibidem*, p. 29.

³⁷¹ *Ibidem*, pp. 30-31.

requieren necesariamente la concurrencia de falsedad; rara vez requieren una víctima identificable o solo protegen a ciertas personas o ciertos colectivos; las leyes se aplican de forma arbitraria y generalmente son de naturaleza penal. En resumen, la ley no cumple la misión adecuada, el discurso insultante u ofensivo podrá ser un límite legítimo. Y, claro que puede ser una restricción. Pero solo en los casos extremos debe utilizarse la vía penal; por tanto, debe ser extremadamente limitado su uso. Además, restricciones penales claramente definidas y aplicadas conforme a los criterios constitucionales. A su juicio, “la ley solo debería restringir el llamado «discurso del odio» cuando conlleve una incitación a la violencia inminente”³⁷². Por muy impopular o molesto que resulten algunos discursos no siempre tienden a provocar violencia y no merecen sanción. Estima que se previene la violencia antes que conduzca a la misma, planteando diversos problemas de enfoque³⁷³. Uno de ellos será el siguiente: si del discurso están completamente seguros que desencadena en violencia, la carga de la prueba ha de recaer sobre quienes abogan por las sanciones penales, no a la inversa. Son actos preparatorios punibles³⁷⁴. No siempre se prueba la conexión o causalidad entre manifestación y hecho futuro, para que justifique una prohibición preventiva a una libertad³⁷⁵. Solo resulta necesario probar el daño potencial, ampliando enormemente el alcance de la responsabilidad penal. Por ese motivo, Coleman considera que no “se ha aportado ninguna prueba fiable y bien documentada de que el discurso «odioso» u «ofensivo» cause por sí solo actos de violencia y otras conductas delictivas. Por otra parte, incluso si pudiese establecerse dicha relación, no sería suficiente para prohibir con carácter preventivo la palabra que precede al hecho —a no ser que estemos conformes con vivir en un Estado policial—”³⁷⁶. Considera, por tanto, que la censura del discurso no es una herramienta efectiva para combatir la violencia preventiva. Pues el daño que causa a la libertad civil y, en última instancia, a la democracia no justifican amplias restricciones, sin límites muy estrictos, al discurso del odio.

³⁷² Coleman, P.: *op.cit.*, p. 32.

³⁷³ “Los crímenes como el intento, la conspiración y la incitación se encuadran en esta categoría, criminalizando una conducta que por sí misma puede incluso ser inofensiva por naturaleza”. En *ibidem*, p. 91.

³⁷⁴ Vid. STEDH Vejdeland c. Suecia, 9 de febrero de 2012, en una aplicación del daño potencial.

³⁷⁵ “Cada jurisdicción trazará diferentes límites respecto hasta dónde puede extraer la responsabilidad criminal o los grados por los que se limita la responsabilidad, pero el principio es firme: cuanto más se extiende la responsabilidad, más difícil resulta probar el delito. Las leyes contra el «discurso de odio», sin embargo, no siguen este patrón”. En *ibidem*, p. 92.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 93.

¿Cómo sabemos cuándo se cruza la línea del lenguaje? ¿Cuándo es realmente tan ofensivo que causa un daño real? ¿Hay posibilidad de distinguir el discurso ofensivo permitido y no? ¿Cómo lo saben los ciudadanos y los tribunales?

Quizás, en este punto, bastaría recordar el voto particular en el famoso caso *Féret c. Bélgica*, de los jueces del TEDH, András Sajó, Vladimiro Zagrebelsky y Nona Tsotsoria, donde se afirmaba que los jueces como ciudadanos se inclinan por etiquetar las posturas con las que están en desacuerdo como inaceptables, más allá del ámbito de la expresión protegida, pues nuestras convicciones personales influyen en nuestras ideas, de lo que es realmente peligroso. Los límites de conceptos como insulto, ofensa, odio parecen difíciles de dibujar. Así, pues, desde esta perspectiva, “Europa ha intentado establecer restricciones al discurso claras, precisas y bien delimitadas, que podamos agrupar de forma general y llamar leyes contra el «discurso del odio» y ha fallado en el intento”³⁷⁷.

Todas estas hipótesis llevan a una conclusión: el discurso de odio requiere un marco más sólido. Si se otorgan “sólidas protecciones a la libertad de expresión entraña un riesgo: en una sociedad que tolera el discurso ofensivo e insultante siempre existe el riesgo de que otros ciudadanos se sientan ofendidos e insultados por lo que escuchan”³⁷⁸; no obstante, si se acepta la premisa opuesta, esto es, la de censurar el debate público a través de la coerción, “no hay un límite lógico de hasta dónde se puede llegar”³⁷⁹. Las restricciones mediante leyes penales contra el discurso de odio deberían fundamentarse en incitaciones a la violencia inminente y no violencia potencial hipotética.

Entre los defensores de las leyes penales en defensa de la dignidad y en contra de la ofensa —inspirados en las teorías de Jeremy Waldron— y los defensores de un derecho penal de *ultima ratio* no hay una solución definitiva. No hay un método coherente de aplicabilidad a las leyes penales preciso, ni se puede predecir el resultado a un discurso ofensivo. Por si fuera poco, los tipos penales en nuestro país, han pasado a ser un material o arma de doble uso, el delito de incitación al odio encaminado a la lucha de la figura antidiscriminatoria ha pasado a un instrumento represivo de discursos odiosos por el contenido —en ocasiones a discursos satíricos o burlescos—. Y, el delito de enaltecimiento del terrorismo, configurado para reprimir los actos de revictimización, a

³⁷⁷ Coleman, P.: *op.cit.*, p. 103.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 126.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 127.

reprimir contenidos vejatorios que, en esencia, no se dirigen a las víctimas de forma personal.

Ahora bien, los distintos hechos acontecidos que aparecen en los medios de comunicación, tampoco conducirían a pensar en una despenalización absoluta de los tipos que recogen el discurso de odio. Bastaría echar un ojo a estos hechos e incidentes que suceden en Parlamentos, campos deportivos o escuelas para darse cuenta que estas conductas discriminatorias, racistas o machistas siguen en escena, tristemente. En todo caso, la intolerancia debería ser combatida con otros métodos o vías, menos incisivas a los derechos fundamentales, pues la vía del derecho penal es la *última ratio*.

Otra cuestión que ha puesto de relieve Fuentes Osorio es que los delitos de odio no deben confundirse con el discurso de odio (la comisión). Estos, los delitos de odio, se configuran como una reacción frente a comportamientos desviados, rechazados por un posicionamiento hostil contra la igualdad. Presentan, además, un elemento emotivo o de aversión³⁸⁰. Al definir el odio como aversión acaba poniéndose el foco en el desvalor en la conducta realizada. Como explica Fuentes Osorio, “el odio es un sinónimo de lesión que ya tiene relevancia penal, pero a la que se le añade un desvalor discriminatorio adicional”³⁸¹. Lo que lleva a la distinta apreciación de la manifestación aversiva. Por si fuese poco, la anticipación de tutela penal “aporta un juicio de peligrosidad diluido”³⁸². Con ello, además de la dificultad de probar cuándo se crea el peligro, se amplía considerablemente el ámbito de las conductas sancionables. Considera, Fuentes Osorio, que la manifestación aversiva se convierte en lesiva de la paz o moralidad pública. “La conducta que expresa una aversión discriminatoria genera un clima (i) de desprecio, hostilidad o intolerancia (estado de ánimo u opinión desfavorable) contra un colectivo o (ii) provoca un estado o clima de inseguridad o intranquilidad”³⁸³. Lo que lleva a limitar el discurso del odio a los casos en que se constata una incitación pública *directa* a la comisión delictiva por motivos discriminatorios.

³⁸⁰ Fuentes Osorio los distingue en varios subgrupos: odio como aversión discriminatoria; odio como aversión discriminatoria criminógena; odio como aversión discriminatoria lesiva; odio como aversión lesiva. Fuentes Osorio, J.L.: “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27, 2017, p. 44.

³⁸¹ Fuentes Osorio, J.L.: *op.cit.*, p. 45.

³⁸² *Ibidem*, p. 45.

³⁸³ *Ibidem*, p. 46.

En síntesis: “La extensión del delito de odio presenta varios riesgos: restricción de libertades y derechos basada en un sentimiento; desarrollo de una regulación que permita activar la respuesta penal ante conductas insignificantes con un contenido discriminatorio; resolución de conflictos de naturaleza política restringiendo opciones ideológicas del debate democrático; desistimiento en el ejercicio de derechos, especialmente en la libertad de expresión, en el uso de otras medidas preventivas que no tienen naturaleza penal y la activación de mecanismos informales de reacción social”³⁸⁴.

5.1.3. Motivos de la regulación penal en el contexto nacional

Si echamos la vista atrás, en el año 1995 ya se tipificó la apología del genocidio y la provocación y apología de la discriminación. Principalmente se encaminaban a la prevención de comportamientos racistas y xenófobos³⁸⁵. Siguiendo la línea de la jurisprudencia del TC, con la STC 214/1991, de 11 de noviembre, el caso Violeta Friedman. En esta, se aludía al riesgo que suponían los discursos racistas para determinados grupos de personas, considerando los mismos como comportamientos discriminatorios. Sucede que, una vez popularizado los delitos de odio como categoría más amplia y compleja, ya en el año 2015, mediante la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo (art.235)³⁸⁶, se modificó por completo el art. 510 del Código Penal. En ese mismo año, a través de la Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo (artículo único)³⁸⁷, se modificaron los arts. 578 y 579, referidos al delito de enaltecimiento del terrorismo. Ambos tipos penales recogen la esencia del discurso del odio.

En primer lugar, en relación al delito de enaltecimiento, en el texto del preámbulo de la LO 2/2015 se viene a afirmar que “se castiga el enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión

³⁸⁴ Fuentes Osorio, J.L.: *op.cit.*, pp. 48-49.

³⁸⁵ Incluso en la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de UE no se refiere a las figuras como delitos de odio, sino como delitos de carácter racista o xenófobo.

³⁸⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

<https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1/con>

³⁸⁷ Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (*BOE*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/2>

de delitos de terrorismo”. Ya de inicio se hablan de varias conductas. Se añade un matiz extra a la hora de tipificar estas conductas, esto es, “se tiene en especial consideración el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información”.

El delito de enaltecimiento del art. 578 CP anterior a la reforma, creaba un delito autónomo que castigaba la alabanza de acciones delictivas, lo que implicaba ya un dudoso riesgo para bienes jurídicos. Algo así, como una provocación indirecta, dado que las directas tenían acomodo en el art. 579 CP. Venía, por tanto, acompañado del elemento tendencial de incitación.

Los motivos que alude el legislador a esta modificación derivan de la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014. Sobre todo, tras la preocupación internacional —incluyendo el contexto europeo— por determinadas acciones terroristas y las amenazas que planteaba. Con especial atención al terrorismo de corte yihadista. Dicho sea de paso, el catálogo de medidas señaladas en la Resolución hacía continuas referencias a la financiación, planificación o preparación de actos de terrorismo; no tanto a lo que tiene que ver con el enaltecimiento.

Ciertamente, las acciones terroristas como amenaza pusieron en jaque los pilares del Estado de Derecho, incorporándose con ello nuevos instrumentos jurídicos que les permitiera combatir contra la captación o el adoctrinamiento, máxime por la difusión *ancha* de mensajes y consignas a través de internet y las redes sociales. En síntesis, se quería prevenir los atentados suicidas. Debe señalarse que el legislador, en esa fundamentación más bien escueta y general tanto en contenido como en espacio, considera que “es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional”.

Si realizamos un paso anterior, la Proposición de Ley Orgánica —en relación a los delitos sobre terrorismo— se produjo en la X Legislatura, tras su iniciación por parte del Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario Socialista, en tramitación urgente. En la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 26 de marzo de 2015 se votaron, en conjunto, las enmiendas provenientes del Senado. El resultado sobre 310 votos computados fue de 275 votos a favor (PP y PSOE y 3 diputados del Grupo Mixto),

20 en contra (Grupo Parlamentario Izquierda Plural, Grupo Parlamentario Vasco, y el Grupo Parlamentario Mixto) y 15 abstenciones (UPD, Grupo Parlamentario Catalán y un diputado socialista). Como curiosidad, en esa votación no votó el diputado que en ese momento ostentaba la Presidencia del Gobierno, el Sr. Mariano Rajoy. En cambio, en la votación de conjunto de la proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, teniendo en cuenta la corrección técnica dado su carácter orgánico, tuvo el resultado siguiente: votaciones computados a favor fueron 283 (se incluyeron dos votos más del grupo mixto más votos ausentes y, ya sí, la del presidente del Gobierno); votos en contra 24 (similar a la anterior); y, abstenciones 14 (desaparece la del diputado socialista).

Por otro lado, echando la vista atrás sobre el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referido al delito de incitación al odio (510 CP), su autoría proviene del Gobierno con una tramitación ordinaria. La votación de las enmiendas no fue de conjunto. La votación plenaria en el Congreso de los Diputados se produjo en fecha 26 de marzo de 2021 y se realizó con tres votaciones distintas. Las primeras votaciones a las enmiendas a los apartados del artículo único fueron las siguientes: veintiocho, ochenta, ochenta y tres bis (nuevo), cien, ciento cuatro, ciento dieciséis, ciento veinte bis (nuevo), ciento sesenta y nueve bis (nuevo), doscientos veintisiete, doscientos veintiocho, doscientos treinta y dos, doscientos treinta y seis, doscientos treinta y ocho, doscientos cincuenta y tres, doscientos cincuenta y cuatro y doscientos sesenta (nuevo); a la disposición adicional tercera; a la disposición adicional cuarta (ahora tercera); a la disposición derogatoria única; y a la disposición final cuarta (nueva). Contaron con 274 votos a favor, 19 en contra y, 20 abstenciones. Ya, las segundas enmiendas a los apartados ciento cuarenta y nueve y ciento ochenta y nueve del artículo único, contaron con 181 votos a favor, 20 en contra, y el número significativo de 111 abstenciones. Y, la tercera, el resto de enmiendas, contó con 179 a favor, en contra 129, y, 5 abstenciones. En este último bloque, se votaba la enmienda originada en el Senado, concretamente el punto doscientos treinta y cinco³⁸⁸, dice así: “Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 511 del Código Penal, por coherencia con el artículo 510 y la agravante genérica del artículo 22.4.^a”. Con

³⁸⁸ BOCG. Senado Núm. 493_3341 (Apartado I) de 23/03/2015, p. 107.

anterioridad, el dictamen de la Comisión del Senado³⁸⁹ mediante el punto doscientos treinta y tres del artículo único modificaba el art. 510 del siguiente modo:

“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos 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.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, 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.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o 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, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación

³⁸⁹ BOCG. Senado Núm. 485_3263 (Apartado I) de 09/03/2015, p. 6.

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, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos 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, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo 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.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías

de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

Y en el punto doscientos treinta y cuatro, introducía un nuevo art. 510 bis, con la siguiente redacción:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal”.

Por último, nos interesa la votación de conjunto del Proyecto de Ley Orgánica que tuvo el siguiente resultado: 181 votos a favor (Grupo Parlamentario Popular y un diputado del Grupo Mixto); 138 votos en contra (el restante de Grupos Parlamentarios), y 2 abstenciones de dos diputados del Grupo Mixto. No votaron 29 diputados a esta votación en conjunto final, entre ellos, nuevamente el Presidente del Gobierno de aquel momento.

Resulta claro que, ambas reformas del Código Penal del año 2015, ampliaron de forma desmesurada³⁹⁰ el ámbito de aplicación de los delitos de odio -tanto del 510 como del 578-. Según Daunis Rodríguez, se producen dos cambios significativos en el art. 510 CP: por un lado, la sustitución de provocar por términos más amplios, como son fomentar o incitar. Y, por otro, la inclusión de la incitación indirecta lo que conduce a una mayor confusión³⁹¹. En el previo art. 510 CP, Bernal Del Castillo ya consideraba que la “tipificación de hechos que todavía no son propiamente discriminatorios, como sucede en este delito de provocación, plantea especialmente la necesidad de justificar esa anticipación del recurso al Derecho Penal”³⁹².

³⁹⁰ Vid. Tapia Ballesteros, P.: “¿Discurso de odio? Y libertad de expresión. STC 35/2020, de 25 de febrero. Caso César Strawberry”, *Foro, Nueva Época*, núm.1, 2020, pp. 469-470.

³⁹¹ Daunis Rodríguez, A.: “Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio”. En Laurenzo Copello, P.; Daunis Rodríguez, A. (coords.): *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 287-288.

³⁹² Bernal del Castillo, J.: “Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº. 18, 2014, p. 384.

Recientemente, el art. 510 se ha modificado en los apartados 1 y 2 por el art. único.2 de la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, en atención a la inclusión de la aporofobia como grupo diana y un cambio significativo en las penas.

La regulación en el contexto nacional ha conllevado que determinados actos sean considerados como delictivos cometidos por razón de prejuicios o por la intolerancia, aunque en ciertos momentos no siempre llevados a su máxima expresión. Con todo, la regulación contempla la grave amenaza para las víctimas, sin contemplar su afectación al ejercicio de la libertad de expresión, más en contextos artísticos o discursos políticos. Por tanto, la adaptación a la legislación nacional no ha sido lo que se esperaba.

Sin detallar el recorrido de planificación de la política criminal concreta, probablemente la respuesta mediante este tipo de delitos, proviene -en parte-, de la inicial Estrategia Integral contra la discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas, aprobada por acuerdo del Consejo de Ministros (a propuesta del Ministerio de Trabajo e Inmigración) en noviembre del 2011, para detectar casos de incidentes o actitudes racistas, xenófobas y discriminatorias; y, posteriormente, con la creación de la Oficina Nacional de Lucha Contra los Delitos de Odio, dependiente de una Dirección General del Ministerio de Interior. Ya, en fechas más recientes, han ido apareciendo otros instrumentos a los tipos penales, como el Plan de Acción de lucha contra los delitos de odio del año 2019 (recoge las encuestas de victimización), el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación (2015 aunque modificado en el año 2020), y el Protocolo para combatir el discurso de odio ilegal en línea.

En aras a establecer algún elemento objetivo, según el último informe sobre la evaluación del delito de la Dirección General de Coordinación y Estudios, perteneciente a la Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio de Interior), en el año 2019 hubo la constancia de 1.706 casos como delitos e incidentes de odio; y, en el año 2020 la constancia de 1.401 delitos e incidentes de odio. Por hechos conocidos se tuvo presente al conjunto de infracciones penales y administrativas, que fueron conocidas por las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bien por medio de denuncia interpuesta o por actuación policial realizada *motu proprio*. Y, dentro de hechos conocidos, se incluye: detención del autor *in fraganti*; una identificación del autor sin necesidad de detención; confesión verificada o pruebas sólidas; o cuando la investigación revela una no

infracción. Por otro lado, en su gran mayoría fueron hechos derivados de racismo/xenofobia; ideología; y, orientación sexual/identidad de género. Cometiéndose la mayoría de hechos -por ese orden- en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Madrid, País Vasco y Valencia. Datos que son extraídos de un Sistema Estadístico de Criminalidad. En estos datos se acoge la definición de delito de odio prestada por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE): “Toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su ‘raza’, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar”. De ahí, que se incluya la circunstancia agravante genérica del art. 22.4º CP; el delito de selección genética del art. 160.3 CP; el delito de amenazas dirigidas a un grupo o colectivo del art. 170.1 CP; el delito de torturas por discriminación del art. 174.1 CP; el delito de descubrimiento y revelación de secretos de datos del art. 197.5 CP; el delito de discriminación laboral del 314 CP; el delito de odio del art. 510 y 510 bis CP; el delito de denegación de prestación por funcionario y actividades empresariales de los arts. 511 y 512 CP; el delito de asociación ilícita para promover el odio, violencia o discriminación del art. 515.4º CP; los delitos contra la libertad de conciencia y sentimientos religiosos del 522 al 525 CP; los delitos de genocidio y lesa humanidad del 607 CP; y, el delito de prácticas de segregación racial del art. 611.6 CP.

5.1.4. Algunas consecuencias constitucionales en el ámbito penal

El Derecho penal, como rama del Derecho público, está estrechamente vinculado a las funciones esenciales del Estado constitucional. Hasta el punto que la elaboración teórica del Derecho penal tenga como base la propia Constitución. Tanto el fin, el modo y la gravedad de las sanciones penales requieren una justificación³⁹³. De hecho, en el modelo actual no se vincula a la inmoralidad de las conductas, sino a su *dañosidad* social. Más claramente, a la protección de unos bienes jurídicos. Con ello, el poder punitivo

³⁹³ Roxin, C.; Arzt, G. y; Tiedemann, K.: *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal* (versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer), Ariel, Barcelona, 1989, pp. 20-21.

dependerá de “que no existan otros medios menos gravosos para hacerla frente”³⁹⁴ (último ratio de la política social). Por ello, la meta es asegurar la vida pacífica y en libertad³⁹⁵. Someramente, los fines que debe perseguir la pena se basan en sus tres teorías: retribución, prevención general y prevención especial. En el modelo que se adopta, la pena estará legitimada para regular la vida social mediante la protección de unos bienes esenciales.

En síntesis, el Derecho penal como rama del Derecho público, está estrechamente vinculado a las funciones esenciales del Estado. Hasta el punto que la elaboración teórica del Derecho penal debe tener como base la Constitución. De ahí que, Mir Puig, afirmara: “Encontré en la Constitución un apoyo jurídico-positivo a la fundamentación político-criminal y dogmática del Derecho penal en el modelo de Estado social y democrático de Derecho”³⁹⁶. Lógicamente, a través del principio de legalidad nos conducirá a los presupuestos generales de la punibilidad o no de un delito.

Así, pues, la aplicación del principio a la legalidad penal (art. 25.1 CE), con la sucesiva función del TC de revisar la misma³⁹⁷, incidirá claramente en las relativas garantías de taxatividad y tipicidad. La *lex certa* o taxatividad exige que la conducta que se prohíbe sea definida en la ley; y, la *lex stricta* o tipicidad exige que la aplicación de la ley sea previsible para los destinatarios.

Hemos avanzado que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos sirve como límite al *ius puniendi*³⁹⁸. No obstante, Mir Puig puntualizó que no todo bien jurídico requiere de tutela penal. De esa manera, se configura un concepto político-criminal de bien jurídico penal. En términos del autor: “La señalada necesidad de acompañar la teoría del bien jurídico, de la concreción ulterior de lo que merece considerarse bien jurídico-

³⁹⁴ Roxin, C.; Arzt, G. y; Tiedemann, K.: *op.cit.*, p. 22.

³⁹⁵ “El Derecho Penal sirve subsidiariamente a la protección de los bienes jurídicos y que su existencia se justifica exclusivamente cuando la convivencia pacífica de los ciudadanos puede garantizarse tan solo con el recurso a culminar con una pena la conducta socialmente dañosa”. En *ibidem*, pp. 23-24.

³⁹⁶ Mir Puig, S.: “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal”. En Mir Puig, S. y Queralt Jiménez, S.: *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 67.

³⁹⁷ Considera la “notable controversia doctrinal acerca de los límites de interpretación de legalidad ordinaria por parte del Tribunal Constitucional”. En Alcácer Guirao, R.: “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”. En Mir Puig, S y Queralt Jiménez, S.: *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 17.

³⁹⁸ “Supone la concepción del Derecho penal como un mal menor que solo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario”. En Mir Puig, S.: *Estado, Pena y Delito*, BdF, Buenos Aires-Montevideo, 2006, p. 85.

penal, se advierte claramente cuando se pretende utilizar la concepción político-criminal del bien jurídico para determinar hasta dónde debe llegar la intervención del Derecho penal³⁹⁹. Para ello, se exige la condición de suficiente importancia social y la necesidad de protección⁴⁰⁰. El reconocimiento constitucional será un criterio relevante para una toma de decisión sobre si se reclama o no, la protección penal. A juicio de Mir Puig, sin la omisión de esa función primordial de atención constitucional, la misma no impone un orden para fijarlos (ejemplos: derechos del condenado y derecho a la vida), lo que conduce necesariamente a la ponderación de intereses. Además de a un grado de afectación alto de dicho bien. De ahí que existan más límites al *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho.

Cuando se acude a la política criminal, será el legislador penal, en exclusiva, el que la diseñe. Por ello, las normas penales gozan, dentro de los límites establecidos en la CE, de legitimidad democrática. En relación a la doctrina del TC respecto a las normas penales, ha mostrado una pretensión de autocontenerse de pronunciamientos judiciales ordinarios. Aunque, como reconoce Alcácer Guirao, “no deja de llamar la atención que la doctrina penal se manifieste, por lo general, firme partidaria del activismo judicial”⁴⁰¹.

Ahora bien, si atendemos a la garantía de taxatividad, el TC sí ha establecido un grado de exigencias, tanto en evitar la versatilidad semántica del lenguaje, como en el rigor excesivo en la formulación de conductas. Sirviéndose de unos parámetros de enjuiciamiento, como pueden ser: la necesidad intensificada de una tutela penal; el ámbito de los destinatarios; y que los preceptos sean determinables.

Respecto al criterio de determinabilidad, el problema de constitucionalidad se trasladaría del legislador al aplicador judicial de la norma. Supliendo por vía interpretativa la indeterminación de la ley⁴⁰². Alcácer Guirao estima que “la indeterminación del lenguaje ha sido contemplada por el Tribunal no solo como un *prius* inevitable, sino también como un hecho funcional a la eficacia en la protección de bienes jurídicos”⁴⁰³. Resumidamente, en la práctica desaparece el control abstracto de

³⁹⁹ Mir Puig, S.: *op.cit.*, pp. 87-88.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pp. 88-94.

⁴⁰¹ Alcácer Guirao, R.: *op.cit.*, p. 22.

⁴⁰² La manera de llevar a cabo esta tarea “es hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo”. En *ibidem*, p. 24.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 30.

constitucionalidad de la ley penal, quedando relegado el juicio de constitucionalidad una vez interpretada por el juez en el caso concreto o relegado a un recurso de amparo. Destacando las llamadas sentencias interpretativas, un modo de interpretar la norma en el sentido adecuado a la Constitución.

La disyuntiva será una garantía de taxatividad que exige leyes precisas al legislador, por tanto, un menor margen de interpretación. O lo contrario, en la vertiente del derecho a la legalidad penal que conforma la garantía de tipicidad, una razonabilidad extraída por el juez o el TC.

Asimismo, el TC ha admitido de forma creciente una aplicación del principio de proporcionalidad. En la misma necesidad del sometimiento del poder estatal a límites jurídicos democráticos surge el modelo de Estado social y democrático de Derecho, permitiendo a los principios una validez jurídico-positiva. Una vez admitida la validez jurídico-positiva de los principios como cauce para fundamentar la constitucionalidad de la intervención penal, contaríamos con el principio de proporcionalidad. Ya que “impone límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales”⁴⁰⁴.

Dado que la función de prevención de delitos resulta limitada, la pena debe ser proporcionada al delito. De este modo, puesto que la intervención penal limita derechos, “el principio de proporcionalidad en sentido amplio sería, por tanto, un límite constitucional material fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad”⁴⁰⁵. La referencia amplia se debe, a que se desglosaría en sentido estricto en los principios de: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Lógicamente todo ello, siendo congruente con la fundamentación utilitarista de prevención de delitos. El coste de la intervención penal debe ser más beneficioso para la sociedad, especialmente si trata de evitar lesiones a otros derechos con la misma condición de fundamentales.

La exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, resultará pues, un juicio de ponderación “de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención”⁴⁰⁶. El

⁴⁰⁴ Mir Puig, S.: *op.cit.* (“*El principio de...*”), p. 73.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, pp. 73-74.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 77.

interés a proteger ha de ser proporcionado a la intervención penal que afecta derechos fundamentales. En cierta medida, nos permite conocer el coste de la intervención penal en términos de la afectación a los derechos fundamentales. Así, pues, la pena tiene una función preventiva limitada, esto es, debe ser proporcionada al delito.

En este sentido, Mir Puig ofreció dos precisiones a la fundamentación de la proporcionalidad. En primer lugar, una perspectiva *ex ante*, es decir, la “proporcionalidad estricta entre la pena y el delito no ha de basarse en la comparación con la gravedad del delito cometido como algo pasado a compensar mediante una pena equivalente, sino porque dicha gravedad es también la gravedad de todos los delitos iguales que se quieren prevenir en el futuro con la pena a imponer”⁴⁰⁷. En segundo lugar, respecto a la vigencia de los derechos fundamentales⁴⁰⁸, la “necesidad de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del ataque al bien jurídico-penal (la gravedad del injusto penal), pero no el postulado de que la culpabilidad es el límite de la pena”⁴⁰⁹. La preferencia de un derecho fundamental o un bien jurídico ante otro, necesitará de ese juicio de proporcionalidad⁴¹⁰.

Con anterioridad, se ha mencionado la necesidad de una concepción teórica del poder punitivo del Estado⁴¹¹. El actual Derecho penal no se vincula a la moralidad de las conductas, sino a su dañosidad social que impide una próspera vida en común⁴¹². Por ende, existen límites al *ius puniendi* del Estado. Esto produce dos presupuestos básicos en las concepciones del Derecho penal: por un lado, la necesaria protección de bienes jurídicos y, por otro, se castiga las conductas socialmente dañosas cuando no existan medios menos gravosos⁴¹³. Añadiendo la idea de que el derecho penal será subsidiario respecto a otras regulaciones extrapenales posible a la hora de resolver conflictos. Mir Puig entendía que “una Política criminal restrictiva de la intervención penal exige

⁴⁰⁷ Mir Puig, S.: *op.cit.* (“*El principio de...*”), pp. 84-85.

⁴⁰⁸ Una exigencia extraída de los trabajos de Robert Alexy, al considerar los principios como mandatos de optimización con respecto a las posibilidades fáctico-jurídicas.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 86.

⁴¹⁰ “La exigencia de proporcionalidad se fundamentará, pues, en la propia vigencia de los derechos fundamentales; y la proporcionalidad no será en este sentido más que un criterio de interpretación de las limitaciones que cada derecho fundamental tolera en aras de la satisfacción de otros derechos u otros bienes jurídicos relevantes”. En *ibidem*, p. 87.

⁴¹¹ “El fin, el modo y la gravedad de las sanciones son cuestiones que requieren una ulterior y particular justificación”. En Roxin, C; Arzt, G; Tiedeman, K.: *op.cit.*, p. 21

⁴¹² “Supone la concepción del Derecho Penal como un mal menor que solo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario”. Mir Puig, S.: *op.cit.* (*Estado, Pena...*), p. 85.

⁴¹³ *Ibidem* (*Introducción...*), p. 22.

subordinar esta a valoraciones específicamente jurídico-penales, que permitan seleccionar criterios propios, especialmente estrictos, los objetos que merecen amparo jurídico-penal y no solo jurídico *in genere*⁴¹⁴. Este autor destacó la idea de un concepto político-criminal de bien jurídico. Al mismo tiempo, estableció unos criterios para que pueda considerarse un bien jurídico en sentido político criminal: “suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal”⁴¹⁵. Respecto al segundo, la exigencia que los bienes jurídicos sean fundamentales para la vida social, el reconocimiento constitucional de tales bienes -el orden político- será el primer criterio a tener presente. Con ello se conecta con el segundo criterio, será exigible un grado de afectación con entidad a dicho bien –la necesidad de protección⁴¹⁶- para que se eleve al rango jurídico penal. De ahí, los fines que debe perseguir la pena, una conducta será punible cuando perturbe la pacífica convivencia social⁴¹⁷.

5.1.5. Dignidad y Derecho penal

El término “dignidad” remite a un valor especial de cada individuo. Por ese motivo, el sometimiento de una persona a otra constituye una acción reprochable. Esta idea *configurada* en un postulado filosófico acabó por instaurarse en un carácter netamente normativo⁴¹⁸. Trasladándose de forma intencionada⁴¹⁹ a los enunciados normativos de las Constituciones políticas de los Estados o Declaraciones Internacionales. Con ello, se trata al hombre como un fin en sí mismo, también como un sujeto, y no como un objeto. Además, se considera que nadie subordina los fines de otros a sus propios fines, respetando, así, el bien de la autonomía individual. Como expone Maihofer, “el fundamentado de la confianza en mí mismo y en los demás”⁴²⁰ requiere que la dignidad sea inviolable. Esto permite vincular los derechos fundamentales y la

⁴¹⁴ Mir Puig, S.: *op.cit.*, p. 86-87.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p.88.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p.89-94.

⁴¹⁷ “En el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y solo está legitimada para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos”. En *ibidem*, p. 114.

⁴¹⁸ “El tránsito en cuestión se produce en la medida que los textos constitucionales y las declaraciones y pactos internacionales infieren el reconocimiento de derechos fundamentales”. En Squella Narducci, A.; Guzmán Dalbora, J.L.: “Prólogo”. En Maihofer, W.: *Estado de derecho y dignidad humana* (Trad. Guzmán Dalbora, J.L), BdeF, Colección maestros del derecho penal n° 28, Buenos Aires-Montevideo, 2008, XVII.

⁴¹⁹ Así, “en el sistema jurídico actual, la garantía de la dignidad humana ocupa la posición de una norma fundamental de nuestra Constitución y norma básica en nuestro ordenamiento jurídico general”. En Maihofer, W.: *op.cit.*, p. 3.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 10.

democracia a la dignidad. Implica que la garantía constitucional de la dignidad humana corresponda a una función prioritaria en el sistema de los derechos fundamentales. De este modo, el fundamento de la dignidad será una norma básica material que caracteriza a un Estado social liberal.

Expresado lo anterior, Maihofer reconoce, respecto al libre desarrollo de la personalidad que, si bien se concede un margen de espontaneidad en la individualidad de cada uno de nosotros (en el sentido de su pleno desarrollo), debe ser entendido en términos prácticos⁴²¹. A su modo de ver, la libertad pertenece al hombre como una condición necesaria, “aunque en teoría no podamos saber realmente qué es la libertad”⁴²². En realidad, son certidumbres prácticas que se experimenta, pero no son absolutas. De ahí que Maihofer afirme que el Estado liberal de Derecho “se funda en un principio que constituye una necesidad del ser, al concebir la dignidad del hombre como condicionada por la libertad y condicionante de él”⁴²³. Se introduce la dignidad como una premisa normativa legitimada racionalmente, ahora bien, puramente racional-finalista y no valorativa. En definitiva: “La dignidad del hombre, o sea, su pertenencia a sí mismo y disposición de sí, se nos muestra como una condición fundamental y elemental de la preservación del individuo, así como del desarrollo de la sociedad en una existencia digna, siquiera solo se puede formular sobre ella la afirmación de valor, cierta, en términos prácticos”⁴²⁴.

El Estado de Derecho, como orden asegurador de esa autodeterminación moral del individuo en la medida de lo posible, permitirá que el individuo pueda abusar inclusive consciente y deliberadamente del margen de libertad personal reconocido. Además, confrontando e invalidando la libertad ajena (derechos de otros). Entre otras cosas, el individuo, como sujeto inteligente, decidirá según un fundamento racional valorativo con criterios de juridicidad y moralidad sus opciones o voluntades. Cuando se transgrede los límites de la libertad, afectará a la libertad de autodeterminación moral del prójimo -dignidad-. Este quebrantamiento “posee el desvalor de un peligro o una lesión de la condición del desarrollo de la existencia de aquel, a saber, su libertad, aunque también ofende las condiciones de preservación de dicha existencia, o sea, aquellos

⁴²¹ En Maihofer, W.: *op.cit.*, p. 86.

⁴²² *Ibidem*, p. 88.

⁴²³ *Ibidem*, p. 89.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 99.

bienes, como la vida y la salud, cuya pérdida compromete mediatamente, además, el libre desenvolvimiento de su personalidad moral, al privarle de las condiciones que posibilitan la actuación de su libertad en lo espontáneo de su individualidad y, por ende, su dignidad en cuanto un ser que se determina y propone como un fin en sí mismo”⁴²⁵. La preservación de la individualidad dentro de la sociabilidad es una de las condiciones de la constitucionalización y su correspondiente garantía. La garantía constitucional de la dignidad ocupa un lugar como supremo derecho y como principio básico. El Estado indirectamente a través de los derechos fundamentales y los bienes jurídicamente trata de proteger a la dignidad⁴²⁶. O dicho, en otros términos, proporciona las condiciones que preservan al individuo en una existencia digna⁴²⁷. La permanencia de una vida digna del hombre mediante una función estatal de protección o de seguridad. En esa preservación de la sociedad en una existencia digna del hombre, “la seguridad es ciertamente una condición de la libertad, pero no viceversa”⁴²⁸. En “ese Estado, todo derecho tiene que ser conformado y manejado como un medio para la «definición y seguridad» de dichos límites de la máxima e igual libertad”⁴²⁹. El derecho será un medio o garantía de los fines del hombre, además de abogar por la tolerancia política en las distintas sociedades. Las razones jurídicas para restringir la libertad se encuentran en motivos fundados en hechos que tornen indispensable la misma, tanto en términos racional valorativos como racional finalista. En la convergencia básica de las valoraciones interindividuales -recíprocas y universales- habrá razones valorativas suficientes para limitar la libertad para proteger otros intereses ajenos⁴³⁰. Ahora bien, solo será lícito que el Estado limite jurídicamente la libertad del individuo con suficientes motivos de racionalidad. “Aun por mor de la seguridad de los demás, la libertad del individuo puede ser limitada solo y en tanto que esa restricción, en su clase y medida, posee un fundamento y una justificación racional-valorativos y finalistas”⁴³¹. Surge así, la función de garantía de la ley penal y los fines de la pena.

⁴²⁵Maihofer, W.: *op.cit.*, p. 103-104.

⁴²⁶ “Con esta tutela de los bienes jurídicos afianzada estatalmente merced al Derecho se presta, además, inmediata garantía a las condiciones de preservación del individuo en su dignidad, frente a aquellos peligros y lesiones que lo amenacen por el abuso de la libertad ajena”. En *ibidem*, p. 107.

⁴²⁷ Una concepción hobbesiana, en cierta medida, que se basa en la autoconservación natural y moral.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 123.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 124.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 137.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 140.

5.2. LOS DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIOS DEL ART. 510 CP

5.2.1. Bien jurídico protegido

Como hemos comentado, la actual regulación en el Código Penal de estos delitos, que colindan con la libertad de expresión, es fruto de esta sucesión de reformas en las que se han ido ampliando la protección de otros bienes jurídicos. Un escenario en el que claramente ha primado la seguridad pública a costa de la subordinación de las libertades personales. Con probabilidad, la conflictividad social fruto de la crisis económica que nos golpeaba en esos años y la explosión de las nuevas tecnologías conllevaron esa tipificación. La misma reforma no ha estado exenta de críticas, se puede observar con detalle, en el texto elaborado por el Grupo de Estudios de Política Criminal, «Una Propuesta Alternativa de Delitos de Expresión», en octubre del 2019. Se acometió el estudio de la incidencia de los delitos de odio sobre la libertad de expresión (en especial, los límites) a un grupo de trabajo denominado *Libex*. En el mismo participan profesores de Derecho Penal y de Derecho Constitucional, junto a operadores jurídicos. Asimismo, en la mayoría de investigaciones y análisis publicados por la doctrina especializada, en los últimos cinco años, se aprecia ese malestar.

Se destaca que la técnica legislativa empleada no resultó idónea, en atención al principio de ofensividad, dados los bienes jurídicos difuminados y la dificultad de contrastar que demuestren una situación objetiva de peligro. Debe señalarse, la incorporación de elementos vacíos en contenido jurídico, lo que conlleva y así fue una jurisprudencia vacilante.

En atención al carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, el Grupo de Estudios de Política Criminal defendió una depuración de un elenco de conductas que, a día de hoy, son castigadas penalmente. Los límites de la intervención penal en el ejercicio de un derecho fundamental como resulta el ejercicio a la libertad de expresión, en realidad, produjeron un expansionismo punitivo y una interpretación judicial –en ocasiones, puesta en tela de juicio-. La utilización de conceptos metajurídicos (hostilidad, odio, clima, etc.) no han facilitado una interpretación judicial acorde con una teoría de límites a los derechos fundamentales, sino que, más bien, ha derivado en interpretaciones extensivas. Si bien, los tribunales podían vedar esa expansión, ha ido más en la línea de restringir márgenes del ejercicio de la libertad de expresión. Curiosamente, en la persecución de

expresiones de mal gusto u ofensivas de canciones o chistes. Produciendo un efecto silenciador de la libertad y una expansión de la intervención penal frente a este tipo de conductas. Lo que afecta significativamente a un Estado social y democrático de derecho, tras la limitación coactiva del discurso que sustente la crítica libre y el pluralismo ideológico⁴³². De ahí que resulte preocupante esa tendencia actual a una restricción ideológica del discurso molesto o disidente, mediante un instrumento tan coactivo como es el Derecho penal. Más cuando, en ocasiones, se utiliza bajo la excusa de colectivos afectados que realmente no se sienten como tal, o en todo caso pueden participar, como contrapartida, en ese mismo discurso molesto.

Se ha ido perfilando claramente una doctrina que aboga por la limitación mediante restricciones penales a la libertad de expresión cuando la expresión o manifestación, implique un daño o lesión de un bien o un conflicto con otro derecho; incluya intimidaciones a personas concretas; represente una incitación a la comisión de un delito. Incorporando a estos o incluso diferenciándolo se ha incorporado el discurso del odio.

Y, no nos olvidemos que, en el ámbito de la intervención penal, se debería guiar por los principios de intervención mínima, el de taxatividad, el de lesividad y el de proporcionalidad, entre otros. De ahí, que la regulación que restrinja una libertad deba someterse a un test basado en estos y otros principios. En síntesis, se aboga por la apuesta en firme de maximización de la libertad a costa de la tutela de la seguridad.

El Grupo de Estudios de Política criminal, en esa línea, propone esta modificación del 510.1.a), quedando del siguiente modo: “La incitación pública y directa por motivos discriminatorios a la comisión de delitos contra la vida, la integridad física y psíquica, la integridad moral, la igualdad, la libertad, la libertad sexual, de daños, de genocidio y de lesa humanidad, contra grupos vulnerables o sus miembros que genere el riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos, será castigada con una pena de prisión de uno a tres años. En el caso de que el delito a cuya comisión se incite tuviera prevista una pena de igual o inferior gravedad, se impondría esta rebajada en un grado”. Con ello, la punición del discurso de odio sería exclusivamente en una incitación directa y pública a la comisión de delitos o calumnia, contra miembros de grupos o asociaciones (habitualmente son objeto) por motivos discriminatorios (conduciría al art. 22.4 CP).

⁴³² El TC ha subrayado en numerosas ocasiones que sin libertad de expresión queda falseado el principio de legitimidad democrático, lo que resulta básico definir sus límites.

Solamente las conductas que ofendan o perturben como más lesivas, facultarían una restricción penal a la libertad de expresión. El marco sancionador muestra como la provocación genérica al delito resulta compleja e incoherente al confluir con la provocación genérica del art. 18 CP. ¿En realidad hay provocaciones fuertes y provocaciones débiles? En consecuencia, que haya voces para la supresión del art. 510.1.b). Ya que este artículo, en su regulación actual, se estipula: “Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel (...)”.

El Grupo de Política criminal igualmente reclama la siguiente propuesta de modificación para el art. 510.2: “Quienes justifiquen públicamente los delitos contra la vida, la integridad física y psíquica, la integridad moral, la igualdad, la libertad, la libertad sexual, de daños, de genocidio y de lesa humanidad o enaltezcan a sus autores, cometidos contra grupos vulnerables o sus miembros por motivos discriminatorios, siempre que por su naturaleza y circunstancias constituya una incitación directa a cometer un delito y genere un riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos, serán castigados con una pena de 1 a 3 años de privación de libertad. En el caso de que el delito a cuya comisión se incite tuviera prevista una pena de igual o inferior gravedad, se impondría esta rebajada en un grado”. Al igual que, para el art. 510.3, este Grupo de estudio realiza la siguiente propuesta: “Será pública aquella manifestación que haya sido accesible a un elevado número de personas mediante el uso de cualquier medio de expresión pública, de difusión o de comunicación social, internet o tecnologías de la información”. Se elimina la agravación actualmente vigente por el uso de internet y medios de comunicación social. Y, por último, proponen un art. 504 del siguiente modo: “Quienes por motivos discriminatorios imputen públicamente un hecho delictivo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad a grupos vulnerables o sus miembros serán sancionados con una pena de prisión de nueve meses a un año o multa de quince a veinticuatro meses”. En este caso, el factor discriminatorio existente supone una agresión contra otros bienes jurídicos no recogida en los delitos contra el honor. Imputar hechos delictivos falsos por motivos discriminatorios es una forma de atentado contra la igualdad y la reputación de los grupos y sus miembros que reduce las

posibilidades de desarrollo personal, capaz de restringir su libertad de decisión y actuación.

Ciertamente, no resulta fácil delimitar el bien jurídico o los titulares del mismo de esta figura penal. En relación con este tema, la posición doctrinal mayoritaria los ha identificado -o incorporado- con los delitos antidiscriminatorios. En la medida en que el odio se vincula con determinados prejuicios o una valoración desfavorable previa, fundamentada en determinadas circunstancias -neutras- físicas, ideológicas o sociales asociadas a un colectivo, mayormente, minoritario o marginado dentro de la sociedad⁴³³. Ahora bien, también se ha considerado la intolerancia como aversión, como bien jurídico probable en estos tipos. Con ello, el sujeto activo realiza la acción típica motivado por el ánimo discriminador y selecciona al sujeto pasivo por su marginación. En resumidas cuentas, se fundamenta en prejuicios negativos a sus circunstancias o características que le relacionan con ese colectivo.

Surgen, de este modo, muchas preguntas con difíciles respuestas⁴³⁴, ¿son bienes jurídicos de índole individual o colectivos? ¿Su regulación se debe a conductas de ira o miedo?, o incluso ¿a reacción a tabús?

La dogmática penalista ya formulaba que el tipo del art. 510 CP previo a la reforma del año 2015 se inclinaba por sostener que el delito de provocación a la discriminación pretendía la protección unitaria de colectividades o minorías⁴³⁵. En efecto, si analizamos la incitación al odio de los preceptos 510 y 510 bis CP, adaptados tras la STC 235/2007 de 7 de noviembre, que declaró parcialmente inconstitucional el anterior 607.2 CP, apreciamos que el legislador ha ido un paso más allá de las obligaciones derivadas de la Decisión Marco. Esos elementos tendenciales reconocidos por el profesor

⁴³³ La autora determina varias circunstancias sospechosas de discriminación comunes, como son la etnia o raza; la ideología o religión; la situación familiar; el sexo u orientación sexual; la enfermedad y discapacidad. En Tapia Ballesteros, P.: “Los titulares del bien jurídico en los delitos de odio”. Lorenzo Copello, P.; Daunis Rodríguez, A (coords.): *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 313-328.

⁴³⁴ Como reconoce el autor, la “identificación del bien jurídico protegido no es sino un ejercicio de interpretación. Es, en realidad, una conclusión interpretativa a la que se llega a partir de un tenor literal de la norma sobre cuya base se proyectarán todos los demás criterios clásicos (sistemática, histórico-legislativo, teleológico...) de hermenéutica jurídica”. En Landa Gorostiza, J.M.: “Delitos de odio y sentido de tutela: Reflexiones al hilo del caso Altsasu (STS458/2019)”. En Lorenzo Copello, P.; Daunis Rodríguez, A. (coords.): *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, p. 353.

⁴³⁵ “Se trata de conductas provocadoras con motivación discriminatoria de grupos y personas pertenecientes a esos grupos”. En Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 24 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 804.

Landa, llevan a la no concretización de un bien jurídico, que varía de una protección individual antidiscriminatoria a la defensa de colectivos⁴³⁶. A pesar de ello, el autor citado estima que el bien jurídico de este delito de peligro hipotético o posible, del art. 510 CP, “se cifra en las condiciones de seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables”⁴³⁷. Para el autor, solamente si “*hace crisis*”⁴³⁸. Es decir, que sea lesivo. Significa que solo en los contextos en que la incitación o injuria “despliega un efecto de amenaza que, aunque indirecta o velada, excepcionalmente priva de seguridad normativa al colectivo en cuestión en términos intersubjetivos”⁴³⁹. Por ello, apela a proyectar el referido artículo, por un lado, a la tutela de las condiciones de los grupos - incluso menciona a no vulnerables-. Y, en otro lugar, la tutela tiene en cuenta que se pone en peligro la vida y la integridad física como antesala de la violencia. En síntesis, el mensaje -discurso de odio- trasladaría una amenaza potencial que cercena los derechos fundamentales del grupo o sus miembros⁴⁴⁰.

5.2.2. La incidencia constitucional tras un análisis jurisprudencial en los últimos años

Los delitos de odio son actuaciones delictivas motivadas por la intolerancia o la discriminación, esto es, por prejuicios o animadversión hacia las personas y colectivos por motivos de racismo, antisemitismo, por razón de sexo u orientación sexual, discapacidad, etc. Estos tipos penales que la doctrina ha caracterizado como delitos de odio, ciertamente, facilitan la identificación y recogida de incidentes o conductas discriminatorias, que pueden calificarse como *hate crime*. Se trata de obtención de unas variables útiles para analizar este fenómeno que no incorpore una valoración de política criminal. Y, por supuesto, en una vigilancia estatal a la existencia de conductas que sí merecen un reproche penal y son un límite legítimo al ejercicio de una libertad

⁴³⁶ Landa Gorostiza, J.M.: Los delitos de odio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 57.

⁴³⁷ Landa Gorostiza, J.M.: *op.cit.*, p. 63.

⁴³⁸ Al respetar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, según el autor “El discurso del odio «eficaz» despliega un peligro real -no meramente presunto- que debe comprobarse en el contexto del «clima» social”. En *ibidem*, p. 62.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁴⁰ “El artículo 510 CP despliega mensajes antinormativos que potencialmente quiebran las garantías normales del ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos o culturales de personas que por pertenecer a un determinado colectivo ejercerán auto-restricción de derechos en clave preventiva y, de no hacerlo, será a costa de un ejercicio «en condiciones difíciles»”. En *ibidem*, p. 60.

fundamental. Por supuesto, sin olvidarnos que, en lo preventivo, necesita una específica política integral en los ámbitos sociales y educativos de cualquier tipo de intolerancia.

En España, se tipificaron en la categoría de delitos de odio los arts. 510 y 578 CP -los esenciales-, a través de la reforma operada en la LO 1/2015. En el art. 510 se recoge el delito de incitación al odio y a la violencia (fomenten, promuevan o inciten directamente o indirectamente al odio, hostilidad o discriminación). Y en el art. 578 CP el delito de enaltecimiento terrorismo y humillación víctimas (públicamente enaltezcan o justifiquen el terrorismo, y, por otro lado, los actos de menosprecio o humillación de las víctimas).

Sin embargo, a jurisprudencia emanada del TEDH como del TC han dejado patente, en las últimas décadas, que la libertad de expresión constituye una de las bases de una sociedad democrática. Por ese motivo, las sentencias amparan opiniones, ideas o informaciones que pueden resultar ofensivas, o que causen una conmoción, o resulten molestas. Si bien es cierto, no de forma absoluta, pues, podrá ser objeto de restricciones. Tanto para la protección de los derechos de terceros, como por la protección de la seguridad colectiva. A modo de ejemplo, el TEDH, en el caso de que contribuyesen a la destrucción de los derechos y libertades garantizados en la misma - *Garaudi contra Francia*, de 24 de junio de 2003-. O en torno a la necesidad de limitar el derecho a la libertad de expresión por razones de seguridad o paz pública del art. 10.2 CEDH, contemplando a la luz de cada caso la correspondiente interferencia. Igualmente, en razón a si resulta proporcionada a los objetos legítimos propuestos – caso *Lingens contra Austria*, de 8 de julio de 1986-. O, en el TC, por límites expresos del derecho constitucional de la libertad de expresión del art. 20.4 CE, como son el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen, protección juventud y la infancia, la seguridad nacional, etc. Al igual que en un juicio de ponderación cuando la libertad de expresión colisiona con otros intereses legítimos o bienes jurídicos, de tal forma que la manifestación expresiva pueda resultar delictiva. Lo que se observa es una peligrosa tendencia por parte de los operadores jurídicos (principalmente tribunales) a la hora de calificar como delito de discurso del odio a toda expresión o manifestación hiriente u ofensiva. Probablemente, la locución generalizada de discurso de odio vertida en los medios de comunicación ha tenido mucho que ver. De ahí que muchas declaraciones del tipo crítica política o creación artística hayan acabado calificándose, en su recorrido judicial, como delitos de discurso de odio.

Por todos resulta conocido el caso de los cantantes Valtonyc⁴⁴¹ o Def con Dos⁴⁴², entre otros. Como expresa Tapia Ballesteros ha generado dos sensaciones antagónicas⁴⁴³: por un lado, “se tiene la sensación de que se ha instaurado una censura punitiva hacia todo lo políticamente incorrecto”; y, por otro lado, “los colectivos susceptibles de ser discriminados no perciben una protección efectiva”.

La regulación del art. 510 CP es fruto de la reforma operada mediante la LO 1/2015 de 30 de marzo. Principalmente, se sanciona un amplio abanico de conductas vinculadas a la creación de un contexto de hostilidad, discriminación o violencia hacia un determinado colectivo, caracterizado por ostentar alguna de las circunstancias de discriminación. Recuérdese que, en la anterior redacción de este artículo, la polémica atendida por la doctrina penal giraba en torno al alcance del término “provocación”, con dos posiciones contrapuestas. Por un lado, los que consideraban que constituía un delito autónomo y, por otro, los que consideraban que se trataba de un acto preparatorio y debía remitirse al art. 18.1 CP. Igualmente, las discusiones sobre la consumación del tipo, esto es, si el mensaje incitador debía llegar a sus destinatarios, además, sí se exigía que estos condujeran a la comisión de actos de violencia o discriminación. Esta descripción vaga de las conductas típicas, sigue manteniéndose en el actual tipo. En un análisis dogmático del art. 510 CP, la discusión doctrinal en torno al bien jurídico tampoco parece cerrada. Desde propuestas que consideran al honor como expectativa de reconocimiento a todo ciudadano por igual; o a optar por la dignidad general. Por ejemplo, a favor del bien jurídico de la igualdad y la discriminación como expresión de la propia dignidad apunta la Circular de la Fiscalía General del Estado. O, en cambio, Lorenzo y Bernal defienden la tesis de un bien jurídico individual, aunque se podría lesionar a consecuencia de un acto discriminatorio a un bien jurídico colectivo.

⁴⁴¹ STS, Sala de lo Penal, 4/2017, condenado por un delito de enaltecimiento del terrorismo.

⁴⁴² STC, 25 de febrero de 2020. Se declaró que se había vulnerado la libertad de expresión, tras la condena por enaltecimiento del terrorismo en la SAN, Sección 2ª, de 21 de febrero de 2017 y la desestimación del recurso de casación en la STS, Sala de lo Penal, 79/2018, de 15 de febrero.

⁴⁴³ 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”. En Del Carpio Delgado, J; Holgado González, M (Dir.): *Entre libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 28.

Se parte de la interpretación del término “odio” y del “discurso del odio” un tanto ligera⁴⁴⁴. Incluso diríamos que de un concepto del discurso del odio banalizado⁴⁴⁵. Por ese motivo y otros que comentaremos, son exorbitadas las respuestas jurídicas. Una democracia con carácter pluralista no debe tener, como única herramienta, la sanción penal a los transgresores que propugnan mensajes que son indeseables, pero que en ocasiones ni humillan a personas ni provocan actos violentos directamente. Con todo, “sí parece haber consenso en que el discurso del odio, en sus distintas formas, incluye expresiones nocivas en todo caso por su carácter intolerante y el por el desprecio que transmiten”⁴⁴⁶.

Por supuesto que resulta de agrado que las expresiones en la esfera pública sean contrastes de visiones respetuosas, pero no quiere decir que siempre sea así. Ya que en las expresiones *políticamente incorrectas* será donde más sentido tiene la libertad de expresión. Esa tendencia de endurecimiento y de imprecisión de las normas penales que sancionan conductas englobadas genéricamente en delitos de odio, estaría derivando en un efecto disuasorio respecto la libertad de expresión. O, en todo caso, dubitativo a la hora de conocer si su conducta es un ejercicio legítimo de la libertad de expresión o no lo es⁴⁴⁷.

En cualquier modo, como expresa Gascón Cuenca, el concepto de discurso de odio y delito de odio valorado por la jurisprudencia del TEDH -igualmente el TC- no está exento de dificultades. Desde su punto de vista, la delimitación del concepto delito de odio obtiene una mayor aceptación, estando más o menos claros sus elementos básicos. En cambio, el concepto de discurso del odio será complicado de determinar tras basarse en la ponderación de derechos fundamentales. En efecto, en atención al test de

⁴⁴⁴ “Odiar implica un sentimiento de aversión u hostilidad, desear un mal a otro. No es lo mismo, por tanto, que burlarse o que cuestionar las ideas ajenas, aunque se haga de forma hiriente o despreciativa”. En Teruel Lozano, G.M.: “Discursos odiosos, que no del odio”, *El Periódico*, 5 de marzo de 2017.

⁴⁴⁵ “Parece que el discurso del odio se ha convertido en un término de moda bajo el que parece tener cabida todo discurso disidente”. En Valero, A.: “El discurso del odio: la necesaria concreción de un concepto banalizado”, *blog Alrevésyalderecho*, 22 de octubre de 2018.

⁴⁴⁶ Presno Linera, M.A.: “La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de la facultad de derecho de México*, Tomo LXX, número 276, Enero-Abril, 2020, p. 477.

⁴⁴⁷ “A las especiales dificultades a la hora de delimitar que grupos deben ser amparados bajo el enclave de los delitos de odio, se adiciona la inverosímil determinación de: qué tipo de conductas, qué expresiones, qué acciones, o qué ideologías han de ser consideradas prejuiciosas y por tanto discriminatorias”. En Martín Herrera, D.: “Libertad de expresión: ¿Derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, *Estudios de Deusto*, vol. 62/2, julio-diciembre, 2014, p. 19.

Estrasburgo⁴⁴⁸, en la valoración realizada a las posibles injerencias prevista por la ley “se es consciente de que la experiencia muestra la imposibilidad de alcanzar una exactitud absoluta en la redacción de las leyes”⁴⁴⁹. En atención a la finalidad legítima de la limitación, “el Estado tiene que demostrar que ese fue el objeto originario que le llevó a interferir en el derecho y no otro”⁴⁵⁰. Por último, respecto a la medida necesaria, “esta necesidad social imperiosa es un concepto mutable siendo la autoridad nacional la que, *prima facie*, puede dicha realidad”⁴⁵¹.

Considera Cuerda Arnau⁴⁵², que determinadas conductas, pese a la extralimitación en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, carecen de gravedad suficiente para la justificación de una condena penal. Ahora bien, estima que la posición del TEDH es más favorable que la jurisdicción interna a la efectividad de la libertad de expresión. De hecho, en la mayoría de constituciones europeas y en el CEDH se articulan amplias cláusulas de limitación de la libertad de expresión, vinculadas a la idea de democracia, dignidad e igualdad. El punto de partida de la construcción del sistema europeo de libertad de expresión surge con las decisiones *Handyside c. Reino Unido 1979*⁴⁵³ y el *Sundays Times c. Reino Unido 1980*⁴⁵⁴ (con raíz del *Sullivan v. New York Times*). Se reconoce a la libertad de expresión como esencial en una sociedad democrática y con una posición privilegiada⁴⁵⁵, máxime cuando se trata del debate de asuntos públicos. Estas ideas fueron

⁴⁴⁸ “La tutela del honor, en tanto que fin legítimo, resulta claramente uno de los tres cribados a que se somete toda limitación de derechos, a saber: a) que esté prevista por la ley; b) que el concreto fin perseguido sea legítimo y c) que la limitación sea necesaria en una sociedad democrática”. En Cuerda Arnau, M. L.: “Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”, *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, nº 13, 2020, p. 217. Igualmente, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, considera Presno Linera que los principios básicos sobre la cuestión de la injerencia residen en: 1) las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación estricta; 2) el margen de apreciación de los Estados reside en el contenido del adjetivo “necesaria”; 3) el TEDH no sustituye a los tribunales internos, sino que debe alcanzar el convencimiento de que aplicaron las normas conforme a los principios consagrados en el art.10 CEDH. En Presno Linera, M.A.: *op.cit.*, pp. 474-475.

⁴⁴⁹ Gascón Cuenca, A.: “El concepto de delito de odio y de discurso de odio en el ámbito internacional y regional europeo”. En *Laurenzo Copello, P.; Daunis Rodríguez, A. (coords.): Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, p. 180.

⁴⁵⁰ Gascón Cuenca, A.: *op.cit.*, p.181

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 181.

⁴⁵² Cuerda Arnau, M. L.: *op.cit.*, pp. 215–231.

⁴⁵³ En la sentencia citada se afirmó que la libertad de expresión “es una de las condiciones básicas para el progreso de la sociedad democrática y para el desarrollo de cada individuo. Con sujeción a lo dispuesto en el art. 10, es aplicable no solo a las informaciones o ideas recibidas favorablemente, o contempladas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas otras capaces de ofender, sacudir o molestar al Estado o a un sector de la población”.

⁴⁵⁴ Se cita en sus argumentos: “El Tribunal no se encuentra frente a la alternativa entre dos principios contrapuestos, sino ante un principio de libertad de expresión, sujeto a un número tasado de excepciones, que han de ser objeto de interpretación estricta”.

⁴⁵⁵ “Cualquier idea o información, así como la forma y los medios empleados para comunicarlas cuentan con la protección *prima facie* del derecho”. En Presno Linera, M.A.: *op.cit.*, p. 464.

consolidándose en años sucesivos, como el Lingens c. Austria 1986⁴⁵⁶; Castells c. España 1992⁴⁵⁷; o, Jersild c. Dinamarca 1994⁴⁵⁸. Con una ampliación a los límites de la crítica admisible respecto a manifestaciones de expresión política o circunscritas a debates sobre cuestiones de interés público, como es el caso Otegi Mondragón c. España 2011⁴⁵⁹.

Debe señalarse, en relación a la aplicación del art. 17 CEDH, que se ha aplicado principalmente al discurso revisionista o negacionista, en el Honsik c. Austria; Lehideux e Isorni c. Francia; o, Garaudy c. Francia⁴⁶⁰. Igualmente, en el significativo caso Feret c. Bélgica, donde se recuerda que puede considerarse necesario sancionar y prevenir las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en intolerancia, incluso la religiosa. En concreto, se refería a discursos de odio políticos - término con el que no coincidimos⁴⁶¹ - que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales que representan un peligro para la paz social⁴⁶² y la estabilidad política de las democracias. Nos parece al menos discutible este caso: que la intolerancia o los sentimientos sin una tendencia manifiesta de la acción se considere delictiva, pues se requiere una interpretación estricta y necesaria para restringir la libertad de expresión.

En suma, lo que comprueba el Tribunal es si la expresión en cuestión queda dentro del ámbito protegido por el art. 10. Si se concluye que es así, el mecanismo de control de la conformidad a la injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la libertad de expresión se articula por las exigencias derivadas del art. 10.2 CEDH. Esto es, que la previsión legal de la medida limitadora se traduce en previsibilidad y accesibilidad; que la injerencia responda a proteger intereses generales o derechos individuales; que sea una

⁴⁵⁶ La libertad del debate político pertenece a la esencia del concepto de sociedad democrática.

⁴⁵⁷ La libertad de prensa ofrece uno de los medios para formarse una opinión sobre las ideas políticas.

⁴⁵⁸ Se defiende la tesis del reportaje neutral, la transmisión de noticias basadas en entrevistas.

⁴⁵⁹ Como reconoce Rodríguez Montañés se sostiene que las manifestaciones provocativas o con una dosis de exageración, aun dando una connotación hostil no exhortan a la violencia y no son discurso del odio. En Rodríguez Montañés, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 232-236.

⁴⁶⁰ Los actos son incompatibles con la democracia al infringir el derecho de los demás, lo que constituye una categoría prohibida por el art. 17 CEDH.

⁴⁶¹ Al igual que la opinión disidente de tres jueces, que señalan que era un puro discurso político sin llamamiento a la violencia. En la misma línea, en el caso Féret c. Bélgica, se “observa, pues, cómo el TEDH abandona el grado de protección aplicado con carácter general al discurso político para abrazar la doctrina según la cual el discurso racista es, de por sí, un discurso de odio”. En Valero Heredia, A.: “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 110, 2017, p. 321.

⁴⁶² Martín Herrera se postula a favor de la posición del TEDH en el caso Féret c. Bélgica, pues considera que aquel ataque dialéctico y mediático de un parlamentario era incitador de odio racial. En Martín Herrera, D.: *op.cit.*, pp. 33-34.

necesidad social imperiosa⁴⁶³. En resumen, el TEDH exige que el Estado ofrezca razones suficientes y adecuadas para la justificación de esa restricción del derecho fundamental.

Por lo demás, sobre la cuestión del discurso que apoya o justifica el terrorismo (que tratamos en apartados sucesivos), los pronunciamientos han sido de distinto signo y sensibilidad hacia la libertad de expresión. De ahí, el caso *Öztürk c. Turquía* 1999, en el que, a diferencia del *Sürek c. Turquía* del mismo año, el TEDH declaró la vulneración del art. 10 al considerarse que no existía una necesidad social imperiosa ante la injerencia al fin perseguido de defensa del orden y prevención del terrorismo. Como cita la autora⁴⁶⁴, el Tribunal diferenciaba con claridad entre expresiones apologéticas no susceptibles de injerencias y aquellas en que, a la luz de las circunstancias, existe tal incitación y riesgo de que las consecuencias lesivas que el discurso puede producir se concreten en un efectivo favorecimiento a la violencia, lo que evoca el test de *Brandenburg*. En el caso *Leroy c. Francia*, no se exigió la intención del autor respecto de la eventual causación de daños ligados a su acto expresivo, consagrándose así una restricción un tanto innecesaria con un efecto de desaliento sobre el discurso político crítico. Lo que no lleva más que a pensar que la metodología empleada se realiza caso por caso, en atención a las circunstancias del mismo, y en ocasiones con criterios flexibles o de inseguridad jurídica. En definitiva, una inseguridad desalentadora al ejercicio de la libertad de expresión.

Sin género de duda para la jurisprudencia, la libertad de expresión no ampara únicamente a ideas o informaciones aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que molestan, chocan o inquietan. Ahora bien, las manifestaciones racistas, humillantes o vilipendiadoras o que incitan directamente a la violencia o discriminación no quedarán totalmente amparadas por la libertad de expresión.

Derivado de la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, se reclamó la tipificación de la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo; y, la apología pública, negación o trivialización de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y otros crímenes definidos en el estatuto del Tribunal Militar Internacional. Evidentemente, la misma Decisión reconoce una cláusula de garantía de las libertades fundamentales en el marco multinivel de tutela. El art. 510

⁴⁶³ Rodríguez Montañés, T.: *op.cit.*, pp.245-246

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 260.

CP “no parece que dejara ninguna laguna al castigar la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos discriminatorios (más amplios que los de la propia Decisión Marco)”⁴⁶⁵. En cambio, el previo art. 607.2 CP (anterior al nuevo 578 CP) conlleva la intervención del TC, declarando parcialmente inconstitucional y anulando el inciso referido a las conductas de negación. Aunque no se debe confundir el tipo del delito de provocación al odio con el tipo de negacionismo, sí que resultaría acertada su incorporación dentro de la genérica categoría del discurso de odio.

El orden constitucional -a diferencia del que orden del CEDH, que denota un cariz más militante- no exige una fidelidad ideológica ni una adhesión positiva al propio ordenamiento. Por supuesto que, claramente, se posiciona con la preferencia de unos valores, pero se caracteriza como un orden abierto. El discurso del negacionismo del Holocausto no se ha aplicado con el mismo nivel que otros supuestos de revisionismo de aspectos históricos, considerando el mismo como un hecho histórico establecido y una clara incitación al odio⁴⁶⁶.

Con los casos, ya de hace unos años, de la librería Makoki y el caso Violeta Friedman se reconoce el interés legítimo a los efectos de obtención del restablecimiento del derecho al honor de una colectividad sin personalidad jurídica, aunque con rasgos cohesionados de estructura. Se lesiona a un pueblo o raza. Una ofensa colectiva⁴⁶⁷, lo que deriva en una pérdida de la esencia personalista del bien jurídico honor. Estas sentencias identificaban unas novedosas pautas a la hora de concretar el límite a la libertad de expresión: las expresiones ultrajantes u ofensivas; el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar; y la humillación a las víctimas. En el caso del enjuiciamiento del delito de negacionismo, el TC consideró que estos discursos deben provocar el odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, origen étnico, religión, etc. Además, debe representar un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación⁴⁶⁸. El criterio

⁴⁶⁵ Teruel Lozano, G.M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”, *InDret*, nº 4, 2015, p. 5.

⁴⁶⁶ Teruel Lozano, G.M.: *op.cit.*, p. 12.

⁴⁶⁷ Con la concepción supraindividual de dignidad, el autor estima que son “bienes de naturaleza ideal o espiritual con contornos muy difusos, que llevarían a denegar la protección constitucional a expresiones por la mera contradicción formal frente a tales ideales sociales o jurídicos, creando así una suerte de «orden público constitucional»”. En Teruel Lozano, G.M.: *op.cit.*, pp. 16-17.

⁴⁶⁸ “Esto último da un contenido ofensivo que justifica excluir de protección constitucional a un discurso. Así, los discursos provocadores a actos ilícitos solo podrán ser privados de protección constitucional si,

del *clear and present danger* de la doctrina norteamericana. Derivado de expresiones absolutamente vejatorias en las concretas circunstancias del caso.

Dicho esto, como reconoce Teruel Lozano, “el problema de la construcción de este delito venía dado por el «resultado lesivo temido» (la generación de odio, actos de violencia, etc.), que resultaba tan etéreo e indeterminado que terminaba haciendo fallido cualquier intento de dotar de concreción al bien jurídico de la figura”⁴⁶⁹.

En el delito de incitación al odio y discriminación “el bien jurídico se situaba en la dignidad humana, pero dotándola de una dimensión social o colectiva, y en el derecho a la igualdad y a la no discriminación, quedando peligrosamente cerca de la tutela de la «paz pública» como sentimiento de tranquilidad de los distintos grupos sociales”⁴⁷⁰.

El delito de negacionismo “ha sido interpretado mayoritariamente como una figura de peligro abstracto en la que aquello que se pretende evitar es una suerte de «clima», que protegía frente a un «estado de ánimo social» hostil contra las personas que pertenecen a unos grupos sociales especialmente sensibles”⁴⁷¹.

Si miramos ambos tipos, la protección de bienes jurídicos resulta difusa⁴⁷², puesto que el juicio de peligrosidad no se sustenta en una base empírica de orden material.

A nuestro parecer, esta tendencia político-criminal, o mejor, de *sobrecriminalización*⁴⁷³ respecto del principio de prohibición de exceso, plantea diferentes dudas respecto de la defensa de las garantías que derivan de los principios penales que son límites al *ius puniendi*. Al mismo tiempo, afecta al conjunto de la ciudadanía, al producirse un efecto desaliento en el ejercicio de un derecho fundamental,

atendidas las circunstancias concretas (tanto del propio tenor del discurso como del contexto) generan un «claro» e «inminente» peligro de que se produzca una lesión de un bien constitucional”. En Teruel Lozano, G.M.: *op.cit.*, pp.18-19.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p.27.

⁴⁷² “Unos bienes jurídicos inconsistentes, sin base material y de difícil definición, que a juicio de muchos, entre los que me encuentro, no pueden justificar la intervención penal y mucho menos un límite a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista”. En *ibidem*, p. 38.

⁴⁷³ En esta línea, se considera la falta de proporcionalidad en la criminalización de los delitos de opinión, con una orientación de criminalizar las protestas o disidencias políticas. En Correcher Mira, J.: *op.cit.*, pp. 487-489.

Igualmente, Teruel considera: “Queda al albur del buen criterio del juez no sancionar conductas que, «aparentando» su tipicidad -o incluso siendo típicas-, terminen siendo consideradas legítimo ejercicio de la libertad de expresión y por consiguiente no antijurídicas”. En Teruel Lozano, G.M.: *op.cit.*, p. 41.

en este caso, la libertad de expresión. Un doble efecto, tanto en la desproporción inicial de la tipificación como un *chilling effect* respecto la libertad de expresión.

5.2.3. Debate dogmático y resultados provisionales

El art. 510 CP representa el tipo penal de incitación al odio, la violencia o discriminación contra grupos vulnerables. O como, entiende el TS, “el art. 510 del Código penal [se erige] como arquetipo del discurso de odio”⁴⁷⁴. Representaría el discurso de odio punible. En la redacción anterior aludía a quienes provocaran a la discriminación al odio o la violencia contra grupos o asociaciones. Actualmente, en cambio, menciona los verbos “fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona”. El término *provocación* resultó y resulta problemático:

- Un sector doctrinal equiparaba la provocación a las notas características de los actos preparatorios de provocación definidos en el art. 18.1 CP, con la necesidad de que se pruebe, en el caso concreto, que se incitó a la realización de algún acto constitutivo de delito.

- Otras posiciones doctrinales consideraban punible la difusión de ideas discriminatorias o violentas, o el ensalzamiento de actos y doctrinas que de forma indirecta justifiquen que se genere el riesgo de hacer surgir a otras personas la decisión de delinquir. Con otros términos, que el componente de agresividad en el discurso constituya la antesala de violencia, un peligro real y próximo de generación de hechos violentos o discriminatorios contra el grupo al que se incita odio.

- Otras posiciones estiman que serán punibles todas aquellas conductas que supongan la difusión de ideas racistas o xenófobas, más allá de la antesala de violencia.

Esta última posición, contemplaría un modelo de democracia militante por el mero hecho de difusión de ideas, sin la concurrencia clara de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Resulta conveniente recordar que la difusión de ideas es impune a diferencia de la ejecución de conductas expresivas que sean lesivas de derechos (provocación concreta).

⁴⁷⁴ Vid. SSTS 646/2018, de 14 de diciembre, FJ Único; y 185/2019, de 2 de abril, FJ 3.

Por tanto, las posturas enfrentadas citadas, serían las dos primeras: o la necesidad de probar la incitación o indirectamente que justifique un riesgo para delinquir. Quizás el punto intermedio sea idóneo (alguna doctrina penal se ha posicionado en esta línea). Estimando que no sea necesario que se incite a la comisión de un hecho delictivo, si requiera que el discurso genere un riesgo real y efectivo para producir actos de violencia, discriminación u odio. Baste recordar que en el FJ 9º de la SAP Barcelona 702/2018, de 8 de noviembre, se decía: [“Se (trata de una «provocación» autónoma de la establecida en el art. 18 CP tal y como ha manifestado la mayoría de la doctrina penal, posición que queda respaldada con la reforma llevada a cabo en el año 2015 del citado artículo; se trata de una provocación «sui generis» que pretende «aprehender en la prohibición para incidir negativamente en las relaciones de pacífica convivencia entre grupos y colectivos con afección potencial de sus derechos fundamentales». Se trata, por tanto, de “un delito de peligro abstracto dirigido a prevenir acciones o conductas que supongan una actitud o germen de potenciales actuaciones lesivas a los destinatarios de los mensajes discriminatorios, odiosos o violentos”]. El discurso debe adquirir notas de afectación supraindividual para los grupos vulnerables.

En relación a los criterios interpretativos:

- En atención a la jurisprudencia del TC, el juez estará obligado⁴⁷⁵ a realizar un examen previo a la aplicación del tipo penal para una valoración sobre si la conducta es ejercicio legítimo o no de la libertad de expresión. De acuerdo con la misma, el órgano judicial debe valorar como cuestión previa la aplicación del tipo penal, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, para discernir si constituye un ejercicio legítimo de un derecho fundamental. En una reciente del TC, la 35/2020, se precisó la carencia de ese examen preliminar y la manifiestamente infundada ponderación consecuente.

- La justificación de la intervención penal obligará a una interpretación restrictiva o prohibición de exceso. La limitación del derecho fundamental se justifica en la lesión o puesta en peligro de un bien constitucional, como exigencia de los principios de ofensividad y lesividad⁴⁷⁶. Se perfiló los límites, claramente, en la STC 112/2016, de 20

⁴⁷⁵ Vid. SSTC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; o, 112/2016, de 20 de junio, FJ 2.

⁴⁷⁶ La restricción del derecho, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, requiere de una justificación que solo se encuentra, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando colisiona con otros bienes jurídicos

de junio, ya que destacó que la función jurisdiccional consiste en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas y sus circunstancias, para enjuiciar si constituye un ejercicio legítimo y lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión (valor preferente), o si, por el contrario, resulta un límite al ser atentatorio contra otros derechos. En suma, debe ajustarse a los estándares del carácter predominante de la libertad de expresión. O, en otros términos, no toda conducta no amparada o extralimitada, será conducta penalmente típica siempre. Esta cautela, como se recogía en el FJ 5 de la STC 35/2020, lleva a citar que: “Esta afirmación, sin embargo, no resulta suficiente, por sí sola, para entender completada en su integridad la ponderación constitucionalmente necesaria con carácter previo al examen de la tipicidad, en la medida en que no permite conocer cuáles han sido las bases sobre las que se puede concluir que la conducta del recurrente debía ser considerada como un ejercicio, sea o no extralimitado, del derecho a la libertad de expresión —con la consiguiente entrada en juego del principio de proporcionalidad en la restricción de un derecho fundamental— o debía ser excluida de este concepto”.

Junto a ello, se ha ido subrayando el *chilling effect* o efecto disuasor, que conlleva la aplicación desmedida de los tipos penales. Una reacción tan desproporcionada podría producir por su severidad un sacrificio innecesario a la libertad de expresión, o un efecto desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados⁴⁷⁷.

En aras a esa interpretación restrictiva, como bien apunta la STS 646/2018, de 14 de diciembre: “El problema de la tipicidad de estos delitos surge a la hora de dar contenido a la provocación al odio o a la comisión de delitos en concreto”⁴⁷⁸. Por ese motivo, resulta preciso interpretar los elementos de contextualización del contenido del mensaje, la intencionalidad, el impacto y la proporcionalidad de la sanción (así, en ocasiones, lo ha señalado el TS).

Reiteramos que las conductas típicas deben dirigirse contra colectivos especialmente vulnerables, como exigencia, *sine qua non*. La tipicidad del discurso del odio pivota en relación a estos colectivos diana a los que alude la norma. Ello proviene

defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación.

⁴⁷⁷ Entre otras, vid. STC 121/1989, de 3 de julio, FJ 2; o, STEDH Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 2000.

⁴⁷⁸ STS 646/2018, de 14 de diciembre, FJ Único.

de la Recomendación (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de octubre de 1997, como indicamos. Sin embargo, el concepto de discurso de odio se actualizó con la definición de la Recomendación de Política General núm. 15, relativa a la lucha contra el discurso del odio, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015. Asimismo, los sujetos o colectivos diana se circunscriben a los colectivos vulnerables e históricamente discriminados. Así, por ejemplo, la institución de la policía no pueda considerarse un grupo social vulnerable y requiere una protección especial⁴⁷⁹. En consecuencia, la afectación de la conducta se proyectará de forma supraindividual, ya que lesionará la dignidad del colectivo al que pertenece. Con ello, la exigencia de la afectación supraindividual no se colmará por una mera injuria a las condiciones personales, sino que tendrá que tener cierta relevancia para el castigo. Se observa en el FJ 2º de la SAP de Cádiz 273/2017, de 18 de diciembre, cuando se cita que “no puede confundirse utilizar dichos perfiles personales para insultar a una persona o encontrar en ello una excusa para hacerlo... con una finalidad de exclusión de la comunidad”. De igual modo, en el FJ 3º de la SAP de Barcelona 787/2018, de 12 de diciembre (recogido también en Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 419/2019, de 28 de mayo, y la Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 736/2019, de 31 de octubre), que expresa que: “la virtualidad ofensiva de la conducta ha de proyectarse no solo sobre la persona a la que afecta sino sobre todo el grupo, aun cuando lo sea de modo meramente potencial”.

Otro debate interesante es el que tiene que ver con los requisitos de idoneidad de la incitación. Concretamente, la incitación pública a terceros como conducta típica. Lo que, tratándose de terceros, debe acreditarse la idoneidad. Se observa perfectamente con el FJ 5 de la STC 35/2020, que “no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de un sentimiento de odio convierten sin más la conducta enjuiciada en un ilícito penal”. De la misma manera, el FJ 1 del Auto AP de Barcelona, 892/2016, de 29 de noviembre: “Es necesario, por ello, distinguir entre la difusión de ideas y la ejecución de conductas expresivas lesivas de derechos e intereses de terceros”. La mera difusión de ideas racistas o discriminadoras por si solas no constituyen un delito, sino son aptas para generar una situación de peligro o un riesgo real o una efectiva discriminación, violencia u odio.

⁴⁷⁹ Vid. STEDH, Savva Terentyev c. Rusia, de 28 de agosto de 2018; o, Auto AP de Barcelona 787/2018, de 12 de diciembre.

Dicho esto, algunas sentencias han considerado que el *efecto llamada* o la antesala de la violencia resultará suficiente u apta para la producción de una situación de riesgo. Lo que no tienen unanimidad en la doctrina. Teniendo presente, o la necesidad de probar la incitación, o, en cambio, indirectamente que justifique un riesgo para delinquir como antesala de la violencia. Esta última defendería que la antesala serían las condiciones óptimas para que tal situación de riesgo y peligro se desarrollen en un futuro incierto. Se inculca una actitud hostil a los colectivos que podrá desembocar en actos concretos de agresión o discriminación. Además, se incluye otro elemento a la incitación, ¿Cuál? Que la activación de la conducta se produzca en un contexto de plena consciencia sobre lo que la misma genera. En definitiva, una incitación dolosa, sin conocimiento de los motivos internos del autor, pero si reconducidos a comportamientos conscientes discriminatorios.

De ese modo, para valorar esa incitación consciente, voluntaria e idónea, se puedan utilizar parámetros como los recogidos en el memorándum explicativo de la Recomendación de Política General núm. 15 ECRI. Esto son: la intencionalidad se deduce por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias, aunque advierte que no es fácil de demostrar (hechos pretendidos, lenguaje codificado, etc.); y el test de relevancia del riesgo⁴⁸⁰. Estos son parámetros relativos al: contexto, la influencia sobre los demás, el medio utilizado, la naturaleza de la audiencia, etc.

Principalmente, en la jurisprudencia del TEDH⁴⁸¹ se ha señalado que la libertad de expresión encuentra límites en el discurso de odio, lo que resulta preciso indagar en elementos de interpretación de la norma para que evite una desmesura en su aplicación, tales como el contenido del mensaje, el impacto del texto, la proporcionalidad de la sanción, etc.

A título ilustrativo, en los criterios de valoración sobre el riesgo y la incitación, el TEDH ha tenido en cuenta, las circunstancias personales de quien realiza la conducta como en el caso *Castells c. España* o *Otegi Mondragón c. España*; cuando se desarrollaba esa conducta como en el caso *Leroy c. Francia* (recientes actos terroristas); o la influencia de esas manifestaciones como en el caso *Öztürk c. Turquía*. En parte, la valoración de este riesgo sirve al examen previo de la libertad de expresión⁴⁸². Una omisión sobre los

⁴⁸⁰ Se utilizaron, en cierta medida, en la STEDH *Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018. Igualmente, en la STS 646/2018, de 14 de diciembre.

⁴⁸¹ No ha ocurrido de igual forma por el TC.

⁴⁸² Así se consideró en la STC 35/2020, de 25 de febrero.

elementos intencionales, lingüísticos, circunstanciales y contextuales de los mensajes objeto de acusación, desatiende circunstancias indispensables para la ponderación previa, que debe desarrollar un juez penal en materia de protección de derechos fundamentales.

Por su parte, motivos como que la conducta no se dirige contra colectivos vulnerables o tiene un impacto individual sin afectación a los colectivos, o que la conducta nace de una reacción emocional o de un discurso artístico o político, o que carece del elemento tendencial de incitación, llevarían a pensar que fundamentan una inadmisión a trámite o sobreseimiento por parte de los tribunales penales. En esencia, un contexto satírico, de debate político o que carece de repercusión nos conduce a no considerarlo correcto como límite al ejercicio de un derecho, y menos con un marco penal.

Por su parte, el art. 510.2.a), en contraposición al previo a la reforma que tipificaba la modalidad de injurias colectivas por motivos discriminatorios, recoge dos conductas. La primera de ellas: esas originales injurias colectivas por acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito. La segunda de ellas: la propagación en cadena de dichas injurias colectivas, esto es que se produzcan, elaboren o posean con la finalidad de distribuir o facilitar a terceras personas el acceso, distribución o venta de materiales o soportes que comporten esa grave humillación, menosprecio o descrédito. Los términos que utilizó el legislador provenían, en parte, de las conclusiones sobre los límites a la libertad de expresión que se señalaban en las SSTC 214/1991 y 176/1995.

En esa idea de que quedan fuera del amparo de la libertad de expresión, y, por tanto, se penalizan manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes con un deliberado ánimo. Ya, en la actualidad, con la SAP, 787/2019, de 12 de diciembre, FJ 3, se enumeran varios requisitos para las injurias colectivas de odio este art. 510.2. Nos referimos a que el tipo exige: que la conducta se proyecte sobre una minoría o colectivo especialmente vulnerable (especialmente potencial); que lesione (gravemente) la dignidad por sus características; y, que esa manifestación (tendencialmente dirigida) entrañe humillación, menosprecio o descrédito. Lo que lleva a pensar que este artículo debe aplicarse de modo restrictivo para la garantía de la libertad de expresión. Al igual que sucedía con el apartado primero, antes de su aplicación resultará necesario que el juzgador compruebe si tal comportamiento representa un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, es decir, un examen previo⁴⁸³. Dentro de este orden de ideas, el concepto de

⁴⁸³ Vid. entre otras SSTC 89/2010, de 15 de noviembre; 112/2016, de 20 de junio; 35/2020, de 25 de febrero.

grupos vulnerables vino definido por la Recomendación de Política General nº 15, que ya comentamos. Su protección se debe a que son un objeto específico del discurso de odio, se circunscribe a colectivos que socialmente e históricamente son discriminados; por eso, se encuentran en desventaja para un desarrollo normal y libre de su vida. Esa desvaloración puede interpretarse con distintos parámetros. Uno de ellos sería el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso, conocido como test de Rabat. Reiteramos que este disponía que, para valorar el riesgo, debe considerarse el contexto en que se utiliza el discurso, al igual que la capacidad para influir hacia otros, también, el contexto de los comentarios y el medio utilizado. El TEDH de forma clarividente ha utilizado estos parámetros en el caso *Vejdeland y otros contra Suecia*⁴⁸⁴, de 9 de febrero de 2012; y el caso *Féret c. Bélgica*⁴⁸⁵. Otro parámetro en los criterios de aplicación será que la modalidad del art. 510.2 exige un elemento subjetivo de menosprecio o humillación dirigido al colectivo o grupo diana. Lo que aspira el discurso es el descrédito, ridiculización, estigmatización o estereotipos negativos de ese colectivo diana. Incluso, previamente en el caso *Violeta Friedman*, ya se refería a ese elemento subjetivo. En concreto, en la STC 214/1991, de 17 de diciembre, FJ 8, se afirmó que “el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”. Igualmente, en otro caso conocido por la doctrina, nos referimos al cómic *Hitler=SS*, que se resolvió con la STC 176/1995, de 11 de diciembre. En su FJ 5 se aludía a que el “vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena”. Del mismo modo, la jurisprudencia del TS ha seguido esta línea del elemento subjetivo⁴⁸⁶, por ejemplo, en la STS 47/2019, de 4 de febrero.

5.3. LOS DELITOS DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO DEL ART. 578 CP

5.3.1. Bien jurídico protegido

⁴⁸⁴ STEDH *Vejdeland y otros contra Suecia*, de 9 de febrero de 2012.

⁴⁸⁵ STEDH *Féret contra Francia*, de 16 de julio de 2009.

⁴⁸⁶ Cabe citar SAP de Madrid 625/2019, de 21 de noviembre de 2019, FJ 5, que trató este 510.2.a).

Se plantea el problema que el bien jurídico de este tipo penal, con dos modalidades delictivas⁴⁸⁷, no resulta exento de problemas. La jurisprudencia del TS ha señalado que sería una manifestación del discurso de odio -las alabanzas o justificaciones de acciones terroristas-, al igual que la otra modalidad de humillación de las víctimas. Esa idea de interdicción del discurso del odio no casaría con un bien jurídico del Estado social y democrático de derecho, sino más bien con un modelo de democracia militante. Se aprecia un déficit a la hora de señalar por el legislador y, posteriormente, por la jurisprudencia el bien jurídico protegido. Cuestión distinta sería considerar la paz social y mantenimiento del orden constitucional o seguridad pública⁴⁸⁸ como bien jurídico. Dicho esto, que tendría cierta lógica, las conductas serían funcionalmente y objetivamente idóneas y capaces para favorecer un delito de terrorismo, cuestión que ni la práctica judicial demuestra⁴⁸⁹. Pues una atención, visualiza más un castigo a individuos que profieren discursos -mayoría en las redes sociales- irónicos, humorísticos, humor negro o sarcásticos. Ciertamente, “no se basan en la lesión del bien jurídico, sino que son muestra de un Derecho penal de autor... El delito trata de apartar a quienes mantienen un «discurso del odio»”⁴⁹⁰. Se produce un adelantamiento de las barreras de punición y, en cierta medida, se podría hablar de un delito de opinión que carece de un mínimo contenido material de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados. No obstante, existe un sector doctrinal que considera que las conductas del delito de apología no son inocuas, cuestión que no quita que en algunos casos sea un ejercicio de la libertad de expresión, como ellos mismos matizan.

El Grupo de Política Criminal ha propuesto varias modificaciones a la regulación actual del art. 578 CP, quedando del siguiente modo:

“1. La incitación pública y directa a la comisión de cualquiera de los delitos señalados en los artículos 572 a 577, la justificación o el enaltecimiento públicos de estos delitos o de sus autores, siempre que por su naturaleza y circunstancias constituyan una incitación directa a cometer uno de estos delitos, serán castigados

⁴⁸⁷ Para Muñoz Conde, el enaltecimiento o justificación plantea dudas de constitucionalidad; y respecto a la humillación de víctimas el bien jurídico será el dolo y afecto de los familiares de las víctimas, la dignidad de la propia víctima. En Muñoz Conde, F.: *op.cit.*, p. 902.

⁴⁸⁸ Castellví Montserrat, C.: “Delitos contra el orden público y la Constitución”. En Corcoy Bidasolo, M. (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1*, 2º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 839.

⁴⁸⁹ “Entiendo, por tanto, en la línea de la doctrina mayoritaria, que este delito solo podría llegar a estar legitimado si las conductas pudiesen favorecer en última instancia al terrorismo, y, por tanto, en algún sentido se estimase que concurre una lesión al bien jurídico «paz social»”. En Pena González, W.: El delito de enaltecimiento del terrorismo y el principio de lesividad, *Diario La Ley*, nº 9.468, 2019.

⁴⁹⁰ Pena González, W.: *op.cit.*

con una pena de 1 a 3 años de privación de libertad cuando genere con ello un riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos. En el caso de que el delito a cuya comisión se incite tuviera prevista una pena de igual o inferior gravedad, se impondría esta rebajada en un grado.

2. Será pública aquella manifestación que haya sido accesible a un elevado número de personas mediante el uso de cualquier medio de expresión pública, de difusión o de comunicación social, internet o tecnologías de la información”.

3. Suprimido.

4. El actual número 4 pasaría a ser el 3 en nuestra propuesta con el siguiente contenido: “El juez o tribunal podrá acordar la retirada de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, podrá acordar la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se podrá ordenar la interrupción de la prestación del mismo. Excepcionalmente, cuando exista reiteración de las conductas y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente”.

4. El apartado se mantiene con la redacción.

El art. 579.1 y 579.2 CP quedarían suprimidos, y el actual 579.3 CP pasaría a ser el 579.1 con la siguiente redacción (según este Estudio): “1. Los actos de conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda respectivamente a los hechos previstos en este Capítulo”. El actual apartado 4 del 579 pasaría a ser el número 2 en nuestra propuesta con la siguiente redacción: 2. “En los casos previstos en este precepto, los jueces o tribunales podrán adoptar las medidas establecidas en los apartados 3 y 4 del artículo anterior”.

Se sancionarían, de este modo, la provocación y apología de los delitos de terrorismo en cuanto que sean incitaciones públicas en sentido estricto, dejando así las formas difusas que no se puede identificar una voluntad de incitación a la comisión del delito concreto ni son objetivamente idóneas. Además, tal como argumentan los ponentes de esta propuesta, “evita la duplicidad sobre la que se apoya la actual distinción entre provocaciones/apologías fuertes y débiles, así como la posibilidad de sancionar la

provocación a la provocación débil, la provocación a la apología débil, la apología de la apología débil, etc.”.

Igualmente, aunque no es el tema, proponen la derogación del 490 CP (injurias a la Corona), el 496 (injurias a las Cortes Generales o Asamblea Legislativa de la CA) y el 504 CP (calumnia o injuria a los órganos constitucionales del Estado). Según estos autores carece de justificación su mantenimiento.

Así, de entrada, la censura penal que apoya la actividad terrorista u ofende los sentimientos de las víctimas, sin que su contenido expresa o directamente este dirigido a incitar a la comisión delictiva⁴⁹¹, restringe seriamente al ejercicio de la libertad de expresión y opinión de la ciudadanía.

5.3.2. La incidencia constitucional tras un análisis jurisprudencial en los últimos años

En la imperiosa lucha para combatir el terrorismo, se han desplegado mecanismos sancionadores que, en algunos casos, implican un adelantamiento de las barreras punitivas penales. Al mismo tiempo, han aparecido nuevas figuras delictivas o cambios en las ya existentes. Entre ellas, el delito de provocación e incitación al terrorismo o el delito de enaltecimiento del terrorismo. Pues, este delito, además, combate el fenómeno del discurso de odio aparejado al terrorismo. En consecuencia –como hemos ido comprobando-, ha llevado aparejada una determinada jurisprudencia, en ocasiones contradictoria con el necesario respeto a un derecho fundamental como es la libertad de expresión.

Lógicamente, si hacemos referencia al fenómeno del terrorismo, se convierte en uno de los mayores problemas de seguridad para los Estados democráticos. Si bien, esta necesidad de enfrentarse a un riesgo no suprime que los valores y principios fundamentales sobre los que se construye un derecho penal garantista deban quedar

⁴⁹¹ Vid. Galán Muñoz, A.: “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitters y tiriteros?” *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018, pp.264-265. Correcher Mira, J.: ¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad. En Alonso Rimo, A (Dir.): *Derecho Penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Pamplona, 2019, cap. XVIII, pp. 496-497.

garantizados⁴⁹². Se impone un Derecho penal del enemigo, donde se realiza una protección especial que adelanta la punibilidad, restringe derechos y desemboca en un Derecho penal de autor que busca la persecución de sujetos (por su consideración como enemigo) en lugar de conductas criminales. Por ese motivo, en atención a este contexto, no solo existe la restricción de derechos, sino un adelantamiento de la intervención penal a estadios anteriores a la comisión efectiva de una acción terrorista.

Con anterioridad a la reforma de la LO 7/2000, los actos de justificación como de enaltecimiento del terrorismo eran sancionados si implicaban una apología del art. 18 CP. Esto es, que los actos enaltecedores o justificadores estuviesen expresamente y directamente dirigidos a promover la comisión de un delito terrorista. Con posterioridad, se produjo el cambio del art. 578 CP con la introducción de dos modalidades de conducta autónomas: por una parte, el delito de enaltecimiento o justificación pública del terrorismo; y, por otra, el de humillación o menosprecio de sus víctimas. Lo que ha conllevado una dicotomía en la doctrina, tal como alude Boza Moreno⁴⁹³: “Los que continuaban defendiendo que, a pesar de este cambio legislativo, este delito seguía sancionando tan solo aquellas conductas enaltecedoras o justificadoras o humillantes de las víctimas que resultasen apologéticas del terrorismo”; y los que consideraban que “dicha posible interpretación no casaba con el nuevo tenor literal de este delito, ya que... ninguno de los elementos configuradores de su tipo de injusto obligaba a limitar su posible campo de aplicación a aquellos supuestos en los que hubiese un acto de incitación expresa ni directa a la comisión de uno de dichos ataques”.

Boza afirma, de inicio, que “bastaría con que se constatase que se había realizado una conducta que transmitiera alguno de los mensajes de los que dicho precepto habla”⁴⁹⁴; si bien, considera que deben plantearse seriamente que la prohibición de ideas y opiniones puede suponer un límite inconstitucional a las libertades fundamentales.

Naturalmente, con ello cualquiera manifestación pública a tales posturas o ideas podría entrar en contradicción con el respeto a la libertad de expresión. Se ha pretendido

⁴⁹² “Precisamente es en la lucha contra estos actos terroristas que conmocionan nuestras sociedades donde, al mismo tiempo, estas deben confirmar el compromiso con sus ideales democráticos”. En Boza Moreno, E.: “El delito de enaltecimiento terrorista: un análisis desde la protección del derecho a la libertad de expresión”. En Del Carpio Delgado, J.; Holgado González, M. (dirs.): *Entre la libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2021, p. 202.

⁴⁹³ Boza Moreno, E.: *op.cit.*, p. 205.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 205.

incluir en la categoría de discurso de odio para considerar justificado el posible castigo penal a estas conductas sin la necesidad de la apología⁴⁹⁵.

Se podrían distinguir dos interpretaciones doctrinales, por un lado, la tesis que apuesta que entiende que estos tipos persiguen los discursos intolerantes o de odio que generan un sentimiento de repulsa y sensación de inseguridad colectiva -bien jurídico sería la titularidad colectiva de paz pública-. Y, por otro lado, la postura que defiende que estos delitos solo son legítimos en la medida en que se limiten a sancionar la difusión de discursos que actúen como idóneos instrumentos incitadores o favorecedores de la comisión de futuros actos terroristas.

En la primera tesis, son delitos de conducta que se fundamentan en la ofensa y lesión a la moral colectiva y valores básicos de la sociedad democrática. Aquí, estaría incluido el discurso de odio como ofensa a la moral colectiva⁴⁹⁶. Como se puso de relieve en el Caso Strawberry, la AN exigía una intención patente de humillación a las víctimas, en cambio, para el TS bastó que el acusado conociese los elementos que definen el tipo objetivo.

En la segunda tesis, solo se apreciará la lesividad que legitimaría la prohibición y sanción penal en tanto en cuanto resulte idóneo para provocar una futura comisión delictiva. Se puso de manifiesto con la STC 112/2016, de 20 de junio, ya que acogió la doctrina en relación con el discurso de odio en la medida que propicie o aliente, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o el propio sistema de libertades. Una exigencia de situación de riesgo, un resultado de peligro para intereses individuales de terceros. Sigue el camino de la Directiva, al contemplar la exigencia de que con los mensajes se cree un peligro, no se aclara si refiere a concreto o de una aptitud peligrosa de la propia conducta valorada. Sea peligrosidad o sea idoneidad se valorará en atención a las circunstancias del caso. No quita que ha de probarse que, a consecuencia del discurso, aumente la probabilidad de que se cometan tales actos. Tarea complicada.

⁴⁹⁵ “De esta forma, para aquellos que se posicionan como defensores de este concepto, el delito de enaltecimiento y justificación castigaría, no actuaciones incitadoras de actos terroristas, sino la mera difusión de informaciones intolerantes que, al legitimar y alabar a la violencia intolerante y a quienes la ejercen resultan idóneas para contribuir a generar o mantener un entorno social de hostilidad u odio hacia determinados colectivos o instituciones”. En Boza Moreno, E.: *op.cit.*, p. 207.

⁴⁹⁶ Ejemplo de ello, la STS 4/2017, de 18 de enero (condenaba a Strawberry) al contrario de la STAN 20/2016, de 18 de julio (absolvía a Strawberry).

En relación a la conducta de menosprecio o descrédito a las víctimas o familiares, parece un delito muy próximo a las injurias. Una forma agravada o cualificada de injuria que atacaba al honor individual de víctimas del terrorismo o sus familiares⁴⁹⁷. En este caso el bien jurídico protegido será el honor del sujeto pasivo. Debe tenerse presente, también, la posible vulneración del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que la pena de prisión de uno a dos años del 578 CP es superior a las injurias graves. Según la STS 106/2015, de 19 de febrero, y otras, tiene una naturaleza autónoma respecto los delitos terroristas propiamente dichos.

Se constata la necesidad de afrontar una solución armonizada a nivel europeo. Efectivamente, existe un compromiso colectivo al terrorismo en el seno de la UE con la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo. Dicho lo anterior, siguen suscitándose dudas⁴⁹⁸ por el adelantamiento de la intervención penal⁴⁹⁹ y la incorporación de la apología en la descripción del tipo como una forma de incitación indirecta.

El delito de enaltecimiento entra en contradicción con el principio de ofensividad, pues el delito se fundamenta en la protección de un bien jurídico relevante. Muchas de estas conductas no ponen en riesgo el bien jurídico directamente, ni resulta necesario o proporcional. O incluso tienen efectos simbólicos en ese fenómeno del Derecho penal del enemigo. Por ende, en su mayoría, las conductas deberían quedar amparadas por la libertad de expresión.

5.3.3. Debate dogmático y resultados provisionales

El delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo del art. 578.1 contiene dos delitos: por una parte, el enaltecimiento o justificación del terrorismo; por otra, la

⁴⁹⁷ “de entrada debe cuestionarse la necesidad de esta nueva figura delictiva que podría considerarse un tipo agravado de injurias para las víctimas de delitos terroristas”. En *ibidem*, p. 209.

⁴⁹⁸ “Tanto que el hecho de que no exista una posición común entre los países a la hora de desarrollar esta cuestión puede dar lugar a que un Estado, amparándose en un mayor estándar de protección de la libertad de expresión, cuestione una condena dictada en otro país por este delito si, por ejemplo, la misma se basó en una genérica idoneidad lesiva (peligro hipotético o potencial) y no en la existencia de un peligro concreto”. En Teruel Lozano, G.M.: “Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 3, 2018, p. 8.

⁴⁹⁹ “Esta tendencia lleva al adelantamiento de la barrera de intervención penal y a la desmaterialización del bien jurídico. De esta forma, la legislación y la práctica sobre manifestaciones de apoyo al terrorismo están dominados por las incriminaciones <<sin resultado>>, reprimiendo un comportamiento independientemente de la realización de una acción terrorista”. Boza Moreno, E.: *op.cit.*, pp. 221-222,

humillación o menosprecio de las víctimas de delitos de terrorismo o de sus familiares. Cada uno de ellos tiene requisitos distintos. Por lo que separaremos el análisis.

1) En relación al delito de enaltecimiento o justificación, la STS 354/2017, de 17 de mayo, establecía que los elementos que conforman este delito son los siguientes:

- La existencia de unas acciones -manifestaciones- por las que se enaltece o justifica. Enaltecer refiere a elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Y, justificar, refiere a que hace aparecer como acciones legítimas y lícitas aquello que es un comportamiento criminal como tal.
- El objeto del ensalzamiento o justificación será cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577 CP; pero puede ensalzarse a una o varias personas o a un colectivo de autores.
- La manifestación de enaltecer o justificar debe realizarse por cualquier medio de expresión o difusión pública.
- En la STC 112/2016⁵⁰⁰ se consideraba que supone una legítima injerencia en la libertad de expresión esas manifestaciones que propician o alientan, aunque sea de manera indirecta (no coincidimos plenamente con ello), una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema.

Al igual que sucedía con el 510 CP, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa, esa aplicación del 578 CP, atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso y si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión⁵⁰¹. De forma parecida, se requiere una ponderación no carente de fundamento en ese examen preliminar que corresponde al juez penal en el caso de una sanción penal. Es importante, de igual modo, que se fije una interpretación restrictiva de este tipo penal que sea compatible con la libertad de expresión. En la medida en que solo las conductas que intencionalmente generen una situación de riesgo para personas o el sistema de libertades, constituya un tipo penal. En consecuencia, nuestra crítica a la STC 112/2016, al afirmar que se produce un riesgo indirecto. A pesar que la misma⁵⁰², refiere que se debe producir “una situación de riesgo para las personas

⁵⁰⁰ De la misma se han ido objetando varios motivos a no concordar con su encaje.

⁵⁰¹ Vid. STC 177/2015, FJ 2.

⁵⁰² Otras igualmente, vid. SSTS, 600/2017, de 25 de julio; 52/2018, de 31 de enero.

o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática”. La necesidad de interpretación restrictiva reside de la dimensión institucional y preferente de la libertad de expresión. Por ende, el enjuiciamiento de la conducta requiere su compatibilidad con los estándares del ejercicio de un derecho fundamental. Volvemos a algo reiterado⁵⁰³: no toda conducta no amparada en la libertad de expresión necesariamente es una conducta penalmente típica.

En la aplicación de la norma penal no puede reaccionarse de una forma desmesurada frente un acto libre de expresión, incluso aunque pueda resultar hiriente o molesto. No cualquier mensaje inaceptable social o culturalmente debe ser tratado como delictivo, por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. El ejercicio extralimitado o un sentimiento de ira u odio, no convierte sin más la conducta que se dirime en un ilícito penal. Por supuesto que también debe procederse a examinar los elementos concretos del tipo penal, aunque después de atender a la eficacia de la libertad de expresión.

Esta figura apologética requiere que la manifestación sea considerada como discurso de odio, ¿por qué? Por alentar o propiciar una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el mismo sistema de libertades⁵⁰⁴. ¿Directa o indirecta esa acción de propiciar o alentar? Este es un punto complejo a determinar. Sin embargo, sí que se requieren dos elementos característicos además de la alabanza o justificación⁵⁰⁵. ¿Cuáles? El elemento tendencial que es el componente subjetivo del tipo, una voluntad del actor de realmente querer incitar (la jurisprudencia optó por indirecta) esa comisión de delitos terroristas. Y la producción de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, lo que debe constatarse objetivamente por el dolo, esencialmente. Son elementos nucleares para diferenciar entre expresiones odiosas y expresiones de odio. En atención a esa intención, el TS ha manifestado que: “Una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto «siente», es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a «rienda suelta» y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional

⁵⁰³ Considerado así por amplios sectores de la doctrina constitucionalista y penalista. Nos adherimos.

⁵⁰⁴ De forma ilustrativa, vid. STC 112/2016, 20 de junio, FJ 3.

⁵⁰⁵ Se recoge entre otras, las SSTs 378/2017, de 25 de mayo, FJ 2; 52/2018 de 31 enero, FJ 4.

finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo”⁵⁰⁶. En cuanto, al otro elemento, la provocación o incitación, ha de ser idónea para conducir a la comisión de delitos de terrorismo. El juez, por tanto, deberá valorar la aptitud de la conducta *ex ante* del posible movimiento hacia otros para la comisión de delitos terroristas, concretamente, observará la verosimilitud de que acontezca. Y la finalidad o motivación para incitarlos. Cuestión, lógicamente, de difícil valoración. ¿De qué modo se valora la intencionalidad y el riesgo? Al igual que sucedía con la incitación al odio, los tribunales nacionales y el TEDH, a la hora de una evaluación del riesgo, siguen parcialmente lo señalado por el memorándum explicativo de la Recomendación nº 15 de la ECRI, en este caso también la Directiva UE 2017/541, sobre lucha contra el terrorismo. Nos referimos al contexto en que se utiliza el discurso, la capacidad de esa persona para ejercer influencia; la contundencia del lenguaje, el medio utilizado, la naturaleza de la audiencia, etc. Igualmente, el test de Rabat con sus diferentes puntos (contexto, orador, intención, contenido, extensión, probabilidad) en aras a una valoración del potencial alcance de la manifestación o expresión.

La valoración determinada por la jurisprudencia ha utilizado los siguientes elementos:

- El contexto o no de terrorismo. La ausencia de un contexto o de organizaciones terroristas desaparecidas hace más difícil determinar que la acción sea idónea en la provocación o incitación a cometer un delito de terrorismo⁵⁰⁷.
- Y el alcance potencial del mensaje y su verosimilitud del riesgo. Un ejemplo sería el siguiente: “La mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social, que se convirtieron en destinatarios de los mensajes. Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública” (STS 52/2018, de 31 de enero, FJ 5). O este: “No intentaron evaluar el potencial de las declaraciones en cuestión para provocar consecuencias perjudiciales, teniendo debidamente en cuenta el contexto político y social contra el que se hicieron, y el alcance de su alcance” (STEDH Savva Terentyev c. Rusia).

⁵⁰⁶ STS 378/2017, de 25 de mayo, FJ 2.

⁵⁰⁷ Vid. STEDH Perinçek c. Suiza, 15 de octubre de 2015; STS 646/2018 de 14 diciembre.

- Por último, el discurso político, la sátira o el humor negro⁵⁰⁸, entre otros, podrán ser irritantes u ofensivos, si bien, no *per se*, llevan al elemento tendencial subjetivo y elemento objetivo de riesgo.

El riesgo requiere una valoración en serio de estos y otros elementos; en caso contrario, se produce una vulneración de la libertad de expresión.

2) En relación a la humillación de las víctimas, en concreto los actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Por lo tanto, se configura como una conducta distinta y perfiles definidos a las conductas de enaltecimiento⁵⁰⁹. Fue en la STS 656/2007 dónde se precisó una definición de humillación a las víctimas (anterior tipo). Se refiere a actos que entrañan descrédito (pérdida reputación), menosprecio (desdén) o humillación (herir la dignidad alguien). Por su parte, la jurisprudencia de la AN⁵¹⁰ ha perfilado los elementos del tipo. El elemento externo son las expresiones vejatorias, despreciativas o de descrédito. El elemento interno requiere un simple conocimiento del alcance de ese acto externo susceptible de atentar a la dignidad; y el elemento de trascendencia social será la difusión (no siempre se ha considerado la publicidad). En algunas ocasiones, sí que se ha exigido un dolo específico o un ánimo directo de desprestigiar a las víctimas y que las conductas sean especialmente perversas. Esta solución se decanta por actos del lenguaje que objetivamente supongan un desprecio manifiesto hacia la víctima. Parece que sería una solución razonable, pero la jurisprudencia ha sido cambiante, en este elemento tendencial.

Al igual que sucedía con el enaltecimiento, por incorporarse como manifestación del discurso del odio, los sometimientos a los límites para garantizar la legitimidad de la intervención penal requieren ser idénticos. Por tanto, se exige una valoración como cuestión previa a la aplicación del tipo penal. No tomarlo en serio, supondría una posible vulneración de los derechos fundamentales. Lo que obliga a realizar un análisis riguroso de las concretas circunstancias de este acto humillante, hostil o vejatorio⁵¹¹. Con el tenor literal de las palabras o manifestaciones no será suficiente, sino que se debe interpretar el

⁵⁰⁸ La propia Recomendación nº 15 de Política General relativa a la lucha contra el discurso de odio (Memorándum Explicativo excluye de forma explícita, la sátira como parte del discurso de odio.

⁵⁰⁹ STS 149/2007, de 26 febrero.

⁵¹⁰ Vid. SAN 4/2010, Sala de lo Penal, Sección 3ª, de 2 marzo de 2010; SSAN, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 21 de marzo de 2017, AAN145/2015 de 2 de julio.

⁵¹¹ Vid. STS 224/2010, de 3 de marzo.

sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, así como las circunstancias concurrentes.

La libertad de expresión comprende la libertad de crítica aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. Aparece como doctrina y jurisprudencia consolidada. De ahí que el ejercicio del humor negro sin otro ánimo deba excluir la tipicidad⁵¹². O lo trascendente que resulta una valoración de elementos como el transcurso del tiempo, la edad del acusado o la ausencia de riesgo de comisión de delitos. Esto último, principalmente se observa en los fundamentos del caso Cassandra⁵¹³.

En atención al animus *iniuriandi* de la intención perseguida, con anterioridad, la STC 39/2005, de 28 de febrero, ya había establecido que la dimensión constitucional requiere alterar el tradicional sentido otorgado al criterio subjetivo de este animus *iniuriandi* que permitía condenar por un delito de injurias. Fue puesto de relieve, en el caso Strawberry (STC 35/2020), reiterando que la intención es un elemento de referencia para ponderar si el acto comunicativo se realizó en el ejercicio legítimo de aquel derecho, e igualmente, pueden ser interpretado como productos de una intencionalidad crítica del discurso político -añadiríamos artístico-, lo que lleva a la conclusión de que sea insuficiente el criterio subjetivo de ese ánimo utilizado tradicionalmente por la jurisprudencia. En otros términos, si ya en el delito de injurias requiere un análisis riguroso, la tipología de delitos del discurso del odio también lo exigiría en su enjuiciamiento -incluso con una *mirada* más tolerante-.

El imperativo constitucional de tutela y respeto a la libertad de expresión determina que en la ponderación resulta necesario una distinción entre libertad de crítica y un ánimo claro de desprestigiar la dignidad de las víctimas. Quizás un punto a tener en cuenta, es que la corriente jurisprudencial del TS ha negado el elemento tendencial y concreción de riesgo en esta modalidad de humillación, siendo un delito de mera actividad (apto en el sentido de idoneidad para generar un riesgo). El contexto satírico es incompatible, ya que el mensaje, aunque ofenda resulta inidóneo debido a su propio contexto. A no ser que la

⁵¹² Vid. STS 820/2016, de 2 de noviembre de 2016.

⁵¹³ Vid. STS 95/2018, de 26 de febrero de 2018.

posición del autor con influencia o en un contexto de violencia o la reaparición de bandas terroristas permitan entender lo contrario.

CAPÍTULO 6:

LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

6.1. EL DISCURSO DEL ODIO COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

6.1.1. Teoría general de los límites a los derechos fundamentales.

6.1.2. Límites constitucionales: inmanentes y expresos.

6.1.3. Una acotación de los límites e incidencia a la libertad de expresión.

6.2. DISCURSO DEL ODIO A GRUPOS VULNERABLES.

6.1. EL DISCURSO DEL ODIO COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

6.1.1. Teoría general de los límites a los derechos fundamentales

Como apunta Häberle, los derechos fundamentales reflejan la relación sustancial de convergencia entre el individuo y la comunidad⁵¹⁴. Con ello, se produce una concurrencia entre intereses públicos y privados que justifica la limitación⁵¹⁵ de los derechos fundamentales. De hecho, la esencia de las normas jurídicas se encuentra en que deben garantizar ambas tutelas.

Una reserva de ley como medio para la limitación a los derechos fundamentales debe resultar legitimada por el interés individual y de la comunidad. Por ende, esa limitación debe ser beneficiosa a los titulares de los derechos fundamentales. Si pensamos en el Derecho Penal como instrumento y sus límites admisibles para los derechos fundamentales, se legitima su acción por operar en favor del individuo y de la comunidad. Además de ello, el Derecho Penal asegura una real operatividad de los valores de comportamiento, o lo que Welzel ha venido a llamar la función ético-social del Derecho Penal⁵¹⁶.

Sirva de ejemplo, como los contenidos y los límites de la libertad de expresión vengan determinados por leyes penales (u otras ramas de Derecho Público), sin que con ello sea visto como una intromisión en el contenido mínimo de los derechos fundamentales. En la mayoría de casos, percibimos que muchos límites a los derechos fundamentales vienen vinculados a la idea de moral, aunque no es la única, como veremos. De hecho, los derechos fundamentales se limitan, pero en interés de los sujetos titulares de los derechos (ya que contribuye a su desarrollo) y en interés de la comunidad (concepciones ético-sociales). En tal sentido, los límites impuestos a los derechos fundamentales atienden a la tutela de ambos intereses. En términos de Häberle, “el individuo resulta reenviado al ordenamiento de los valores ya existentes, el que corresponde también al supremo interés personal del sujeto afectado”⁵¹⁷.

⁵¹⁴ Häberle, P.: *La libertad fundamental en el estado constitucional*, PUCP, Lima, 1997, pp. 76-78.

⁵¹⁵ Nos referimos en el texto a límites de naturaleza jurídica, no a límites de hecho o materiales.

⁵¹⁶ “Desde este punto de vista, el Derecho Penal adquiere un elevado nivel de legitimación partiendo justamente de la idea misma de los derechos fundamentales... El Derecho Penal aparece entonces como la consecuencia misma de las libertades constitucionales”. En Häberle, P.: *op.cit.*, p. 80.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 83.

Desde otro orden de ideas, los derechos fundamentales se integran en un sistema unitario, son elementos constitutivos de la Constitución, relacionándose o condicionándose con otros bienes constitucionales. Por ello, la determinación de los límites y el contenido de los derechos fundamentales consiste en una relación o jerarquía de valores. Así, los conflictos que surjan entre los mismos se resuelven de modo generalizado por el principio de ponderación.

En la tesis que propone Häberle⁵¹⁸, los derechos fundamentales estarían sujetos a la reserva de los principios generales o valores que son los que tutelan bienes jurídicos con una validez *universal*, lo que llevaría a considerar que los posibles límites a los derechos fundamentales solo resultarían admisibles para tutelar bienes jurídicos de igual o superior jerarquía constitucional. Asimismo, este autor justifica el principio de equilibrio de los bienes como parámetro para determinar el contenido y límites de los derechos fundamentales por parte del legislador, con ello, la esfera de operatividad de los derechos fundamentales encuentra un fundamento. Esto es, “la reserva de principios generales parece ser la forma adecuada para caracterizar el equilibrio de los bienes, al cual se recurre ampliamente para determinar los límites de los derechos fundamentales”⁵¹⁹. La relación recíproca entre valores o principios y los derechos fundamentales conduciría a los límites. Lógicamente, deriva conceptualmente en un proceso no fácilmente comprensible. Se podría explicar del siguiente modo: los límites de los derechos se determinan con referencia a los bienes jurídicos tutelados y, a su vez, no se excluyen estos bienes jurídicos en tanto que ejerciten sus efectos sobre los derechos. En suma, una interpretación unitaria y sistemática del ordenamiento constitucional, como un conjunto de valores. Por poner un ejemplo, que nos viene al caso, la libertad de expresión resulta delimitada por el derecho fundamental al honor. No solo, sino que, al mismo tiempo, los principios de Derecho Penal conforme a nuestra Constitución configuran un límite general al legislador penal, en aras a la tutela de bienes jurídicos de rango superior.

En este principio de equilibrio, las reservas de ley específicas permiten tomar en consideración unos bienes jurídicos con un valor determinado en relación a los derechos fundamentales. Recordemos, la libertad de expresión se delimita para tutelar la dignidad personal (honor, propia imagen, etc). Coexisten en el Estado de Derecho, con una tutela

⁵¹⁸ Häberle, P.: *op.cit.*, p. 87.

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 88.

de bienes jurídicos distintos. La tutela por parte de la libertad de expresión requerirá ser delimitada para tutelar otros bienes jurídicos en esa confluencia entre derechos fundamentales. Algunos bienes jurídicos serán señalados con claridad por la Constitución, en cambio otros son opacos. Como no se halla una relación de supra o subordinación entre los bienes jurídicos concurrentes, se requiere algún tipo de equilibrio para que todos sean indispensables⁵²⁰.

Así, para Häberle, la reserva de los principios generales es inmanente a los derechos fundamentales. Esto es, de un lado, que “los límites esenciales admisibles, puestos a los derechos fundamentales, deben ser determinados mediante un equilibrio que tiene como punto de referencia el sistema objetivo de los valores de la Constitución” y, de otro lado, “son admisibles tan sólo limitaciones esenciales de los derechos fundamentales”⁵²¹. La idea que se expone conjuga el equilibrio de la tutela de bienes para una vida social en conjunto, sin obviar el carácter de norma constitucional. El legislador cuando concretiza los límites inmanentes de un derecho fundamental no relativizaría los mismos, sino que propondría una respuesta jurídica.

6.1.2. Límites constitucionales: inmanentes y expresos

Sucede, pues, que la categoría jurídica enraizada en la doctrina de Derecho Público alemana *Grundrecht*, se trasladó a los modelos constitucionales del entorno europeo. En este sentido, el constituyente español usó su traducción literal, derechos fundamentales, para incluir aquellos derechos inviolables que son inherentes a la dignidad de la persona (art. 10 CE).

No obstante, al contrario que la doctrina germana, se incluye en el texto constitucional español los términos: “derechos y libertades”, “derechos y deberes constitucionales”, “derechos y deberes de los ciudadanos”, “derechos fundamentales y libertades públicas”. Lo que nos lleva a albergar serias dudas sobre cuáles son o qué son realmente los derechos fundamentales. O, “si en rigor puede hablarse de los derechos fundamentales como si se tratase de una sola categoría jurídica en la que se concitan el

⁵²⁰ “La composición de los intereses perseguida con el equilibrio entre los bienes jurídicos y el postulado de la función coordinadora de la Constitución son dos aspectos que tornan inmotivado cualquier temor en cuanto a una relativización de los derechos fundamentales”. En Häberle, P.: *op.cit.*, p. 96.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 109.

resto, al modo germano; o, si por el contrario, o es más que una noción singular y propia de cierto tipo de derechos constitucionales”⁵²².

Siendo las cosas así, con arreglo a la terminología utilizada en la CE, la jurisprudencia del TC y la dogmática han optado por considerar a los derechos fundamentales de primera categoría a los de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero (arts. 15 a 29 inclusive) y sin realizar una distinción con las libertades públicas. Más aún, cuando este reducido grupo de derechos, cuenta con un específico régimen de garantías previstas constitucionalmente en los arts. 53.2 y 168.1 CE. Se observa, además, que la Constitución de forma literal titula como derecho fundamental a los indicados. Con todo, no deja de resultar insatisfactorio.

En capítulos previos, explicamos someramente algunos caracteres de la teoría general de los derechos fundamentales de calado descriptivo, pero, en este punto, resulta necesario e instrumental, para resolver los problemas, tratar a los mismos desde un punto de vista de su proyección. Con tal que nos depare soluciones para conocer, con un mínimo de detalle, los límites al ejercicio de la libertad de expresión como derecho fundamental. En esencia, una teoría que analiza los derechos fundamentales como permisos jurídicos de hacer o prohibiciones de poder y como poderes indisponibles al legislador. En definitiva, atender a la constitucionalización de las declaraciones de derechos en el sentido de precisar la libertad e igualdad⁵²³. Una teoría consustancial al modelo democrático constitucional, por sus exigencias políticas como por la garantía jurídica de un estatuto básico de igualdad y libertad. No entraremos en una valoración de si el estatuto básico, como elemento del principio democrático, está a disposición de un poder constituyente constituido -una reforma constitucional-, o en cambio, es un núcleo intangible. Dicho lo cual, resulta un tema apasionante.

La remisión a la ley de las condiciones de libertad e igualdad como valores esenciales de un sistema democrático, son parte del éxito del constitucionalismo liberal. Ya, con su constitucionalización, se reviste de una posición jerárquica superior o de

⁵²² Villaverde, I.: Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales. En *VVAA.: La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, Congreso de los Diputados-CEPC*, 2002, p. 318.

⁵²³ “Dicho de otro modo, el principio democrático sólo es jurídicamente posible si el Pueblo soberano ha garantizado las condiciones jurídicas que definen jurídicamente a la persona y al ciudadano y lo distinguen del súbdito”. En Villaverde, I.: *op.cit.*, p. 322.

sometimiento a la Constitución. Se dota a las declaraciones de derechos de rango constitucional⁵²⁴.

El adjetivo *fundamental* tiene que ver con diversas dimensiones: la primera de ellas, la posición en el ordenamiento jurídico como el estatuto básico de libertad e igualdad de la persona; la segunda, la vinculación positiva a todos los poderes públicos; y, la tercera, el legislador no dispone del contenido esencial del derecho fundamental, solo podrá ser un complemento para la concreción del contenido o límites. La ley podrá concretar el objeto o los límites previstos constitucionalmente, pero no alterar los mismos⁵²⁵. Es decir, no tendrá disponibilidad sobre lo que regulan ni el haz de facultades que se atribuyen a un titular para hacer valer su derecho. Ahora bien, los derechos fundamentales tendrán definidos su objeto y límites, aunque -como apunta Villaverde- “esa definición será sumamente abstracta y abierta y, por ello, requerirá un esfuerzo interpretativo”⁵²⁶. La labor del intérprete u operadores jurídicos será delimitar el contenido -garantías- y límites -conductas excluidas- del derecho fundamental. En consecuencia, el haz de facultades o las conductas excluidas de la garantía del derecho fundamental serán auténticos límites a ese derecho fundamental, si bien, requieren una labor interpretativa. Esa imposición de límites a las conductas inicialmente posibles según los términos constitucionales serían excepciones a su garantía. A modo de ejemplo, la expresión de opiniones *a priori* está incluida como garantía en la libertad de expresión, pero determinadas opiniones no estarán incluidas. A juicio de Villaverde, “lo que define a un límite de un derecho fundamental, sea cual sea su naturaleza, es la negación de garantía *iusfundamental* a una de las posibles conductas objeto del derecho fundamental”⁵²⁷. La imposición de esos límites a las garantías de ese derecho fundamental será posible en lo que expresamente o implícitamente disponga la Constitución⁵²⁸. De ahí, la trascendente operación interpretativa a la hora de concretar el objeto de un derecho fundamental, pues dependiendo de la misma, dispensará un comportamiento u otro. Se explica por Villaverde del siguiente modo: “La determinación externa de la

⁵²⁴ Junto a lo dicho, “son dos los aspectos esenciales a la categoría de derecho fundamental: por un lado, su configuración como un poder jurídico sobre la propia conducta o la de terceros, cuya función es el hacer valer jurisdiccionalmente... la segunda nota definitoria de la categoría, su fundamentalidad”. En Villaverde, I.: *op.cit.*, pp. 324-325.

⁵²⁵ “El sustancial carácter estático de la Constitución no puede ser sacrificado en nombre de una legislación necesariamente más dinámica que la Constitución misma”. En Häberle, P.: *op.cit.*, p. 100.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 332.

⁵²⁷ Villaverde, I.: *op.cit.*, p. 342.

⁵²⁸ “Sólo una habilitación constitucional expresa puede permitir la limitación de esa inicial autodeterminación individual”. En *ibidem*, p. 334.

conducta objeto de un derecho fundamental es una vulneración del derecho fundamental siempre que no esté constitucionalmente habilitada; en ese caso, si la determinación es constitucionalmente lícita, estamos ante un límite de la autodeterminación individual amparado por el derecho fundamental, por tanto, ante un límite del derecho fundamental”⁵²⁹.

Como una inicial aproximación al concepto de límites, se debe diferenciar del término delimitación. Para ello, utilizaremos la distinción que realiza Magdaleno Alegría. Este autor considera “que delimitar un derecho fundamental significa definir el derecho, determinar su ámbito constitucionalmente protegido y las facultades que lo integran... trazando sus límites internos”⁵³⁰. En relación a un concepto de límites, Aguiar de Luque los define con estas palabras: “En un sentido muy general y omnicomprendivo para aludir a toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos”⁵³¹. De parecido modo, Naranjo De la Cruz afirma: “Los límites de los derechos fundamentales, representan, pues, una entrada en el ámbito máximo de protección del derecho fundamental, esto es, en la delimitación”⁵³². Suponen una modulación que afecta a las facultades o garantías dentro del ámbito del derecho fundamental, esto es, *prima facie* gozaban de una garantía *iusfundamental* que decaerá por una limitación.

Dentro de este orden de ideas, en la coexistencia de derechos fundamentales y bienes constitucionales, igualmente resultará necesario unos límites al contenido de unos frente a los otros⁵³³, más bien, una delimitación de su ámbito tutelado. Se justifican en la necesidad de proteger o preservar a unos derechos o libertades a costa del sacrificio de otros⁵³⁴. Lógicamente, la igualdad de rango jurídico y el principio de unidad del sistema conllevarían a que esa coexistencia entre derechos fundamentales y otros bienes jurídicos

⁵²⁹ Villaverde, I.: *op.cit.*, p. 342.

⁵³⁰ Magdaleno Alegría, A.: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, p. 106.

⁵³¹ Aguiar De Luque, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº14, 1993, p. 10.

⁵³² Naranjo De la Cruz, R.: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, BOE-CEPC, Madrid, 2000, p. 72.

⁵³³ Según la autora, “los derechos fundamentales son derechos limitados o delimitados, limitables e incluso limitadores, ya que despliegan virtualidad limitadora respecto al ejercicio de otros derechos”. En Aba Catoira, A.: *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 117.

⁵³⁴ Vid. entre otras, STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7º; STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5º; y, STC 13/1985, de 31 de enero, FJ 2º.

protegidos por la Constitución, deriven en limitar el objeto de los mismos. Que sean limitables los derechos⁵³⁵ y libertades⁵³⁶ resulta una postura mayoritaria en la doctrina científica, así como en el TC desde sus inicios⁵³⁷.

Ya hace unos cuantos años, Aguiar De Luque consideró que esta cuestión debía plantearse desde la compatibilidad del establecimiento de unos límites a unas posiciones jurídicas subjetivas, que aparecen reconocidos al máximo rango normativo, a nivel constitucional, con la naturaleza jurídica propia y fuerza normativa de la Constitución⁵³⁸. Se trataría de una modulación en el ejercicio del derecho. En algunos casos, no entraña una restricción sino un condicionamiento externo. Por lo demás, la fundamentación constitucional a estos límites se origina dentro del propio sistema de la Constitución y no de cualquier ámbito del ordenamiento. Por ende, los límites se contienen en el texto constitucional, sea directa o indirectamente, conllevando que haya límites establecidos expresamente y límites implícitos.

El mismo Tribunal Constitucional, respecto al desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, ha consentido que la habilitación contenida en el art. 53.1 CE englobe tanto una determinación del contenido, como una limitación o restricción en alguno de sus elementos⁵³⁹. Para Aba Catoira, la actividad de configuración en esta función del legislador consiste en “elaborar el derecho dotando de contenido material a sus elementos, fijando las facultades que forman parte del mismo”, y “completar el régimen jurídico fijando las condiciones de su ejercicio o puesta en práctica donde se

⁵³⁵ No obstante, en algunos derechos como la vida o la integridad física, resulta espinosa una limitación.

⁵³⁶ “Los derechos individuales de libertad, en base a la existencia de unos límites ontológicos o esenciales que delimitan su ámbito de poder, no necesitan la intervención de los poderes públicos que se ha de limitar a respetarlos, salvo, cuando excepcionalmente sea necesario para la protección de los derechos de los demás”. En Aba Catoira, A.: *op.cit.*, p. 75.

⁵³⁷ Vid. entre otras, STC 2/1982, de 29 de enero; STC 110/1984, de 26 de noviembre; y STC 105/1990, de 6 de junio.

⁵³⁸ “La consagración constitucional de un derecho no es la mera formalización de unas presuntas facultades naturales del hombre, como tampoco representa una mera definición de un ámbito de *agere licere*, para lo que bastaría con una remisión genérica al principio general de libertad del ser humano, que en el caso de la Constitución española encuentra plasmación en los artículos 1.1 y 9.2; más allá de eso, la consagración constitucional de un derecho implica la inserción de esas posiciones subjetivas en la norma jurídica fundamental dotándola de unidad de sentido, lo que comporta unas consecuencias favorables a la plenitud de éstos (...) pero también los relativiza en la medida en que los incorpora al ordenamiento”. En Aguiar de Luque, L.: *op.cit.*, p. 12.

⁵³⁹ “Dado el valor central que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, toda restricción a los mismos ha de estar justificada. Como hemos visto anteriormente, a partir del art. 20.4 de la Constitución, y del art. 10.2 del Convenio de Roma, el legislador puede fijar restricciones o límites del derecho, entre otras finalidades, para la protección de la moral, dentro de la cual se comprende muy señaladamente -hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello- la protección de la juventud y de la infancia”. En STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3º.

incluye (...) la limitación o restricción de los mismos”⁵⁴⁰. Por ende, comprendería tanto el desarrollo como la regulación del derecho fundamental, en ese carácter de norma abierta, y en ocasiones, poco precisa. Incluso propiciando al legislador una amplia esfera de libertad o habilitación⁵⁴¹, permaneciendo a modo de garantía, y solo si resulta necesario, la adecuación constitucional por parte del TC⁵⁴².

Hasta este punto, se puede señalar que, la delimitación como tarea previa para conocer el contenido constitucionalmente protegido y regulable por parte del legislador no se produce como tal. De hecho, debería ser una tarea característica del constituyente, o al menos deseable. En realidad, sucede que el legislador habilitado de forma extensa y el Tribunal Constitucional como garante serán, en la práctica, los encargados de limitar los derechos y concretar los contenidos. Una delicada actividad, que conlleva que el contenido de los derechos, en ocasiones, se fije desde los límites y no desde la delimitación del texto constitucional. Al menos, parece interesante adentrarse en un análisis amplio sobre si el legislador constituido puede realizar la labor creadora en el campo de los derechos fundamentales, tal y como de hecho la realiza. Incluso si el legislador puede o no crear contenido del derecho o limitaciones de una interpretación inmanente. Solo lo dejamos anotado como reflexión.

Volvemos a reiterar que el carácter abierto de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de un desarrollo legislativo, eso sí, no con total discrecionalidad. Al legislador, sujeto a la Constitución, le corresponde regular o limitar las condiciones del ejercicio del derecho, discutible si de forma interpretadora o creadora, pero con una garantía: la cláusula del “contenido esencial”⁵⁴³. La intervención legislativa se producirá, pero con la garantía hacia los titulares del derecho público subjetivo. En esencia, el elemento interno o esencial del derecho, por el cual dejaría de ser lo que es, requiere ser protegido con todas las garantías disponibles. Si recordamos las pautas establecidas en la STC 11/1981, de 8 de abril, con énfasis en el fundamento jurídico octavo, el contenido esencial comprende los elementos mínimos que hacen al derecho reconocible, o lo que

⁵⁴⁰ Aba Catoira, A.: *op.cit.*, p. 181.

⁵⁴¹ Asimismo, nos parece acertada la opinión de que “el legislador, en la labor de delimitación del contenido de los derechos, no es ni mucho menos libre, sino que, por el contrario, está totalmente vinculado materialmente por el derecho fundamental que desarrolla, debe observar sus presupuestos vinculantes”. En Magdaleno Alegría, A.: *op.cit.*, p. 118.

⁵⁴² “De esta manera se evidencia el papel del Tribunal Constitucional como garante de derechos”. En *ibidem*, p. 182.

⁵⁴³ Límites de los límites, un reforzamiento de la constitucionalidad de los derechos fundamentales.

es lo mismo, debe conservar sus rasgos esenciales. La parte necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos lo sean efectivamente⁵⁴⁴.

A modo de aclaración, el contenido esencial (art. 53 CE) es una garantía jurídica de origen alemán (art. 19 Ley Fundamental Bonn), que sirve como criterio, al que se recurre para definir la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. Una delimitación mínima de los derechos fundamentales que, a través de una interpretación, evita las posibles colisiones con otros derechos o valores constitucionales y, que se relativice la norma constitucional en su limitación⁵⁴⁵. Por tanto, el contenido esencial son aquellas facultades o haz de facultades de actuación necesaria para que el derecho sea reconocible como tal, sino quedaría desnaturalizado. Se atiende a la naturaleza jurídica e interés jurídicos protegidos por ese derecho subjetivo. De ese modo, el principio de proporcionalidad se relaciona con el contenido esencial, pues la medida limitadora requiere un examen de adecuación⁵⁴⁶. Un cierto tránsito del estado legislativo al estado de justicia constitucional.

Otro punto interesante, será una clasificación de los límites, la doctrina suele diferenciarlos, por un lado, entre límites internos y límites externos; por otro, entre límites explícitos y límites implícitos. O la disyuntiva clásica, límites inmanentes y límites expresos.

Los límites explícitos o expresos son aquellos que el propio precepto constitucional que reconoce el derecho fundamental establece como tales, sean de forma directa como el art. 20.4 CE, o sean de forma indirecta. Operarían de forma inmediata, sin una necesaria intervención de desarrollo legislativo.

⁵⁴⁴ Parejo Alfonso parece que propone una doble metodología práctica: una, comparativa entre la naturaleza jurídica y la regulación; y otra, la vertiente externa que es el interés. En Parejo Alfonso, L.: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 3, 1981, pp. 169-190.

⁵⁴⁵ “En el caso de la concretización de los límites esenciales de los derechos fundamentales, a la esfera de libertad no se le sustrae nada de cuanto corresponda a su núcleo esencial”. En Häberle, P.: *op.cit.*, pp. 113-114.

⁵⁴⁶ “A la hora de evaluar si la constitucionalidad de un límite legislativo a los derechos fundamentales, el intérprete realice un juicio acerca de la justificación de tal límite o intromisión en el derecho fundamental”. En Martínez-Pujalte, A.L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Cuadernos y Debates CEC, Madrid, 1997, p. 21.

Los límites inmanentes de los derechos fundamentales⁵⁴⁷, se conceptúan como aquello que queda dentro del ámbito delimitado de ese derecho, está inseparablemente vinculada a sus características específicas. De una interpretación sistemática del texto constitucional⁵⁴⁸, se determinaría el contenido y límites de los derechos fundamentales para resolver el conflicto entre bienes constitucionales mediante la ponderación (inmanente). Al igual que respecto del contenido esencial por parte del legislador, se efectuaría a través del principio de ponderación (delimitación del derecho), el legislador concretaría los límites ya existentes. Los límites inmanentes permiten definir el contenido del derecho fundamental *ex post*⁵⁴⁹, tras las restricciones y supone la presencia de un rasgo característico del derecho. Si bien, la mayoría de límite inmanentes son tácitos, el art. 20.4 CE contiene un límite inmanente expreso, al referirse “en los preceptos de las leyes que los desarrollen”. Eso sí, los bienes o valores que sean susceptibles de limitar la libertad de expresión u otros derechos deben resultar de la propia Constitución.

La intervención limitadora de los derechos a la hora de reunir su justificación⁵⁵⁰ para la protección de otro derecho o bien, se concentra en el principio de proporcionalidad⁵⁵¹. Sería el medio para el fin de la medida limitadora⁵⁵². Según la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias este principio abarca tres subprincipios, que no entraremos a desarrollar, para no extralimitarnos del objeto de este trabajo. Son los

⁵⁴⁷ “Los límites inmanentes son considerados como límites que actúan desde el interior del derecho, que determinan su supuesto de hecho como elementos internos del propio derecho”. En Magdaleno Alegría, A.: *op.cit.*, p. 113.

⁵⁴⁸ “Dicho con otras palabras, los citados límites se derivan del reconocimiento del derecho fundamental dentro de un mismo texto normativo, con identidad de rango, que exige la necesidad de conciliar el disfrute y contenido de todos los preceptos constitucionales reconocidos en un único texto conjunto”. En *ibidem*, p. 239.

⁵⁴⁹ El autor apunta a prescindir de la referencia a la inmanencia, “la teoría de los límites inmanentes sólo logra ofrecer esta imagen de una Constitución sin aristas después, precisamente, de resolver los conflictos que se le presentan”. En Naranjo De la Cruz, R.: *op.cit.*, p. 97.

⁵⁵⁰ En atención al principio de proporcionalidad: “Finalmente, la unidad de la Constitución conduce de modo inexcusable a la necesidad de armonizar los diversos enunciados constitucionales y, consiguientemente, a modular el derecho sacrificado con el bien o valor en función del cual se limita; dicho en otros términos, la limitación de un derecho fundamental no tiene que ser solamente justificada, sino, además, proporcionada a la finalidad objetivamente perseguida por la norma limitadora”. En Aguiar de Luque, L.: *op.cit.*, p. 30.

⁵⁵¹ “El principio de proporcionalidad se presenta, pues, en nuestro ordenamiento, no como un derecho fundamental, sino como un criterio para controlar el alcance al mismo. A diferencia de los derechos fundamentales, el significado del principio no recae en el qué sino más bien en el cómo”. En Naranjo De la Cruz, R.: *op.cit.*, p. 99.

⁵⁵² Aunque “la aplicación del principio de proporcionalidad no constituya un procedimiento objetivo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador, sí cumple en la mayor medida posible, y en comparación con los criterios alternativos, las exigencias de racionalidad y de respeto de las competencias del Parlamento”. En Bernal Pulido, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, CEPC, Madrid, 2003, p. 805.

siguientes: el principio de adecuación, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Tal como reconoce Sánchez Ferriz⁵⁵³, las libertades públicas tienen fundamento efectivo en su regulación y características, junto a ello, el propio reconocimiento de límites en su ejercicio. Ello va en la línea de las posturas formuladas por De Otto, así, la delimitación del alcance de la protección que presta el derecho fundamental lleva a resolver los límites desde la cuestión de interpretación unitaria y sistemática de la CE sin ponderación alguna⁵⁵⁴. Como se ha podido observar, nos posicionamos en otras tesis.

En esa esencia de limitación general, al no existir derechos ilimitados ni absolutos, la libertad de expresión tendrá como límite al resto de derechos fundamentales. Lo que provoca una delimitación del objeto y contenido de la libertad de expresión. A saber, el límite será una acción jurídica que entraña una restricción o un condicionamiento externo de las facultades que, en cuanto derecho subjetivo, constituyen el contenido de la libertad de expresión. La fundamentación constitucional a los límites a la libertad de expresión tiene origen dentro del propio sistema de la Constitución, en esa idea de sistema unitario. Los límites se contienen en el texto constitucional, sea directa o indirectamente, conllevando que haya límites establecidos expresamente y límites implícitos.

Sucede pues que, dado el carácter abierto de norma constitucional de la libertad de expresión (art. 20 CE) y su conflicto con otros derechos, requiera un desarrollo legislativo. En atención a la habilitación del art. 53 CE refiere a que “solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”, por lo que se faculta la limitación o restricción.

Los límites constitucionales a la libertad de expresión⁵⁵⁵ serán los derechos de los demás, esto es, al hallarnos en una coexistencia de derechos fundamentales y bienes constitucionales de rango jurídico igual, se necesitará unos límites al contenido de la libertad de expresión frente al ejercicio de otros derechos. Una delimitación de su ámbito

⁵⁵³ “Más que límites, son elementos para la determinación del ámbito conceptual”. En Sánchez Ferriz, R.: *op.cit.*, p. 262.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 263.

⁵⁵⁵ A efectos recordatorios, la concepción dual de los derechos del art. 20, principalmente tras la STC 6/1988 que diferencia los derechos a la libre expresión e información. Puesto que la libertad de expresión del art. 20.1.a) CE tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, creencias y juicios de valor. En cambio, la libertad de información del art. 20.1.d) CE, el de comunicar y recibir libremente información sobre hechos que puedan considerarse noticiables.

tutelado. Se justificará en la necesidad de proteger o preservar el sistema de derechos fundamentales. En esencia, la igualdad de rango jurídico y el principio de unidad del sistema conllevarían a que la coexistencia de la libertad de expresión con derechos fundamentales y otros bienes jurídicos protegidos por la Constitución, deriven en limitar su objeto.

Los límites expresos e inmanentes constitucionales de la libertad de expresión se recogen con bastante precisión, en el apartado 4 del art. 20⁵⁵⁶. Se estipula: Los derechos y libertades reconocidos en este artículo “tienen su límite en el respeto de 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”. Por tanto, se pueden agrupar en cuatro bloques de límites, aunque perfectamente recogidos todos en el bloque “en los preceptos de las leyes que lo desarrollen”, puesto que el “respeto a los derechos reconocidos en el Título I” es inherente e inmanente a los límites, por lo tanto, redundante:

- El respeto a los derechos reconocidos en el “Título I. De los derechos y deberes fundamentales”.

- Las leyes que desarrollen los preceptos de aquellos derechos reconocidos en el apartado anterior. Un límite que hemos ido analizando en los apartados anteriores.

- El principal conflicto de la libertad de expresión con el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen.

- La protección de la juventud y de la infancia como otro conflicto con la libertad de expresión.

De acuerdo con Muñoz Arnau, “tiene límites explícitos muy amplios, a la vez que prohibiciones absolutas frente a la actividad delimitadora”⁵⁵⁷, nos referimos a que los derechos reconocidos en el art. 20 (libertad de expresión, libertad de información, libertad de cátedra, libertad artística, científica y técnica) no podrán restringirse mediante una censura previa. O que, para el secuestro de publicaciones y otros medios de información, se exige una resolución judicial.

⁵⁵⁶ Son límites expresos pero externos.

⁵⁵⁷ Muñoz Arnau, J.A.: *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 112.

Por otra parte, la previsión del art.10.2 CE nos obliga a tener presente el contenido de las Declaraciones Internacionales de Derechos y la jurisprudencia del TEDH, como criterio interpretativo de los derechos fundamentales constitucionalizados respecto a los límites. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo deben recurrir a las sentencias del TEDH y a las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos a modo de criterios interpretativos, que permiten analizar los límites a la libertad de expresión como los conflictos que se produzcan con otros derechos fundamentales.

Sin duda, resultan significativos, por su especial trascendencia, el CEDH, y, en consecuencia, la jurisprudencia del TEDH, pues traen consigo un catálogo amplio de limitaciones a los derechos fundamentales. Sucede, pues, que entre su articulado ya se establecen determinados límites a algunos derechos⁵⁵⁸. Entre otros, subrayamos los que consideramos más relevantes:

- a) Los límites en pro al interés de la moralidad, orden público o seguridad nacional o protección de la vida privada de las partes en el proceso equitativo, del art.6 CEDH.
- b) Los límites a principios generales de los Estados parte, en las condenas previstas por ley, del art. 7 CEDH.
- c) Los límites para la seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico, protección de salud, prevención de delitos en el derecho al respeto a la vida familiar y privada, del art. 8 CEDH.
- d) Los límites para la seguridad pública, protección del orden, salud o moral pública respecto la libertad de conciencia y religión, del art. 9 CEDH.
- e) Los límites que constituyan medidas necesarias para la seguridad nacional o pública o la defensa del orden, prevención del delito o protección de la salud en la libertad de reunión y asociación, del art. 11 CEDH.
- f) Los límites que constituyan medidas necesarias para la seguridad nacional o mantenimiento del orden público, o la prevención del delito respecto al art. 2, del Protocolo núm. 4, la libertad de circulación.

⁵⁵⁸ El CEDH “ha utilizado la técnica de introducir límites específicos a cada uno de los derechos fundamentales junto a las cláusulas generales”. En Muñoz Arnau, J.A.: *op.cit.*, p. 62.

Por último, el que requiere específicamente nuestra atención. Nos referimos a los límites a la libertad de expresión del art. 10 CEDH, a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la defensa de 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 los derechos ajenos, o la divulgación de información confidencial. Literalmente, esta es la redacción del art.10.2 del CEDH: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

De inicio, ya se estipulan límites expresos al ejercicio del derecho, esto es, someterse a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones. Además de llamar la atención a una responsabilidad en torno al valor de la opinión pública libre. A modo de agruparlos, serían ocho bloques de límites o cláusulas limitadoras:

- La seguridad nacional.
- La integridad territorial.
- La seguridad pública.
- La defensa del orden y la prevención del delito.
- La protección de la salud.
- La protección de la moral.
- La protección de los derechos ajenos, en especial, la reputación.
- La imposibilidad de divulgar informaciones confidenciales.

Por consiguiente, el TEDH, caso a caso, valora si las medidas limitadoras anteriores cumplen las exigencias del CEDH. En esencia, que los límites han de constituir medidas necesarias para un fin legítimo. Con ello, ya se enumeran determinados

requisitos en relación a las medidas limitadoras. Es decir, las medidas deben ser prevista por la ley, además, necesarias en una sociedad democrática y siempre para alcanzar un fin legítimo. Se observa que se exige, al TEDH, una labor interpretativa o valorativa en el cumplimiento de esos requisitos. Esto es, “que las limitaciones sean impuestas por ley; que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para conseguir un fin legítimo y que las limitaciones sean proporcionadas en relación con el fin legítimo que se pretenda alcanzar”⁵⁵⁹.

Entre estos fines legítimos necesarios, concretamente en la idea ambivalente de si la medida resulta necesaria, en la mayoría de ocasiones se trata de demostrar la adecuación al fin legítimo, mediante la necesidad de preservación por un ejercicio limitativo al derecho. Se acude, por tanto, a un análisis de la necesidad de preservación, que no es otra cosa que los límites establecidos a los derechos por el propio CEDH (nuestro caso, la libertad de expresión del art. 10), como son: proteger el orden o la seguridad nacional o pública, proteger otros derechos y libertades, la protección de la salud, etc. En resumen, la protección de otros bienes, intereses o valores jurídicos esenciales a toda democracia. La cuestión más discutible o con que ofrece mayor complejidad jurídica es el límite de la moral. Al hilo de ello, Muñoz Arnau⁵⁶⁰ considera que la moral puede ser reconocida como límite siempre que se preste atención a estas breves consideraciones: de inicio, resultará imposible un concepto uniforme de moral válido para todos los países. Lo que implica que las autoridades nacionales tengan un amplio margen de apreciación para determinar los casos donde limitar o no, no obstante, no en modo absoluto. En suma, se exige la proporcionalidad de esa medida limitadora en una sociedad democrática y de modo objetivo con la protección de otros bienes jurídicos igualmente esenciales, en este caso la moral de las personas.

De la misma forma, la opinión pública libre en el tratamiento interpretativo que la jurisprudencia del TEDH ha producido sobre la libertad de expresión, ha derivado en un límite preferente ante el conflicto con otros derechos. La afirmación reiterada desde el caso *Handyside*⁵⁶¹, de que la “libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el

⁵⁵⁹ Muñoz Arnau, J.A.: *op.cit.*, p. 63

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 79.

⁵⁶¹ “El artículo 10.2 no atribuye, sin embargo, a los Estados Contratantes un poder ilimitado de apreciación”. En *STEDH Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976.

desarrollo de los hombres”, ha conducido a considerar la libertad de expresión un valor preferente. Por tanto, un límite muy importante al derecho al honor.

El planteamiento de que el límite sea necesario en una sociedad democrática supone un enjuiciamiento complicado (incluso con matiz subjetivo en cierto punto), ya que “en unos casos, la injerencia es desautorizada por desproporcionada, al sacrificar un derecho que no perjudica el normal funcionamiento de la sociedad; al contrario, es la sociedad democrática la que sufre con tal limitación”⁵⁶².

A modo de ejemplo, de ahí que analicemos en relación a la posible o no vulneración de la libertad de expresión, aquellas expresiones que no animen a un desorden o inciten directamente a la violencia. Pues, formalmente -por desproporcionadas- impedirían que se adoptasen medidas restrictivas o limitadoras⁵⁶³. Recuérdese, en el caso *Castells c. España*⁵⁶⁴, al señalar, en sus fundamentos, que la defensa del orden no justificaba como fin legitimador esa injerencia a la libertad de expresión; pues existía un ámbito de crítica amplio. Sin embargo, de manera opuesta, se ha considerado que la protección de la moral son razones adecuadas que permite imponer límites a la libertad de expresión, mediante restricciones legales⁵⁶⁵.

Ciertamente, no se puede negar, que los Estados tienen un margen de apreciación sobre esa oportunidad y su proporcionalidad de las medidas limitadoras a los derechos fundamentales. Pero no olvidemos que una de las misiones del TEDH es salvaguardar la protección del derecho fundamental, máxime si hablamos de uno preferente, como es la libertad de expresión. En efecto, giraría en torno a un equilibrio entre derecho e intereses sociales, “según la idea de sociedad democrática”⁵⁶⁶.

En último lugar, el art. 17 del CEDH contiene la prohibición del abuso de derecho: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”. Se ha recurrido al mismo en numerosas

⁵⁶² Muñoz Arnau, J.A.: *op.cit.*, p. 64.

⁵⁶³ Vid. entre otras, STEDH *Piermont c. Francia*, 27 de abril de 1995.

⁵⁶⁴ Vid. STEDH *Castells c. España*, 23 de abril de 1992.

⁵⁶⁵ Vid. STEDH *Müller y otros c. Suiza* de 24 de mayo de 1988.

⁵⁶⁶ Muñoz Arnau, J.A.: *op.cit.*, p.73.

demandas ante el TEDH, en el sentido de una limitación muy amplia de la libertad de expresión. En último término, Muñoz Arnau⁵⁶⁷ menciona la necesidad de atender a límites sociológicos de los derechos fundamentales que son relativos a la cultura de los derechos fundamentales.

En vista a lo anterior, podemos hacernos la siguiente pregunta: *¿el discurso de odio es un límite tasado en la Constitución al ejercicio de la libertad de expresión?*

- Como ya sabemos, el discurso de odio no aparece expresamente como tal en el art. 20.4 CE. Dicho esto, el discurso de odio lo definimos en otro punto, como aquellas conductas expresivas que contienen humillación y desprecio hacia los grupos diana e incitan a la violencia. Por un lado, el odio intolerante agrupado en el derecho discriminatorio que sanciona la estigmatización o amenaza de la difamación racial, homófoba, etc. (ataque a las minorías). Por otro lado, castiga aquellas conductas de incitación pública a la violencia o al odio -dirigida principalmente a colectivos-; así como la apología o negación flagrante de los crímenes de genocidio o contra la humanidad. Por más que no aparezca literalmente este término, la incitación a la violencia y al odio, hace una referencia consustancial al respeto a los derechos reconocidos en el Título I. En relación a la dignidad de la persona junto al respeto de los derechos de los demás y la paz social (art. 10 CE. Además de, la no discriminación del art. 14 CE; o, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen del art. 18 CE. Este último, además, es un límite recogido en el art. 20. 4 CE, como clásico conflicto de derechos. En consonancia a ese respeto de los derechos reconocidos, de forma primordial al art. 10, art. 14 y art. 18, las leyes que desarrollen los preceptos son límites al ejercicio de la libertad de expresión. Es por ello que la legislación penal, civil y administrativa-sancionadora, como derecho material, recogen distintos y variados límites al ejercicio de la libertad de expresión. En aras a que no hay derechos absolutos, se fundamenta constitucionalmente los límites al ejercicio de la libertad de expresión, pese su valor esencial para el correcto funcionamiento del sistema democrático. Siendo una acción jurídica que condicione externamente las facultades del contenido de la libertad de expresión, o una delimitación del ámbito tutelado. En la práctica, la labor del legislador será delimitadora, y la del juzgador más limitadora.

⁵⁶⁷ Muñoz Arnau, J.A.: *op.cit.*, pp. 194-195.

- Del mismo modo, “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2 CE). Por ello, en esa tutela multinivel de la libertad de expresión interpretada vía art. 10.2 CEDH, se concretan límites expresos al ejercicio del derecho. Incluso, va un paso más allá, dado que considera los límites como un sometimiento a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones. Recoge, así, varias cláusulas limitadoras. ¿Cuál de ellas se ajustaría al discurso de odio? Curiosamente, prácticamente todos se podrían ajustar a la cualidad de un discurso de odio como causa a una cláusula limitadora. Tanto la seguridad nacional o pública; la defensa del orden y la prevención del delito; la protección de la moral; la protección de los derechos ajenos; la reputación. Por ello, como recurso final, el TEDH evalúa si las medidas limitadoras anteriores cumplen las exigencias del CEDH en relación a la libertad de expresión. Es decir, que el límite juzgado o asimilado como discurso de odio, debe constituir una medida necesaria para un fin legítimo. De tal suerte que se cumpla con determinados requisitos en relación a las medidas limitadoras. Así, pues, las medidas deben ser prevista por la ley; necesarias en una sociedad democrática y siempre con el objetivo de alcanzar un fin legítimo. El TEDH efectúa una labor interpretativa o valorativa en el cumplimiento de esos requisitos. Ese discurso de odio limita al ejercicio de un derecho fundamental si estaba impuesto por una ley, y, además, constituía una medida necesaria para conseguir un fin legítimo. Por ello, será acorde constitucional y convencionalmente. Sin olvidarnos de que ese sometimiento a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones de la libertad de expresión, sea proporcionado.

6.1.3. Una acotación de los límites e incidencia a la libertad de expresión

A continuación, se subrayan algunos aspectos relevantes respecto a la incidencia del discurso de odio sobre la libertad de expresión, y se recapitulan varios aspectos previos. Aseveramos que al igual que sucedía con el art. 10 CEDH, la Constitución española en su art. 20 establece unos límites expresos e inmanentes a la libertad de expresión. Al mismo tiempo, hay límites implícitos en la Constitución para preservar otros bienes o derechos constitucionales.

De inicio, hay que recordar la dificultad que surge a la hora del establecimiento de límites constitucionales a los derechos fundamentales. Máxime si nos referimos a la

libertad de expresión. De modo accesorio, aunque importante, la CE no contiene una cláusula expresa de intangibilidad que altere la concepción de derechos fundamentales basada en la dignidad humana del art.10.1 CE. No obstante, se puso de relieve como el proyecto de un Estado democrático constitucional constituye un “límite material implícito a la reforma, a no ser que se reduzca el contenido del concepto de democracia a una pura técnica formal para la adopción de decisiones”⁵⁶⁸. Por eso, en línea a la tesis expuesta hace años por De Vega, cualquier acción de reforma constitucional se ve limitada por el sistema de valores principal⁵⁶⁹. Con ello, los derechos inviolables inherentes a la dignidad constituirían un límite implícito a una posible reforma constitucional.

Por otra parte, la siguiente garantía frente a las limitaciones al ejercicio del derecho sería el contenido esencial. Parece obligada una relectura de la STC 11/1981 de 8 de abril, pues la misma ofrece razonamientos que determinan qué es el contenido esencial de los derechos fundamental. Y, sobre todo, cómo se ofrece como garantía frente a las limitaciones. De ese modo, constituye contenido esencial aquellas facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible, sin que ello permita una desnaturalización. El núcleo duro, esto es, una convicción generalizada de lo que en cada momento se observa como esencial del referido derecho. En términos de Magdaleno Alegría, “el contenido de los derechos fundamentales se podría definir como el sector de la realidad formado por el conjunto de facultades y poderes directamente relacionados con el interés individual...que da vida a cada derecho fundamental”⁵⁷⁰. Sin que resulte algo estable o fijo, sino más bien provisional. Importante, que ese contenido esencial debe ser respetado por el legislador, en virtud del art. 53.1 CE. Cabe poner el foco, en que “su virtualidad debe estar presente también en el momento de aplicación por el juez o los poderes públicos a quienes en cada caso corresponda, si bien la realidad concreta a la que el derecho debe ser aplicado pondrá a prueba la esencialidad del contenido al enfrentarse a otras situaciones objetivas amparados por otros derechos, bienes o valores reconocidos constitucionalmente”⁵⁷¹.

Ahora bien, esa interpretación de contenido esencial a modo de reserva de configuración legal y aplicabilidad jurídica, restringe considerablemente el alcance de

⁵⁶⁸ Muñoz Arnau, J.A.: *op.cit.*, p. 88.

⁵⁶⁹ Del mismo modo, “no cabe cuestionar la idea misma que de ellos mantiene la Constitución ni su fundamento, la dignidad humana”. En *ibidem*, p. 90.

⁵⁷⁰ Magdaleno Alegría, A.: *op.cit.*, p. 105.

⁵⁷¹ Muñoz Arnau, J.A.: *op.cit.*, p. 92.

cualquier norma limitadora que actué sobre los derechos. De ese modo, cualquier regulación legal que actúe contra el contenido esencial de la libertad de expresión debe ser interpretada con criterios suficientemente restrictivos, es decir, en un sentido favorable a la eficacia del haz de facultades que atribuye la libertad de expresión. Lo que conlleva atender, necesariamente, al principio de proporcionalidad.

Para conocer cómo actúan las limitaciones, se debe precisar⁵⁷² el contenido de la libertad de expresión. Una aproximación al ámbito constitucionalmente protegido y las facultades que lo integran. Encerraría, por tanto, una limitación interna de las facultades que comprende⁵⁷³.

En otro sentido, los conflictos entre derechos son inevitables, pues el ejercicio de un derecho puede lesionar o poner en peligro a otro derecho. En consonancia a ello, los límites inmanentes vendrán a solucionar la inexistencia de una norma constitucional que faculte al legislador para una intervención en los derechos. Como expresa Magdaleno, “los límites inmanentes son considerados como límites que actúan desde el interior del derecho, que determinan su supuesto de hecho como elementos internos del propio derecho”⁵⁷⁴. Cuando el legislador imponga una restricción a la libertad de expresión, no establecerá un límite externo, sino que reconoce la situación de hecho. Es decir, no se crea un límite “sino que es una exteriorización o expresión de un límite inmanente ya contenido en la Constitución”⁵⁷⁵. Dicho lo anterior, debemos afirmar que el art. 53.1 CE habilita al legislador en esa intervención en la regulación (desarrollo) de la libertad de expresión y su limitación, con carácter general en el respeto de su contenido esencial⁵⁷⁶; incluso existen límites concretos en su apartado cuarto.

En suma, la libertad de expresión se delimitará internamente y se limitará externamente con el objeto de restringir sus facultades para compatibilizar con la protección de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos. Y su control de

⁵⁷² “La delimitación de un derecho permite afirmar si una determinada conducta está o no amparada por un derecho fundamental”. En Magdaleno Alegría, A.: *op.cit.*, p. 108.

⁵⁷³ “Los límites internos se derivan de la propia naturaleza del derecho, provienen de la conceptualización del contenido del derecho y actúan desde dentro del derecho”. En *ibidem*, p. 107

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 113.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 113. Del mismo modo. En Aba Catoira, A.: *op.cit.*, p. 142.

⁵⁷⁶ “La intervención del legislador en la delimitación de los derechos fundamentales no se contradice con que la Constitución sea directamente aplicable sin necesidad de mediación del legislador ordinario”. En *ibidem*, p. 118.

constitucionalidad se llevará a cabo, principalmente por el principio de proporcionalidad⁵⁷⁷.

El contenido de la libertad de expresión se establece, inicialmente, desde la propia definición constitucional y, con posterioridad, con el resto de los derechos fundamentales y bienes constitucionales. Una vez se conoce el contenido inicial protegido de la libertad de expresión, se toma en consideración los límites que restringen desde el exterior ese haz de facultades reconocidas⁵⁷⁸. Para ello, se realizará una interpretación armonizadora con el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia constitucional y del TEDH. Si bien, en muchos casos, se requiere una concreción legislativa del haz de facultades.

¿Qué se reconoce y protege en la definición constitucional del art. 20.1.a) de la Constitución? Se reconoce la expresión y difusión libre de ideas de la persona (aquí se incluirían las ideas políticas⁵⁷⁹); los sentimientos y emociones; las opiniones y los juicios de valor a partir de premisas ideológicas o emotivas. No se exige la veracidad de los contenidos expresivos en la comunicación. En un sistema democrático, la expresión se debate en condiciones de igualdad en el libre mercado de las ideas⁵⁸⁰, sin una verdad absoluta. Cabe reiterar que se ampara mediante la transmisión mediante la palabra, escrito, símbolo o por cualquier otro medio de reproducción.

Tal como explicamos, los límites expresos⁵⁸¹ se infieren explícitamente de la propia Constitución, sean directos o indirectos. En cambio, los límites inmanentes, derivan de la protección de los derechos y bienes constitucionales reconocidos, como exigencia del principio de unidad constitucional. En este caso, son la mayoría tácitos. Aunque curiosamente, en el art. 20.4 CE aparece expresamente cuando establece que tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I y en los preceptos de las leyes que lo desarrollen. Reproduce la posibilidad de limitar la libertad de expresión para la protección de otros derechos y bienes reconocidos. La cuestión se complica,

⁵⁷⁷ “Que exige que la restricción del espacio de delimitación del derecho sea adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto”. En Naranjo de la Cruz, R.: *op.cit.*, p. 325.

⁵⁷⁸ “La primera delimitación de un derecho fundamental y el trazado de sus límites internos, evidentemente la realiza el propio Texto Fundamental”. En *ibidem*, p. 119.

⁵⁷⁹ “El Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias ha hecho referencia a una clase de opinión, la crítica política, que supone la subsunción de una actuación política en una ideología”. En *ibidem*, p. 123.

⁵⁸⁰ Se asume la teoría de la dimensión institucional de los derechos fundamentales.

⁵⁸¹ “Se trata de limitaciones que operan de modo inmediato, lo que significa que no es necesaria la intervención del legislador para su aplicación”. En Magdaleno Alegría, A.: *op.cit.*, p. 239.

cuándo no todos los bienes constitucionales aparecen expresamente citados⁵⁸², si bien, sí que derivan del Texto Fundamental⁵⁸³.

Todo ello sin olvidar que la fuerza expansiva de la libertad de expresión como derecho fundamental, restringe el alcance de las normas limitadoras que actúen sobre la misma. De ahí la exigencia mantenida por el TC y TEDH de que sus límites hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y con un sentido favorable a su eficacia.

Sin entrar ahora en la distinción entre regulación y desarrollo, existe una exigencia de regulación mediante ley orgánica de los límites y posible suspensión de los derechos fundamentales reconocidos en la Sección 1º del Capítulo II del Título I. El constituyente, a través del art. 81.1 CE concretó que tipo de norma con fuerza de ley era la idónea⁵⁸⁴ para la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas. A la hora de la verdad, la exigencia principal material es el respeto del contenido esencial (53.1 CE).

En línea a ello, el Derecho penal opera con la finalidad de favorecer el ejercicio de derechos y, al mismo tiempo, los limita. El sistema constitucional español a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn, establece una habilitación específica al legislador para que posibilite ciertas limitaciones. Ya que el art. 53 CE estipula la posibilidad de regular y limitar los derechos fundamentales, con una potestad respecto al legislador, que respete el contenido esencial del derecho.

Se ha destacado la diferencia entre delimitación y limitación, con una breve explicación. La delimitación de un derecho fundamental define el ámbito constitucionalmente protegido y las facultades que lo integran⁵⁸⁵. Por su parte, los preceptos constitucionales por naturaleza son abiertos e incompletos, “lo que implica que la labor del legislador delimitadora del derecho fundamental solo puede limitarse a descifrar, especificar o precisar los poderes y facultades”⁵⁸⁶ que constituirán el contenido del derecho. Esto es, se hace imprescindible una concreción legislativa, donde delimitará

⁵⁸² Naranjo De la Cruz, R.: *op.cit.*, p. 83.

⁵⁸³ “Dicho con otras palabras, la limitación de los derechos fundamentales tiene que estar objetivamente justificada en la armonización de los derechos fundamentales y de estos con los bienes o valores constitucionales”. En *ibidem*, p. 247.

⁵⁸⁴ Curiosamente, Muñoz afirma que “lo que da estabilidad a una norma no son los requisitos de mayorías cualificadas necesarias para su aprobación sino la conciencia de su importancia y el consenso sobre su contenido”. En Muñoz Arnau, J.A.: *op.cit.*, p. 101.

⁵⁸⁵ “Es la definición del contenido de los derechos fundamentales que lleva a cabo en primera instancia el propio Texto Fundamental trazando sus límites internos”. En Magdaleno Alegría, A.: *op.cit.*, p. 106.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 117.

el haz de facultades que contiene, en este caso respecto a la libertad de expresión. Como último recurso, el TC realizará una interpretación cuando enjuicia la constitucionalidad con motivo de un recurso de amparo o sobre la intervención legislativa respecto al art. 20 CE. De la misma forma que una interpretación realizada por el TEDH sobre el art. 10 CEDH. Como ejemplo de esta delimitación respecto el art. 20.1 CE, se produciría cuando el TC ha razonado que se incluye en su contenido (límites internos) las creencias y juicios de valor que por su naturaleza no se someten a una demostración de exactitud. A consideración de Magdaleno Alegría, las opiniones y juicios de valor es una categoría “integrada por las valoraciones sobre hechos concretos a partir de las premisas ideológicas y emotivas de cada persona”⁵⁸⁷. Mediante ello, permitiría una justificación sobre que formas expresivas quedan o no amparadas por la libertad de expresión. Esta “inexistencia del límite interno de la veracidad en la libertad de expresión es totalmente coherente con la forma de Estado social y democrático de Derecho, y, por ende, con la libre formación de una opinión pública libre”⁵⁸⁸. En suma, en una labor delimitadora de la libertad de expresión, se incluiría en el contenido protegido, la formación de opinión pública, asumiendo la teoría institucional de los derechos fundamentales.

En sentido contrario, la limitación condiciona el ejercicio del derecho, “restringen las conductas que aun siendo en principio propias de la definición del derecho, deben sufrir excepciones para preservar otros bienes y derechos también constitucionalmente reconocidos”⁵⁸⁹. En términos de Magdaleno Alegría, “los derechos fundamentales se encuentran delimitados internamente y limitados externamente”⁵⁹⁰.

Cabe considerar, por otra parte, la existencia de distintos tipos de límites respecto a los derechos fundamentales. Por una parte, la distinción entre límites internos, que la propia definición del texto constitucional constriñe⁵⁹¹; y límites externos, que se establecen en colisión con otros derechos. Estos últimos derivan del ejercicio de los derechos y libertades en las relaciones intersubjetivas insertas en el marco social.

⁵⁸⁷ Magdaleno Alegría, A.: *op.cit.*, p. 123.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 124.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 107.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 114.

⁵⁹¹ “Los límites internos se derivan de la propia naturaleza del derecho, provienen de la conceptualización del contenido del derecho y actúan desde dentro del derecho”. En *ibidem*, p. 107.

Otra distinción más clásica para la dogmática es la que refiere a los límites específicos establecidos constitucionalmente⁵⁹² y los límites no específicos constitucionalmente. Del mismo modo que la clasificación citada, entre los límites expresos⁵⁹³ y los límites implícitos o inmanentes⁵⁹⁴. Se considera que los inmanentes derivan de la necesidad de proteger los derechos, bienes y valores de los demás reconocidos constitucionalmente. En concreto, los más visible en la libertad de expresión serían tanto el art. 20.4 CE, el respecto a los derechos reconocidos en el Título I y los preceptos de las leyes que lo desarrollen, como la protección del orden público o la paz social, que limitan esas libertades.

Los derechos reconocidos en el art. 20 CE tienen límites explícitos/expresos en su apartado cuarto, y a la vez la prohibición frente a la actividad delimitadora en su apartado segundo –censura previa-. En su apartado cuarto, contiene la relación detallada de estos límites: en el respecto a los derechos reconocidos en este Título; en los preceptos de las leyes que lo desarrollen; en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen; y en la protección de la juventud y de la infancia.

El primer límite expreso, “en el respecto a los derechos reconocidos en este Título”, también inmanente, quizás resulta innecesario citarlo. Ya que se produce a consecuencia de que otros derechos son igualmente fundamentales. El reconocimiento en el Texto Constitucional en el mismo plano jurídico, y al ser todos los ciudadanos titulares de los mismos, deriva ineludible que, en ocasiones -ante un conflicto-, se lesiona el derecho de otro. Ahora bien, el carácter trascendental de la libertad de expresión no conllevará siempre el sacrificio del resto de derechos fundamentales, “su debida protección es también una exigencia de la sociedad democrática”⁵⁹⁵. En cierta medida, se impone una proyección sistémica y no jerárquica.

Para simplificar el estudio de los límites a la libertad de expresión, nos acogemos a la perspectiva que presenta el profesor Magdaleno Alegría⁵⁹⁶. La perspectiva se utilizará

⁵⁹² “El contenido esencial del derecho y alcance de los límites no se encuentra siempre indicada en el texto constitucional y necesita ser fijada por medio de la ley o por la jurisprudencia constitucional”. En Muñoz Arnau, J.A.: *op.cit.*, p. 109.

⁵⁹³ Sean directos o indirectos.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 238.

⁵⁹⁵ Muñoz Arnau, J.A.: *op.cit.*, p. 113.

⁵⁹⁶ Una triple perspectiva: en primer lugar, “buena teoría general”; en segundo lugar, “jurisprudencia del TEDH”; y, en tercer lugar, “la dimensión institucional de las libertades de expresión e información”. En Magdaleno Alegría, A.: *op.cit.*, p. 290.

en la metodología. El abordaje de una teoría general de los derechos fundamentales para su aplicación; la atención al CEDH y CE para la interpretación acorde de las limitaciones; y la dimensión institucional de la libertad de expresión coherente con el Estado social y democrático de Derecho. En aras a un examen de los límites, de inicio, se delimita el derecho o el bien susceptible de limitar el ejercicio de la libertad de expresión; posteriormente, se determinan las circunstancias de cómo se plantea el conflicto (compatibilidad o colisión); y, finalmente, se analizan los criterios de ponderación para la resolución del conflicto.

A la vista de esa perspectiva y metodología, el conflicto más común con la libertad de expresión, que se deriva de la existencia de derechos y bienes en el mismo plano (además era un límite explícito), sería con el derecho al honor. En consecuencia, la labor principal del juez será establecer una ponderación acorde al contexto, a la hora de resolver. El derecho al honor que explicamos en otro apartado, tiene un doble significado, el objetivo que se equipara con la reputación o buena fama; y el subjetivo, la voluntad del sujeto de afirmar su valor. La subjetiva lógicamente tendría muchos problemas de aplicación práctica⁵⁹⁷. Una fórmula idónea será vincular el honor a la dignidad de la persona, esto es, a ser respetado por los demás, si bien será relativa a la conducta del sujeto a sus deberes ético-sociales y las concepciones sociales imperantes en el momento⁵⁹⁸.

El legislador ha desarrollado el límite del derecho al honor establecido en el art. 20.4 CE, tanto en la legislación civil⁵⁹⁹ como en la legislación penal⁶⁰⁰. Como vimos, era un límite explícito, por lo que, en principio no necesita ser objeto de desarrollo para su aplicabilidad. Dicho esto, el legislador de forma declarativa, puede concretar o realizar una *ponderación legislativa* siempre que respete el contenido esencial y la proporcionalidad con otros derechos.

⁵⁹⁷ “La posición especificada ha sido criticada porque la consideración que tenga un sujeto de sí mismo es un criterio excesivamente subjetivo, depende de la personalidad del individuo”. En *ibidem*, p. 294.

⁵⁹⁸ Para un mayor estudio, vid. Vidal Marín, T.: *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, Madrid, 2001. Del mismo modo, vid. Herrero-Tejedor Algar, F.; Jiménez de Parga y Cabrera, M.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, A Coruña, 1990.

⁵⁹⁹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, *BOE*, núm. 115, de 14/05/1982.

⁶⁰⁰ Título XI. Delitos contra el honor. En Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE*, núm. 281, de 24/11/1995. También podrían incluirse los relativos al discurso del odio, arts. 510 y 578 CP, del mismo modo que agruparlos en límites derivados de la defensa del Estado democrático o protección de la paz social.

Es conveniente recordar que la jurisprudencia del TC y del TEDH establecen una serie de requisitos respecto a las medidas limitadoras de derechos fundamentales. Entre ellos: en primer lugar, las limitaciones deben estar previstas en la ley de forma general. En segundo, las medidas limitadoras deben estar justificadas y ser razonables. En tercer lugar, deben estar suficientemente motivadas. Y, por último, destinadas a cumplir el fin establecido⁶⁰¹. Así, pues, no solo la idoneidad y necesidad de limitar ese derecho, sino que el resultado cifrado conlleve más ventajas al interés general que perjuicio al valor del otro derecho. A grandes rasgos, lo que se ha ido tratando como juicio de ponderación o proporcionalidad⁶⁰².

El valor de un derecho a veces resulta “debilitado”⁶⁰³ tras sacrificarse ante otro derecho fundamental. Quizás el caso más significativo se produce en nuestro estudio. Esto es, el derecho al honor queda eventualmente sacrificado ante el valor preferente de la libertad de expresión -en esa dimensión institucional-. No obstante, según nuestra óptica, la evolución jurisprudencial entre conflictos de derechos, se configura caso a caso, sin tomar como referencia esa preferencia o debilitamiento. Las situaciones son diversas y los criterios dispares, por ende, la actividad jurisdiccional debe acudir al juicio de ponderación según esas circunstancias.

Naranjo de la Cruz considera que la buena fe⁶⁰⁴ puede servir como parámetro de corrección del ejercicio de las libertades de expresión e información. Apunta, que la “buena fe se erige, pues, a juicio del Tribunal Constitucional, en criterio autónomo para juzgar la licitud del uso realizado de las libertades de expresión e información”⁶⁰⁵. Ahora bien, considera que la buena fe carece de fundamento para restringir el ámbito de protección *prima facie* de la libertad de expresión, por tanto, no podría considerarse un límite inmanente. No alcanzaría la consideración de bien constitucionalmente protegido necesario para actuar como fin para una limitación. Por ello, tal como expresa el autor: “El principio de buena fe podría ser considerado como un bien constitucionalmente protegido, a efectos de justificar la imposición de un límite a cualquier derecho

⁶⁰¹ “Además, desde la perspectiva de quien ejerce el derecho, ha sentado la necesidad de la buena fe y la interdicción del abuso del derecho, categorías tomadas del Derecho privado”. En Muñoz Arnau, J.A.: *op.cit.* p. 151.

⁶⁰² Coincidimos con el autor que el juicio de ponderación es una cláusula excesivamente abierta. En *ibidem*, p. 153.

⁶⁰³ Término adoptado por Muñoz Arnau. En *ibidem*, p. 156.

⁶⁰⁴ Vid. STC 120/1983, de 15 de diciembre.

⁶⁰⁵ Naranjo de la Cruz, R.: *op.cit.*, p. 331.

fundamental y, en concreto a las libertades de expresión e información, si se acepta el supuesto valor constitucional que en ocasiones se ha atribuido al Título Preliminar del Código Civil donde se recoge”⁶⁰⁶.

Además de lo anterior, debemos señalar que se hallan determinados límites materiales (diferentes a las garantías constitucionales o límites formales) al legislador penal, estos constreñirían su libertad a la hora de configurar determinadas leyes. Y no solo provenientes del Derecho Constitucional, sino también del Derecho Europeo, por tanto, límites constitucionales y convencionales. ¿Existe disonancia interpretativa entre el TC y el TEDH? La primera consideración será que la posición del TC frente a las leyes penales, o, mejor dicho, el previo control de la constitucionalidad de las leyes penales que ejerce es relativamente poco incisivo⁶⁰⁷. Según Fossas, esto pasaría por una sujeción a la Constitución y a los derechos fundamentales, que no implicase una valoración positiva en torno a la misma o a la competencia a la hora de seleccionar los bienes jurídicos a proteger. En la mayoría de ocasiones, los límites materiales señalados en la jurisprudencia constitucional provienen de una aplicación del principio de proporcionalidad. ¿Por qué? Dado que las leyes penales limitan el ejercicio de derechos fundamentales, el test de proporcionalidad facilitará el examen a los requisitos para limitar a costa de proteger un bien jurídico. De esta manera, en este estudio de Fossas Espadaler⁶⁰⁸, ese juicio de constitucionalidad en modo alguno opera como un límite al legislador para seleccionar determinadas conductas punibles, sino que actúa como un criterio valorativo que permite enjuiciar las medidas que si vulnerarían las normas constitucionales⁶⁰⁹. En suma, en el momento presente, la creciente expansión penal da luz verde a amplitud de delitos, sin que haya un claro defensor de la sujeción de los poderes públicos a los derechos fundamentales, y, por ello, consiga bloquearlos. No obstante, la vigencia de los derechos fundamentales “condiciona la libertad del legislador tanto en la selección de la conducta tipificada como en la fijación de la pena”⁶¹⁰. Por ese motivo, con el principio de proporcionalidad se limitaría la capacidad legislativa penal. Además, debemos reiterar que el contenido esencial de los derechos fundamentales es un límite infranqueable para

⁶⁰⁶ Naranjo de la Cruz, R.: *op.cit.*, p. 457.

⁶⁰⁷ “La actitud deferente y cautelosa del Tribunal frente al legislador penal se ha visto reflejada en la jurisprudencia constitucional sobre los límites materiales que la Constitución le impone”. En Fossas Espadaler, E.: “Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 103, 2015, p. 313.

⁶⁰⁸ Fossas Espadaler, E.: *op.cit.*, p. 314.

⁶⁰⁹ Vid. STC 55/1996.

⁶¹⁰ Fossas Espadaler, E.: *op.cit.*, p. 316.

el legislador, igualmente en el ámbito penal. Con ello, en atención a la libertad de expresión, “nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate ideas execrables”⁶¹¹.

En función de lo planteado, el juicio de convencionalidad para adecuar las leyes internas al contenido del CEDH, también resulta un límite material al legislador penal. Al contrario que el TC, el TEDH realiza una función armonizadora, no uniformadora. Las medidas legislativas, adoptadas en su margen de apreciación, deben no contradecir o deben ser compatibles con el estándar europeo. Por tanto, la aplicación interpretativa limitadora ha sido de una intensidad muy baja. Centrándose en aspectos relativos a las garantías procesales penales, y no tanto a establecer un Derecho Penal mínimo. Si bien, también existen pronunciamientos que, acudiendo al principio de proporcionalidad, han fijado límites materiales. O sea, “fijación de límites a las restricciones desproporcionadas de derechos convencionales impuestas por el legislador penal”⁶¹² en la libertad de expresión.

Si bien, prestamos atención a la tesis que acuñó De Otto, por la cual los límites inmanentes de los derechos serían elementos integrantes del contenido del derecho y no existirían límites auténticos, negándose los conflictos, como hemos expuesto, no hemos seguido dicha interpretación.

Ya que, en muchas ocasiones, no está clara si una determinada conducta estará dentro del ámbito protegido por el derecho. Cuestión que se refleja claramente con la libertad de expresión o el derecho al honor. La solución provisionalmente asentada viene extraída de los límites inmanentes, esto es, la interpretación unitaria y sistemática de la Constitución para el reconocimiento de otros derechos. Los derechos fundamentales se encuentran delimitados y limitados.

En esencia, nos posicionamos con la doctrina mayoritaria de la teoría externa de la limitación de los derechos fundamentales. En definitiva, que no se configuran las limitaciones desde el supuesto de hecho, sino que operan extrínsecamente⁶¹³ una vez

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 316.

⁶¹² *Ibidem*, p. 330.

⁶¹³ Se sitúa “más en el ámbito de la irremediabilidad de la limitación fruto de su incorporación a un sistema complejo como el ordenamiento jurídico, pudiendo afectar al derecho desde el exterior del mismo, esto es, mediante los límites externos a su contenido”. Aguiar de Luque, L.: *op.cit.*, p. 23.

delimitado. El legislador creará *ex novo* los límites a la libertad de expresión, siempre dentro de las posibilidades constitucionalmente lícitas⁶¹⁴. Como recuerda Aguiar de Luque, los instrumentos a tomar en consideración en relación al desarrollo legislativo serán: “La reserva de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (para lo que es competente el legislador orgánico por prescripción del art. 81.1, reservas específicas de ley y habilitaciones puntuales para limitar determinados derechos, contenidas en diversos artículos del Capítulo 2.º, y finalmente reserva general de ley para la regulación del ejercicio de los derechos (art. 53.1)”⁶¹⁵. Pero no solamente lo anterior, ya que debe existir una necesidad de justificación de los límites a los derechos⁶¹⁶.

Un canon imprescindible y aplicable para la interpretación de los límites de los derechos de la libertad de expresión proviene de la jurisprudencia del TEDH. Este considera que comprende la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin injerencias de las autoridades nacionales. No obstante, se permite el establecimiento de unas restricciones que deben ser interpretadas de forma restrictiva, pues, se reconoce que la libertad de expresión constituye uno de los principales elementos de la democracia. Por ese motivo, se consideran admisibles también informaciones o ideas que molestan, chocan o inquietan. Por supuesto, sin el mismo nivel de protección, pues variará según el contexto. En el denominado test de Estrasburgo, que se aplica una vez constatada la injerencia de las autoridades sobre la libertad comunicativa, se verificará si dicha injerencia está prevista por la ley, si está justificada en un objetivo legítimo, y si resulta necesaria para una sociedad democrática.

Los conflictos más recurrentes de la libertad de expresión se producen con los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen. Ellos se recogen expresamente en el art. 20.4 CE, como límites de la libertad de expresión e información. De ahí que el legislador haya desarrollado el límite del derecho al honor, aunque como límite explícito no fuese necesario su desarrollo para su aplicación para que operase inmediatamente. En el caso del honor, más que una actividad creativa por parte

⁶¹⁴ “La Constitución no contiene un precepto en el que de modo explícito se ocupe con carácter general de los límites de los derechos fundamentales, pero, sin embargo, lo que en ningún caso queda cerrada en el ordenamiento español es la posibilidad de que el legislador pueda entrar a regular tales derechos”. En *ibidem*, p. 15.

⁶¹⁵ Aguiar De Luque, L.: *op.cit.*, p.17.

⁶¹⁶ “El problema, sin embargo, no es tanto constatar dicha necesidad, ya aludida al examinar la teoría de los límites inmanentes, cuanto dotar de contornos precisos a los bienes, valores o derechos que hipotéticamente pueden desempeñar ese papel, so riesgo de vaciar de sentido a la proclamación constitucional de los derechos”. En *ibidem*, p. 27.

del legislador, implicaría una actividad declarativa o armonizadora⁶¹⁷. Otro límite emanado será la protección de la moral pública⁶¹⁸, vía art.10.2 CE en interpretación del 10.2 CEDH⁶¹⁹. Efectivamente, la moral es un concepto jurídico indeterminado, lo que llevará a que se rodee de garantías necesarias para justificarse como límite.

En atención a los tipos penales del arts. 510 y 578 del CP, ciertamente la provocación al odio o el enaltecimiento al terrorismo no contribuyen –de forma generalizada- a formar libremente la opinión pública. Este tipo de mensajes “no pretenden introducir en el libre mercado de las ideas una cuestión de interés público para su libre discusión”, sino “tratan de favorecer una estrategia de intimidación e imposición por la violencia de unos objetivos de carácter político”⁶²⁰. Lo que se pretende con ello es que se restrinjan estas expresiones con el objeto de incrementar el grado del debate⁶²¹ y que el ejercicio de los derechos sea efectivo (efecto silenciador de las víctimas). En el canon de ponderación empleado por el TEDH respecto a la restricción o no de este tipo de manifestación, analizará si el ámbito es el discurso político o cuestiones de interés general.

6.2. DISCURSO DEL ODIOS A GRUPOS VULNERABLES

El racismo, la xenofobia, el antisemitismo y otros ataques hacia grupos vulnerables preocupan en las democracias, principalmente en el contexto europeo.

De inicio, tengamos presente que la Recomendación nº. R (97) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros, define al discurso de odio como: “Toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de

⁶¹⁷ Magdaleno Alegría, A.: *op.cit.*, p. 303.

⁶¹⁸ STC 49/1984, 5 de abril.

⁶¹⁹ Posición contraria, ni tan siquiera de incluirla de manera implícita. “El valor hermenéutico que confiere el artículo 10.2 de la Constitución a los convenios internacionales se refiere exclusivamente a la interpretación de su contenido y limitaciones constitucionales, pero no habilita a establecer limitaciones distintas a las que se puedan derivar de la propia Constitución”. En Magdaleno Alegría, A.: *op.cit.*, p. 343. Igualmente, este autor considera que iría en contra del carácter de estándar mínimo, “el recurso a la moral por medio del artículo 10.2 CE no puede servir para introducir límites a los derechos fundamentales que no estén ya previstos por la propia Constitución”. En Naranjo de la Cruz, R.: *op.cit.*, p. 403.

⁶²⁰ Magdaleno Alegría, A.: *op.cit.*, p. 347.

⁶²¹ El autor se posiciona en una adecuación constitucional de los tipos penales, no coincidente con la nuestra. En *ibidem*, p. 356.

discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”. Y, de forma prácticamente idéntica, la Recomendación de política general nº. 15 de la Comisión Europea contra el racismo e intolerancia (ECRI) define el discurso del odio con estas palabras: “Fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”. En ambos documentos, se observa que el discurso de odio se caracteriza por formas de expresión que incitan, fomentan o promueven la amenaza, estigmatización, humillación o el menosprecio, que se funda en la intolerancia a una persona o grupos de personas por motivos de raza, lengua, religión, orientación sexual, etc.

Ello podría llevar a la regulación de nuevos tipos penales. “La prohibición de estos comportamientos en el Código Penal español intentaría impedir dos tipos de conductas: la de la promoción del odio, violencia o discriminación contra ciertos grupos y la de la calumnia o injuria proferidas contra ellos o contra sus miembros por razón de su pertenencia a los mismos”⁶²². Sin embargo, ya con anteriores tipos penales se tutela la protección de la discriminación a ciertos grupos. Derivado de los mismos, las primeras sentencias del TC. Una es la STC 214/1991⁶²³, donde se recogía frases como la que sigue: “Se trata, con toda evidencia, de unas afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos... razón por la cual exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el art. 20.1 CE”. O, unas frases siguientes, en el mismo fundamento jurídico, “el requisito constitucional de la veracidad objetiva no opera como límite en el ámbito de las libertades ideológica y de expresión, tales derechos no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo

⁶²² Cueva Fernández, R.: *op.cit.*, p. 100.

⁶²³ Sala Primera, STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8º.

de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 C.E.) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.)”.

Otra resolución, la STC 176/1995⁶²⁴, en la misma línea, afirma: “A lo largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros”. Y, en líneas siguientes, agrega: “Un cómic como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra. Es claro, por lo dicho, que la Audiencia Provincial de Barcelona aplicó el tipo delictivo desde la perspectiva constitucional adecuada”.

Como se observa, el mensaje racista o la humillación a las víctimas, en la jurisprudencia del TC se considera como una restricción legítima al ejercicio de la libertad de expresión. A pesar de que, en ambos casos, hacía referencia a un estilo artístico con discurso político, el *animus iocandi* burlesco se califica como escarnio que rezuma crueldad ante las víctimas de un trágico acontecimiento histórico. Más importante, el TC sugiere que puede incluirse en la categorización del discurso de odio y, que se sitúa fuera de la libertad de expresión, al negar la dignidad humana, además, como una intromisión al derecho al honor. En concreto, ya se mencionan los términos de vilipendio o menosprecio al pueblo judío, incitación racista. En esa “conjunción de valores constitucionales que ponderan, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o

⁶²⁴ Sala Segunda. STC 176/1995, de 11 de diciembre de 1995, FJ 5º.

inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social”⁶²⁵.

Por ese motivo, Cueva Fernández se pregunta si no es suficiente la prohibición del daño hacia un colectivo⁶²⁶ para el correspondiente ataque al honor⁶²⁷. En estos casos, se confrontan la libertad ideológica y de expresión con otros derechos o bienes constitucionales, como el derecho a la dignidad de la persona, así como la igualdad y el honor.

Las formas de expresión tienen una proyección social, por ende, entran en el campo del derecho y, por ese motivo, la entidad del daño originado por esa manifestación o expresión debe ser cuantificada en la medida que perjudica la autonomía personal⁶²⁸. Para ello, las pautas que propone Cueva Fernández para la protección a determinados grupos son dos: la primera de ellas, la noción de vulnerabilidad proporcionada por prejuicios previos arraigados⁶²⁹; y, la segunda, la vulnerabilidad en la titularidad menos amplia en derechos⁶³⁰.

Coincidimos con la tesis anterior, en que la expresión induce a conductas, reacciones o creencias. Mediante ellas, puede desembocar en un efecto reductor dañino a grupos vulnerables. En ese supuesto, las víctimas quedarían sumergidas en una amenaza a la seguridad personal, una pérdida de autoestima moral y una marginación del proyecto social de vida. Evidentemente, el valor a proteger será la igualdad y la autonomía personal que tienen igual importancia que la libertad de expresión. En resumen, la articulación de formas de expresión libres, sobre la base de una amenaza sistemática a un individuo o

⁶²⁵ STC 214/1991, FJ 8º.

⁶²⁶ En realidad, aboga por una custodia penal del honor colectivo sin necesidad de riesgo concreto. En Cueva Fernández, R.: *op.cit.*, pp. 105-106.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 103.

⁶²⁸ La postura del autor a la hora de considerar el lenguaje en la comunicación. En Cueva Fernández, R.: “El discurso del odio y su prohibición”, en *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 35, 2012, p. 444.

⁶²⁹ “En el *hate speech* la asimetría de poder no es contingente o producida por la coincidencia, sino más bien un *rasgo sistémico* del contexto del mundo en el cual dicho discurso aparece”. En Cueva Fernández, R.: *op.cit.*, p. 446.

⁶³⁰ “Es acotación excluyente ha impedido que tales personas hayan sido o sean tratadas como iguales en la comunidad, resultándolo más o menos según se encuentren recortadas sus facultades en un número mayor de ámbitos”. En *ibidem*, p. 446.

grupo vulnerable, no reproduciría unas condiciones idóneas a una deliberación democrática, por ello, no actuaría de forma igualitaria en el mercado de las ideas.

En términos de los defensores de esta postura, la deliberación democrática “podría ser puesta en peligro por el efecto silenciador del *hate speech* y las *preferencias adaptativas* que conlleva, arruinando el propio derecho a la libertad de expresión de los miembros de los grupos vulnerables”⁶³¹.

Con una postura más próxima a nuestras conclusiones, Pérez de la Fuente diferencia dos modelos que se contraponen⁶³²: la libertad negativa y la libertad positiva ante el discurso del odio. La libertad negativa, por la cual el Estado no interviene en cuestiones sobre la libertad de expresión, es decir, no actúa en actitud censora. Todo queda en el mercado de las ideas, a excepción de una manifestación que conlleve una incitación a la violencia o un peligro claro y presente. Aquí, en algunos casos se incluiría una incitación directa al odio a las minorías. Esta resulta más característica del sistema jurídico norteamericano. En cambio, la libertad positiva se caracteriza por asegurar la participación de todos los individuos y grupos, lo que deriva en una especie de sistema objetivo de valores.

A juicio de Pérez de la Fuente, el TC, en el caso Violeta Friedman⁶³³ y el caso Makoki⁶³⁴, resolvió de modo combinado el compromiso de la libertad negativa⁶³⁵ con la libertad positiva⁶³⁶. Añadimos que, con la STC 235/2007, se produce la conjugación del modelo de libertad negativa -en su declaración de inconstitucionalidad de la negación del tipo penal- y la libertad positiva -en su declaración de constitucionalidad de la

⁶³¹ *Ibidem*, p. 449.

⁶³² Pérez De la Fuente, O.: “Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio*. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana”, *CEFD*, nº 21, 2010, pp. 120-124.

⁶³³ STC 214/1991. No se condena por la negación de hechos históricos, pero sí en cambio por las expresiones antisemitas.

⁶³⁴ STC 176/1995.

⁶³⁵ “Miedo a la censura, a la criminalización de los disidentes políticos o a la pendiente resbaladiza con otras formas de expresión, son algunos argumentos de la libertad”. En Pérez De la Fuente, O.: “El enfoque español sobre el lenguaje del odio”. En *Pérez de la Fuente, O.; Oliva Martínez, J. Daniel (Ed.): Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 153.

⁶³⁶ “Los miembros de las minorías argumentan, por su parte, que el lenguaje del odio causa daño, no tiene valor y es discriminatorio, suponiendo un ataque a su igual dignidad y a su igual participación en el debate público”. En Pérez De la Fuente, O.: *op.cit.*, p. 153.

provocación o justificación del tipo penal-. El autor citado reivindica de forma contenida un activismo a favor de las minorías como forma de transformar la opresión⁶³⁷.

En síntesis, la crítica política y artística deben permitirse sin ningún miedo a la censura o cancelación, no en cambio, el odio al otro con manifestaciones racistas o xenófobas. Por ese motivo, resultarían justificadas ciertas limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión para frenar el discurso de odio dirigido a determinados colectivos, en el sentido de grupos vulnerables o grupos diana. Al hacer mención del discurso de odio, consideramos aquellas conductas expresivas encaminadas a inculcar o incitar al prejuicio contra una persona o grupo de personas, sobre un supuesto identificable por rasgos de: raza, nacionalidad, etnia, sexualidad, identidad de género, entre otros.

Con ello, se busca la protección frente al discurso de odio con determinados tipos penales, obedeciendo a dos grandes conductas. La prevención de la promoción de odio, violencia o discriminación contra ciertos colectivos; y la prevención de injurias contra cualquiera por razón de su pertenencia a los grupos. Sin omitir que estas amplias facultades de legislación penal a favor de los Estados, quedan sujetas a límites jurisprudenciales que marcan el TC y el TEDH.

No queríamos concluir este apartado sin dejar apuntadas las diez tesis que formula Rey Martínez sobre el alcance del discurso de odio relacionado con el derecho discriminatorio hacia grupos vulnerables. No obstante, algunas de estas pueden ser aplicadas al discurso de odio en sentido general. Lógicamente, no coincidimos plenamente en todas, aunque sí resultan interesantes para el análisis que nos mueve.

— Su primera tesis, apunta a que la expresión del discurso de odio debería sustituirse por discurso discriminatorio⁶³⁸.

— La segunda, es la confusión entre discurso del odio y delitos de odio⁶³⁹.

⁶³⁷ “Desde esta perspectiva, las expresiones racistas, xenófobas, homófobas y misóginas deberían descalificar a quien las pronuncie, de tal forma que hubiera un sesgo negativo contra los que utilicen este tipo de lenguaje. Esa sería una visión democrática del mercado de las ideas donde se pondría severamente en cuestión a aquellos que no respeten las reglas de juego”. En *ibidem*, p. 152.

⁶³⁸ “El discurso del odio debería comprender no sólo el odio, no sólo la ira, sino también el desprecio, la humillación, la falta de respeto, la vejación, el insulto, etc. por parte de unas personas sobre otras en atención a la pertenencia de éstas a ciertos grupos sobre los que recaen generalizaciones negativas hondamente arraigadas en la sociedad”. En Rey Martínez, F.: *op.cit.*, p. 54.

⁶³⁹ “Los delitos de odio, que son un concepto estrictamente jurídico-penal, pueden referirse a conductas que no tienen que ver directamente con las opiniones, es decir, con el discurso del odio”. En *ibidem*, pp. 55-56.

— La tercera, la deficiente comprensión de conceptos del derecho antidiscriminatorio, girando la balanza en los límites a la libertad de expresión⁶⁴⁰.

— La cuarta, la interpretación restrictiva de los delitos de odio⁶⁴¹.

— La quinta tesis, la excesiva interpretación restrictiva de los delitos de odio por parte del TC⁶⁴². Esta tesis sería el punto central dogmático que considera relevante, entendiendo que la STC 214/1991 (Friedman) y la STC 176/1995 (Makoki) abordaban el enfoque de una difamación inadmisibles. Incluso apunta a que la conducta no se sancione tanto por la incitación a cometer delitos concretos en el futuro -la provocación-, y sí, en cambio, por lesionar la igualdad el honor de determinados grupos -difamación colectiva-.

— La sexta tesis la analiza desde la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº18 de Barcelona, de 10 de diciembre de 2013, el conocido caso del ex alcalde de Badalona, el Sr. García Albiol, que repartió folletos en campaña electoral con declaraciones en contra de los gitanos. Desde el prisma de Rey Martínez, la absolución resulta incorrecta porque la incitación a delitos de odio no requiere el llamamiento a actos de violencia o delictivos. En efecto, se acoge a la argumentación de la STEDH Féret c. Bélgica, que no consideraba libertad de expresión a un diputado belga albergar en una página web de la candidatura afirmaciones con claro tono xenófobo. Para Rey Martínez existen dos razones para lo anterior: la primera, “la incitación a los delitos de odio no requiere necesariamente el llamamiento a un acto de violencia concreto ni a cualquier otro delito posterior”⁶⁴³; y, en segundo lugar, “la Sentencia Féret es interesante en relación con el caso García Albiol porque el Tribunal de Estrasburgo, lejos de atenuar la responsabilidad del discurso racista por parte de los responsables políticos, incluso en campaña electoral, como hizo el Juez de Barcelona en el caso en examen, la encuentra especialmente grave y, por ello, rechazable y

⁶⁴⁰ Al menos, tener presente que una conducta puede que no se halle protegida por el contenido a la libre expresión y no tenga que tratarse de un límite.

⁶⁴¹ “En otras palabras, sabemos qué es la provocación a la discriminación racial, sexual, etc. (y también sabemos que incluye la violencia), pero, en términos jurídico-penales, no sabemos qué es la incitación directa al odio”. En *Rey Martínez, F.: op.cit.*, pp. 62-63.

⁶⁴² “No es posible separar con castidad metodológica la simple opinión de la incitación, sobre todo si tenemos en cuenta que, a menudo, los mensajes racistas, xenófobos y antisemitas los suelen lanzar no teóricos desde su cátedra universitaria, sino personas que pertenecen a grupos violentos, de modo que tales mensajes operan como munición ideológica de violencia. En *ibidem*, p. 65.

⁶⁴³ La idea de una libertad de expresión irresponsable. En *Rey Martínez, F.: op.cit.*, p. 75.

reprobable”⁶⁴⁴. Asume la interpretación de que no todo vale como discurso político para descartar el *animus injuriandi* o la motivación discriminatoria desde el punto de vista racial.

— La séptima tesis -el racismo líquido-, el autor estima que las actitudes discriminadoras no actúan en un vacío social, sino que se relacionan con el entorno social, tanto en alentar los discursos reprochables como aceptables con los estereotipos discriminadores; como por llevar a la comunidad a la práctica, un discurso de sectores que viven de ese daño.

— La octava, la proposición de algunos criterios para determinar el límite del discurso del odio admisible mediante la Recomendación general n° 35 del Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial, sobre la lucha contra el discurso del odio racista. En ella se señalan las siguientes: el contenido y la forma del discurso; el clima social y político; la posición o condición del emisor del discurso; el alcance y los objetivos del discurso.

— La novena, el escaso número de denuncias, a pesar de la repercusión mediática (esto último lo añadimos nosotros).

— La décima y última tesis, tomarse en serio el discurso de discriminación. “Es importante tomar en serio el efecto disuasorio de un debate realmente libre que pueda prevenir del establecimiento de límites pocos seguros, pero anchos, de la libertad de expresión... tampoco es cuestión de remitir al Derecho (no digamos ya solo al Derecho Penal) la única respuesta frente al racismo o cualquier otra heterofobia”⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁶⁴⁵ Rey Martínez, F.: *op.cit.*, p. 88.

CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES

7.1. RESULTADOS Y DISCUSIÓN: ¿DISCURSO DEL ODIO O DISCURSOS OFENSIVOS?

7.2. CONCLUSIONES.

7.1. RESULTADOS Y DISCUSIÓN: ¿DISCURSO DEL ODI O DISCURSOS OFENSIVOS?

La libertad de expresión no es un derecho fundamental absoluto. Tiene determinados límites, entre los que se halla el discurso de odio. Se ha examinado en distintos apartados, que con una delimitación y caracterización del discurso de odio se hallan respuestas para trazar líneas en aras a considerarlo como límite o no al ejercicio de la libertad de expresión. Especialmente, cuando los delitos de odio se han ido interpretando de forma expansiva, pretendiendo su aplicación a expresiones o mensajes que no encajan ni en lo que se considera un discurso de odio ni en el tipo penal. El tratamiento jurídico del discurso de odio no debe aislarse de una tutela multinivel de derechos, al igual que tampoco de una valoración contextual (lo políticamente incorrecto *versus* inequívoco discurso del odio). La justificación de términos como inseguridad o terrorismo, no son suficientes por sí solos en términos constitucionales y democráticos para poner en *jaque* a los derechos fundamentales. Entre los que se halla, como la piedra angular, la libertad de expresión. El espíritu de sociedad abierta y multicultural, a diferencia de las democracias militantes, debe justificar los límites jurídicos en los casos imperantes. Por supuesto que amparar no quiere decir santificar, y tampoco significa renunciar al castigo, inclusive penal. Dado que un Estado social y democrático tampoco se mantiene equidistante ante discursos que repugnan a su orden de valores. Las democracias no son neutrales axiológicamente. No obstante, en ocasiones la tolerancia, la indiferencia, el contrargumento o las políticas públicas resultarán más efectivas en términos democráticos que el recurso al castigo. En suma, la paradoja⁶⁴⁶ reside entre la seguridad y la libertad respecto a los discursos críticos en la esfera pública.

De ahí que la discusión principal sea: si el discurso del odio constituía un límite a la libertad de expresión y si debía sancionarse penalmente y, en el supuesto de respuesta positiva, en qué casos.

7.2. CONCLUSIONES

⁶⁴⁶ “La paradoja del multiculturalismo no es sino una concreción de la paradoja de la tolerancia: el reconocimiento hacia las minorías culturales conlleva el respeto hacia (la manifestación pública de) sus estilos de vida, pero ¿implica ello, a su vez, que hayan de respetarse (manifestaciones sobre) estilos de vida que, al menos en parte, se caracterizan por el rechazo frontal y virulento a estilos de vida rivales?”. En Alcácer Guirao, R.: *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p.22.

PRIMERA.- En la visión de Spinoza, a la hora de manifestarnos o expresarnos, caemos en la ignorancia o prejuicios guiados por la pasión y no la razón. Pues nos consideraba libres en cuanto dotados de voluntad, pero sin una comprensión racional de la necesidad. La libertad será nuestro entendimiento de la vida y nuestra potencia de obrar. En la sociedad se potenciará la capacidad de obrar de los seres humanos. En suma, Spinoza postula que el Estado debe conservar y defender, a modo de garantía, la libertad de expresión; además de *abrir paso* a la idea de tolerancia.

Para Hobbes, el miedo y la inseguridad origina la sociedad civil con un poder soberano inalienable. La libertad para Hobbes será coincidente con el Derecho Natural, de hacer y no hacer. Al igual que asimila la libertad como ausencia de impedimentos de actos externos. Aúna la idea de libertad con seguridad. En esencia, Hobbes insistirá en un derecho de coacción como condición a la libertad de expresión, a diferencia de Spinoza que considera que la libertad de expresión es un condicionante para que la autoridad soberana ejerza su derecho a la coacción.

En línea semejante a Hobbes, aunque con diferencias, estaría Locke. Entre sus objetivos principales, se considera que los individuos deben disfrutar de los derechos y libertades con una mayor seguridad. Mediante un pacto de consentimiento que constituye la sociedad civil. Ahora bien, el poder no debe concentrarse en uno solo. En contraposición a Hobbes, para Locke el estado de naturaleza no se identifica con un estado de lucha o guerra; sin embargo, los hombres por su voluntad y mediante consentimiento se unen en una sociedad política para garantizar mejor su vida y bienes. Considera que en el estado natural sí existe una ley natural que puede ser descubierta por la razón. La teoría de la tolerancia que defiende sobre el alcance de la libertad del pensamiento se ve reducido al ámbito de la esfera privada.

Por otro lado, la libertad para Rousseau reside internamente en cada individuo, sin que nadie pueda disponer de la misma. O sea, una libertad irrenunciable. Dicho esto, Rousseau disponía una forma de asociación que permitiese defender y proteger con fuerza común a cada individuo y sus bienes, manteniéndose al mismo tiempo libres. Cuya solución se ofrece con el *Contrato Social*. Al trasladar tácitamente sus derechos al conjunto de la comunidad, todos los individuos tendrán intereses comunes e iguales. La voluntad general le permitirá ser libre civil y políticamente. En lo que concierne a la

libertad moral, el hombre es conscientemente dueño de sí mismo (incluso puede trasladar su opinión) pero obediente a las leyes del Estado. Respecto a Sieyès resulta interesante en atención a este estudio, sus consideraciones de que no debe existir una libertad o derecho sin límites.

La libertad de los modernos de Constant es una defensa elocuente del gobierno representativo de la monarquía constitucional como garantía de una protección a la libertad individual. Este autor realiza un alegato a la libertad de prensa como medio eficaz para la función de los derechos políticos. Por otra parte, considera que no deben existir las leyes que censuren a la libertad de prensa. Sin embargo, considera como límites a la libertad de prensa: el insulto, la difamación o la calumnia, y la vida privada de los representantes públicos.

En el ensayo *Sobre la Libertad*, Stuart Mill expone la importancia de la libertad de expresión. Al mismo tiempo, desarrolló lo que viene a calificarse como la libertad de expresión negativa. En tanto que considera, que censurar una opinión priva de beneficio a la sociedad. Ninguna verdad que se posee es absoluta, por lo que resulta oportuno contradecirla y desaprobirla cuando sea necesario. En definitiva, el mercado de las ideas implica una presunción de infalibilidad. Aboga por un espíritu abierto a la crítica. Los límites deben quedar en un último lugar, solo para casos extremos.

Para Milton, la consecuencia de la libertad de expresión surge de su argumento principal: la búsqueda de la verdad. Su defensa por la libertad de prensa se integra en un concepto de libertad plural, dinámico y abierto. Sin gran temor, consideramos que es uno de los precursores del mercado de las ideas y la búsqueda de la verdad.

Isaiah Berlin realizó la doble distinción de libertad: la libertad negativa será el espacio en el que el hombre puede actuar sin obstaculización o interferencias de otros; y, la libertad positiva que el hombre sea instrumento de sus propios actos voluntarios. La primera se refiere a la no interferencia de tradición anglosajona; y, la segunda a la autorrealización.

SEGUNDA.- Los derechos fundamentales, entre los que se haya la libertad de expresión, constituyen una realidad moderna en la historia. Surgirá principalmente, aunque no exclusivamente, con la filosofía de la Ilustración. En síntesis, la fundamentación filosófica de la libertad se construye a partir del siglo XVII y especialmente en el XVIII, con postulados racionales y con una vertiente individualista.

Poco a poco, los postulados se reflejaron en textos jurídicos positivos. En el 1791 con la Carta de Derechos norteamericana, se recoge la primera enmienda recogiendo en sus líneas el ejercicio de la libertad de expresión. Las revoluciones norteamericanas y francesa con sus consecuentes Constituciones sustituyeron aquellas teorías abstractas de los derechos del hombre y naturales por auténticos derechos fundamentales y constitucionales. Con ello, los derechos fundamentales ya se insertan en declaraciones de derechos o en la propia Constitución.

La libertad negativa es el sentido original y propio de la libertad de expresión. Se le asegura al ciudadano, desde el poder político, un espacio de acción sin impedimentos. Lo que se plasma jurídicamente como derecho subjetivo y derecho fundamental.

En ese carácter abierto de Constitución, expuesto entre otros por Häberle, las cuestiones como el pluralismo o la tolerancia requieren un tipo de reflexión amplia. Con ello, la transformación o vigencia de las normas jurídicas se deducirán del pensamiento posibilista, realista y necesario (triada cognitivista). Las normas constitucionales se entienden como procesos culturales a través del texto jurídico y del contexto. La Constitución sería algo así como una estructura cultural, por ello, la interpretación constitucional tendrá el carácter abierto, sin una verdad absoluta (sino verdad consensuada). En términos de Häberle, la actividad en el Estado constitucional se encuentra regulada por un racionalismo crítico *popperiano*. En esencia, no hay una exclusiva fundamentación axiológica material de las normas jurídicas. La democracia se transforma en un principio determinante del orden constitucional. Una transigencia a la norma jurídica no suprime su crítica misma.

La libertad de expresión como derecho fundamental conducirá a la participación ciudadana de ideas plurales y diversas en el debate público. También, la libertad como el pluralismo son un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. Conforme a ello, ese respeto al pluralismo y diversidad llevará a una holgada tolerancia de cualquier idea -por crítica que sea-, sin que el Estado actúe de forma militante, sino con un carácter abierto. Al mismo tiempo, debe actuar frente a discursos (entre ellos el odio o la intolerancia) que eliminan del discurso las ideas plurales y no favorecen al mercado de las ideas. Esa antinomia plantea problemas de difícil solución a las democracias. Una pugna entre la tolerancia del discurso libre y el discurso intolerante que discrimina a las personas.

Ciertamente, nuestro orden constitucional renuncia a la imposición de una democracia militante, con el establecimiento de un orden jurídico abierto a los enemigos de la misma; con todo, mostrando una preferencia por los valores esenciales. Ya que no se muestra indiferente desde el punto de vista axiológico. Mejor dicho, un Estado constitucional ni vehemente axiológico, ni omiso a la protección de los derechos fundamentales. En atención a los límites, nos posicionamos en que el ejercicio de la libertad de expresión, no invariablemente debe ser favorable o indiferente al orden constitucional, ya que privaría su propia esencia y contenido. Y, no por ello, pondrá en peligro a los valores constitucionales. No obstante, cualquier cambio del orden constitucional que suprima los propios contenidos materiales y la supresión de los derechos fundamentales previos, entre ellos, la libertad de expresión, carecerá de legitimidad democrática. Puesto que la dignidad y los derechos fundamentales son inherentes a ese orden constitucional fundamental (sin la existencia de una democracia militante). Por ese motivo, existiría un límite implícito para una defensa constitucional ante cualquier ataque para una radical transformación o anulación de la libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental. Del mismo modo, los límites al ejercicio de la libertad de expresión deberían ser algo excepcional. Al fin y cabo, el contenido o la justificación de las limitaciones de la libertad de expresión se convierten en una discusión sobre la justificación de la democracia misma.

TERCERA.- El Derecho se recoge en un ordenamiento jurídico dentro de una pluralidad de ordenamientos que coexisten. La noción de Derecho se relaciona con ordenamiento jurídico, en cuanto es generado por una decisión constituyente que permite a determinadas autoridades realizar decisiones jurídicas generadoras de elementos normativos, a fin de regular las relaciones sociales. En el tránsito al Estado constitucional, la libertad de expresión se recoge en las declaraciones históricas de derechos de las Constituciones, como derecho humano esencial. El poder constituyente será el elemento fundacional que creará esa norma constitucional para originar una institución constitucional. En la propia Constitución se ubicará la libertad de expresión dentro del sistema de derechos y libertades. Cuestión distinta será que el desarrollo y algunos límites de la libertad de expresión provendrán de decisiones realizadas por autoridades. Serán normas, en definitiva, y no principios. En cambio, la libertad de expresión será derecho perteneciente al ordenamiento jurídico, aunque originado por una decisión constituyente,

y caracterizado como fundamental por la Constitución. Lo que nos conduce al término derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales expresan una moralidad básica y una juridicidad. Se justifican en la pretensión moral fundamentado en la dignidad humana -enraizada en las ideas de libertad e igualdad-. Para ello, se incluye en los ordenamientos jurídicos, a través de las Constituciones. Por tanto, la libertad de expresión formará parte del subsistema incluido en un sistema jurídico, pues la pretensión moral justificada se incorpora a una norma constitucional que obliga a unos destinatarios. Además, como derecho subjetivo, atribuye a sus titulares un espacio de libertad e inmunidad. En esencia, la libertad de expresión como pretensión moral aparece incluida en las normas constitucionales y se fundamenta en la dignidad humana.

CUARTA.- La libertad de expresión dispone de dos dimensiones que son propias de todo derecho fundamental. Un plano subjetivo ligado a la dignidad humana. Es la proyección positiva y vital del núcleo básico e irrenunciable del *status* jurídico del individuo. Y, por otro, una dimensión objetiva, ya que constituyen elementos imprescindibles de orden jurídico general.

De forma singularizada, en su naturaleza o categoría, la libertad de expresión se puede considerar libertad pública. Significa que cumple la mayor parte de las características de libertad pública. En primer lugar, sirve para oponerse pública y activamente frente al poder político. En segundo lugar, la libertad de expresión como derecho individual y derecho político es expresión inmediata de la sociabilidad humana. En tercer lugar, relacionado con la anterior, incluye fines o carga política en su ejercicio. Por último, se reconocen límites -algunos expresos- a su ejercicio.

La libertad entra en conflicto con la dignidad, si bien, es parte de la misma. Esto es, cuando se restringe el ejercicio de la libertad de expresión (especialmente en su dimensión negativa) se atacaría a la dignidad personal. En cambio, cuando entra en conflicto con otro derecho fundamental como el honor o la intimidad, se alude a no desmerecer la dignidad ajena.

QUINTA.- La libertad de expresión tiene una especial trascendencia para el ejercicio de otros derechos inherentes al buen funcionamiento democrático. Un carácter preferencial que fue desarrollado en la inicial jurisprudencia del TC y del TEDH. Tanto es así que ampara, no solo ideas inofensivas o indiferentes, sino también las que

escandalizan o perturban. Ahora bien, ¿todo discurso perturbador estaría amparado como discurso político? Lógicamente, no, ya que aquellas formas de expresión que propaguen o justifiquen el odio basado en la intolerancia, puedan sancionarse si no pertenecen a la esfera de discurso político. Se conecta con la idea del discurso alejado del debate político. En esencia, el discurso innecesario para el debate político quedará en los *extramuros* del amparo constitucional. Justamente el discurso del odio, como límite a la libertad de expresión, queda fuera de la protección o el amparo del art. 10 CEDH (al igual que el art. 20 CE). Esto es, en el discurso del odio que refiera tanto la incitación a actos de violencia como la incitación a la discriminación. Y, por supuesto que no se delimite *negativamente* la libertad de expresión.

El caso resuelto por el TEDH, *Feret c. Bélgica*, ha sido utilizado por la jurisprudencia nacional de modo recurrente y a fin de justificar el discurso del odio. Todo ello, sin que ofrezca soluciones acordes con el respeto al ejercicio de la libertad de expresión.

En cambio, la STEDH, *Gundüz c. Turquía*, nos ofrece unas pautas interesantes para el discernimiento de si la injerencia es necesaria en una sociedad democrática. En efecto, las condiciones, restricciones o sanciones impuestas al ejercicio de la libertad de expresión requieren varias precisiones en la argumentación jurídica: en primer lugar, que sean proporcionales al objetivo legítimo perseguido; en segundo lugar, una consideración de la injerencia impugnada a la luz del caso en su conjunto, para determinar la proporcionalidad a los fines legítimos perseguidos; en tercer lugar, las razones aducidas por las autoridades nacionales deben mostrarse relevantes y suficientes; por último, la naturaleza y la gravedad de las sanciones debe ser un factor a tener en cuenta al evaluar la proporcionalidad de la injerencia.

En otro punto relacionado al discurso político, en nuestro ordenamiento constitucional, a diferencia de otros de nuestro entorno e incluso en ocasiones a jurisprudencia del TEDH, no tiene cabida un modelo de adhesión positiva que se imponga o una democracia militante. Evidentemente, la negación o justificación de hechos de genocidio puede afectar a otros bienes constitucionalmente protegidos. O en otros términos, la manifestación expresiva de una concepción histórica contrastada con el deliberado ánimo de menospreciar a personas o grupos por su condición o circunstancia de víctimas, podría situarse fuera del ámbito de protección de dicho derecho fundamental. Dicho lo cual, no conlleva que sea objeto de sanción penal el negacionismo sin una

atención al respecto del contenido esencial del derecho fundamental (delimitación) como límite infranqueable. Y, en segundo lugar, para su consideración como límite al ejercicio de ese derecho, debe contener los caracteres jurídicos del discurso de odio. La STC 235/2007, trascendental (pese su utilización para la reforma del 2015), nos recuerda entre sus líneas, que resulta constitucional y legítimo, la posibilidad de castigar la difusión de ideas o doctrinas tendentes a la justificación de un genocidio. No en cambio, ni sancionar ni privarle de protección, al amparo de la libertad de expresión, la difusión de una determinada historia que niegue un genocidio. Ya que se persigue una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), constituye un límite infranqueable para el legislador penal. En efecto, se interfiere en el ámbito de la delimitación, ya que las normas penales tienen vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales.

Tras la STC 235/2007, la negación de un delito sin un elemento adicional tendencial (la justificación, por ejemplo) o potencial de delito, no respetaría la delimitación de un derecho fundamental como la libertad de expresión. En un paso más allá, el TEDH ha aludido, en determinadas sentencias, que los Estados dentro de su margen de apreciación podrán, mediante su derecho interno, restringir la libertad de expresión a quienes niegan hechos históricos claros. Ahora bien, en la medida que implique un propósito de difamación racial o incitación al odio.

Fue con la STC 35/2020 cuando se vio algo más de luz, en lo que respecta a parámetros racionales y constitucionales. Principalmente, la atención a una proporcionalidad de los límites y el posible efecto desalentador frente a un futuro ejercicio de esta libertad. Por el contrario, no ha sido acogida *a posteriori* efectivamente en la interpretación jurídica, ni por el TS ni por el propio TC. De manera que si se observan las recientes sentencias, obviamente con contextos y circunstancias distintas, se renuncia a una valoración sobre el efecto desalentador de las sanciones penales y se transmite un mensaje a la ciudadanía de que no hay parámetros estables. O, al menos, una línea jurisprudencial con una orientación jurídica análoga en lo que respecta al juicio de proporcionalidad en el conflicto entre derechos, cuando se analiza el discurso del odio.

SEXTA.- El subtipo de manifestación o discurso de la libertad de expresión más desconocido o menos estudiado es la libertad de expresión artística. El arte es expresión y manifestación, por lo que no parece lógico que pueda ser infravalorado en su inclusión en la libertad de expresión. Evidentemente, se interpreta lo real o resulta algo imaginado,

aunque, sigue siendo una manifestación humana. Al igual que el discurso político, contribuye en la formación de opinión en la esfera pública. En suma, la expresión artística afecta a la comunidad política. Consideramos que su protección se hallaría en el art. 20.1 a) “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante... cualquier otro medio de reproducción”. No obstante, de la misma manera, tiene reconocimiento en el artículo 20.1.b) CE, cuando hace alusión al derecho a la producción y la creación artística, literaria, científica y técnica. La respuesta ofrecida por el TC como del TEDH, respecto a las medidas limitativas de la libertad artística del art. 10 CEDH, no siempre han alcanzado la máxima protección o prevalencia que demandamos.

En atención a la STC 23/2010 (una revista humorística publicó un reportaje caricaturesco de doña Isabel Iglesias Preysler), el problema que se suscitó era una ponderación de derechos, al producirse un conflicto entre el art. 18 y el art. 20 CE. El Tribunal Constitucional, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, resuelve dicho conflicto. De inicio, se recuerda que la libertad de expresión comprende la expresión de juicios de valor que incorporen la crítica, aun cuando esta sea desabrida o disguste a quien se dirija. Siempre que, con ello, aporte interés para la formación de la opinión pública. En este punto, la difusión de esas ideas que tienen como objeto la valoración crítica (con contenido humorístico o no) del modelo de sociedad deben merecer protección constitucional. Al mismo tiempo, el Tribunal recuerda que los límites del ejercicio del derecho a la libertad de expresión no son exclusivos del 20.4 CE, ya que incluyen el respeto al contenido normativo garantizado por otros derechos fundamentales, por lo que su delimitación de ámbito protegido deberá ponderarse con otros valores constitucionales enfrentados. La delimitación del ámbito protegido de la libertad de expresión tiene que adecuarse mediante una ponderación con otros valores constitucionales enfrentados. Del mismo modo, se considera en los argumentos que la transcendencia pública del mensaje, la notoriedad pública del ofendido y la difusión sin consentimiento son elementos y circunstancias esenciales en el análisis a realizar en ese conflicto. En este caso, se estima que una manipulación o distorsión de la imagen con finalidad humorística puede considerarse como creación artística —una caricatura—. La vía de expresión de las caricaturas son la burla o la ironía crítica. La caricatura podrá afectar al derecho a la propia imagen o al honor de la persona que representa, pero también puede venir justificada por un legítimo ejercicio de la libertad de expresión. En especial, vendrá justificada cuando contribuya a la libre circulación de

ideas. Por tanto, esa caricatura se vincula con una finalidad legítima cuando sea una manifestación crítica que contribuye a la formación de una opinión pública. Esto es, en cuanto más público se caracteriza el mensaje y el personaje afectado (famoso), más contribuye su difusión libre sin injerencias. A diferencia de, cuanto más privativo o personal resulta tanto el afectado como el mensaje, más se desvinculará de la finalidad legítima como opinión pública. En el caso siguiente, finalmente se valoró que la caricatura se desvinculaba de una finalidad legítima de crítica social o política, que no contribuía a la formación de una opinión pública libre.

Respecto a la jurisprudencia del TEDH, analizamos en primer lugar, el caso Müller y otros contra Suiza del año 1988. En el mismo, se cuestionó si podía justificarse las sanciones por unos lienzos obscenos sexualmente a la luz del art. 10.2 del Convenio, como medida necesaria para la protección de la moral (límite). Se explica que quienes crean, ejecutan, distribuyen o exhiben obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones, que es esencial para una sociedad democrática. Por tanto, se reconoce el ámbito artístico dentro de las manifestaciones de la libertad de expresión. De ahí, la obligación del Estado de no restringirla indebidamente a los artistas. En este caso, se tuvo muy presente el margen de apreciación de las autoridades estatales. Los tribunales suizos en su margen de apreciación consideraban las mismas susceptibles de ofender la decencia sexual de las personas con una sensibilidad ordinaria. Por ese motivo, consideran que la medida aplicada no violó el art. 10 CEDH. Esto es, se resolvió una injerencia legítima a la libertad de expresión en unos límites a la moralidad. Lo que ocasionó un voto disidente donde se recuerda que las garantías del convenio quedan *mal paradas* sino se atiende seriamente a la justificación realizada en ese margen de apreciación. Se trata, de que la justificación ponga de manifiesto que son necesarias en una sociedad democrática. Similar, aunque con resultado distinto, fue la Sentencia del TEDH Vereinigung Bildender Künstler c. Austria. Unas pinturas que representaban a varias autoridades desnudos o con posiciones sexuales. Llevaría a que un representante político que aparecía en esos cuadros iniciase un procedimiento por daños y perjuicios. Brevemente, se consideró por parte de los Tribunales nacionales que el retrato era degradante e insultante hacia la protección moral y el honor de esas autoridades. En contraposición, la demanda ante el TEDH sostuvo que la exposición contribuía al debate cultural (poder y sexo) y la injerencia no era proporcionada. El TEDH considera que tal representación equivalía a una caricatura de las personas en cuestión utilizando elementos

satíricos. Señala que la sátira es una forma de expresión artística y comentario social y, por sus características inherentes de exageración y distorsión de la realidad, tiene como objetivo natural provocar y agitar. La Sala sostuvo que había habido una violación del art. 10 CEDH. En el voto disidente del juez Loukis Loucaides se afirmó que una representación vulgar y grotesca no puede llamarse satírica, más cuando muestra una serie de personalidades adoptando posturas sexuales repulsivas. Cree firmemente que no transmiten ningún mensaje, sino que el único efecto es insultar y ridiculizar a las personalidades retratadas. En síntesis, estaría desprovista de cualquier mensaje significativo para el discurso público. En línea similar, el voto disidente conjunto de los jueces Dean Spielmann y Erik Jebens, en atención a que la injerencia a la libertad de expresión resultaba proporcionada al objetivo perseguido, pues consideraban que, en un conflicto de la libertad artística con la dignidad, debe subordinarse a los derechos de la personalidad, sea el arte bueno o malo.

En segundo lugar, una indagación del caso Leroy c. Francia. Se condenaba a un dibujante por un delito de apología al terrorismo, tras la publicación de una caricatura con un mensaje, inmediatamente después de la tragedia del atentado del 11-S. La Corte de Estrasburgo dictaminó, por unanimidad, que no hubo violación del art. 10 CEDH. Se resolvió que la condena del demandante supuso una injerencia legítima en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Esta injerencia estaba prescrita por la ley francesa y perseguía varios objetivos legítimos, teniendo en cuenta la naturaleza delicada de la lucha contra el terrorismo, a saber, el mantenimiento de la seguridad pública y la prevención de la delincuencia. Al igual que consideran necesaria la restricción de la libertad de expresión en una sociedad democrática, dado que la difusión de la imagen satírica no se limitó a criticar con ideología o militancia política, antes bien, glorificaba y provocaba la acción violenta. Lógicamente una provocación directa (en la acción comunicativa) a la comisión delictiva de terrorismo no plantea tantos problemas. En cambio, la provocación indirecta resulta compleja en la práctica y en la teoría. Lo que debería conducir a una restricción justificada. Ciertamente, no coincidimos plenamente con los argumentos aducidos en la sentencia. Debe señalarse un efecto desaliento a la libertad de expresión artística en un tema de interés público, sin que obviemos el *duelo* de los familiares de las víctimas (que no fue realmente la vía utilizada) y la falta de cuidado del lenguaje.

SÉPTIMA.- La reserva de ley como medio para una limitación a los derechos fundamentales se legitima por el interés individual y por la comunidad. La legislación penal legitima su acción, por tanto, en favor del individuo y la comunidad. Junto a ello, asegura una real operatividad de los valores de comportamiento. Por eso, los derechos fundamentales se limitan, pero en interés de los sujetos titulares de los derechos (ya que contribuye a su desarrollo) y, en interés de la comunidad (concepciones ético-sociales). En tal sentido, los límites impuestos a los derechos fundamentales atienden a la tutela de ambos intereses. Por otra parte, los derechos fundamentales se integran en un sistema unitario, relacionándose o condicionándose con otros bienes constitucionales. Por ello, la determinación de los límites y el contenido de los derechos fundamentales consiste en una relación o jerarquía de valores. Así, los conflictos que surjan entre los mismos se resuelven de modo generalizado por el principio de ponderación.

De esta manera, a modo de ejemplo, la libertad de expresión se delimita para tutelar la dignidad personal (honor, propia imagen, etc.). Coexisten tanto la libertad de expresión como el derecho al honor, si bien, con una tutela de bienes jurídicos distintos. La tutela por parte de la libertad de expresión requerirá ser delimitada para tutelar otros bienes jurídicos en esa confluencia entre derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales tendrán definidos su objeto y límites, aunque su definición es sumamente abierta y abstracta, lo que requiere una labor interpretativa para delimitar el contenido -garantías- y los límites -conductas excluidas- del derecho fundamental. En consecuencia, el haz de facultades o las conductas excluidas de la garantía del derecho fundamental serán auténticos límites al mismo. Esa imposición de límites a las conductas inicialmente posibles según los términos constitucionales serían excepciones a su garantía. Sirva de ejemplo, la expresión de opiniones *a priori* está incluida como garantía en la libertad de expresión, pero determinadas opiniones no estarán incluidas. La imposición de esos límites a las garantías de ese derecho fundamental (entiéndase la libertad de expresión) será posible en lo que expresamente o implícitamente disponga la Constitución.

Los límites a los derechos suponen una modulación que afecta a las facultades o garantías dentro del ámbito del derecho fundamental, esto es, *prima facie* gozaban de una garantía *iusfundamental* que decaerá por una limitación. Asimismo, en la coexistencia de derechos fundamentales y bienes constitucionales resultará necesario unos límites al contenido de unos frente a los otros; más bien, una delimitación de su ámbito tutelado.

Se justifican en la necesidad de proteger o preservar a unos derechos o libertades a costa del sacrificio de otros.

La fundamentación constitucional a estos límites se origina dentro del propio sistema de la Constitución y no de cualquier ámbito del ordenamiento. Por ende, los límites se contienen en el texto constitucional, sea directa o indirectamente. Con otros términos, los derechos fundamentales se encuentran delimitados internamente y limitados externamente.

Los límites expresos son aquellos que se infieren explícitamente de la propia Constitución, sean directos (20.4 CE) o indirectos. Operarían de forma inmediata sin una necesaria intervención de desarrollo legislativo. En cambio, los límites inmanentes, derivan de la protección de los derechos y bienes constitucionales reconocidos, como exigencia del principio de unidad constitucional. En este caso, son la mayoría tácitos. Aunque, curiosamente, en el art. 20.4 CE aparecen expresamente cuando establece que la libertad de expresión tiene como límite el respeto a los derechos reconocidos en el Título I y en los preceptos de las leyes que lo desarrollen. Los límites inmanentes de los derechos fundamentales, será aquello que queda dentro del ámbito delimitado de ese derecho, está inseparablemente vinculada a sus características específicas. Desde una interpretación sistemática del texto constitucional, se determinaría el contenido y límites de los derechos fundamentales para resolver el conflicto entre bienes constitucionales mediante la ponderación (inmanente). Al igual que respecto al contenido esencial por parte del legislador, se efectuaría a través del principio de ponderación (delimitación del derecho), el legislador concretaría los límites ya existentes. La intervención limitadora de los derechos a la hora de reunir su justificación para la protección de otro derecho o bien, se concentra en el principio de proporcionalidad. Sería el medio para el fin de la medida limitadora.

OCTAVA.- Los límites constitucionales expresos e inmanentes de la libertad de expresión se recogen con bastante precisión en el apartado 4 del art. 20 CE, se pueden agrupar en cuatro bloques de límites:

- El respeto a los derechos reconocidos en el “Título I. De los derechos y deberes fundamentales”.
- Las leyes que desarrollen los preceptos de aquellos derechos reconocidos en el apartado anterior.

- El principal conflicto de la libertad de expresión con el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen.
- La protección de la juventud y de la infancia como otro conflicto con la libertad de expresión.

Del mismo modo, la previsión del art. 10.2 CE nos obliga a tener en consideración el contenido de las Declaraciones Internacionales de Derechos y la jurisprudencia del TEDH, como criterio interpretativo de los derechos fundamentales constitucionalizados respecto a la teoría de los límites. Concretamente, los límites a la libertad de expresión del art. 10.2 CEDH, a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la protección de: la seguridad nacional; la integridad territorial o la seguridad pública; la defensa del orden y la prevención del delito; la salud o la moral; la reputación o derechos ajenos, o la divulgación de información confidencial. El TEDH, caso a caso, valora si las medidas limitadoras anteriores cumplen las exigencias del CEDH. En esencia, que los límites han de constituir medidas necesarias para un fin legítimo. Con ello, ya se enumeran determinados requisitos en relación a las medidas limitadoras. Es decir, las medidas deben ser prevista por la ley, además, ser necesarias en una sociedad democrática y siempre para alcanzar un fin legítimo (test Estrasburgo). Lo que implica que las autoridades nacionales tengan un amplio margen de apreciación para determinar los casos dónde limitar o no. Sin embargo, no en modo absoluto. Por ende, se exige la proporcionalidad de esa medida limitadora en una sociedad democrática y de modo objetivo con la protección de otros bienes jurídicos igualmente esenciales.

¿El discurso de odio es un límite? Sí, en la consideración de los límites inmanentes -aunque también expresos como aparece en los arts. 20.4 CE y 10.2 CEDH- en aras a la protección de otros derechos, bienes o valores reconocidos. Se acude a una necesidad imperiosa, en el sentido en que ese tipo de manifestación según la contextualización resulte un límite legítimo constitucional. De modo que, con un instrumento, nos referimos a los delitos de odio (desarrollo de la ley de esos límites) faculden a que determinadas manifestaciones del discurso de odio queden descubiertas de la protección o el amparo de la libertad de expresión. Lo que no resta, que determinados discursos políticos u artísticos, como otros, requieran no incluirlos en el *saco* del discurso de odio. En la medida que en ese tipo de discursos pueden ser hirientes u ofensivos, sin que deban incluirse en la categoría jurídica del discurso del odio. En esencia, nos hemos

posicionamos con la teoría mayoritaria de la teoría externa de la limitación de los derechos fundamentales. En definitiva, que no se configuran las limitaciones desde el supuesto de hecho, sino que operan extrínsecamente una vez delimitado. Entonces, el discurso del odio se permite como restricción al ejercicio de la libertad de expresión, aunque debe ser interpretado de forma restrictiva-. Pues, se reconoce que la libertad de expresión constituye uno de los principales pilares de la democracia. Que duda nos cabe que seguirán produciéndose conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos o libertades. El desafío era hallar una especie de *guía de uso* de la libertad de expresión -especialmente con discursos hirientes e incorrectos-, al menos divisar *algo de luz* para la ciudadanía y los operadores jurídicos.

9) En atención a la jurisprudencia del TS y la AN, con los pronunciamientos mediáticos dictados, en los últimos diez años, sobre delitos de odio: Casandra (SAN 9/2017, de 29 de marzo), Pablo Hasel (STS 106/2015, de 19 de febrero) o César Strawberry (STS 4/2017, de 18 de enero), hemos derivado en el debate sobre los límites y excesos de la libertad de expresión. La cuestión reside en que, en ocasiones, se subsume la conducta expresiva enjuiciada bajo la rúbrica del discurso del odio como una fórmula sintética. Como si se tratase de un recurso dialéctico (STC 177/2015 o STC 112/2016, entre otras).

Con la STC 112/2016 -principalmente-, implicará a que surja un debate interno en la doctrina del TC. Poniendo en tela de juicio que los tipos de los delitos de odio supongan una automática legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión. Con ello, se alude a que no siempre el discurso del odio se emplee como criterio de delimitación negativa del derecho fundamental o como criterio legitimador de la incriminación penal. El análisis nos lleva a resaltar que determinada jurisprudencia de excepción, no ha optado por una concreción del significado del discurso del odio o una aclaración de las conductas que cobija, sino que más bien ha empleado la expresión, antes con fines retóricos y persuasivos que con afán analítico. Como una especie de figura jurídica retórica se modula en función del supuesto a enjuiciar, descartando el contexto, o el tipo de manifestación del discurso (pensemos que es artístico o político); incluso el lenguaje (tono sarcástico, irónico, etc.). Se adelanta la barrera penal, castigando el mero odio del lenguaje, al inferirse una instigación indirecta a la violencia. Además de ello, se ha extendido o desfigurado el término, en supuestos que ninguna relación guardan con el derecho discriminatorio a grupos vulnerables o minoritarios. Por ende, se legitima una

sanción penal a toda expresión odiosa basada en la intolerancia, sin presuponer la situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades. Lo que da lugar a una insuficiente tutela de la libertad de expresión o un déficit interpretativo constitucional de los derechos fundamentales. Una jurisprudencia que excluye categóricamente el discurso del odio del ámbito protegido del derecho fundamental que se funda en la atribución de una lesividad alta contra otros intereses o valores constitucionales, tales como el honor o la dignidad. En ese juicio de proporcionalidad, el efecto desaliento del ejercicio de la libertad de expresión queda al margen o relegado.

La peculiar dimensión institucional o la asignación de un estatus preminente de la libertad de expresión -doctrina firme y reiterada por el TEDH y TC- ha sido excluida por el discurso del odio; o peor aún, por discursos odiosos que no del odio. Incluso algunos necesarios (pese su irrelevancia) para el debate político. La particular atención de la jurisprudencia del TC cuando consideraba que debe garantizarse la libertad en un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso para que se desenvuelva las expresiones o manifestaciones sin temor ni angosturas, parecen obviarse. O, de forma más clara, lo injurioso o el derecho al insulto no forma parte del contenido protegido de la libertad de expresión, en cambio, sí que resulta protegido la crítica molesta e inquietante queda conformada por expresiones de relevancia pública. Aquí, es el punto donde queríamos llegar, la intención comunicativa conectada con discursos políticos o artísticos deben entrar a una valoración amplia por parte de los Tribunales a la hora de limitar un derecho fundamental y sancionar penalmente esa intolerancia. En suma, lo que resulte innecesario y peligroso para los derechos de los demás (insulto, odio, discriminación) del discurso o alejado del discurso político o artístico se quedaría fuera del contenido protegido de la libertad de expresión. Siempre que en una valoración racional se consideren desconectadas de esa intención comunicativa de contribuir al debate y su finalidad real sea dañar el honor o la dignidad.

En relación a lo anterior, la libertad de configuración del legislador penal también hallará su límite en el contenido esencial de la libertad de expresión. Por ende, la mera transmisión de ideas, no son tipificables penalmente. El TC y el TEDH han reiterado en otras ocasiones que también se protege el discurso antidemocrático en esa idea de sociedad abierta y plural. Salvando aquellos casos que se califican jurídicamente (aquí se requiere seguir la normativa sobre el mismo) como discurso del odio deben considerarse

aquellas ideas execrables, como parte del contenido protegido de la libertad de expresión. No hay razones tan esenciales para excluir el discurso intolerante de la esfera de protección prima facie de una libertad pública por medios tan restrictivos y coactivos. Los límites al ejercicio de un derecho fundamental son los que explícita o implícitamente se contemplan en la Constitución, que en esencia son una ordenación de protección del resto de derechos. De ahí la importancia de un marco jurídico estable y coherente que permita distinguir entre opiniones ofensivas, execrables u odiosas, que no conllevan efectos lesivos, y aquellas conductas expresivas que menoscaban bienes o derechos constitucionales o ponen en peligro a la misma democracia. Dicho de otro modo, la lesividad de las conductas expresivas hostiles no son argumento suficiente para excluirlas del ámbito protegido de la libertad de expresión, ni para legitimar por sí solas una sanción penal tan dura. Y, ciertamente las primeras sentencias con tratamiento a este tema del discurso de odio, las SSTC 214/1991 y 176/1995 plantearon que las opiniones execrables eran contrarias a la dignidad humana. O, dicho de otro modo, consideraban que carecía de cobertura constitucional las manifestaciones de carácter racista o xenófobo; y la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando supongan una humillación a las víctimas. Considerado ello, la extensión penal a cualquier expresión vejatoria y la nula valoración al criterio de necesario o relevante para el debate público, ha amplificado los contornos del honor colectivo (en esa idea de multiculturalismo), excluyendo la conducta del ámbito protegido de la libertad de expresión.

El contexto político o artístico y no discriminatorio, público y no privado, el tono sarcástico y no de intencionalidad manifiesta, en que se emite el mensaje, lleva a considerar que no todo discurso que presente hostilidad, menosprecio o rechazo hacia colectivos, o enaltezca el terrorismo sea discurso del odio y de forma automática un delito de odio. Los excesos expresivos, efectivamente, pueden constituir ilícitos penales, ahora bien, cuando hablemos de una manifestación del discurso del odio que sea lesivo para los derechos de los demás. De hecho, aunque consideremos que el honor y la intimidad este infra-protegido en el discurso no político o sin relevancia pública, no deriva en restringir la libertad de expresión y con una coacción tan severa como la pena. En síntesis, se presume que el discurso hostil daña el honor o la dignidad, lo que lleva a justificar sin una ponderación del caso concreto, la sanción penal de tales conductas expresivas.

La restricción de un derecho bajo pena requiere que sea necesaria y proporcionada por ser relevantemente lesivo de otros intereses. La vaguedad de los preceptos analizados, que regula las conductas del ámbito de ejercicio de la libertad de expresión y la jurisprudencia de excepción, llevan a concluir con un perjudicial efecto desaliento al ejercicio de la libertad de expresión.

DÉCIMA.- El discurso del odio como límite de la libertad de expresión se ocasiona en varias fases. Tanto por el contenido esencial (ámbito inexpugnable para el legislador penal), esto es la delimitación, como, de otra parte, por el principio de prohibición de exceso de las regulaciones sancionatorias que restrinjan de forma desproporcionada su legítimo ejercicio. Y en una fase enjuiciadora, en la discusión argumentativa del conflicto de derechos a través del principio de proporcionalidad. La jurisprudencia de excepción de estos últimos años, tanto del TS como del TC, se ha caracterizado por la exclusión del discurso del odio del ámbito protegido y la atribución de lesividad, ampliando en ese conflicto los intereses protegidos hacia el *costado* del honor o la dignidad, además de considerarse como un interés de protección colectivo.

De hecho, determinadas incitaciones al odio o enaltecimiento a realizar actividades terroristas están ocasionando algunos acontecimientos repulsivos en las democracias que ponen en peligro los valores constitucionales y el sistema democrático. Al igual que una atmósfera difusa de aversión hacia ciertos colectivos o minorías, asentado en estereotipos, produce efectos lesivos a su dignidad. Y, por ello, que consideramos el efecto de la acción comunicativa para el fomento de actitudes, emociones o sentimientos. Ahora bien, la utilización restrictiva de las libertades públicas y la progresiva expansión del derecho penal para frenar ese tipo de discursos no nos parece la mejor salida al problema. La incriminación penal debe quedar restringida a los casos excepcionales y bajo estrictos parámetros de proporcionalidad, a fin de no desalentar el ejercicio de la libertad de expresión.

En suma, ni todo discurso de odio es discurso del odio, ni todo discurso del odio es delito de odio. La reafirmación de la vigencia del valor de dignidad a costa de excluir el debate público libre -a pesar de ser crítico o disidente- conllevaría a pensar que la democracia no se muestra neutral, sino militante.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aba Catoira, A.: *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Acedo Penco, Á.: *Derecho al honor y libertad de expresión, asociaciones, familia y herencias. Cuestiones jurídicas actuales*, Dykinson, Madrid, 2007.

Aguar De Luque, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº14, 1993, pp. 9-34.

Aguilar, M.A. et al.: *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, CEJFE, Barcelona, 2015.

Alastuey Dobón, C.: “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley 2013: consideraciones críticas (1)”, *Diario La Ley*, 8245, 2014, pp. 1-31.

Alcácer Guirao, R.: “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”. En Mir Puig, S y Queralt Jiménez, S.: *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Alcácer Guirao, R.: “Discurso del odio y discurso político”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02, 2012, pp. 2-32.

Alcácer Guirao, R.: *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

Alegre Martínez, M.A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996.

Al Hasani Maturano, A.: “Presente y futuro de la libertad de expresión en la jurisprudencia comunitaria.: Análisis de la sentencia de 13 de marzo de 2018 (stern taulats y roura capellera contra España)”. En Martín Rodríguez, J.M.; García-Álvarez, L. (dirs.): *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-política*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 1323-1338.

Al Hasani Maturano, A.: “La infravaloración de barreras a la libertad de expresión: a propósito del asunto Pablo Hasel”. En Daunis Rodríguez, A. (coord.): *Odio y discriminación en tiempos convulsos*, Comares, Granada, 2022, pp. 241-254.

Alonso, L y Vázquez, V.J. (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017.

Alzaga Villaamil, Ó; Álvarez Rodríguez, I.: *Derecho político español según la Constitución de 1978. Tomo II: derechos fundamentales y órganos del Estado*, 7ªed., Marcial Pons, Madrid, 2021.

Ansuátegui Roig, F. J.: *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1994.

Aparicio Pérez, M.A.: “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces para la Democracia*, 6, 1989, pp. 9-18.

Aparisi, A.: “Introducción al concepto de Derecho”. En De Lucas, J (coord.): *Introducción a la teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1994.

Aragón Reyes, M.: *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ªed., CEPC, Madrid, 2013.

Aron, R.: *Ensayo sobre las libertades* (trad. Ricardo Ciudad Andreu), Alianza Editorial, Madrid, 2017.

Asensi Sabater, J.: *La época constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Balaguer Callejón, F. (coord.): *Manual de derecho constitucional. Volumen II, Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores, instituciones y órganos constitucionales*, decimocuarta edición, Tecnos, Madrid, 2019.

Barranco Avilés, M.C.: *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derechos Humanos Universidad Carlos III, Madrid, 1996.

Bea, E.: “Los derechos humanos”. En De Lucas, J. (coord.): “*Introducción a la teoría del derecho*”, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1994.

Berlin, I.: *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual* (trad. Ángel Rivero), Alianza Editorial, Madrid, 2014.

Bernal Pulido, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, CEPC, Madrid, 2003.

Bilbao Ubillos, J.M.: “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, pp. 299-352.

Blanco Valdés, R.: *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal*, Alianza Editorial, Madrid, 2006.

Blanco Valdés, R.: *La construcción de la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

Cabellos Espiérrez, M.A.: “Un paso adelante y dos atrás: la cambiante jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional sobre libertad de expresión”, en *Blog Revista Catalana de Dret Públic*, 19 mayo del 2021.

Cancio Meliá, M.; Díaz López, J.A.: *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2019.

Caruso, C.: “Dignità degli «altri» e spazi di libertà degli «intolleranti». Una rilettura dell’art. 21 Cost”, *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2013, pp. 795-821.

Caruso, C.: *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna University Press, Bologna, 2013.

Carrillo, M; Corredoira y Alfonso, L; Rodríguez, A; Sánchez Ferriz, R; Solozábal Echavarría, J.J; Urías, J.: “Encuesta sobre la libertad de expresión”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 44, 2019, pp. 13-73.

Castellà Andreu, J.M. (ed.): *Derecho Constitucional Básico*, Huygens, Barcelona, 2021.

Català i Bas, A.H.: *Libertad de expresión e información: la jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional: hacia un derecho europeo de los derechos humanos*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 2001.

Català i Bas, A.H.; Pérez i Seguí, Z.: “La negación del holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº. 10, 2007, pp. 181-196.

Cerezo Mir, J.: “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, 2002, pp. 47-72.

Coleman, P.: *La censura maquillada. Cómo las leyes contra el "discurso del odio" amenazan la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2018.

Constant, B.: *La libertad de los modernos* (trad. Ángel Rivero), Alianza Editorial, Madrid, 2019.

Costa, J. P.: “La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 44, 2001, pp. 243-250.

Cotino Hueso, L.: “El principio de igualdad. Derechos y libertades fundamentales, derechos sociales y otros derechos constitucionales”. En Castellà Andreu, J.M (edit.): *Derecho Constitucional Básico*, 4º ed., Huygens, Barcelona, 2018, pp. 457-487.

Cruz Villalón, P.: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989, pp. 35-62.

Cuerda Arnau, M. L.: “Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, nº 13, 2020, pp. 215-231.

Cueva Fernández, R.: “A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo.: ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del hate speech?” *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, nº. 2, 2012, pp. 99-108.

Cueva Fernández, R.: “El discurso del odio y su prohibición”, *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 35, 2012, pp. 437-456.

D’Amico, M.; Siccardi, C. (a cura di): *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, Giappichelli, Turín, 2021.

De Pablo Serrano, A.: “Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio. Sociedad del desprecio y discurso del odio”. En Alonso, L. y Vázquez, V.J. (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 145-160.

De Lucas, J.: “Nota sobre la libertad de expresión y democracia en la obra de Spinoza”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº.4, 1987, pp. 355-363.

De Lucas, J (coord.): *Introducción a la teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, 2º edición, Valencia, 1994.

De Otto y Pardo, I.: *Obras completas*, Universidad de Oviedo-CEPC, Oviedo, 2010.

Díaz Revorio, F.J.: *La Constitución como orden abierto*, McGrawHill, Madrid, 1997.

Díaz Revorio, F.J.: *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997.

Díez Bueso, L.: *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa. Entre la expresión y el discurso del odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

Díez Ripollés, J.L.: “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75, 2005, pp. 59-106.

Dopico Gómez-Aller, J.: “Interrogantes sobre la libertad de expresión a la altura de 2022”, *Teoría&derecho*, 32, junio-2022.

Eloségui Itxaso, M.: “Las recomendaciones de la ECRI sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44, 2017, pp. 1-61.

Espín, E.: “Lección 12. Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información”. En *VVAA.: Derecho Constitucional*, volumen I, 11º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Esposito, C.: *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milán, 1958.

Esquivel Alonso, Y.: “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, nº 35, 2016.

Falcón Tella, M.J.: “La sociedad abierta de Karl Popper como precedente de la doctrina de la posición preferente”. En Tenorio Sánchez, P.J. (coord.): *La libertad de expresión su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

Fernández García, E.: *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001.

- Fernández-Miranda y Campoamor, A.: “Artículo 20”. En *Alzaga Villaamil. O (dir.): Comentarios a las Leyes Políticas*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984.
- Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed., Trotta, Madrid, 2004.
- Fioravanti, M.: *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trotta, Madrid, 2014.
- Fiss, O.M.: *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- Fossas Espadaler, E.: “Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 103, enero-abril, 2015, pp. 305-332.
- Galluccio, A.: *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Giuffrè, Milano, 2020.
- García Amado, J.A.: “Sobre la sentencia del TC 35/2020 en el conocido como caso Strawberry”, en blog *almacéndederecho*, 2 de abril de 2020.
- García Amado, J.A.: <https://almacenederecho.org/sobre-la-sentencia-del-tc-352020-en-el-conocido-como-caso-strawberry>
- García Roca, F. J.: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Cizur Menor-Navarra, 2010.
- García de Enterría Martínez-Carande, E.: El Derecho Constitucional como Derecho, *Revista de Derecho Político*, nº 15, 1982, pp. 7-20.
- Garrido Falla, F.: “La Constitución como norma jurídica”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 68, 1991, pp. 183-192.
- Gascón Cuenca, A.: *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2016.
- Gascón Cuenca, A.: “El concepto de delito de odio y de discurso de odio en el ámbito internacional y regional europeo”. En Lorenzo Copello, P.; Daunis Rodríguez, A. (coords.): *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 159-188.

Gómez Martín, V.: “Discurso del odio y principio del hecho”. En Mir Puig, S.; y, Corcoy Bisadolo, M. (eds.): *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 89-120.

Gómez Martín, V.: Delitos de discriminación y discurso de odio punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015, *Juruá Editorial*, Oporto, 2019.

González-Hernández, E.: *La «revolución constitucional». Breve compendio de historia constitucional europea en perspectiva comparada*, CEPC, Madrid, 2019.

González Pérez, J.: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 2011.

Häberle, P.: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, PUCP, Lima, 1997.

Häberle, P.: *Pluralismo y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2013.

Heinze, E.: *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Herrero-Tejedor Algar, F.; Jiménez de Parga y Cabrera, M.: *Honor, intimidad y propia imagen*, COLEX, A Coruña, 1990.

Heyman, S.J.: *Free Speech and Human Dignity*, Yale University Press, New Haven, 2008.

Hobbes, T.: *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (trad. Manuel Sánchez Sarto), FCE, México, 2011.

Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas jurídicos* (trad. Gregorio Robles y Félix Sánchez), Trotta, Madrid, 2011.

Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia* (trad. Luengo Tapia, R. y Legaz y Lacambra, L.), Comares, Granada, 2002.

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*, nº 7, 2012, pp. 297-346.

Landa Gorostiza, J.M.: *Los delitos de odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

Landa Gorostiza, J.M.: “Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del "caso Atsasu" (STS 458/2019)”. En Lorenzo Copello, P.; Daunis Rodríguez, A. (coords.): *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 351-374.

Larenz, K.: *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1980.

Laurenzo Copello, P.: “La manipulación de los delitos de odio”. En Velásquez Velásquez, F.; Portilla Contreras, G. (dirs.): *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, pp. 453-468

Laurenzo Copello, P.; Daunis Rodríguez, A. (coords.): *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021.

Lassalle, F.: “¿Qué es una Constitución?” (trad. y estudio preliminar E. Aja), Ariel, Barcelona, 1984.

Letsas, G.: *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Locke, J.: *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del ver dadero origen, alcance y fin del gobierno civil* (trad. Carlos Mellizo), Alianza Editorial, Madrid, 2012.

Locke, J.: *Ensayo y Carta sobre la Tolerancia* (trad. Carlos Mellizo), Alianza Editorial, Madrid, 2014.

Loewenstein, K.: *Teoría de la Constitución* (trad. y estudio A. Gallego Anabitarte), Ariel, Barcelona, 2018.

López Guerra, L.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

López Guerra, L.; Espín, E. (dirs.): *Manual de Derecho Constitucional. Volumen I, La Constitución y las fuentes del Derecho Derechos fundamentales y garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

López Hernández, J.: “El concepto de libertad en el ámbito jurídico”. En Calvo González, J (coord.): *Libertad y seguridad: la fragilidad de los derechos: actas de las Jornadas (2005. Málaga)*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, 2006, pp. 181-196.

López Redondo, C.: *La libertad de expresión en situaciones de conflicto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Lucas Verdú, P.: “¿Crisis del concepto de Constitución?”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 75, 1998, pp. 367-394.

Magdaleno Alegría, A.: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.

Maihofer, W.: *Estado de derecho y dignidad humana* (Trad. Guzmán Dalbora, J.L.), BdeF, Colección maestros del derecho penal nº 28, Buenos Aires-Montevideo, 2008.

Mariás, J.: *Historia de la filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 2016.

Martín Herrera, D.: “Libertad de expresión: ¿Derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, *Estudios de Deusto*, vol. 62/2, julio-diciembre, 2014, pp. 15-40.

Martín Herrera, D.: *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Dykinson, Madrid, 2018.

Martín Herrera, D. (ed.): *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2022.

Martín-Retortillo, L.; y, De Otto y Pardo, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

Martínez-Pujalte, A.L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Cuadernos y Debates CEC, Madrid, 1997.

Meiklejohn, A.: *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, The Lawbook Exchange, Nueva Jersey, 2004.

Mill, S.: *Sobre la libertad* (trad. Pablo de Azcárate), Alianza Editorial, Madrid, 1984.

Milton, J.: *Aeropagítica* (Trad. José Carner), FCE, México, 2005.

Mir Puig, S.: *Estado, Pena y Delito*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2006.

Mir Puig, S.: “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal”. En Mir Puig, S. y Queralt Jiménez, S.:

Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Miró Llinares, F. (ed.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Montilla Martos, J.A.: “Capítulo XIX”. En Balaguer Callejón, F. (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*. Volumen II, 14º, Tecnos, Madrid, 2019.

Montoro Ballesteros, A.: *El derecho como sistema normativo: naturaleza y función del derecho*, Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, nº 2, Universidad de Murcia, Murcia, 1993.

Muñoz Arnau, J.A.: *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, Aranzadi, Navarra, 1998.

Muñoz Machado, S.: *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988.

Naranjo De la Cruz, R.: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, BOE-CEPC, Madrid, 2000.

Núñez Martínez, M.: “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española”, *Revista derecho UNED*, 2008, pp. 289-317.

Oliver Araujo, J.: *El recurso de amparo*, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 1986.

Oliver Araujo, J.: “La protección de los derechos fundamentales por la Corte Suprema norteamericana a través de la judicial review: algunas ideas”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 16, 1988, pp. 279-286.

Oliver Araujo, J.: “Garantizar los derechos”, en el su libro *La Constitución día a día*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp.133-135.

Pace, A.: *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, 2ª ed., CEDAM, Padua, 1992.

Pace, A.: “La libertà di manifestazione del proprio pensiero”, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca, Bologna, 2006.

Parejo Alfonso, L.: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de

8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 3, 1981, pp. 169-190.

Parekh, B.: “Hate speech. Is there a case of banning?”, *Public Policy Research*, 12(4), 2006.

Peces-Barba Martínez, G. (colaboración De Asís Roig, R; Barranco Avilés, M.C): *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

Pérez de la Fuente, O.: “El enfoque español sobre lenguaje del odio”. En Pérez de la Fuente O.; y, Oliva Martínez, J. (eds.): *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 133-155.

Pérez De la Fuente, O.: “Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio*. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 21, 2010, pp. 90-127.

Pérez Luño, A.E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ªed., Madrid, 1998.

Pérez Royo, J.; Carrasco Durán, M.: *Curso de derecho constitucional*, décimosexta edición, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Plaza Penadés, J.: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Pitruzzella, G. y; Pollicino, O.: *Disinformation and hate speech: A European Constitutional Perspective*, Bocconi University Press, Milano, 2020.

Polacchini, F. (a cura di): *La libertà di espressione artistica. Limiti giuridici e politically correct*, Persiani, Bolonia, 2018.

Post, R.: “Hate Speech”. En *Hare, I; Weinstein, J. (eds.): Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 123-138.

Presno Linera, M.A.: “La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXX, número 276, enero-abril, 2020, pp. 461-491.

Presno Linera, M.A.: “Breves y apuradas consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que «anula la condena del Tribunal Supremo al cantante Strawberry»”. En blog *el derecho y el revés*, 2 de abril de 2020.

<https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/02/breves-y-apuradas-consideraciones-sobre-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-que-anula-la-condena-del-tribunal-supremo-al-cantante-strawberry/>

Presno Linera, M.A.: “La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa”, *Teoría&derecho*, 32, junio, 2022.

Prieto Sanchís, L.: *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

Pulitanò, D.: “Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio”, *Diritto penale contemporaneo*, nº 28, 2015.

Quesada Alcalá, C.: “La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de delitos de odio: sus repercusiones en España”, *Revista General de Derecho*, nº 36, 2015, pp. 1-51.

Ragués i Vallès, R. (coord.) y Silva Sánchez, J.M (dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 7ª ed. Atelier, Barcelona, 2021.

Ramiro Avilés, M.A.: “Los derechos fundamentales como límites de la necesidad política en un Estado de Derecho”. En Calvo González, J (coord.): *Libertad y seguridad: la fragilidad de los derechos: actas de las Jornadas (2005. Málaga)*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, 2006, pp. 97-114.

Revenga Sánchez, M.: “Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?” En Revenga Sánchez, M. (dir.): *Libertad de expresión y discursos de odio*, Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos, 12, Alcalá de Henares, 2015, pp. 15-32.

Revenga Sánchez, M.: “Valores europeos y modelos de democracia (¿agnóstica? ¿militante?)”. En Alonso, L. y Vázquez, V.J.: *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 69-81.

Revenga Sánchez, M.: “Artículo 20”. En Muñoz Machado, S. (ed.): *Comentario mínimo a la Constitución Española*, Crítica, Barcelona, 2018, pp. 91-94.

Revenga Sánchez, M.: *Intransigencia constitucional. Sobre los límites de la tolerancia en la democracia constitucional*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

Rey Martínez, F.: “Discurso del odio y racismo líquido”. En *Revenga Sánchez, M (dir.): Libertad de expresión y discursos del odio, Cuadernos de la Cátedra de democracia y derechos humanos UAH*, núm. 12, Alcalá de Henares, 2015.

Ridao Martín, J.: *La libertad de expresión y sus conflictos en el espacio público. Manifestaciones, escraches y símbolos políticos*, Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2019.

Robles Morchón, G.: *Teoría del Derecho (Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho). Teoría formal del Derecho*, Volumen I, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2015.

Robles Morchón, G.: *Teoría del Derecho (Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho). Teoría de la Dogmática y del Método Jurídico*, volumen II, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2015.

Rodríguez Montañés, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

Rodríguez-Zapata, J.: *Teoría y práctica del Derecho Constitucional. Estado, Constitución, fuentes del Derecho según la realidad de la Unión Europea; contenido y garantías de los derechos fundamentales, Instituciones básicas, Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 2018.

Roig Torres, M.: *Delimitación entre libertad de expresión y discurso del odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

Rollnert Lien, G.: “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 115, 2019, pp. 81-109.

Rollnert Lien, G.: “El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Político*, nº 109, 2020, pp. 191-228.

Rosenfeld, M.: “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis”, *Cardozo Law Review*, 24, 2002-2003, pp. 1520-1568.

Rousseau, J.J.: *El contrato social*, Fontana, Barcelona, 1994.

Ruíz Robledo, A.: *Compendio de Derecho Constitucional Español*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Saavedra López, M.: “El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Persona y Derecho*, 55, 2006, pp. 547-576.

Saldaña Díaz, M.N.: “Alcance y límites de la defensa de la libertad de expresión en la teoría política de Baruch Spinoza”, *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº. 17, 2016, pp. 15-44.

Saldaña Díaz, M.N.: “Tolerancia religiosa y libertad de expresión en la Inglaterra del siglo XVII: Milton vs. Locke”, *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº. 21, 2020, pp. 695-729.

Salvador Coderch, P (dir.): *El mercado de las ideas*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1990.

Sánchez Agesta, L.: *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Editoriales de Derecho Reunidas-Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994.

Sánchez Ferriz, R.: *Estudio sobre las libertades*, 2º ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Schauer, F.: “Facts and the First Amendment”, *Ucla Law Review* 57-4, 2010, pp. 897-920.

Seoane Pérez, F.; Sarikakis, K.: “Discursos del odio en la esfera pública: ¿hasta dónde debe llegar la legislación?” *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, vol. 6, nº. 12, 2019, pp. 385-393.

Sieyes, E.: *¿Qué es el tercer estado?* Fontana, Barcelona, 2003.

Spinoza, B.: *Tratado político* (Trad. Atilano Domínguez), Alianza Editorial, Madrid, 2010.

Spinoza, B.: *Tratado teológico-político* (Trad. Atilano Domínguez), Alianza Editorial, Madrid, 2014.

Skinner, Q.: La teoría evolutiva de la libertad de Thomas Hobbes: I: La libertad antes del Leviatán”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 134, 2006, pp. 35-69.

Skinner, Q.: “La teoría evolutiva de la libertad de Thomas Hobbes parte II: la libertad en Leviatán”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 135, 2007, pp. 11-36.

Solozábal Echavarría, J.J.: “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1991, pp. 73-114.

Solozábal Echavarría, J.J.: “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 71, 1991, pp. 87-110.

Starck, C.: “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán” (trad. A. Oehling de los Reyes). En Fernández Segado, F. (coord.): *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 239-302.

Stern, K.: “Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo. Algunos comentarios sobre aspectos fundamentales” (trad. A. Oehling de los Reyes). En Fernández Segado, F. (coord.): *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 55-70.

Squella, A.: “Una descripción del derecho”, *Isonomía*, nº 27, octubre 2007.

Tajadura Tejada, J.: “Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, nº 80, 2008, pp. 233-255.

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”. En Del Carpio Delgado, J; Holgado González, M (dir.): *Entre libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 25-66.

Tenorio Sánchez, P.J.: “Introducción”. En Tenorio Sánchez, P.J. (coord.): *La libertad de expresión su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

Teruel Lozano, G.M.: *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid, 2015.

Teruel Lozano, G.M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 4, 2015, pp. 1-51.

Teruel Lozano, G.M.: “Discursos odiosos, que no del odio”, *El Periódico*, 5 de marzo de 2017.

Teruel Lozano, G.M.: “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 17, 2017, pp. 1-20.

Teruel Lozano, G.M.: “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº. 27, 2017.

Teruel Lozano, G.M.: “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año nº 38, nº 114, 2018, pp. 13-45.

Teruel Lozano, G.M.: “Discursos extremos y libertad de expresión: Amparar no es sacralizar”, *Letras libres*, nº. 223-abril, 2020, pp. 6-10.

Teruel Lozano, G.M.: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, 2021, pp. 411-436.

Urías, J.: *Libertad de expresión. Una inmersión rápida*, Tibidabo Ediciones, Barcelona, 2019.

Urías, J.: “La creación artística como discurso protegido: experiencias comparadas y posibilidades españolas”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 46, 2020, pp. 343-370.

Valero Heredia, A: “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 110, 2017, pp. 305-333.

Valero Heredia, A: “La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso «Strawberry», un paso más, aunque no el definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 122, 2021, pp. 367-388.

Valero, A.: “El discurso del odio: la necesaria concreción de un concepto banalizado”, *blog Alrevésyalderecho*, 22 de octubre de 2018.

Valiente Martínez, F.: *La democracia y el discurso del odio. Límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020.

Vázquez Alonso, V.J.: “Artistas abyectos y discurso del odio”. En Alonso, L y Vázquez, V.J. (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 221-240.

Vázquez Alonso, V.J.: “La libertad de expresión artística: una primera aproximación”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, nº 2, 2014, pp. 73-92.

Vidal Marín, T.: *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, Madrid, 2001.

Villaverde, I.: Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales. En VVAA.: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados-CEPC, 2002, pp. 317-364.

Villacorta Mancebo, L.: “Una nota sobre la Teoría constitucional de la sociedad abierta de Peter Häberle: racionalismo, tiempo, pluralismo... ¿vacío?”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº. 7, 2002, pp. 297-307.

Vives Antón, T.: “Sobre la apología del terrorismo como «discurso» del odio”. En Alonso, L. y Vázquez, V.J. (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 33-49.

Vobkuhle, A.; Wischmeyer, T.: “El jurista en su contexto. A Peter Häberle en su 80 cumpleaños”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 25, 2016.

VV.AA.: *La Libertad de Información y de Expresión (Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Waldron, J.: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 2012.

NORMATIVA CITADA

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), Nueva York, con fecha 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, adoptado por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 27 de abril de 1977. (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977).

Protocolo facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, adoptado por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de adhesión de 25 de enero de 1985. (*BOE* núm. 79, de 2 de abril de 1985).

Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York, adoptado por la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977. (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977).

Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, hecho en Nueva York, adoptado por la Resolución 260 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1948. Instrumento de adhesión de 13 de septiembre de 1968. (*BOE* núm. 34, de 8 de febrero de 1969).

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, hecha en Nueva York, adoptada por la Resolución 2106 A (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 7 de marzo de 1966. Instrumento de adhesión de 13 de septiembre de 1968. (*BOE* núm. 34, de 8 de febrero de 1969).

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979 (*BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952. Instrumento de ratificación de 27

de noviembre de 1990 (*BOE* núm. 11, de 12 de enero de 1991).

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

Constitución Española de 1978, *BOE*, núm. 311, de 29/12/1978.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, *BOE*, núm. 115, de 14/05/1982.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE*, núm. 281, de 24/11/1995.

Fuentes no vinculantes

(Estrategia y plan de acción de las naciones unidas para la lucha contra el discurso de odio, mayo 2019).

(Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de toda incitación al odio nacional, raza o religión que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia. Conclusiones y recomendaciones de cuatro talleres de expertos organizados por ACNUDH en 2011 y adoptado por expertos en Rabat, Marruecos, el 5 de octubre de 2012).

(Recomendación R (97) 20, del Comité de Ministros, sobre el discurso del odio, de 30 de octubre de 1997).

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema de los Estados Unidos

Schenck vs. United States, de 3 de marzo de 1919.

Debs vs. United States, de 10 de marzo de 1919.

Brandenburg vs. Ohio, de 9 de junio de 1969.

Texas vs. Johnson, de 21 de junio de 1989.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 7 de diciembre de 1976 (asunto Handyside contra Reino Unido).

STEDH de 26 de abril de 1979 (asunto Sunday Times contra Reino Unido).

STEDH de 24 de mayo de 1988 (asunto Müller y otros contra Suiza).

STEDH de 23 de abril de 1992 (asunto Castells contra España).

STEDH de 20 de septiembre de 1994 (asunto Otto-Preminger- Institut y Wingrove contra Austria).

STEDH de 23 de setiembre de 1994 (asunto Jersild contra Dinamarca).

Decisión de la Comisión del TEDH 25992/94 (asunto Nationaldemokratische Partei Deutschlands contra Alemania).

STEDH de 25 de noviembre de 1996 (asunto Wingrove contra el Reino Unido).

STEDH de 24 de febrero de 1997 (asunto De Haes y Gijssels contra Bélgica).

STEDH de 23 de setiembre de 1998 (asunto Lehideux e Isorni contra Francia).

STEDH de 9 de junio de 1998 (asunto Inca contra Turquía).

STEDH de 8 de julio de 1999 (asunto Erdogdu & Ince contra Turquía).

STEDH de 8 de julio de 1999 (asunto Sürek & Özdemir contra Turquía).

SETDH de 4 de diciembre de 2003, (asunto Müslüm Gundüz contra Turquía).

STEDH de 25 de abril de 2007 (asunto Vereinigung Bildender Künstler contra Austria).

STEDH de 10 de julio de 2008 (asunto Soulas y otros contra Francia).

STEDH de 2 de octubre de 2008 (asunto Leroy contra Francia).

STEDH de 16 de julio de 2009 (asunto Féret contra Bélgica).

STEDH de 20 de octubre de 2009 (asunto Alves da Silva contra Portugal).

STEDH de 20 de abril de 2010 (asunto Le Pen contra Francia).

STEDH de 15 de marzo de 2011 (asunto Otegui Mondragón contra España).

STEDH de 14 de marzo de 2013 (asunto Eon contra Francia).

STEDH de 21 de octubre de 2013 (asunto del Río Prada contra España).

STEDH de 15 de octubre de 2015 (asunto Perinçek contra Suiza).

STEDH de 13 de marzo de 2018 (asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España).

STEDH de 17 de julio de 2018 (asunto Mariya Alekhina y otros c. Rusia).

STEDH de 28 de agosto de 2018 (asunto Savva Terentyev contra Rusia).

Tribunal Constitucional español

STC 6/1981, de 16 de marzo.

STC 11/1981, de 8 de abril.

STC 22/1981, de 2 de julio.

STC 25/1981, de 14 de julio.

STC 34/1981, de 10 de noviembre.

STC 2/1982, de 29 de enero.

STC 12/1982, de 31 de marzo.

STC 30/1982, de 1 de junio.

STC 81/1982, de 21 de diciembre.

STC 75/1983, de 3 de agosto.

STC 76/1983, de 5 de agosto.

STC 120/1983, de 15 de diciembre.

STC 49/1984, de 5 de abril.

STC 83/1984, de 24 de julio.

STC 110/1984, de 26 de noviembre.

STC 13/1985, de 31 de enero.

STC 53/1985, de 11 de abril.

STC 88/1985, de 19 de julio.

STC 104/1986, de 17 de julio.

STC 159/1986, de 16 de diciembre.

STC 199/1987, de 16 de diciembre.

STC 6/1988, de 21 de enero.

STC 231/1988, de 2 de diciembre.

STC 107/1988, de 8 de junio.

STC 209/1988, de 10 de noviembre.

STC 121/1989, de 3 de julio.

STC 185/1989, de 13 de noviembre.

STC 20/1990, de 15 de febrero.

STC 105/1990, de 6 de junio.

STC 120/1990, de 27 de junio.

STC 136/1990, de 19 de julio.

STC 171/1990, de 12 de noviembre.

STC 36/1991, de 14 de febrero.

STC 214/1991 de 11 de noviembre.

STC 217/1991, de 11 de noviembre.

STC 85/1992, de 8 de junio.

STC 219/1992, de 3 de diciembre.
STC 223/1992, de 14 de diciembre
STC 214/1992, de 21 de diciembre.
STC 15/1993, de 18 de enero.
STC 76/1995, de 22 de mayo.
STC 176/1995, de 11 de diciembre.
STC 139/1995, de 14 de diciembre.
STC 126/1997, de 3 de julio.
ATC 149/1999, de 14 de junio.
STC 136/1999, de 20 de julio.
STC 21/2000, de 31 de enero.
STC 110/2000, de 5 de mayo.
STC 200/2001, de 4 de octubre.
STC 48/2003, de 12 de marzo.
STC 138/2005, de 26 de mayo.
STC 174/2006, de 5 de junio.
STC 235/2007, de 7 de noviembre.
STC 51/2008, de 14 de abril.
STC 23/2010, de 27 de abril.
STC 50/2010, de 4 de octubre.
STC 35/2020, de 25 de febrero.
STC 190/2020, de 15 de diciembre.
STC 192/2020, de 17 de diciembre.

Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal)

STS 259/2011, de 12 de abril.

STS 846/2015, 30 de diciembre.

STS 623/2016, 13 de julio.

STS 820/2016, 2 de noviembre.

STS 4/2017, de 18 de enero.

STS 31/2017, 18 de enero.

STS 646/2018, de 14 de diciembre.

Audiencias Provinciales

SAP de Barcelona (sección 5ª) 787/2012, de 29 de junio.

SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero.

SAP de las Islas Baleares (sección 1ª) 312/2013, de 10 de diciembre.

SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) 107/2014, de 7 de marzo.

Juzgado de lo Penal

Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, 16 noviembre de 1998.

ABREVIATURAS CITADAS

AN: Audiencia Nacional

art./arts.: Artículo/s

AP: Audiencia Provincial

BOE: Boletín oficial del Estado

CE: Constitución Española de 1978

CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos

Coord.: Coordinador/a

CP: Código Penal Español

Dir.: Director/a

ECRI: Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

FJ: Fundamento Jurídico

Ibídem: Misma obra

LO: Ley orgánica

LOPJ: Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

op.cit: Obra citada

p./pp.: Página/s

RAE: Real Academia Española

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Trad.: Traducción

TC: Tribunal Constitucional Español

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo Español

UE: Unión Europea

VVAA: Varios autores

Vid.: Véase

Vs.: Versus

