

**DISCURSOS EXTREMOS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UN
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
EXTREME SPEECH AND FREEDOM OF EXPRESSION: AN
ANALYSIS OF THE CASE LAW**

GERMÁN M. TERUEL LOZANO*

Recibido: 15/11/2017

Aceptado: 24/11/2017

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN; II.- LOS DISCURSOS EXTREMOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL DISCURSO DEL ODIOS COMO CAJÓN DE SASTRE; 2.1.- LA PRIMERA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE DISCURSOS RACISTAS Y NEGACIONISTAS DEL HOLOCAUSTO (SSTC 214/1991, DE 11 DE NOVIEMBRE Y 176/1995, DE 11 DE DICIEMBRE); 2.2.- EL NEGACIONISMO DE GRAVES CRÍMENES COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (STC 235/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE); 2.3.- OTROS DISCURSOS INTOLERANTES EN LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: INJURIAS AL REY (STC 177/2015, DE 22 DE JULIO) Y ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO (STC 112/2016, DE 20 DE JUNIO); III.- LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS DELITOS DE OPINIÓN RELACIONADOS CON EL DISCURSO DEL ODIOS (ARTS. 510 Y 578 DEL CÓDIGO PENAL); IV.- CONSIDERACIONES FINALES; BIBLIOGRAFÍA CITADA

SUMMARY: I.- INTRODUCTION; II.- EXTREME SPEECH IN THE CONSTITUTIONAL COURT CASE LAW: THE HATE SPEECH AS A HODGEPODGE; 2.1.- THE FIRST JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT BEFORE RACIST AND HOLOCAUST DENIAL SPEECHES (SSTC 214/1991 OF 11TH NOVEMBER; AND 176/1995 OF 11TH DECEMBER); 2.2.- THE DENIAL OF SERIOUS CRIMES AS A LIMIT TO FREEDOM OF SPEECH (STC 235/2007 OF 7TH NOVEMBER); 2.3.- OTHER INTOLERANT SPEECHES IN THE MOST RECENT CONSTITUTIONAL CASE LAW: INSULTING THE KING (STC 177/2015 OF 22ND JULY); AND GLORIFYING TERRORISM (STC 112/2016 OF 20TH JUNE); III.- THE INTERPRETATION OF THE SUPREME COURT OF THE OFFENCES RELATED WITH HATE SPEECH (SEC. 510 AND 578 PENAL CODE); IV.- CONCLUDING REMARKS; BIBLIOGRAPHY

Resumen: El objeto de este trabajo es estudiar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre discursos extremos como límites a la libertad de expresión. Se evidenciará cómo los criterios de los que se valen los tribunales se basan en un juicio más cercano al test del *bad tendency* que a una verificación del daño efectivo o del peligro cierto provocado por los discursos.

Palabras clave: libertad de expresión, discurso del odio, discursos extremos, delitos de odio

Abstract: The object of this paper is to study the case law of the Constitutional Court and the Supreme Court related to the extreme speeches as a limit to freedom of

* Profesor de Derecho constitucional. Universidad de Murcia.
germanmanuel.teruel@um.es

expression. It will conclude that the criteria uses by the courts are closer to the bad tendency test rather than a verification of a real harm or a clear danger.

Key words: freedom of speech, hate speech, extreme speech, hate crimes

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo podría empezarse enfatizando una preocupante afirmación: el discurso del odio está de moda. Preocupante, por un lado, porque el hecho de que se extiendan este tipo de discursos da prueba de la falta de madurez cívica de la sociedad en la que cuajan. Y preocupante, por otro lado, por la facilidad con la que se abren procesos penales por este tipo de discursos, con independencia de su suerte final, demostrando que la reacción casi inmediata y primera es la punitiva, con el consiguiente riesgo que ello comporta para la libertad de expresión.

Se observa así una tensión entre el genérico reconocimiento de la libertad de expresión y la tendencia cada vez más extendida en nuestras sociedades democráticas que defiende que determinados discursos extremos han de quedar excluidos, *ratione materiae*, del libre mercado de las ideas. En definitiva, que hay ciertos discursos odiosos que por su contenido contradictorio con nuestros valores democráticos no deben tolerarse en el espacio público.

Sirva de ejemplo de esta contradicción cómo, al tiempo que líderes mundiales encabezaban manifestaciones en defensa de la libertad de expresión en Francia, en ese mismo país se abrían diligencias contra cómicos como Dieudonné M'bala M'bala. O tantos otros casos como los que recientemente estamos viendo en España. Sin ánimo de establecer comparaciones, en los últimos tiempos hemos visto en nuestro país cómo se investigaban y enjuiciaban expresiones «intolerantes» como el autobús de Hazteoír u homilías adversas a la transexualidad o a la homosexualidad; manifestaciones «irreverentes» como la escenificación del Drag Sethlas travestido o como la portada de la revista Mongolia desfigurando la imagen de la Virgen de la Caridad; declaraciones «insensibles» como los chistes negros de Guillermo Zapata o de Cassandra; o representaciones «insolentes» como la de los titiriteros. Por citar algunos casos.

Todo lo cual justifica la pertinencia de acercarnos con ojos críticos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Supremo para analizar los criterios que han ido fijando en este delicado límite entre la libertad de expresión y los discursos extremos. Pues bien, este será el objeto al que modestamente se limitará el presente trabajo en las líneas que siguen a continuación.

II. LOS DISCURSOS EXTREMOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL DISCURSO DEL ODI COMO CAJÓN DE SASTRE

El Tribunal Constitucional ha recurrido en diversas ocasiones a la categoría del discurso del odio para justificar un límite a la libertad de expresión¹. Ahora bien, lo ha hecho extendiendo la misma a toda una serie de discursos que incluyen desde expresiones discriminatorias o amenazantes contra determinados grupos sociales, a otras formas de expresión de intolerancia social o incluso política, hasta supuestos de enaltecimiento del terrorismo. En definitiva, la categoría del discurso del odio sería prácticamente un cajón de sastre que incluiría de forma omnicomprendiva casi cualquier tipo de discurso extremo que exprese intolerancia por algún motivo anti-democrático. La consecuencia de ello es grave en el momento en el que la inclusión de un tipo de expresiones en esta categoría lleva, de forma casi necesaria, a privarle de protección constitucional al amparo de la libertad de expresión en un juicio basado en el contenido del mensaje y en la intencionalidad o en peligrosidades potenciales. De ahí la necesidad de acercarse de forma crítica a esta jurisprudencia constitucional².

II.1. La primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante discursos racistas y negacionistas del Holocausto (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre y 176/1995, de 11 de diciembre)

Las primeras sentencias en las que el Tribunal Constitucional se enfrentó a discursos racistas y negacionistas, allá por los años 90, fue en los casos Violeta Friedman³ y cómic racista⁴, aunque el Tribunal no acogió todavía la categoría del discurso del odio en los mismos. Únicamente se refirió en una ocasión al «lenguaje del odio», pero sin entrar a definir una categoría jurídica. En ambos casos el Tribunal Constitucional dejó sentado que el puro discurso negacionista del Holocausto no puede ser excluido *ratione materiae* del ámbito de protección inicialmente protegido por la libertad de expresión: «es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia-, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 C.E.), pues, con

¹ Con una revisión general de este tipo de discursos véase HARE, I. y WEINSTEIN, J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013. En español, recomiendo el análisis que se encuentra en ALONSO, L. y VÁZQUEZ, V., *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, Sevilla, 2017.

² Un análisis más detallado de esta jurisprudencia hasta la STC 235/2007, de 7 de noviembre, puede verse en mi trabajo TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho: una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 293-307.

³ STC 214/1991, de 11 de noviembre. En relación con los hechos que dan origen al asunto, la recurrente en amparo, Violeta Friedman, judía y prisionera en un campo de concentración en el que fue asesinada la mayoría de su familia, había iniciado un proceso civil en tutela de su derecho al honor en relación con unas declaraciones realizadas en un medio de comunicación por León Degrelle en las que éste negaba el genocidio nazi del pueblo judío y atribuía a ellos su intervención, habiendo sido rechazados sus pretensiones ante la justicia ordinaria por falta de legitimación activa.

⁴ STC 176/1995, de 11 de diciembre. El caso se plantea a causa de la sanción por un delito de injurias graves al director de las publicaciones de la editorial Makoki, SA., la cual había publicado en España el álbum «Hitler=SS», con contenidos neonazis y negacionistas del Holocausto. La querrela había sido promovida por las Asociaciones «Amical de Mauthausen» y «B'Nai B'Rith de España».

independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos»⁵. Y, en este mismo sentido, contundentemente afirmaba en la sentencia del caso cómic: «La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria. *La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa*»⁶. Se distanciaba así de la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha venido aplicando de forma «guillotinant»⁷ la cláusula del abuso de derecho del art. 17 CEDH para excluir radicalmente a este tipo de discursos por su propio contenido del ámbito protegido por la libertad de expresión, sin ponderación alguna⁸.

Sin embargo, lo que sí que hizo el Tribunal Constitucional fue entrar a valorar en ambas sentencias la ofensa provocada en concreto por las expresiones racistas, identificando los bienes jurídicos lesionados y ofreciendo algunas pautas caracterizadoras de la peligrosidad o daño de tales manifestaciones. Así las cosas, el Tribunal Constitucional radicaba el conflicto provocado por el discurso racista en la colisión entre la libertad de expresión, por un lado, y el derecho al honor, por el otro, aunque este último lo reforzaba con referencias a otros bienes o valores constitucionales (dignidad humana e igualdad⁹, y también protección de la juventud y de la infancia en el caso del cómic racista¹⁰).

Con respecto a la delimitación del honor, el Tribunal reconocía su «*significado personalista*, en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas», si bien, al mismo tiempo, admitía la posibilidad de que éste se lesionara cuando se dieran «ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad»¹¹. Algo que tendría proyección en la legitimación procesal, al reconocer como «legitimación originaria la de un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo»¹², y al afirmar la titularidad del derecho «de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso»¹³. Por su parte, el Constitucional situaba el

⁵ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 8.

⁶ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 2 (cursivas mías).

⁷ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R., «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 97, 2013, p. 352.

⁸ Véase a este respecto la doctrina que el Tribunal Europeo consolida en STEDH (Gran Sala) de 15 de octubre de 2015, asunto *Perinçek c. Suiza*, §§ 209 y ss.

⁹ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 8.

¹⁰ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 5.

¹¹ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 6 (cursivas mías).

¹² STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 3.

¹³ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 3.

contenido protegido del honor en la protección frente al «desmerecimiento en la consideración ajena [...] como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas»¹⁴.

A este respecto, es interesante destacar las cautelas con las que el Tribunal entraba a enjuiciar el caso cómic racista, al advertir, en línea con lo que se acaba de señalar, que el juicio de constitucionalidad no puede referirse al «acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas [...]. Tampoco tiene como misión velar por la pureza de los silogismos ni por la elegancia estilística o el buen gusto»¹⁵. De lo que se deduce que es exigible un enjuiciamiento del contenido ofensivo de las expresiones para determinar si las mismas están o no amparadas por la libertad de expresión.

Pues bien, en ambos casos el Tribunal Constitucional concluía que las expresiones no estaban amparadas al suponer «juicios ofensivos» que implicaban la humillación o desprecio de un grupo social. Pero llegaba a tal conclusión a través de una argumentación que, aunque fundada en diferentes circunstancias (lenguaje, contenido expresivo de las afirmaciones, contexto general de las mismas...), se terminaría centrando en la intencionalidad y en el contenido racista de las ideas afirmadas.

Así, en la sentencia del caso Violeta Friedman¹⁶ se refería genéricamente al «carácter racista o xenófobo de las expresiones», al «deliberado ánimo de menospreciar y discriminar», a que se trataba de expresiones «destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos». O, en la sentencia al caso cómic racista, el Tribunal señalaba que «la finalidad global de la obra» era la de humillar, que en la misma «late un concepto peyorativo de todo un pueblo», o que el «lenguaje de odio» que incorporaba resulta «ya de por sí destructivo»; e, incluso, reprochaba que el texto entrara en «contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado»¹⁷.

No obstante lo cual, una lectura completa de las sentencias permite concluir que, a juicio del Tribunal Constitucional, los discursos racistas van a estar proscritos constitucionalmente, no por la defensa ideal de lo que proponen, sino por su carácter ofensivo, al menos en un sentido potencial o siquiera tendencial, cuando buscan humillar o vejar a una persona o grupo social (descartando, por tanto, supuestos en los

¹⁴ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 3.

¹⁵ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 2.

¹⁶ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 8.

¹⁷ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 5. En este caso llama notoriamente la atención la referencia a la contradicción con los principios democráticos, sobre todo cuando el propio Tribunal, según se ha hecho notar, había advertido que «la Constitución –se ha dicho- protege también a quienes la niegan» (FJ. 2).

que no haya un *animus iniurandi*)¹⁸ o cuando pueden incitar a actos de odio o discriminación contra las mismas¹⁹.

II.2.El negacionismo de graves crímenes como límite a la libertad de expresión (STC 235/2007, de 7 de noviembre)

En la STC 235/2007, de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional resolvió una cuestión de inconstitucionalidad presentada sobre el delito de negacionismo (art. 607.2 del Código penal vigente en aquel momento)²⁰. En ella el Tribunal consolidó su jurisprudencia anterior, si bien fue más allá y amplió el ámbito de las conductas que iba a considerar excluidas de protección constitucional. Repitió que los derechos fundamentales «no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional», porque en España «no tiene cabida un modelo de “democracia militante”» y exigió que se constate que se ha producido una lesión efectiva de bienes o derechos constitucionales, sin que sea legítimo excluir de protección constitucional porque las ideas u opiniones expresadas resulten «contrarias a la esencia misma de la Constitución»²¹.

¹⁸ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 5.

¹⁹ Una interpretación parcialmente distinta es la ofrecida por MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «No todas las ideas son respetables. Racismo y nacionalsocialismo en el Estado Constitucional Democrático. Acerca de la STC 214/1991 de 11 de noviembre», *RGD*, n. 585, Valencia, 1993, p. 5795, quien ve en esta sentencia fundamento para sostener que «las expresiones racistas o xenófobas no se hallan privadas de protección constitucional porque sean injustas, desagradables o peligrosas, resultan constitucionalmente ilegítimas por serlo, por cuanto manifiestan una posición ideológica de fondo incompatible con el orden de convivencia establecido como vinculante por la Ley fundamental». En el mismo sentido, *vid.* MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP», *Revista General de Derecho*, n° 664-665, 2000, p. 103. También, CATALÁ I BAS, A. H., *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la del Tribunal constitucional*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2002, p. 108, a la luz de la jurisprudencia constitucional concluye que «no son amparables las declaraciones que estilen un mensaje xenófobo o racista». Sin embargo, para CUERDA ARNAU, M. L., «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, n. 1757, de 5 de octubre de 1995, p. 101, «tales afirmaciones traslucen la actitud racista o xenófoba de quien las hizo y que, en efecto, tienen aptitud más que suficiente para herir la sensibilidad de la recurrente y, en general, de todos los ciudadanos sensatos. Sin embargo, ello no basta.»; de forma que la posición del Tribunal Constitucional sería «una declaración institucional de contenido ético en contra del racismo y la discriminación». En cualquier caso, lo cierto es que, como expresa LAURENZO COPELLO, L., «Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», *Libertad ideológica y Derecho a no ser discriminado. Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 1, 1996, p. 221, «el TC se inclina por establecer una estrecha relación entre la discriminación y la dignidad humana, sentando así las bases para predicar la especial gravedad de las conductas vinculadas a dicho fenómeno [el racismo] y, con ello, la justificación de la intervención penal».

²⁰ La cuestión de inconstitucionalidad fue presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona que enjuiciaba al Sr. Pedro Varela, titular y director de la «Librería Europa I», por la venta de libros sobre la Segunda Guerra Mundial con contenidos revisionistas y negacionistas del Holocausto y favorables al nazismo.

²¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ. 4.

En este caso, el bien jurídico, más que el honor, el Tribunal Constitucional lo centró en el conflicto con la dignidad humana²². Y, tras advertir que en caso español «no tiene parangón» una cláusula de abuso de derecho como la del art. 17 CEDH, recordó los cánones que ya había mantenido ante discursos racistas para justificar una limitación a la libertad de expresión: «las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes» o aquellas que «incitan directamente a dichas actitudes»²³.

La novedad fue introducida al enjuiciar la constitucionalidad del tipo penal, cuando, en una controvertida interpretación del mismo²⁴, consideró que la conducta de «mera negación» de genocidios resultaba «inane» y ni siquiera «tendencialmente» podía reconocerse que comportara una incitación que fuese «en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado»²⁵. No constituiría ni siquiera un «peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados», por lo que declaró su inconstitucionalidad. Sin embargo, sí apreció este «elemento tendencial» en la conducta de justificación, cuyo castigo considero legítimo siempre y cuando fuera interpretado: bien como «incitación indirecta» a la perpetración de los crímenes de genocidio; o bien como una «suerte de provocación al odio hacia determinados grupos [...], de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación»²⁶. El Tribunal permitía que fueran proscritas formas de incitación «indirectas» o «mediatas», y no sólo aquellas que resultaran «claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos». De forma que, aunque exigía que éstas presentaran una cierta idoneidad lesiva –según se ha señalado, refirió la exigencia de un «peligro potencial» y de un «peligro cierto»²⁷–, justificaba el castigo de expresiones que sólo de forma sutil o indirecta resultaran

²² Exigiendo una mayor protección de la dignidad humana frente a la libertad de expresión, puede verse el Voto particular a la sentencia del Magistrado Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA.

²³ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ. 5.

²⁴ El Magistrado Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL en su voto particular a la sentencia se refería a las «matizaciones dialécticas que, a mi entender, sólo constituyen un puro excurso argumental formalista». Y el Magistrado Pascual SALA hace notar en su voto que los argumentos empleados por el Tribunal Constitucional para estimar que la justificación puede suponer una forma de incitación indirecta serían igualmente válidos para aplicarlos a la negación. Con una crítica a esta sentencia, véase mi obra *La lucha del Derecho*, op. cit., pp. 353 y ss.

²⁵ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ. 8.

²⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ. 9.

²⁷ Algunos Magistrados en sus votos particulares hicieron notar que habría sido legítimo la consideración del delito como una figura de «peligro abstracto». Así, Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, que específicamente se refiere a la consideración como delito de peligro abstracto, o Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS, para quien cualquier expresión negacionista implica un menosprecio a las víctimas. Sin embargo, la mayoría de la doctrina ha cuestionado la legitimidad de admitir formas de peligrosidad abstracta, o incluso hipotética, cuando se trata de delitos de opinión. Y es que, como advierte RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 317: «La diferenciación entre acción y expresión, entre la intolerancia como idea y la acción intolerante -conceptualmente clara- se diluye hasta hacerse indistinguible cuando no se exige ni la incitación a una concreta acción lesiva, ni la probabilidad, ni la inminencia de una acción tal que se produzca como consecuencia de la incitación o la provocación, sino tan solo el peligro potencial, la incitación indirecta y la provocación mediata. Tales categorías parecen demasiado alejadas de la lesión de los bienes jurídicos que se pretende proteger para, incluso desde esta perspectiva, considerar el discurso intolerante delito y no simplemente discurso». A este respecto puede verse también, TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho*, op. cit., pp. 353 y ss., y 489 y ss.

provocadoras. Además, centraba el peligro en que o bien pudieran tener lugar los delitos, o bien se generara un «clima de violencia y hostilidad», del cual, a su vez, pudieran derivarse actos específicos de discriminación. Algo que supone una concatenación de resultados peligrosos.

II.3. Otros discursos intolerantes en la más reciente jurisprudencia constitucional: injurias al Rey (STC 177/2015, de 22 de julio) y enaltecimiento del terrorismo (STC 112/2016, de 20 de junio)

Pero ha sido en los últimos años cuando el Tribunal Constitucional ha terminado reconduciendo dos casos especialmente sensibles a la categoría del discurso del odio, desbordando así su contenido propio según se dijo anteriormente: SSTC 177/2015, de 22 de julio, sobre una condena por injurias al Rey²⁸, y 112/2016, de 20 de junio, sobre una condena por enaltecimiento del terrorismo²⁹. Sin pretender ahora realizar un análisis exhaustivo de estas sentencias, que merecerían un estudio crítico más profundo que desviaría del objeto del presente trabajo, resulta pertinente abordar los límites que reconoce el Tribunal Constitucional y el enjuiciamiento concreto de los mismos que realiza a la luz de las circunstancias del caso.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional en la STC 177/2015, de 22 de julio, ha mantenido que nuestro ordenamiento no asume el modelo de democracia militante y ha destacado entre los límites a la libertad de expresión, por un lado, la prohibición del insulto y, por otro, en lo que se refiere al discurso del odio, tampoco serían legítimas las expresiones que «propaguen, inciten, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia», siguiendo aquí al TEDH³⁰. Sin embargo, sería en la aplicación al caso en concreto de tales límites donde la argumentación del Tribunal se vuelve, si se permite la expresión, más «retorcida». En primer lugar, porque el Tribunal parece olvidarse del delito que está aplicando (injurias contra la Corona), y justifica el contenido ofensivo de las expresiones en elementos que nada tienen que ver con el contenido de injusto del mencionado delito³¹; pero, en segundo lugar, porque su argumentación en relación con los límites a la libertad entra en flagrante contradicción con los postulados afirmados en

²⁸ Este asunto trae causa de un recurso contra una condena impuesta por la comisión de un delito de injurias contra la Corona, con circunstancia agravante de disfraz, por haber quemado una foto de SS.MM. los Reyes después de la celebración de una manifestación anti-monárquica convocada con motivo de una visita de los Monarcas a Gerona.

²⁹ Se recurre en este caso la condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 Cp.) por la intervención en un homenaje a una persona que había formado parte de la banda terrorista ETA.

³⁰ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ. 2.

³¹ En el voto particular de la Magistrada Adela ASÚA, al que se adhiere el Magistrado Fernando VALDÉS, se llega a acusar a la sentencia de recurrir elementos fácticos y jurídicos que «aboca, ante todo, a una clara alteración de la calificación jurídica de los hechos, y, a continuación, a una incongruencia omisiva, porque deja sin responder el objeto del amparo». También resulta muy contundente el voto particular del Magistrado Juan Antonio XIOL para quien la condena resulta «incoherente con el interés protegido por el tipo penal» y critica que «la función que debe desarrollar un tribunal de garantías constitucionales en este tipo de supuestos de reacción penal ante el ejercicio supuestamente incurrido en extralimitación del derecho a la libertad de expresión no puede ser la búsqueda imaginativa de cualquier límite hipotéticamente concurrente que no haya sido el que concretamente justificaba la reacción penal y fue objeto de contradicción en el proceso de instancia.».

términos abstractos al negar la condición militante de nuestro ordenamiento. Y, aún más, recurre a un concepto calificable, cuando menos, de *distorsionado*, de la categoría del discurso del odio³².

Empezando por la última de las cuestiones, el Tribunal Constitucional consideraba que los actos castigados como delito de injurias a la Corona son manifestaciones de discurso del odio. En este sentido, amplía su contenido más allá de lo que denomina sus formas «más toscas» (cuando se proyectan sobre las «condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas»), e incluía otras facetas de lo que denomina «discurso fóbico», «siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes»³³. Confundía así el discurso excluyente o intolerante con el discurso del odio, olvidando que una de las notas características ha de ser, precisamente, la existencia de un grupo diana situado en una posición de especial vulnerabilidad³⁴.

A partir de ello, el Tribunal Constitucional afirmaba que no estará amparado un discurso que «solamente *trasluce* ultraje o vejación», o las expresiones que «*persiguen desencadenar* un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo al odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia»³⁵. Tampoco lo estarán cuando «incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos», ni «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*»³⁶. En el mismo sentido, aunque refiriéndose a los límites a la libertad ideológica, determinaba, sin más apoyo fáctico, que «debe advertirse sobre el riesgo evidente de que *el público presente percibiera la conducta* de los recurrentes como una incitación a la violencia y al odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan [...] tal acción *pudo suscitar* entre los presentes reacciones

³² Así, por ejemplo, el Magistrado Juan Antonio XIOL en su voto disidente cuestiona la «banalización del discurso del odio» que comporta la sentencia. En este mismo sentido, el voto particular de la Magistrada Adela ASÚA, al que se adhiere el Magistrado Fernando VALDÉS, reprocha que la interpretación que hace la sentencia de la categoría del discurso del odio, «no solo carece totalmente de sustento fáctico, sino que desfigura el concepto del “discurso del odio” y distorsiona peligrosamente su alcance».

³³ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ. 4.

³⁴ Como se señala en el voto particular de la Magistrada Adela ASÚA, al que se adhiere el Magistrado Fernando VALDÉS: «Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico —aquí y ahora— con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública». Por su parte, el Magistrado Juan Antonio XIOL en su voto reconoce dos notas distintivas del discurso del odio: «i) que suponga una incitación directa a la violencia; ii) que se dirija contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular» y concluye que «no puede compartir que la conducta que dio lugar a la condena penal de los recurrentes pueda ser considerada ni calificada como una genuina manifestación del discurso del odio».

³⁵ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ. 4 (cursivas mías).

³⁶ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ. 4 (cursivas mías).

violentas e “incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas”»³⁷.

Se ve la importancia que da el Tribunal a la dimensión institucional de la libertad, pero también se advierte cómo con carácter general se refiere a pautas centradas en la intencionalidad, en potencialidades lesivas muy remotas o, incluso, en el mero hecho de las ideas contrarias a los valores democráticos con las que se identifiquen ciertos símbolos. Algo, reitero, que contrasta con la visión abierta y personalista de nuestro orden constitucional.

Esto es aún más evidente al comprobar el análisis concreto de las circunstancias a las que atiende el Tribunal, el cual concluía «el significado netamente incitador al odio», sobre la base de factores como la «escenificación lúgubre y con connotaciones violentas» o la premeditación y la ausencia de espontaneidad³⁸. No aportaba, como señalan los votos disidentes a la sentencia, ningún juicio consistente sobre la ofensividad concreta de las conductas que permita determinar que existió un peligro real o una efectiva humillación³⁹. De hecho, muy especialmente el voto particular de la Magistrada Adela ASÚA, al que se adhería el Magistrado Fernando VALDÉS, reclamaba que el Tribunal debería incorporar el test del peligro claro e inminente como «estándar operativo para demarcar el campo del discurso protegido en el marco constitucional e internacional de los derechos humanos»⁴⁰. Asimismo, este voto particular reconocía también la posibilidad de limitar la libertad ante «cualquier forma de expresión que incite, promueva o propague el odio racial, la xenofobia, u otras formas de odio basadas en la intolerancia, mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión, generador de un *efecto cierto de amenaza* que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados colectivos socialmente vulnerables» (cursivas mías).

Esta incongruencia entre la exigencia en abstracto de una idoneidad lesiva y el enjuiciamiento concreto que hace el Tribunal es notoria también en su STC 112/2016, de 20 de junio. Referido al enaltecimiento del terrorismo, el Tribunal acogió la doctrina que acuñara en relación con el discurso del odio y consideró legítima la sanción penal de tales conductas de enaltecimiento «en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, *aunque sea de manera indirecta*, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o

³⁷ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ. 5 (cursivas mías).

³⁸ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ. 4 (cursivas mías).

³⁹ A este respecto, como advierte el voto particular de la Magistrada Adela ASÚA, al que se adhiere el Magistrado Fernando VALDÉS, «es ineludible verificar seriamente el eventual riesgo de la escalada violenta, en cuanto a su claridad y a su conexión de inmediatez». En el mismo sentido, la Magistrada Encarnación Roca en su voto disidente, con cita a jurisprudencia constitucional en relación con la libertad de reunión y de manifestación, advierte que éstas «sólo podrán ser prohibidas cuando existan razones fundadas de su alteración, con peligro para las personas o bienes y no sean fruto de “una mera sospecha o posibilidad de que se vayan a producir alteraciones de orden público”». También en el voto del Magistrado Juan Antonio XIOL se cuestiona que la condena se haya basado en «argumentos justificativos totalmente descontextualizados y desconectados de una normal interpretación del acto desarrollado por los recurrentes, pues se basa en exacerbar determinados elementos de carácter meramente simbólico».

⁴⁰ El voto particular de la Magistrada Encarnación Roca también se suma, aunque en relación con la libertad ideológica, al test del «*clear an present danger*».

para el propio sistema de libertades.»⁴¹. Al valorar las circunstancias concretas para determinar si las expresiones podían ser consideradas «una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia», el Tribunal concluía que se daban los requisitos necesarios para considerarlo como tal: 1) «fue una expresión de odio basado en la intolerancia [...]; [2)] manifestado a través de un nacionalismo agresivo; [3)] con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos»⁴². Tuvo además en cuenta que los actos se realizaron en un acto público y afirmó que «hubo una instigación a la violencia», al considerar que la conducta «era idónea para contribuir a perpetuar una situación violenta». Para el Tribunal, «[i]ncitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmosfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos»⁴³. Una conclusión que sostuvo con base en los siguientes hechos: «fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social.»⁴⁴.

Ocurre, como ha cuestionado el voto particular del Magistrado Juan Antonio XIOL, que aunque pueda entenderse como «un avance muy importante» que el Tribunal haya interpretado el tipo penal del enaltecimiento del terrorismo exigiendo que se acredite la existencia de una «incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista», habría sido necesario un «mayor esfuerzo para profundizar en la determinación de los elementos que deben de ser tomados en consideración, desde una perspectiva constitucional, para valorar la necesidad y proporcionalidad de la injerencia de la intervención penal respecto de este tipo de conductas.». Así, el Magistrado disidente proponía que se hubiera considerado el concreto impacto de la difusión pública, las circunstancias personales de quien realiza la conducta, la coincidencia temporal con actos terroristas o las concretas manifestaciones proferidas. Considerando estas circunstancias, el Magistrado Juan Antonio XIOL concluía que los jueces de instancia habían desarrollado «una labor estrictamente formal de interpretación y aplicación del citado precepto penal» y que una adecuada valoración de los hechos antes mencionados hubiera justificado conceder el amparo ya que la conducta no podía considerarse incitadora a la violencia terrorista.

De esta forma, se observa como en estas sentencias el Tribunal Constitucional, aunque no abjura de su doctrina en relación con el carácter abierto y no militante del ordenamiento español, sin embargo legitima unos límites exorbitantes a la libertad de expresión, admitiendo severas restricciones a la misma sobre la base de la intencionalidad de los discursos, de su contenido y, como mucho, de una genérica y

⁴¹ STC 112/2016, de 20 de junio, FJ. 4.

⁴² STC 112/2016, de 20 de junio, FJ. 6.

⁴³ STC 112/2016, de 20 de junio, FJ. 6.

⁴⁴ STC 112/2016, de 20 de junio, FJ. 6.

difusa peligrosidad o idoneidad lesiva de los mismos⁴⁵. Algo que lo aleja de los postulados del *principio del daño* en un ordenamiento abierto y personalista en cuya virtud la limitación a la libertad de expresión sólo puede justificarse por la efectiva lesión o puesta en peligro cierto de otro bien jurídico. Lo cual no puede identificarse con la pura discrepancia por las ideas que se defiendan, aquello que la doctrina norteamericana ha llamado la «*advocacy of ideas*» constitucionalmente protegida.

III. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS DELITOS DE OPINIÓN RELACIONADOS CON EL DISCURSO DEL ODOIO (ARTS. 510 Y 578 DEL CÓDIGO PENAL)

Si se ha cuestionado la precisión de la jurisprudencia constitucional en la determinación de las pautas que dibujan el límite de la libertad de expresión ante el discurso del odio, resulta que el Legislador ha sido aún más confuso al tipificar los delitos de opinión⁴⁶ que castigan este género de expresiones, lo cual tampoco ha ayudado a su aplicación judicial. E incluso se advierte una tendencia cada vez más restrictiva de la libertad de expresión a nivel tanto legislativo como judicial. Así las cosas, el Código penal de 1995 preveía el castigo de la provocación y de la apología como actos preparatorios en su artículo 18, al tiempo que incorporó los delitos de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia y el de difusión de injurias por motivos discriminatorios (art. 510.1 y 2 Cp.), un delito de negacionismo del genocidio (art. 607.2 Cp.), y un delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo (art. 578 Cp.)⁴⁷. Los dos últimos, interpretados como figuras autónomas de apología, en realidad, como formas de provocación débiles que «emparentan con los delitos de clima»⁴⁸.

Posteriormente, la reforma del Código penal de 2015 no aclaró el panorama: por un lado, reelaboró el artículo 510 Cp. en el que, con sombras y sin apreciar luces⁴⁹, refundió el castigo de los discursos del odio y negacionista⁵⁰. Haciendo un juicio ahora

⁴⁵ A este respecto pueden verse los contundentes votos particulares de la Magistrada Adela ASÚA, al que se adhiere el Magistrado Fernando VALDÉS, a la STC 177/2015, de 22 de julio, y del Magistrado Juan Antonio XIOL, a esta misma sentencia y a la STC 112/2016, de 20 de junio.

⁴⁶ A este respecto puede verse la definición que ofrece MANTOVANI, F., «I reati di opinione», en *Íd, Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, p. 164: «Da tutti gli altri tipi di reati si differenziano, infatti, perchè non consistono in un *facere* o in un *non facere*, bensì semplicemente in un *dicere*: in una manifestazione di un pensiero, di una opinione».

⁴⁷ Con un estudio más detenido de estos delitos, me remito nuevamente a TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho*, op. cit., pp. 307 y ss.

⁴⁸ ALONSO RIMO, A., «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 4, 2010, p. 59.

⁴⁹ 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*, n. 4, 2015, 51 p.

⁵⁰ Este precepto, en su actual redacción, prevé la sanción de diferentes tipos de acciones que podrían concretarse en: a) actos públicos que fomenten, promuevan o incitan directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o sus miembros por motivos discriminadores; pero también a los que en las mismas condiciones produzcan, elaboren, posean con finalidad de distribuir, faciliten a terceros, distribuyan, difundan o vendan materiales idóneos a dar lugar a las conductas anteriores. b) Actos de negación, trivialización grave o enaltecimiento de ciertos delitos graves o de sus

muy sumario se puede concluir que las conductas castigadas, amén de resultar confusas y de no ofrecer una pauta clara sobre el límite de la licitud, tampoco configuran unos bienes jurídicos definidos (no discriminación, dignidad humana en sentido supra-individual y paz pública como sentimiento de tranquilidad...) ⁵¹, y presentan un débil contenido ofensivo, con juicios de peligrosidad difusos –salvo en el caso de las conductas de humillación o vejación- y con encadenamientos sucesivos de la peligrosidad ⁵².

Por otro lado, la reforma de 2015 tampoco mejoró en lo que se refiere a la regulación del delito de enaltecimiento del terrorismo (578 Cp.) ⁵³, cuya redacción vigente mantiene la sanción de las conductas de menosprecio o humillación a las víctimas del terrorismo, que en principio no presentan dudas de constitucionalidad, y de las conductas enaltecimiento o justificación pública del terrorismo, ante las que sí que surgen importantes motivos de censura constitucional ⁵⁴ y que, tras la STC 112/2016, de

autores, cometidos contra un grupo o sus miembros, por motivos discriminatorios, «cuando de ese modo se favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos». Y con menor pena contempla también el castigo de: a) Actos de lesión de la dignidad de las personas «mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos» o de sus miembros, por motivos discriminatorios; o a quienes produzcan, elaboren, difundan... este tipo de contenidos. b) Actos de enaltecimiento o justificación pública de los delitos de odio. Estos dos últimos actos podrán tener una pena mayor cuando se «promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos». A lo que se añaden agravantes como consecuencia del uso de medios de comunicación social o de Internet que hagan accesible el mensaje a un mayor número de personas o 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».

⁵¹ Un interesante intento de búsqueda de un bien jurídico penal a este tipo de delitos se encuentra en 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., *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 145 y ss. En sentido crítico con los bienes jurídicos de estas figuras delictivas, cfr. TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho*, op. cit., pp. 307 y ss.

⁵² Como se ha mencionado, de forma más extensa me remito a TERUEL LOZANO, G. M., «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo...», op. cit. Con una valoración distinta de este precepto, pero en cualquier caso evidenciando sus limitaciones técnicas, véanse DE PABLO SERRANO, A. y TAPIA BALLESTEROS, P., «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», *Diario La Ley* [en línea], n. 8911, de 30 de enero de 2017; y DOLZ LAGO, M-J., «Oído a los delitos de odio (algunas cuestiones claves sobre la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015)», *Diario La Ley* [en línea], n. 8712, Sección Doctrina, 1 de marzo de 2016.

⁵³ Según se ha señalado, el vigente art. 578 Cp. castiga: a) El enaltecimiento o la justificación públicas de los delitos de terrorismo o de sus autores; b) Los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos de terrorismo o de sus familiares. Y, de manera similar al artículo 510, se han añadido dos agravaciones: cuando las conductas se realizan a través de medios de comunicación o de Internet (sin exigir que se difundieran entre un amplio número de personas), y cuando la conducta sea idónea para alterar gravemente la paz pública o para crear un grave sentimiento de inseguridad.

⁵⁴ Como aprecia QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004, p. 1747 ss., «[d]esde luego, la desigual significación de ambas conductas, su distinta lesividad, no ofrece dudas. Resulta singularmente mucho más comprensible fundamentar lo injusto específico de las conductas de desprecio o humillación a las víctimas –su dignidad fundamentalmente- que no una conducta de enaltecimiento del terrorismo o sus autores que sólo en sentido impropio puede calificarse de apología, al no exigir el requisito de la provocación, si quiera indirecta a la comisión de delito de terrorismo alguno (pues para la directa ya está la provocación «ex» art. 18 CP), y que tantos problemas de límite con el derecho fundamental a la libertad de expresión

20 de junio, deberían ser interpretadas como formas de incitación indirecta, como se ha analizado.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha mantenido una jurisprudencia sólo hasta cierto punto clarificadora. Así las cosas, en relación con el antiguo delito de incitación al odio del 510 Cp., sostuvo una jurisprudencia restrictiva aplicando en lo posible los requisitos de la provocación del art. 18 Cp.⁵⁵, tal y como había venido manteniendo la mayoría de la doctrina penalista⁵⁶. Y, en cuanto al art. 607.2 Cp., exigió que la conducta de difusión de ideas justificadoras del genocidio implicara una peligrosidad «real», abriendo así la puerta a superar la concepción de estos delitos como figuras de peligro abstracto para acercarlas a un juicio de peligrosidad hipotético o potencial⁵⁷.

Menos esclarecedora es la interpretación constitucionalizada que ha venido haciendo el Tribunal Supremo con respecto al delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 Cp.), ni siquiera tras la STC 112/2016, de 20 de junio que, a mi entender, obligaría a abandonar la lectura de éste como un delito de peligro abstracto y mera actividad que no necesita integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión

plantea». Con carácter general sobre este delito, *cfr.* ALONSO RIMO, A., «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 4, 2010, pp. 64 ss.; COBO DEL ROSAL, M. «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (coord.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Madrid/Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, 2004, pp. 103-113; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», *AFDUC*, n. 12, 2008, pp. 771-793; BENLLOCH PETT, G., «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, vol. LIV, 2001, pp. 201 ss.; o ASÚA BATARRITA, A., «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n. 3, 1998, pp. 1638-1646.

⁵⁵ Véase la síntesis general que hace de estos delitos en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) n. 259/2011, de 12 de abril.

⁵⁶ Entre otros, se han mostrado a favor de acoger los términos de la provocación del art. 18, VIVES ANTÓN, T.S., *et alii*, *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 701; COBO DEL ROSAL, C. (dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 687; RODRÍGUEZ MOROULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997; p. 1274; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 841; o QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código...*, *op. cit.*, p. 1518.

⁵⁷ *Cfr.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) n. 259/2011, de 12 de abril afirmaba que el peligro «aunque sea abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos» (FJ. 1º.5). Y añadía: «los actos de difusión de esta clase de ideas o doctrinas son perseguidos penalmente en cuanto que suponen, en la forma antes dicha, un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante» -cursivas mías- (FJ. 1º.8). Y concluía: «para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que su autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o el contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege» -cursivas mías- (FJ. 1º.8).

del delito⁵⁸. Sin embargo, el Supremo ha mantenido una línea más incisiva en la libertad de expresión en la que, con algunos matices, ha continuado con la interpretación de este delito como una figura de peligro abstracto.

Entre las más recientes, en la sentencia al caso César Strawberry⁵⁹ el Tribunal Supremo condenaba basándose en la difusión pública de un mensaje cuyo contenido podría considerarse que humillaba a las víctimas o enaltecía el terrorismo, aunque se había acreditado que no hubo ánimo ofensivo y que los tuits difundidos tenían simplemente un «tono provocador, irónico y sarcástico». Por el contrario, este mismo año el Tribunal Supremo⁶⁰ anulaba otra condena por el delito de enaltecimiento del terrorismo afirmando que, en una lectura de legalidad ordinaria adecuada a las exigencias constitucionales, debía tenerse en cuenta a efectos de considerar la tipicidad de la conducta «la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado». Aunque, acto seguido, terminaba por admitir que este riesgo podía «entenderse en abstracto como “aptitud” ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en el tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas». De manera que parecía validar su comprensión como un delito de peligro abstracto. En sentido aún más radical, en la STS 706/2017, de 27 de octubre, el Tribunal Supremo admitía la condena a un tuitero sin realizar ninguna valoración del efectivo peligro que se hubiera podido producir por la difusión de sus mensajes a través de esta red social. Incluso, con cita en la propia jurisprudencia constitucional, excluía *ratione materiae* del ámbito protegido por la libertad de expresión a «la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión policia, social o cultural», los cuales consideraba que dejan de ser «una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto colaborador de la intolerancia excluyente». Un panorama que tampoco parece aclararse en instancias judiciales inferiores ni para los delitos de provocación al odio y negacionismo ni para los de enaltecimiento⁶¹.

A todo ello cabe añadir una preocupación adicional por la forma en la que tanto el Legislador como el Tribunal Supremo se están acercando al fenómeno de Internet y de las redes sociales. Los nuevos delitos de opinión previstos tras la reforma del Código penal de 2015 prevén agravantes cuando la difusión de los mensajes se realice a través de Internet⁶². Más allá, el Tribunal Supremo, por un lado, ha extendido

⁵⁸ Entre otras, cfr. SSTS n. 481/2014, de 3 de junio, 843/2014, de 4 de diciembre; 846/2015, de 30 de diciembre.

⁵⁹ STS 4/2017, de 18 de enero.

⁶⁰ STS 378/2017, de 25 de mayo.

⁶¹ En relación con los delitos de provocación al odio pueden verse SAP de Barcelona (sección 5ª) 787/2012, de 29 de junio; SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero; y SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) 107/2014, de 7 de marzo. Para un comentario a las mismas véase GASCÓN CUENCA, A., *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 173 y ss. En lo que se refiere al delito de enaltecimiento del terrorismo, véanse, entre otras muchas, SSAN 8/2016, de 26 de febrero, 9/2016, de 14 de marzo, o 12/2016, de 30 de mayo.

⁶² Así, por ejemplo, cfr. 510.3 Cp. y el art. 578.2 Cp., que ni siquiera exige que el uso de Internet implique una amplia difusión.

considerablemente la responsabilidad penal al concluir que es suficiente con retuitear para que pueda apreciarse el tipo de enaltecimiento, ya que este delito, en la lectura que hace el Supremo, no exige «que el acusado asuma como propio, razone o argumente la imagen o su mensaje, ni tampoco que sea... el que lo haya creado, basta que de un modo u otro accedan a él, y les den publicidad, expandiendo el mensaje a gran cantidad de personas»⁶³. Y, por otro lado, nuestro Alto Tribunal ha llegado a sostener que la extensión de las nuevas tecnologías «intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios». Sobre todo como consecuencia, al entender del Tribunal Supremo, de la «vocación de perpetuidad» de estos mensajes y del riesgo derivado de que su autor carezca «de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión»⁶⁴. Una doctrina que tuvo como primer exponente la STS 623/2016, de 13 de julio, y que ha consolidado con posterioridad⁶⁵, en lo que a mi juicio supone una inadecuada sobreestimación del impacto que pueden tener las redes sociales⁶⁶.

Lo cierto es que, aunque reconozcamos que los ciudadanos no pueden expresarse en las redes sociales como lo harían en la barra de un bar, al menos desde la perspectiva penal considero que hay que relativizar la importancia que se da a la frivolidad con la que se habla en las redes sociales. Además, esa genérica vocación de perpetuidad aducida por el Supremo se ve contradicha por la instantaneidad con la que funciona la comunicación digital, del mismo modo que la amplificación a la que pueden dar lugar las redes sociales es muy relativa y, desde luego, no creo que hoy por hoy pueda competir con la que siguen teniendo los medios de comunicación clásicos. De manera que este tipo de valoraciones exigen un análisis del caso en concreto muy detallado y no se puede actuar sobre apriorismos. Por ejemplo, en la última condena del Supremo el acusado tenía 121 seguidores en *twitter*.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A la luz de todo lo visto surgen a mi juicio tres preocupaciones en relación con el tratamiento que el Tribunal Constitucional y también el Supremo están dando a los discursos extremos como límites a la libertad de expresión: la primera de ellas es la *restrictiva comprensión de la libertad de expresión que están demostrando nuestros tribunales en la aplicación de delitos de opinión* tan sensibles como son los delitos de provocación al odio y de negacionismo o los de enaltecimiento del terrorismo. Al final,

⁶³ STS 706/2017, de 27 de octubre, FJ. 1º.

⁶⁴ STS 4/2017 de 18 de enero, FJ. 2.

⁶⁵ A este respecto, véanse también SSTS 820/2016, de 2 de noviembre, 984/2016, de 15 de diciembre.

⁶⁶ Sobre la libertad de expresión en Internet me remito a mis trabajos «Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital», *Fundamentos*, n. 9, 2016, pp. 215-243; y «Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 2017, n. 12, pp. 75-102. Y, en concreto sobre las redes sociales, véase BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, n. 173, 2016, pp. 55-112.

se termina por justificar castigos atendiendo a cómo *suenan* las palabras: a si un determinado mensaje parece (suena) humillante o provocador; pero no se realiza un juicio concreto (ni siquiera hipotético) del daño efectivo o del peligro cierto que se ha producido con la difusión de ese mensaje. Algo que nos acerca al viejo test del «*bad tendency*» descartado por el Tribunal Supremo norteamericano en la medida que restringía excesivamente el ámbito de la libertad de expresión al resultar demasiado vago y permitir el castigo por la pura discrepancia ideológica⁶⁷.

Es por ello que, tal y como he propuesto en otros lugares⁶⁸, habría que reconsiderar los cánones de enjuiciamiento y, a este respecto, propondría tres criterios que legitimarían excluir de protección este tipo de discursos del odio de forma compatible con un ordenamiento constitucional abierto y personalista y, por ende, con el principio del daño que exige que cualquier limitación a una libertad fundamental se justifique en la existencia de una efectiva lesión o puesta en peligro cierto de otro bien jurídico constitucional, tal y como se ha dicho anteriormente. Estos cánones serían: a) Injurias, humillación o vejación de una persona por su condición sexual, racial, o por cualquier otro aspecto discriminatorio; b) amenazas reales; c) Provocación que genere un peligro cierto e inminente de acciones prohibidas (violentas o discriminatorias). La concurrencia de los mismos debería ser valorada en concreto por los jueces y tribunales a la hora de aplicar las normas limitadoras de la libertad y, para ello, deberán atender a diferentes elementos de juicio: contenido y forma del discurso; naturaleza y fuerza del lenguaje usado; contexto general; posición o condición del emisor; capacidad para influir en terceros; objetivos del discurso e intencionalidad; medio; naturaleza de la audiencia...⁶⁹.

En segundo lugar, preocupa la *definición expansiva de la categoría del discurso del odio* a la que recurre la jurisprudencia, la cual es utilizada para justificar graves límites a la libertad de expresión sin atender, según se ha visto, a la ofensividad concreta del discurso. Eso lleva a que prácticamente cualquier discurso que «*suene*» odioso esté en riesgo de ser privado de protección constitucional y justificado su castigo. Es por ello que creo necesario trabajar en una definición más restrictiva de esta categoría, algo que hoy por hoy no se ha logrado en sede normativa pero sobre la que tampoco existe una posición doctrinal clara⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. SOTTIAUX, S., «“Bad Tendencies” in the ECtHR’s “Hate Speech” Jurisprudence», *European Constitutional Law Review*, v. 7, I, 2011, pp. 47 y ss.

⁶⁸ TERUEL LOZANO, G. M., «El discurso del odio y el discurso negacionista: ¿ejercicio de una libertad o abuso de un derecho?» en ALONSO, L. y Vázquez, V., *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, Sevilla, pp. 152-167. También puede verse de forma más desarrollada en relación con el discurso negacionista TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho*, op. cit., *passim*.

⁶⁹ Cfr. Recomendación n. 15 para la lucha contra el discurso del odio de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia y Recomendación general n. 35 del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la discriminación racial de agosto de 2013.

⁷⁰ 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*, 2017, n. 27; y «El discurso del odio y el discurso negacionista: ¿ejercicio de una libertad o abuso de un derecho?», ob. cit. Sobre esta cuestión también pueden verse los trabajos REVENGA SÁNCHEZ, M., «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», en ID. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*,

Y, en tercer lugar, en relación con el *acercamiento restrictivo hacia Internet y las redes sociales* que ha demostrado el Tribunal Supremo, me preocupa el indudable efecto disuasorio en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet que puede tener. Por mucho que sea necesaria una educación cívica en relación con el uso de las nuevas tecnologías, la vía no pueden ser condenas penales ejemplarizantes. Como ha advertido el Tribunal Supremo norteamericano en una dirección radicalmente opuesta a la mantenida por nuestro Alto Tribunal, Internet y las redes sociales constituyen el más amplio foro democrático en el que debe preservarse con particular cuidado la libertad de expresión: «la Era Digital es una revolución de proporciones históricas, que no podemos apreciar todavía en todas sus dimensiones ni en su vasto potencial... por lo que los tribunales deben de ser conscientes de que lo que digan hoy puede quedar obsoleto mañana»⁷¹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCÁCER GUIRAO, R., «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 97, 2013, p. 352

ALONSO RIMO, A., «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 4, 2010, p. 59

ALONSO RIMO, A., «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 4, 2010, pp. 64 ss.

ALONSO, L. y VÁZQUEZ, V., *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, Sevilla, 2017

ASÚA BATARRITA, A., «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n. 3, 1998, pp. 1638-1646

BENLLOCH PETT, G., «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, vol. LIV, 2001, pp. 201 ss.

BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, n. 173, 2016, pp. 55-112

Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, p. 15; y, publicado en esta misma obra, REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y racismo líquido», ob cit, pp. 51-88. Asimismo recomiendo CORTINA, A., «¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?», Conferencia impartida en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 25 de octubre de 2016. Texto accesible en: <http://www.racmyp.es/intervenciones/intervenciones.cfm?i=1563&t=t>.

⁷¹ *Packingham v. North Carolina*, de 19 de junio de 2017.

CATALÁ I BAS, A. H., *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la del Tribunal constitucional*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2002

COBO DEL ROSAL, C. (dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 1997

COBO DEL ROSAL, M. «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (coord.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Madrid/Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, 2004, pp. 103-113

CORTINA, A., «¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?», Conferencia impartida en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 25 de octubre de 2016. Texto accesible en: <http://www.racmyp.es/intervenciones/intervenciones.cfm?i=1563&t=t>.

CUERDA ARNAU, M. L., «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, n. 1757, de 5 de octubre de 1995, p. 101

DE PABLO SERRANO, A. y TAPIA BALLESTEROS, P., «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», *Diario La Ley* [en línea], n. 8911, de 30 de enero de 2017

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., *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 145 y ss.

DOLZ LAGO, M-J., «Oído a los delitos de odio (algunas cuestiones claves sobre la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015)», *Diario La Ley* [en línea], n. 8712, Sección Doctrina, 1 de marzo de 2016

HARE, I. y WEINSTEIN, J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013

LAURENZO COPELLO, L., «Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», *Libertad ideológica y Derecho a no ser discriminado. Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 1, 1996

MANTOVANI, F., «I reati di opinione», en Íd., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, p. 164

MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP», *Revista General de Derecho*, nº 664-665, 2000, p. 103

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «No todas las ideas son respetables. Racismo y nacionalsocialismo en el Estado Constitucional Democrático. Acerca de la STC 214/1991 de 11 de noviembre», *RGD*, n. 585, Valencia, 1993, p. 5795

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», *AFDUC*, n. 12, 2008, pp. 771-793
- REVENGA SÁNCHEZ, M., «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», en ID. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, p. 15 ss.
- REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 51-88.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012
- RODRÍGUEZ MOROULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997
- SOTTIAUX, S., «“Bad Tendencies” in the ECtHR’s “Hate Speech” Jurisprudence», *European Constitutional Law Review*, v. 7, I, 2011, pp. 47 y ss
- 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*, 2017, n. 27
- TERUEL LOZANO, G. M., «El discurso del odio y el discurso negacionista: ¿ejercicio de una libertad o abuso de un derecho?» en ALONSO, L. y Vázquez, V., *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, Sevilla, pp. 152-167
- 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*, n. 4, 2015, 51 p.
- TERUEL LOZANO, G. M., «Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 2017, n. 12, pp. 75-102
- TERUEL LOZANO, G. M., «Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital», *Fundamentos*, n. 9, 2016, pp. 215-243
- TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho: una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid, 2015
- VIVES ANTÓN, T.S., *et alii*, *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008