

El “Discurso del Odio” Como Límite a la Libertad de Expresión en Europa

Hate Speech as a Limit to Freedom of Expression in Europe

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

Juez Holmes: “debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos” (Abrams v. US 250 US 616 (1919)).

RESUMEN: La libertad de expresión ocupa una posición central y preferente en todo Estado democrático. Sin embargo, no cabe aceptar un uso abusivo de la misma, que suponga un menoscabo injustificado de otros derechos, intereses y principios con los que frecuentemente entra en conflicto. Así, el llamado discurso del odio se ha configurado en las últimas décadas en límite difuso e indeterminado al desarrollo de la libertad de expresión, asociándose a la dignidad, el honor y la consideración igual que merecen las personas y los colectivos en los que éstas se integran. Así, ha de convenirse en que para calificar un acto comunicativo como “discurso del odio”, de acuerdo con los estándares internacionales, ha de presentar dos notas distintivas: primero, que suponga una incitación directa a la violencia o la discriminación; y, segundo, que se dirija contra los ciudadanos en general o contra determinadas minorías en razón de su raza, religión, orientación sexual o cualquier otro rasgo considerado relevante, en particular. No obstante, de forma harto cuestionable, una versión injustificadamente extensa del discurso del odio se ha incorporado a los códigos penales de la mayoría de Estados de la Unión Europea. Por medio de una serie de tipos penales específicos, la mayor parte de los cuales muestran una endeble justificación constitucional. Mediante los mismos se criminaliza favorecer o promover un posible ambiente de violencia, hostilidad u odio, genéricamente perturbador de la “paz y la tranquilidad públicas”, cuando, en realidad, debería exigirse que concurriera una relación causal directa entre las acciones consistentes en humillar, amenazar o provocar, con el peligro cierto e inminente de cometer actos ilícitos contra bienes jurídicos bien definidos, merecedores de la máxima protección constitucional, como son la integridad y la igualdad, por medio de la violencia o la discriminación, contra las personas y los grupos en los que éstas se integran. Si no es así, se corre con ello el riesgo de crear nuevas formas de censura, que lleguen a vaciar de contenido a la libertad de expresión, y, por tanto, al modelo de Estado constitucional que conocemos.

ABSTRACT: Freedom of expression occupies a central and preferential position in every democratic state. However, abuse of that freedom, which implies an unjustified impairment of other rights, interests and principles with which it frequently conflicts, cannot be accepted. Thus, the so-called “hate speech” has been configured in the last decades in a diffuse and indeterminate limit to the extension of freedom of expression, associating itself with the dignity, honor and equal consideration

that deserve the people and the groups in which they are integrated. So, it must be agreed that in order to qualify a communicative or symbolic act as a “hate speech”, according to international standards, it has to present two distinctive notes: first, that it must be a direct incitement to violence or discrimination; and, secondly, that it should be directed against citizens in general or against certain minorities because of their race, religion, sexual orientation or any other feature considered relevant in particular. But, in an extremely questionable way, an unjustifiably extensive version of “hate speech” has been incorporated into the criminal codes of most European States. By means of a series of specific penal offences, most of which show a flimsy constitutional justification, is punished to favor or to promote a possible environment of violence, hostility or hatred, disturbing the “public peace and tranquility”. Rather, a direct causal relationship should be required between actions consisting in humiliating, threatening or provoking individuals and groups in which they are integrated, with the certain and imminent danger of committing unlawful acts against well-defined legal interests, such as integrity and equality, through violence or discrimination. If this is not the case, there is a risk of creating new forms of censorship, which will deprive the freedom of expression of content and, therefore, weakening the model of constitutional state we know.

PALABRAS CLAVE: democracia; libertad de expresión; abuso de derecho; dignidad humana; discurso del odio; delitos de odio.

KEYWORDS: Democracy; freedom of expression; abuse of rights; human dignity; hate speech; hate crimes.

SUMARIO: 1 Los límites a la libertad de expresión; 2 El discurso del odio; 3 Los delitos de odio; 4 Conclusiones.

1 LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Creo que no es necesario encarecer la importancia capital que adquiere la libertad de expresión como pilar fundamental de una sociedad y un Estado democráticos. Por ello, ya los padres de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, la calificaban como “*uno de los derechos más preciosos del hombre*”. Y es que no sólo protege, en su sentido más estricto, la emisión de juicios y valoraciones de carácter personal y subjetivo, esto es, pensamientos, convicciones y opiniones; sino que, trasciende al interés meramente personal, dada la sobresaliente dimensión objetiva e institucional que presenta: no en vano, la misma constituye la garantía de la existencia de una opinión pública libre, vinculándose, de forma inextricable, al pluralismo político¹. Sin ella,

1 Cfr., porto dos, H. ARENDT, *The Human Condition*, Chicago, The University of Chicago Press, 1958 (Trad. Esp., Barcelona, Paidós, 1993, y J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, (1962) Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990.(Trad. Esp., Barcelona, G. Gili, 1991),

ciertamente, “las instituciones representativas serían pura forma, falseándose el principio de legitimidad democrática”².

Eso explica por qué la doctrina norteamericana de la “posición preferente”³, hoy asumida por los tribunales de justicia de todo el mundo, ha hecho hincapié en su extraordinario relieve, atribuyéndole así, “a priori”, una preeminencia con respecto a cualquier otro derecho, interés o bien jurídico protegido con el que eventualmente colisione. Se impone, de ese modo, la exigencia de “una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio”. De forma que cuando dicha libertad “entre en conflicto con otros derechos fundamentales u otros intereses de significativa importancia social y política (incluso respaldados por la legislación penal), las restricciones deberán interpretarse de modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado”⁴. En todo caso, la controversia se resolverá atendiendo a las circunstancias del caso concreto, a través de un juicio de ponderación, basado en el principio de proporcionalidad⁵, que habrá de tener muy presente, a esos efectos, la relevancia o interés público que pueda revestir, ya el contenido del mensaje emitido, apreciado objetivamente, ya la condición que muestren los sujetos activo o pasivo del mismo, en relación a la actividad que desarrollen.

En todo caso, la libertad de expresión, en sentido estricto, faculta a su titular para expresar y difundir “*mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción*”⁶, juicios de valor u opiniones, no susceptibles de ser sometidos a la prueba de la verdad o a la diligencia de su averiguación⁷. Su diferencia con respecto a la libertad de información estriba, por tanto, en que este otro derecho, estrechamente relacionado con aquél, tiene por objeto el relato de unos hechos pretendidamente veraces y, en tanto que tales, comprobables⁸. Aun así, cuando ambas libertades se confunden, como sucede con frecuencia, en situaciones en las que resulta imposible realizar un examen separado de las mismas, se atenderá al “valor preponderante

2 Sentencias del Tribunal Constitucional del Reino de España nº 104/1986, Fundamento Jurídico 5º, 199/1987, F. J. 12º, 51/1989, F. J. 3º, 29/1990, F. J. 2º y 235/2007, F. J. 4º.

3 La misma alcanza definición jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Caso The New York Times Company v. L. B. Sullivan* (376 U.S. 254 1964).

4 STC 20/1994, F. J. 4º.

5 La práctica judicial del llamado “juicio de ponderación” se ha irradiado desde el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos a los tribunales de los Estados signatarios del Convenio de Roma. Su origen se encuentra en la doctrina acuñada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos acerca del “equilibrio de intereses” (“balancing of interests”). Cfr., sobre sus orígenes, P. BACHRACH, “The Supreme Court, Civil Liberties and the Balance of Interest Doctrine”, en *The Western Political Quarterly*, Vol. 14, nº 2, 1961, pp. 391-399.

6 Art. 20.1 a) de la Constitución española.

7 SSTC 6/1988 F. J. 3º y 9/2007, F. J. 4º.

8 STS 864/1990, Sala 1ª, F. J. 1º.

del discurso”, a los efectos de determinar cuál prevalece, extendiendo su régimen jurídico a la totalidad de aquél⁹.

Sin embargo, por muy asentada y difundida que se halle una interpretación extensiva del derecho, lo cierto es que la libertad de expresión se encuentra hoy en entredicho en Occidente (y no sólo en el resto del mundo, donde siempre lo ha estado). De modo que, si antaño la misma se veía amenazada por la censura, esto es, por la prohibición previa al ejercicio de este derecho; hoy, en cambio, el problema reside, más bien, en la voluntad de limitar algunas de sus manifestaciones. Viene así a insistirse en que, como sucede con todo derecho fundamental, la libertad de expresión ha de conocer frenos, en aras de garantizar principios fundamentales del ordenamiento jurídico: derechos, bienes e intereses, asimismo, protegidos, con los que entra, a veces, en conflicto¹⁰.

Ciertamente, en Europa, ninguna Constitución ampara un pretendido “derecho al insulto”¹¹, esto es, la inclusión de expresiones vejatorias, de todo punto innecesarias para la emisión del contenido del mensaje, que expresen un ánimo decidido de injuriar o calumniar a su destinatario, ya sea como individuo, ya en tanto que miembro de un colectivo, afectando negativamente a su derecho al honor¹². Mas no todo comentario crítico, mordaz, molesto o desafortunado ha de someterse a restricciones legítimas. Es, pues, preciso, determinar, conforme a criterios objetivos, qué expresiones desbordan el recto ejercicio del derecho, lesionando injustificadamente otras libertades o bienes jurídicos merecedores de protección.

Pero, en todo caso, la doctrina de la posición preferente respalda y garantiza la manifestación de opiniones que pueden conllevar la crítica, a veces manifestada desabridamente, causante del enfado o enojo del que la recibe. Así lo ampara la jurisprudencia constitucional¹³ y, en el ámbito del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, a

9 STC 9/2007, F. J. 4º.

10 Bien distinto es lo que sucede en los Estados Unidos de América donde prevalece, sin parangón alguno en el Derecho comparado, una concepción absoluta de la libertad de expresión, derivada de la interpretación que el Tribunal Supremo de aquél país ha realizado, hasta el presente, de la *Primera Enmienda*, cuyo tenor literal dispone: “*El Congreso no elaborará ninguna ley... que restrinja la libertad de expresión*”. Así, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Second Edition, New York, Foundation Press, 1988, págs. 785 y ss.

11 SSTC 49/2001, de 26 de febrero, F. J. 2º y 108/2008, de 22 de septiembre, F. J. 2º. Por el contrario, la doctrina norteamericana considera tolerables los discursos ofensivos e indignantes, al entender que ha de permitirse la existencia de un adecuado “espacio de actuación” (“breathing space”) a las libertades protegidas en la Primera Enmienda. Cfr., la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el caso *Snyder v Phelps*, 131 S.Ct. 1207 (2011), que convalida la constitucionalidad de la expresión de manifestaciones homofóbicas.

12 SSTC 105/1990, F. J. 6º y 177/2015, F. J. 2º, letra c.

13 SSTC 177/2015, F. J. 2º y 226/2016, F. J. 5º, letra b.

través de las sentencias referidas, entre otros, a los *Asuntos Handyside*¹⁴, *Castells*¹⁵ o *Çetin*¹⁶, pronunciamientos éstos que, en última instancia, han hecho hincapié en la necesidad de salvaguardar el pluralismo, la tolerancia, el progreso y el espíritu de apertura, valores y principios éstos sin los cuales no existiría ni la sociedad, ni el modelo de Estado constitucional que conocemos.

No obstante lo indicado, el propio Tribunal de Estrasburgo ha abierto una puerta a la aplicación de su doctrina, tantas veces controvertida, acerca del margen de apreciación con que cuentan los Estados acerca de la determinación última del alcance que ha de poseerla libertad de referencia. De ese modo, viene a reconocerles a las autoridades nacionales una considerable discrecionalidad para fijar sus límites, alegando su mayor proximidad a las necesidades sociales y su mejor aptitud para apreciar los demás bienes e intereses concurrentes a proteger. No obstante, esa discrecionalidad no deberá desvirtuar los elementos esenciales y característicos, que hacen identificable al derecho¹⁷.

Se demuestra así cómo, a pesar de prestar una amplísima protección a la libertad de expresión, a través de una legislación y una jurisprudencia especialmente deferentes con la misma, la traumática historia europea del siglo XX, tan abundante en aberraciones sistemática y masivamente cometidas, fundamentalmente, contra la vida y la integridad física y moral de las personas, condujo a la mayoría de los Estados del continente a entender que ningún derecho o libertad, por relevante que se considere, puede tener una consideración absoluta o ilimitada, sino que debe acompañarse de restricciones a los efectos de evitar su utilización como instrumento destinado a subvertir el orden político establecido¹⁸. Por esa razón, en la mayoría de las nuevas Constituciones de dichos Estados se convirtió al *principio de la dignidad humana*, no sólo en la base o el presupuesto de los derechos y libertades que le son inherentes, sino en “el fundamento del orden político y la paz social”¹⁹. De acuerdo con ese entendimiento, se pasó a considerar un atentado contra dicho principio el uso exorbitante

14 STEDH, *asunto Handyside v Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, en relación a la violación del art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, de 1950.

15 STEDH, *asunto Castells v Reino de España*, de 23 de abril de 1992.

16 STEDH, *asunto Çetin v República de Turquía*, de 13 de febrero de 2003.

17 STEDH, *asunto Wabl v República de Austria*, de 21 de marzo de 2000.

18 P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, G. Giappichelli, 1997, págs. 14 y ss.

19 Al respecto, cfr., R. CHUECA RODRÍGUEZ (Dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015. También, J. M^º PORRAS RAMÍREZ, “Significado y alcance de la apelación al principio constitucional de la dignidad de la persona en España”, en *Direito Público, Revista del Instituto Brasiliense de Direito Público*, nº 75, 2017, págs. 218-237.

o desmedido de ciertos derechos, que fuera en menoscabo injustificado, bien de otras libertades, bien de los principios sobre los que se asienta el Estado constitucional. Se explica así por qué, más allá de las restricciones específicas que suelen acompañar a la libertad de expresión, entre las que sobresale el deber de respeto del derecho al honor de las personas y de los colectivos en los que éstas se integran²⁰, el art. 17 del Convenio de Roma introdujo, de forma expresa, la cláusula del *abuso de derecho*, para impedir que los enemigos de la democracia constitucional pudieran servirse de esa libertad de cualquier otro derecho reconocido para desestabilizarla o destruirla.

Además, algunos de esos Estados han decidido establecer un modelo de *“democracia militante”*²¹, combativa de sus enemigos, que lo son, en puridad, de las condiciones políticas y sociales que permiten el desarrollo del propio modelo de Estado constitucional, trabajosamente conquistado por aquéllos. Se aspira, de ese modo, a evitar el regreso de los totalitarismos, preservando el libre funcionamiento de las instituciones democráticas, condición ésta necesaria para la salvaguardia y aplicación de los derechos humanos²².

De ese modo, la cláusula que contempla el abuso de derecho ha sido invocada por el Tribunal de Estrasburgo, de forma cada vez más frecuente y polémica, para excluir del ámbito de protección que ofrece la libertad de expresión aquellas manifestaciones aparentes de la misma, que son susceptibles de ser consideradas, a su juicio, parte integrante de la versión más grave y extrema del denominado *“discurso del odio”* (*“hatespeech”*)²³.

20 El art. 10.2 CEDH determina: “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”. Por su parte, la Constitución española dispone, en su art. 20.4, como límites expuestos: el respeto a los derechos reconocidos y, especialmente, los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, y la protección de la juventud y la infancia. En relación a la protección del honor de un colectivo difamado, como el judío, víctima del Holocausto, vinculándola al principio de la dignidad humana, vid., la STEDH, *asunto X v. República Federal de Alemania*, de 16 de julio de 1982; y en España, las SSTC 214/1991 y 176/1995.

21 Acerca del modelo alemán de *“democracia militante”* (*“streitbare Demokratie”*), hoy en proceso de extensión a toda Europa, a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos cfr., H. DENNINGER, “Der Schutz der Verfassung”. En E. BENDA, W. MAIHOFER, H. J. VOGEL und K. HESSE (Hrsg.), *“Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik”* Deutschland, Berlin, W. De Gruyter & Co., 1996, págs. 89-123.

22 J. GARCÍA ROCA, “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia”, en J. GARCÍA ROCA y P. SANTAOLAYA MACHETTI (Coords.), *“La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos”* (2005), Tercera edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, págs. 728 y ss.

23 R. ALCACER GUIRAO, “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013, págs. 309-341; en especial, págs. 317 y ss.

2 EL DISCURSO DEL ODI

Esta locución, hoy habitualmente empleada, hace referencia, según el Consejo de Europa, a *“toda expresión que propague, incite, promueva o justifique el desprecio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la manifestada en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, (y suponga) la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”*²⁴.

Por medio de tal definición viene a reconocerse el hecho de que, en la moderna “sociedad de la información y del conocimiento” y, en particular, en la llamada “sociedad digital”²⁵, proliferan, hoy, las expresiones y demás actos comunicativos por medio de las cuales se ataca o incita directamente a la violencia o a la discriminación contra las personas, en tanto que miembros de un colectivo, por razón de su raza, ideología, orientación sexual, creencias religiosas o cualquier otro motivo considerado relevante²⁶. Ante la extensión creciente de ese fenómeno, orientado, en su grado más intenso, “a la destrucción de los derechos y libertades plasmados en el Convenio o a su limitación”²⁷, la pregunta que sobreviene al legislador no es otra que la siguiente: ¿deben reprimirse estos discursos o hay que considerarlos amparados por la libertad de expresión? Y convenida la respuesta afirmativa para sus manifestaciones más lesivas y extremas, ¿hemos de considerar justificada la creación específica de tipos penales para castigar esas conductas, tal y como comienza a apreciarse en toda Europa?

En primer lugar, en aras de delimitar las conductas que se consideran antijurídicas, ha de convenirse en que no debe sancionarse la ideología de una persona que alberga o contiene en su doctrina ese mensaje de odio, pues “los pensamientos no delinquen”; sino, en todo caso, a lo sumo, ciertas manifestaciones externas de aquélla, consideradas especialmente graves, que suponen un uso abusivo de la libertad de expresión, encuadrándose objetivamente en el llamado “hate speech”, que agrupa una serie de

24 Recomendación R(97), 20, del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, “sobre el discurso del odio”.

25 M. CASTELLS OLIVÁN, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

26 SSTEDH asunto *Gündüz v. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003 y asunto *Erbakan v. Turquía*, de 6 de julio de 2006.

27 Principio nº 4 de la Recomendación citada supra. Cfr., asimismo, la Recomendación nº 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, “relativa a las legislaciones nacionales de lucha contra el racismo”, de 2002, y la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria nº 1805, de 29 de junio de 2007, “sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio por razón de religión”.

conductas o actos, tanto simbólicos como expresivos, directamente incitadores de la agresión o el rechazo, e incluso, si cabe, la exclusión social o política de las personas o los colectivos en los que éstas se integran, por razón de su etnia, creencias, orientación sexual, condición física o cualquier otra cualidad considerada objetivamente estimable²⁸.

Son conductas que tienen al odio como elemento caracterizador común. Mediante las mismas se transmite un sentimiento profundo e intenso de aversión o repulsa al destinatario del mensaje, habitualmente perteneciente a una minoría étnica o cultural. Y, además, por medio del mismo, se incita directamente a la violencia contra las personas o colectivos en los que éstas se integran, fomentándose el menosprecio de su dignidad como seres humanos, y la creación de un ambiente favorable a promover su discriminación, daño o destrucción²⁹.

Al apreciar este movimiento creciente, alentado, tanto por el fenómeno contemporáneo de la inmigración, propio de la globalización, el cual ha tornado a las sociedades europeas crecientemente multiculturales y diversas, como por las periódicas crisis económicas, que engrosan el número de los excluidos por razón de su depauperada posición social y económica, los Estados parecen ser víctimas de la, llamada por K. POPPER, "*paradoja de la tolerancia*", pues deben resolver si permiten la propagación de ideas y actitudes contrarias a la democracia y el Estado de derecho, adoptando una postura intolerante contra el intolerante, que supone el sacrificio de uno de los valores que definen a la propia democracia³⁰.

Ante esa tesitura, que lleva al Estado a abdicar, en determinados supuestos excepcionales, de su inicial deber de neutralidad ideológica³¹, se impone definir qué actitudes, conductas o expresiones atentan efectivamente contra el honor, la dignidad humana, la seguridad y la igualdad de las personas, en tanto que miembros de un colectivo o minoría, claramente definido, mereciendo calificarse, en consecuencia, como "discursos de odio", a fin de castigarlos penalmente³².

28 Voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 177/2015, de 22 de Julio.

29 S. SOTTIAUX, "Bad Tendencies in the ECtHR's Hate Speech Jurisprudence", en *European Constitutional Law Review*, Vol. 7, nº 1, 2011, págs. 40-63.

30 K. POPPER, *The Open Society and its Enemies* (1945) (Trad. Esp., Barcelona, Paidós, 2010, pág. 512).

31 Lo que los norteamericanos llaman "view point neutrality" por parte del Estado. Así, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., pág. 812.

32 Y. ESQUIVEL ALONSO, "El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 35, 2016, págs. 3-44; en especial, pág. 8 y ss.

En este sentido, diversos acuerdos internacionales han promovido el rechazo expreso de ciertos comportamientos considerados muy graves. Así, el art. V de la *Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 1948, impone a los Estados firmantes la introducción de sanciones eficaces en relación a “la instigación directa y pública” de la comisión de aquél. A su vez, el art. 4 del *Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, de 1965, condena cualquier propaganda inspirada en la superioridad racial o que pretenda justificar o promover el odio y la discriminación racial, por lo que los Estados firmantes deberán comprometerse a declarar como acto punible la difusión de ideas basadas en la superioridad y el odio racial, o la incitación a la discriminación o a la violencia por motivos raciales. Y, asimismo, el art. 20.2 del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, de 1966, señala que “toda apología del odio nacional, racial y religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley”.

En el ámbito del Consejo de Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha insistido en el rechazo del discurso xenófobo y extremista, al tiempo que ha reiterado, particularmente, la condena de la negación del genocidio nazi al pueblo judío. Y lo ha hecho partiendo de la asunción de un concepto de democracia militante, como reacción a los totalitarismos que habían asolado previamente al continente europeo. Así, en la polémica sentencia referida al *Asunto Féret v Bélgica*³³, rebaja considerablemente el grado de protección atribuido, con carácter general, a la libertad de expresión, en su proyección en el ámbito político, al exigir a los participantes en un proceso electoral contención en sus expresiones públicas a fin de evitar el uso de un discurso racista o xenófobo, promotor de la discriminación y propenso a la utilización de expresiones vejatorias y humillantes, que lleguen a “suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno, pudiendo minar la confianza en las instituciones democráticas”. De ese modo, dicha sentencia vino a confirmar el castigo al presidente de un partido político de extrema derecha que había publicado, en el curso de una campaña electoral, pasquines en los que se pedía la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica, empleando un lenguaje que incitaba claramente a la discriminación y al odio racial, lo que, a juicio del Tribunal, constituye “un peligro para la paz social y la estabilidad política en el Estado democrático”³⁴.

33 STEDH, *asunto Féret v Reino de Bélgica*, de 16 de julio de 2009.

34 Valora los excesos en que incurre dicha sentencia R. ALCACER GUIRAO, “Víctimas y disidentes. El discurso del odio en Estados Unidos y Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 103, 2015, págs. 45-86; en especial, págs. 55-56.

Desde una misma perspectiva, el Tribunal de Estrasburgo se ha mostrado consciente, valorando la reciente experiencia histórica europea, de las trágicas consecuencias que se derivan de un ejercicio irrestricto de la libertad de expresión, vinculado a la tradición constitucional norteamericana. Por ello, insiste, entre otras, en la sentencia referida al *asunto Vedjeland y otros v. Suecia*, en que “los autores de expresiones de odio no han de ser vistos como meros disidentes políticos, sino como sujetos que buscan aplicar una ideología racista que en el pasado provocó la muerte de millones de personas”. De ahí que concluya afirmando que “no es necesario esperar a que el discurso del odio constituya un peligro real e inminente en la sociedad democrática” para reprimirlas diversas manifestaciones del mismo³⁵. De ese modo, se pone el acento en el contenido del mensaje, más que en sus efectos o consecuencias concretas y actuales. Se adopta así, cuestionablemente, el “criterio del peligro potencial”, abstracto y genérico, al venir a afirmarse que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a la realización de un acto delictivo para ser sancionada, apreciación ésta que ha sido llevada hasta el extremo en relación a la negación del Holocausto³⁶.

A la postre, la asunción de una interpretación extensiva de la cláusula excepcional del abuso de derecho, en relación a la apreciación de las diversas manifestaciones del discurso del odio, ha supuesto el abandono de la prudente condición de *ultima ratio* que se atribuía originariamente a la aplicación de la misma. Ello ha implicado la preterición, si no, a menudo, el abandono, del prudente criterio conforme al cual se ponderaba la libertad de expresión con los límites expresos que incorporaba el reconocimiento del propio derecho. De ese modo, al convertir en ordinaria una práctica que debiera ser, en todo caso, extraordinaria, por parte del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, se ha venido a condicionar la política criminal promovida por la Unión Europea³⁷.

3 LOS DELITOS DE ODIO

Conforme a ese común entendimiento, hoy, todos los Estados de la Unión Europea han modificado sus respectivos Códigos Penales para incorporar los llamados “delitos de odio”, los cuales, habida cuenta de los excesos en los que, a menudo, se incurre en orden a su tipificación, han merecido la crítica mayoritaria de la doctrina científica. La regulación de estos delitos responde a la necesidad de acoger la *Decisión Marco de*

35 STEDH, *asunto Vedjeland y otros v. Reino de Suecia*, de 9 de febrero de 2012.

36 STEDH, *asunto Garaudy v. República Francesa*, de 24 de junio de 2003.

37 R. ALCACER GUIRAO, “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia...”, op. cit., págs. 334-336.

la Unión Europea 2008/913/JAI, del Consejo, “relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho Penal”, que auspicia la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia³⁸.

Así, dicha directriz insta, en primer lugar, al castigo de conductas como “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”. Se solicita así la sanción de las expresiones denigratorias o ultrajantes hacia los miembros de un colectivo concreto, dotado de una neta y consistente personalidad, en atención a cierto rasgo dominante que le otorga estructura y cohesión, al que se pretende estigmatizar por motivaciones étnicas, religiosas, ideológicas, de orientación sexual, origen nacional o cualquier otro factor o circunstancia considerada relevante. Al tiempo, se pide castigarla distribución y posesión de material racista o xenófobo, y la utilización de simbología fascista y nazi. Y, en segundo lugar, se reclama la tipificación de la “apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, contra la humanidad, y de guerra”. Mas, como ha señalado la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aun existiendo estos criterios comunes, “cada país responde a los delitos de odio en una dirección determinada”, condicionado por su historia propia y sus necesidades presentes, razón por la que, a pesar de los esfuerzos realizados, “no existe una única definición legal o social... en Europa” de los mismos³⁹.

De ese modo, aun habiendo asumido España una concepción de tales delitos análoga a la seguida por los Estados de su entorno⁴⁰, presenta una diferencia esencial en relación a la tipificación de algunos de ellos. Se debe, en última instancia, a que su Constitución no ha incorporado la idea de “democracia militante”, la cual impone, no ya el respeto, sino “la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución” por parte de todos sus ciudadanos o nacionales. Por el contrario, como ha subrayado el Tribunal Constitucional, “nuestro ordenamiento se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en ra-

38 Vid., con carácter previo a la misma, la *Acción Común de la Unión Europea*, de 15 de julio de 1996, contra el racismo y la xenofobia.

39 Cfr., el documento de la European Union Agency for Fundamental Rights, “*Hate Crimes in the European Union*”, de noviembre de 2012, y los documentos posteriores asociados al mismo.

40 A. GASCÓN CUENCA, “*El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*”, Pamplona, Aranzadi, 2016, pássim.

zón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional⁴¹. De lo que se deduce, potencialmente, la admisibilidad del discurso antidemocrático, ya que “la Constitución protege también a quienes la niegan⁴². Consecuentemente, “la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquéllas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”. En consecuencia, aquél deberá mostrarse tolerante con las ideologías intolerantes, no debiendo interferir en la mera circulación pública de las ideas o doctrinas⁴³.

Así, el Tribunal Constitucional español ha establecido una excepción significativa: la que ha supuesto, en relación al delito de genocidio, la declaración de inconstitucionalidad de las conductas que supongan una negación del mismo, resolución que no alcanza, manteniéndolas así tipificadas, las conductas justificadoras del mismo. Y así lo ha decidido, al venir a considerar que el castigo de aquéllas afecta negativamente al contenido esencial de la libertad de expresión. No en vano, el precepto penal declarado nulo proscribía la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen la existencia de hechos calificados de genocidio. Viene así a subrayarse que el referido derecho fundamental protege también aquellas opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos “que por muy erróneas o infundadas que resulten, si no suponen un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos, deben ser permitidas en una sociedad como la española, que está basada en un Estado social y democrático de Derecho⁴⁴.”

Aun así, acogiendo el rechazo general y, por lo que se advierte, creciente, del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos al discurso del odio, el Tribunal Constitucional ha considerado que el principio de la dignidad humana se erige en claro límite al ejercicio de la libertad de expresión. Por tal razón ha juzgado que las conductas que, por medio de expresiones innecesariamente ultrajantes u ofensivas, manifiestan el deliberado ánimo de incitar directamente a la violencia, la discriminación o que muestran un comportamiento amenazante, despectivo, degradante, humillante, vejatorio o intimidatorio hacia miembros de determinados colectivos, identificables en atención a su circunstancia personal, étnica o social, han de reputarse privadas de la protección constitucional que

41 STC 48/2003, de 12 de marzo, F. J. 7º.

42 STC 176/1995, de 11 de diciembre, F. J. 2º.

43 STC 235/2007, de 7 de noviembre, F. J. 4º.

44 STC 235/2007, de 7 de noviembre F. J. 3º.

ofrece la libertad de expresión. De ahí que se consideren inaceptables y, en tanto que tales, merecedoras de reproche penal, ya que lesionan o ponen en peligro inmediato derechos o intereses individuales o grupales, dotados de relevancia constitucional, al tiempo que no contribuyen al fin último al que toda manifestación de las ideas debe conducir: la libre discusión de las mismas y la consiguiente formación de una opinión pública libre⁴⁵. Mas, por el contrario, aquéllas otras que tengan un fin legítimo, al pretender contribuir al debate sobre un asunto controvertido, de carácter público, aunque sea empleando un lenguaje virulento, provocativo u hostil hacia el colectivo señalado, deberán estimarse inequívocamente amparadas por la garantía constitucional de la libertad de expresión⁴⁶.

En consecuencia, yendo más allá del caso concreto, el Tribunal Constitucional ha precisado los elementos que deben concurrir en un delito de odio, estableciendo los límites constitucionales que restringen el margen de autodeterminación del legislador; y de valoración por parte del juez o tribunal de justicia. Así, el máximo intérprete de la Constitución ha determinado que dicho legislador no puede castigar todo tipo de conductas ofensivas contra aquél que se sienta identificado con un colectivo execrado, las cuales deben considerarse, en principio, amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión⁴⁷; sino sólo aquéllas que inciten, expresa, concreta y directamente, a la violencia y la discriminación y, por tanto, no lo hagan de un modo genérico, abstracto e indiferenciado⁴⁸.

No cabe justificar, por tanto, un adelanto de las barreras de punición, pues eso iría en contra del principio de intervención mínima que es inherente

45 SSTC 136/1999, de 20 de julio, F. J. 14º y 235/2007, de 7 de noviembre, F. J. 9º. Vid., al respecto, G. TERUEL LOZANO, "La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, págs. 297 y ss.

46 Así, STEDH *asunto Otegi Mondragón v. Reino de España*, de 15 de marzo de 2011. Vid., al respecto, R. ALCÁCER GUIRAO, "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14-02, 2012, págs. 1-32; en especial, pág. 16.

47 J. Mª BILBAO UBILLOS, "La negación de un genocidio no es una conducta punible. Comentario de la STC 235/2007", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85/2009, págs. 299-352. También, A. GASCÓN CUENCA, "Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 26, 2012, págs. 310-340; en especial, pág. 318.

48 Dicho pronunciamiento, contenido en la STC 235/2007, F. J. 9º, el cual tiene muy presente el concepto de provocación que se expresa en el art. 18 del Código Penal, se inspira así, claramente, en última instancia, en el célebre voto particular del juez Holmes a la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el *asunto Schrenk v United States (249 U.S. 47(1919))*, asumida posteriormente en la sentencia *Brandenburg v. Ohio (395 U.S. 444 (1969))*, resoluciones ambas que expresan la doctrina del "directincitement to clear and present danger", para justificar, únicamente en tales supuestos excepcionales, la restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión por parte de los poderes públicos. Vid., al respecto, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., págs. 856 y ss. También, A. ARIAS CASTAÑO, "El discurso del odio en el espacio público: una visión desde la doctrina norteamericana del clear and present danger", en B. ALÁEZ CORRAL (coord.), "Conflictos de derechos fundamentales en el espacio público", Madrid, Marcial Pons, 2017, págs. 149-176.

al Derecho penal. Particularmente, no debería sancionarse, a través del *delito de provocación al odio*, efectuando así un juicio de peligrosidad abstracta, la mera generación de un clima psicológico, propicio a crear situaciones violentas u hostiles que comprometan la tranquilidad de grupos especialmente vulnerables. Más bien, debería exigirse la concurrencia de un nexo o relación de causalidad entre la conducta realizada y un atentado efectivo contra bienes jurídicos concretos, expresamente protegidos, al instigar la realización de delitos contra las personas; o incitar directamente a la violencia o la discriminación de aquéllas en razón a su adscripción, supuesta o real, a los colectivos en los que se integran⁴⁹.

Y es que no toda conducta que intente generar odio, a través de la opinión, por rechazable éticamente que ésta resulte, debería ser punible, a fin de no interferir en el ámbito constitucional de la libertad de expresión. Por tanto, la mera provocación al odio no debería ser castigada, a menos que la conducta tipificada constituya una incitación directa y previsible a la realización inminente de actos violentos o discriminatorios, de carácter delictivo, contra miembros de un determinado grupo minoritario⁵⁰.

Sin embargo, los Códigos Penales europeos han ido demasiado lejos. Y han sancionado meras expresiones de odio u hostilidad, lo que es de por sí criticable. De tal modo, las modalidades delictivas de *provocación al odio*, *la hostilidad*, *la discriminación o a la violencia*, recogidas en el art. 510 del Código Penal español, establecen una regulación injustificadamente abierta e indeterminada que permite, en potencia, prohibir opiniones políticas disidentes, en contradicción abierta con la significación que alcanza el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión⁵¹. Es por ello por lo que se considera, desde la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, que el legislador debería concretar y restringir el ámbito de lo prohibido a la incitación, por motivos racistas, xenófobos, ideológicos, religiosos o de cualquier otra índole, para realizar conductas, en relación con personas

49 G. M. TERUEL LOZANO, "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", en *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4/2015, en www.indret.com, págs. 1-51; en especial, págs. 19-25.

50 Así, G. PORTILLA CONTRERAS, "La represión penal del discurso del odio", en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *"Comentario a la Reforma Penal de 2015"*, Pamplona, Aranzadi, 2015, págs. 717-739; en especial, pág. 737.

51 Tras la Reforma de 2015, el art. 510.1 del Código Penal dispone: "Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis meses a doce meses: a) "Los que públicamente fomenten, promuevan, 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 aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de su miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad".

pertenecientes a grupos sociales vulnerables, bien definidos, de las que se derive la lesión cierta y concreta de bienes jurídicos merecedores de la máxima protección⁵².

Por su parte, es también de lamentar que, en relación al castigo de la *producción, distribución y difusión de toda clase de material* potencialmente idóneo *para el fomento o promoción del odio, la hostilidad, la violencia o la discriminación* contra determinados colectivos⁵³, se venga a castigar la realización de simples actos preparatorios, que no llegan a generar, por sí mismos, actos de violencia o exclusión, circunstancia ésta que fundamenta el juicio acerca de su más que probable inconstitucionalidad⁵⁴.

A su vez, el *delito de negación, trivialización o enaltecimiento del delito de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*⁵⁵, ha sido concebido como figura de peligro abstracto, potencial o hipotético. De ahí las justificadas críticas que el mismo ha merecido. Y es que sólo deberían considerarse delictivas aquellas conductas que, yendo más allá de la mera opinión, promuevan o favorezcan la creación de una situación de peligro cierto e inminente de generar una actuación violenta o discriminatoria contra los miembros de un colectivo determinado; y no, tal que ahora, una implícita y difusa afectación de la tranquilidad, el orden o la paz pública. Por tanto, de acuerdo con la actual regulación, se viene a otorgar, cuestionablemente, reproche penal a la creación de un etéreo “clima de hostilidad”, que el juez se ve obligado a

52 J.M. LANDA GOROSTIZA, “*La intervención penal frente a la xenofobia*”, Universidad del País Vasco, 2000, págs. 338 y ss. También, S. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 12, 2014, págs. 165-232.

53 El art. 510.1 b) CP. se refiere a: “Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan, vendan escritos o cualquier otra clase de materia o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente el 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”.

54 G. M. TERUEL LOZANO, “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio...”, op. cit., págs. 33-34.

55 El art. 510.1 c) C.P. se refiere a los que: “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”.

valorar, apreciando las circunstancias del caso concreto, en tanto que posible desencadenante de la realización de actos de violencia o discriminación⁵⁶.

Además, el Código Penal español ha declarado punibles los *actos de humillación o menosprecio por motivos discriminatorios*⁵⁷. Así, castiga a los que dañen la dignidad de los colectivos señalados o de los miembros de los mismos, mediante actos de humillación, menosprecio o descrédito, a fin de discriminarlos, atentando así contra el derecho fundamental a la integridad moral de las víctimas, en tanto que miembros de un “grupo diana” de tales difamaciones. A su vez, complementariamente, se sanciona *la producción, elaboración, posesión, facilitación a terceros, distribución, difusión y venta de escritos o materiales idóneos para lesionar la dignidad humana de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de los grupos a los que pertenecen*. De este modo, asistimos a un nuevo adelanto de las barreras punitivas, al sancionar meros actos preparatorios, conductas, tan solo, potencialmente aptas para generar un menoscabo de la dignidad de las personas.

Finalmente, la legislación penal vigente incorpora el *delito de enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos por motivos discriminatorios contra ciertos grupos sociales o sus miembros*⁵⁸. Es, pues, la mera conducta que supone la difusión de un mensaje dotado de un contenido reprobado, “por cualquier medio de expresión pública o de difusión”, la opinión ofensiva que justifica, en todo caso, el castigo. Una fundamentación ésta que, habida cuenta de la debilidad e inconsistencia de que adolece, no justifica la intervención penal, suponiendo, al tiempo,

56 P. LAURENZO CAPELLO, “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, 1996, págs. 223-288.

57 El art. 510.2 C.P. dispone: “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 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”.

58 El art. 510.2 b) C.P. reitera el castigo indicado en la letra a) a: “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 quienes hayan participado en su ejercicio”.

un claro quebranto de la consideración de la que se hace merecedor el derecho fundamental a la libertad de expresión⁵⁹.

4 CONCLUSIONES

En razón a todo lo expuesto, hemos de convenir en la posición central que ocupa en todo Estado democrático la libertad de expresión, pues sin el libre intercambio y discusión de las ideas no existiría una opinión pública libre, que es el presupuesto necesario de la existencia de aquél. Eso no impide constatar la existencia de extralimitaciones en el ejercicio de tal derecho, que no cabe imponer, de modo absoluto, en detrimento injustificado de otras libertades y principios sobre los que se construye el orden político. En este sentido, el llamado “discurso del odio” parece erigirse en un límite difuso e indeterminado al desarrollo de aquél, asociándose a la dignidad, la integridad, el honor y la consideración igual que merecen las personas y los colectivos en los que éstas se integran. Así, ha de convenirse en que para calificar un acto comunicativo, manifestado a través de conductas expresivas o recurriendo al lenguaje simbólico, como propio del llamado “discurso del odio”, el mismo ha de presentar, de acuerdo con los estándares internacionales, dos notas distintivas: que suponga una incitación directa, concreta e inminente a la violencia o la discriminación; y que se dirija contra los ciudadanos, en general, o contra determinadas minorías, en razón de su raza, religión, orientación sexual o cualquier otro rasgo considerado relevante, en particular.

Sin embargo, de forma harto cuestionable, una versión injustificadamente extensa del discurso del odio se ha incorporado a los códigos penales de la mayoría de Estados de la Unión Europea. Por medio de una serie de tipos penales específicos, la mayor parte de los cuales muestran una endeble justificación constitucional. No en vano, el Derecho penal debe contemplarse como *ultima ratio*, y no como instrumento para criminalizar opiniones, por rechazables o aberrantes que nos parezcan. Por tanto, no debe bastar para justificar su implicación que se favorezca o promueva un posible ambiente de violencia, hostilidad u odio, genéricamente perturbador de la “paz y la tranquilidad públicas”, sino que ha exigirse que concurra una relación causal directa entre las acciones consistentes en humillar, amenazar o provocar, con el peligro cierto e inminente de cometer actos ilícitos contra bienes jurídicos bien definidos, merecedores de la máxima protección constitucional, como son la integridad y la igualdad, por medio

59 G. TERUEL LOZANO, “La Lucha del Derecho...”, op. cit., págs. 423 y ss.

de la violencia o la discriminación, ejercida contra las personas y los grupos en los que éstas se integran.

Porque optar por la creación de un Derecho penal preventivo, a través de la incorporación de “delitos de clima”, no encuentra cabida en el orden constitucional a la hora de limitar derechos fundamentales, y, menos aún, la libertad de expresión, auténtico pilar de una democracia pluralista. De lo contrario, se corre con ello el riesgo de crear nuevas formas de censura, que lleguen a vaciar de contenido a ese derecho, y, por tanto, al modelo de Estado constitucional, tal y como hoy lo venimos conociendo.

Así, frente al discurso del odio, el Estado, además de favorecer una educación cívica en los valores y principios constitucionales, debe proporcionar los medios necesarios para que pueda ejercerse un *discurso de defensa* efectivo (“counter speech”), que contrarreste la irracionalidad del extremismo y la intolerancia, por medio de la palabra y la razón⁶⁰. Así se develarán las falsedades, las actitudes racistas, xenófobas, difamatorias y discriminatorias, mejor que imponiendo el silencio a través de la disuasión que ofrece la potencial imposición coactiva de la ley penal, la cual sólo está justificada en casos de emergencia y considerable gravedad. Hemos, pues, de confiar en la autonomía de la sociedad civil y en su capacidad para ofrecer resistencia al discurso del odio, a través de la promoción del ejercicio de los derechos, reservando así la pena la condición subsidiaria, de último argumento, para el que fue pensada⁶¹.

60 Voto disidente del Juez BRANDEIS a la sentencia del caso *Whitney v. California* (274 U.S. 357, 1927).

61 R. ALCÁCER GUIRAO, “Discurso del odio y discurso político...”, op. cit., págs. 29-30.