

El “discurso del odio” y la libertad de expresión en el Estado democrático

Dra. M^a Estrella Gutiérrez David
Dra. Gema Alcolea Díaz
CES Felipe II (UCM)

Resumen

Bajo la perspectiva del *telos* democrático que conforma la propia naturaleza de la libertad de expresión, debe afirmarse que lógicamente esta naturaleza institucional ya clásica en la doctrina española y comparada condiciona irremediabilmente la legitimidad constitucional de la comunicación ideológica. En conexión íntima con la libertad de expresión ideológica, uno de los aspectos más insatisfactoriamente resueltos por la jurisprudencia constitucional es la contradicción evidente que implica el discurso del odio con el sistema de valores democrático. La *vis persuasiva* consustancial a la comunicación ideológica, al margen de voluntad querida o no querida del emisor, hace suscitar las dudas sobre la legitimidad de un discurso que, bajo distintas categorías (apología del delito, discriminación), tiene un denominador común, la violencia, y un efecto inmediato, su justificación, generando así espacios de impunidad para ciertos atentados contra la vida y la integridad de las personas.

Palabras clave

Democracia, libertad de expresión, discurso del odio, apología, discriminación.

Índice

1. El *telos* democrático del derecho a la comunicación social.
2. Distinción de los derechos fundamentales a la libre expresión e información.
3. La libertad de expresión y el problema de la potencialidad persuasiva de la comunicación ideológica: el caso particular del discurso del odio.
4. La naturaleza del “discurso del odio”: ¿mera manifestación del pensamiento o acción expresiva finalista?
5. Bibliografía

1. El *telos* democrático del derecho a la comunicación social

El carácter democrático de los derechos a la comunicación social (art. 20 CE) viene siendo sostenido tradicionalmente por la doctrina (Llamazares Calzadilla). En palabras de Sánchez Ferriz, la “democraticidad de las libertades informativas”.

Según reza el art. 1.1 CE, España es un Estado democrático, lo que añade al Estado social y de Derecho, los principios de soberanía nacional, de pluralismo político y social, de participación ciudadana en la vida política, social, cultural y económica, de publicidad y transparencia, así como la existencia de una institución esencial para la democracia, la opinión pública libre (Torres del Moral). Dicho de otra forma, los derechos del art. 20 CE, entre ellos, la libertad de expresión constituyen un elemento consustancial de los Estados democráticos.

Esta idea no es novedosa y, en gran parte, resulta deudora del constitucionalismo norteamericano. Como ya señalara Madison, uno de los padres de la Constitución americana, en sus críticas a la *Ley de Sedición de 1798*, a través de la cual se criminalizaba el libelo difamatorio contra el Gobierno, el Congreso o el Presidente de los EE.UU. –lo que en la práctica se traducía como una prohibición del derecho de crítica amparado por la libertad de expresión–, “el pueblo, no el gobierno, posee soberanía absoluta”. Precisamente la crítica de Madison a la Ley de Sedición era que ésta ejercía “un poder que no había sido delegado por la Constitución sino que, antes bien, está expresa y terminantemente prohibido por una de sus enmiendas –un poder que, más que ningún otro, debiera causar alarma universal porque va dirigido contra el derecho de examinar libremente figuras y medidas públicas y de informar libremente al pueblo de ello, un derecho que, con toda justicia ha sido considerado el único guardián efectivo de todos los demás derechos”.

Siguiendo con esta idea, la soberanía nacional se identifica con el pueblo español en su conjunto, de ella emanan todos los poderes del Estado, es ésta la que elige a sus representantes y la que, en última instancia, puede reformar la CE. El principio de soberanía nacional queda así formulado en el art. 1.2 CE: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. La STC. 6/1981, al elaborar la doctrina de la opinión pública libre, conecta de manera inmediata el principio de soberanía nacional con la garantía institucional que comportan los derechos reconocidos en el art. 20 CE.

Asimismo, la Constitución señala en el art. 1.1 CE que el pluralismo político es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Pero este pluralismo político no es más que el reflejo del pluralismo social presente en numerosos preceptos constitucionales.

Una de las primeras concreciones del pluralismo político es el reconocimiento de los partidos políticos en el art. 6 CE, sujetos, según el precepto constitucional a los principios de libertad y democracia, tanto interna como externa, dentro del respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En este sentido, dispone el art. 6 CE que: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

En este sentido, dispone el art. 9.1 de la Ley 6/2002, de Partidos, que éstos “ejercerán libremente sus actividades”. Ahora bien en el libre ejercicio de sus actividades, dice el precepto citado que: “Deberán respetar (...) los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos. Desarrollarán las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo”.

Pues bien cuando el ejercicio de sus actividades suponga una vulneración de los valores democráticos, el partido político podrá ser ilegalizado. Las causas por las que un partido político puede ser ilegalizado se encuentran recogidas en el art. 9.2 de la Ley de Partidos. De este precepto interesa destacar que se requiere que estas causas concurren de una forma “grave y reiterada” y que algunas de las causas de ilegalización implican conductas o actuaciones relacionadas estrechamente con la libertad de expresión de ideas y opiniones.

Así, entre las causas de ilegalización relacionadas con el posible ejercicio de la libertad de expresión se encuentran: 1) la vulneración sistemática de las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual; b) el fomento o la legitimación de la violencia como método para la consecución de objetivos políticos.

A su vez, el art. 9.3 concreta esas actuaciones que, en su práctica totalidad, tienen que ver con mensajes o conductas expresivas de carácter apologético (justificación de acciones delictivas y de sus autores)¹.

Este precepto en particular y otros de la Ley de Partidos fueron objeto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno Vasco por vulneración de, entre otros derechos, los de asociación, libertad ideológica y de expresión. La STC. 48/2003, de 12 de marzo, declaró la constitucionalidad de la Ley de Partidos, si bien indicó cómo habían de interpretarse algunos preceptos para su adecuado encaje constitucional. Entre las consideraciones que hace la sentencia a propósito de la libertad ideológica y de expresión, cabe resaltar:

(1) *No se impone un modelo de democracia militante.* Para el Tribunal Constitucional, en nuestro ordenamiento no tiene cabida un modelo de «democracia militante» en el sentido de que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución, sin que quepa la discrepancia. Cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales [FJ 7].

(2) *No se ilegalizan ideologías, sino conductas de colaboración o apoyo del terrorismo y la violencia.* Por tanto, sólo incurre en causa de disolución el partido que, no en su ideología, sino cuando su actividad persiga efectiva y actualmente «deteriorar o destruir el régimen de libertades». Las conductas descritas en el art. 9.2 de la Ley de Partidos en ningún momento hacen referencia a programas o ideologías sino a actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia [FJ 10].

(3) *La no condena de la violencia no está amparada por la libertad de expresión.* Si bien para el Tribunal Constitucional, no corresponde determinar en la Sentencia si la mera ausencia de condena de las acciones terroristas puede ser o no entendida como apoyo implícito al terrorismo, en cualquier caso esta forma de apología implícita u omisiva no puede estar amparada por la libertad de expresión [FJ 10].

¹ Entre esos mensajes o actuaciones se encuentran: (1) Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos (...), o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta; (2) acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que (...) persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos; (3) utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo; (4) ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos (por ejemplo, la cesión de tiempos de propaganda electoral en medios de comunicación); (5) Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas.

(4) *La simbología violenta cuando conlleve mensajes intimidatorios para terceros tampoco está amparada por la libertad de expresión.* La utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto de colaboración con el terrorismo o la violencia. Ciertamente, la utilización de estos instrumentos puede comportar la emisión de un mensaje intimidatorio porque conlleven, explícita o implícitamente, pero de modo creíble, la producción de algún mal grave o la realización o no realización de una determinada conducta por parte del destinatario. Este tipo de mensajes tampoco puede quedar amparado por las libertades de expresión o de información (FJ 16).

La aplicación de la Ley de Partidos supuso la ilegalización de partidos como Batasuna o Euskal Herriarrrok que recurrieron dicha ilegalización ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La Sentencia de 30 de junio de 2009 (Caso Batasuna) confirma dicha ilegalización sobre la base de que las actuaciones y los discursos constituyen “un modelo de sociedad” que “entraría en contradicción con el concepto de sociedad democrática”.

En este sentido, señala el TEDH que los proyectos políticos, “contrarios en esencia a los principios democráticos proclamados en la Constitución española”, no están amparados, en sus manifestaciones, por la libertad de expresión ideológica, pues vulneran los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TEDH para el ejercicio de este derecho en el ámbito de la participación política: la legalidad de los medios empleados en el ejercicio este derecho; y la compatibilidad con los principios democráticos fundamentales.

De hecho, ya en el asunto Refah Partisi (2001) el TEDH había tenido ocasión de confirmar la ilegalización de un partido político turco que defendía, tanto en su programa, como en las manifestaciones públicas de sus representantes, la introducción de la sharia y de un régimen teocrático, la utilización de la violencia y de medios ilícitos como método de consecución de objetivos políticos, o la destrucción de la democracia, sus derechos y libertades.

El pluralismo social tiene su reflejo inmediato en el reconocimiento en el art. 16.1 CE de la libertad ideológica y religiosa que, cuando se manifiesta en actos concretos, da lugar a la libertad de conciencia y de culto; y que, cuando se manifiesta públicamente a través de mensajes, se traduce en la libertad de expresión.

Esta manifestación del pluralismo social a través de la libertad de expresión tiene su eco en el art. 20.3 CE, según se reconoce el derecho de acceso a los medios de comunicación públicos de los “grupos políticos y sociales significativos”².

La participación ciudadana en los asuntos públicos se concreta en el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo y el derecho de acceso a cargos públicos (art. 23 CE), el derecho de petición individual o colectivo ante las instituciones, administraciones o autoridades en el ámbito de sus competencias (art. 29 CE), la iniciativa popular para presentación de proposiciones de Ley (art. 87.3 CE), la participación del referéndum consultivo (art. 92 CE), o la audiencia de los ciudadanos directamente o a

² Precisamente, la vulneración de este derecho, al no haberse recogido la postura de los sindicatos, partidos políticos y ciudadanos que apoyaban la huelga general de 2000 en la cobertura informativa que dio RTVE sobre el asunto, significó la condena del Ente a la rectificación de la información (Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2003). Implícitamente la Audiencia Nacional reconocía que la vulneración del derecho de acceso de los grupos políticos y sociales significativos mediante el silenciamiento de la postura de aquéllos que apoyaban la huelga era una forma de manipulación informativa.

través de las organizaciones y asociaciones en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten (art. 105 a CE).

Conectado con el derecho de participación, las últimas tendencias del Derecho comparado y, en particular, en el Derecho de la Unión Europea, está el derecho de acceso de los ciudadanos a la información en poder de la Administración y de las instituciones públicas. La idea es que a través de este derecho se garantiza una Administración pública responsable, eficaz, igualitaria en el trato a los ciudadanos, respetuosa y garantista con sus derechos y, sobre todo, transparente y sujeta al principio de publicidad. En la expresión de Dehaussé, una suerte de “gobiernos al sol”. Dicho con otras palabras, los principios de publicidad y transparencia, garantizados por el derecho de acceso, se hayan estrechamente vinculados con el sistema democrático.

Esta es la idea que recoge el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Aldo Kuijter (T-211/00, 52), a propósito de una denegación de acceso a un investigador a los documentos sobre los procesos de extradición en la Unión Europea en poder de la Comisión Europea:

El principio de transparencia tiene por objetivo asegurar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso decisorio, así como garantizar una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la Administración frente a los ciudadanos en su sistema democrático. Contribuye a reforzar el principio de la democracia y el respeto a los derechos fundamentales.

El Derecho español aún es bastante restrictivo en su planteamiento del derecho de acceso. De hecho, si bien el art. 105.b CE reconoce el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos, se trata de un derecho situado extramuros del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución y, por tanto, de configuración legal; desarrollado restrictivamente en el art. 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; e interpretado también de forma restrictiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A diferencia de otros países del entorno europeo, como Francia o Suecia, España no tiene aún una Ley específica que garantice adecuadamente el derecho de acceso³.

Ya desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional española ha insistido en que una de las instituciones básicas de cualquier sistema democrático es la opinión pública libre, garantizada por las libertades de expresión e información. Así, entendidos los derechos consagrados en el art. 20 CE, éstos posibilitan la participación real de los ciudadanos, máximos representantes de la soberanía, en los asuntos de interés general para la comunidad, el control de la actuación de los poderes públicos y el ejercicio de otros derechos.

La importante Sentencia del Tribunal Constitucional STC. 6/1981, de 16 de marzo, F.J.3 resalta, por primera vez, esta idea:

El art. 20 CE, en cada uno de sus apartados garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que

³ En este sentido, no puede olvidarse que ya en 1996 el Defensor del Pueblo Europeo, en una investigación sobre la eficacia real del acceso público a los documentos de las instituciones comunitarias y otros órganos de decisión, afirmó que la falta de una normativa concreta para regular el acceso público a los documentos constituía “un ejemplo de mala administración”.

la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.

Sin embargo, esta función institucional de las libertades de expresión e información y su vinculación con el sistema democrático no es un planteamiento novedoso de nuestro Tribunal Constitucional. Los orígenes de esta concepción de la libertad de expresión se encuentran en el liberalismo revolucionario del S. XVII, en particular, en la independencia de las colonias norteamericanas. Así, en la Declaración de Derechos del Buen Estado de Virginia (1776) se dice: “La libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y únicamente los gobiernos despóticos pueden limitarla”. En esta misma línea, Madison consideraba que “el derecho a la libre comunicación [del] pueblo, [...] ha sido siempre justamente considerado el único guardián efectivo de todo otro derecho”; de ahí, que rechazase la imposición de cualquier forma de restricción previa por parte del poder político, pues según el autor “el poder de censura está en la gente sobre el gobierno, y no en el gobierno sobre la gente”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano asume estos principios desde el Caso *Stromberg* (1931), en el que se aborda la cobertura constitucional de la expresión simbólica (izamiento de una bandera) a través de la libertad de expresión, al señalar que “el mantenimiento de la oportunidad para la libre discusión política con la finalidad de que el gobierno pueda ser responsable frente a la voluntad popular y que los cambios puedan ser obtenidos por medios legales (...), es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional”⁴.

Y desde el asunto *Handyside* (1976), el TEDH viene declarando que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales del sistema democrático, una de las condiciones básicas para el progreso y para el desarrollo de cada hombre. Y en el asunto *Lingens* (1986) reitera este argumento diciendo que “la prensa juega un rol esencial en la sociedad democrática: un rol vital de público perro guardián”⁵.

2. Distinción de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información

Aunque desde el punto de vista de su naturaleza se trata de un mismo derecho que se concreta en la misma realidad, esto es, la comunicación pública libre, lo cierto es que existe una independencia conceptual entre los derechos a la libertad de expresión y a la información.

La abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia ha sido determinante a la hora de trazar las líneas divisorias entre estos derechos. De hecho, en la mayoría de los asuntos que llegan al Tribunal Constitucional con relación a la interpretación del art. 20 CE, una de las cuestiones principales pasa por “dilucidar cuál de los dos derechos o libertades se encuentra en juego (...)” (STC. 6/1988, 21 de enero, F.J. 5). En efecto, para el Tribunal Constitucional “nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión -art. 20.1 a)- y la libertad de información -art. 20.1 d)” (STC. 107/1988, de 8 de junio, F.J. 2).

⁴ Argumento reiterado también en el Caso Sullivan (1964), cuya doctrina sobre la veracidad tuvo amplio eco en nuestro Tribunal Constitucional.

⁵ En el mismo sentido, las SSTEDH. Observer and The Guardian (1991), Sunday Times (1991), Thorgeir (1992), Bladet Tromø (1999), Unabhängige Initiative Informationsvielfalt (2002), Von Hannover (2004), Standard Verlags (2009).

La distinción entre uno y otro derecho es importante pues cada cual tiene su ámbito propio de protección y sus límites concretos, lo cual es determinante a la hora de que los jueces y Tribunales resuelvan los numerosos conflictos que se dan en el contexto de los medios de comunicación social, especialmente, con los derechos personalísimos (honor, intimidad personal y familiar y propia imagen).

Las líneas jurisprudenciales que ha marcado la doctrina del Tribunal Constitucional sobre estos derechos se concretan en los aspectos que se exponen a continuación.

Las libertades de expresión e información tienen ámbitos de protección distintos, esto es, protegen la comunicación de mensajes de naturaleza diferente. En efecto, “(...) aun existiendo entre ambas *directa e íntima conexión*, esto no empece a que cada una de ellas *tenga matices peculiares* que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente” (STC. 165/1987, Caso Asociación de vecinos de Arrabal)⁶.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha diferenciado “la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 C.E., según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la *emisión de juicio y opiniones*) y libertad de información (*en cuanto a la manifestación de hechos*)” (STC. 214/1991, F.J. 6, Caso Violeta Friedman).

Así, la *libertad de expresión* del art. 20.1.a) CE “tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor (STC. 107/1988, de 8 de junio, F.J. 2, Caso Injurias al Ejército)”⁷.

Por su parte, la doctrina se ha referido a la expresión de ideas como “comunicación ideológica” o “mensajes de ideas”, que a su vez pueden tener diversa naturaleza: política, artística, científica, religiosa. Asimismo, la libre expresión de opiniones protegería la comunicación de juicios de valor. En realidad, las opiniones o juicios de valor son mensajes compuestos que comprenden un mensaje de hechos al que se le aplica un criterio u opinión (más bien una idea criteriológicamente obtenida). El elemento preponderante de las ideas y las opiniones es la *subjetividad* (Desantes y otros).

El derecho a comunicar y recibir libremente información reconocido en el art. 20.1.d) CE “versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables” (STC. 105/1983, de 23 de noviembre, F.J.11, Caso Vinader)⁸. Dicho de otro modo, el objeto de este derecho es por consiguiente el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos. Para la doctrina, el art. 20.1.d) protegería, por tanto, los “mensajes de hechos” o “noticia”, cuyo elemento preponderante sería la *objetividad* (Desantes y otros).

La distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y la comunicación informativa de hechos, por otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esos derechos, “pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al

⁶ SSTC. 6/1988, de 21 de enero; 107/1988, de 8 de junio, F.J.2; 127/2004, de 19 de julio, F.J. 4; 43/2004, de 23 de marzo, voto particular.

⁷ En el mismo sentido, las SSTC. 61/1998, de 17 de marzo, F.J. 5; 42/1995, de 13 de febrero, F.J.1; 4/1996, de 16 de enero, F.J. 3; 47/2002, de 25 de febrero, F.J.2; 126/2003, de 30 de junio, F.J.3.

⁸ Véanse también las SSTC. STC. 6/1988, de 21 de enero, F.J.5; 107/1988, de 8 de junio, F.J. 2; 57/1999, de 12 de abril, F.J. 7; 139/2007, de 4 de junio, F.J. 8; 126/2003, de 30 de junio, F.J.3.

que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la *prueba de la verdad o diligencia en su averiguación*, [lo] que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del art. 20.1 d) de la Constitución (STC. 107/1988, de 8 de junio, F.J.2)⁹”.

Por el contrario, “cuando se trate de comunicación informativa de hechos, no de opiniones, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas” (STC. 107/1988, de 8 de junio, F.J.2).

Sin embargo, no siempre es posible diferenciar de forma clara entre la libertad de expresión de ideas y opiniones o el derecho a la información.

En efecto, según la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, en la vida real, “no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión” (STC. 6/1988, de 21 de enero, Caso Crespo)¹⁰.

De ahí que “lo esencial a la hora de ponderar el peso relativo de (...) cualquiera de estas dos libertades contenidas en el art. 20 de la Constitución es detectar el *elemento* preponderante en el texto que se enjuicie en cada caso para situarlo en un contexto ideológico o informativo (STC. 76/1995, de 22 de mayo, F.J.2, Caso La Gaceta Regional de Salamanca)¹¹”.

En otras palabras, para determinar cuál es el derecho en juego –la libertad de expresión o de información–, habrá que identificar en el caso concreto cuál es el elemento determinante en el mensaje, a saber, si el contexto es ideológico, de crítica u opinión y, por tanto, prima la subjetividad; o si el contexto es principalmente informativo, por lo que habrá de prevalecer la objetividad.

La identificación del derecho en juego es importante pues permite establecer cuál ha de ser el régimen jurídico básico del derecho en cuestión y, por tanto, las consecuencias jurídicas que se deriven de ello (Fernández Segado).

3. La libertad de expresión y el problema de la potencialidad persuasiva de la comunicación ideológica: el caso particular del discurso del odio

Como se ha visto ya, el art 20.1.a) CE reconoce y protege el derecho a “expresar y difundir libremente los *pensamientos, ideas y opiniones* mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”. El objeto específico de protección de la libertad de expresión son los pensamientos, ideas y opiniones, o más concretamente, lo que la doctrina denomina los mensajes de ideas o comunicación ideológica y los mensajes de opinión, de juicios o crítica (Desantes).

⁹ En el mismo sentido, SSTC. 223/1992, de 14 de diciembre, F.J.2; 76/1995, de 22 de mayo, F.J. 3; 9/2007, de 15 de enero, F.J.4.

¹⁰ Argumento reiterado en SSTC. 107/1988, de 8 de junio, Caso Injurias al Ejército; 139/2007, de 4 de junio, Caso ¿Quién sabe dónde? y RTVE; 29/2009, de 26 de enero, Caso El día de Baleares v. El hijo del Concejal.

¹¹ En el mismo sentido, véanse las SSTC. 223/1992, de 14 de diciembre, F.J.1; 176/1995, de 11 de diciembre, F.J. 2.

Por su parte el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las diferentes manifestaciones concretas de la libertad de expresión (Escobar de la Serna) amparadas por el art. 20 CE en sus distintos apartados. En particular, se ha referido a la libertad de expresión de ideas políticas (SSTC. 48/2003; 127/2004), a la libertad artística o de producción literaria (SSTC. 153/1985; 51/2008), a la libertad científica, especialmente, en el ámbito de la investigación historiográfica (SSTC. 271/1989; 43/2004), a la libertad de cátedra (SSTC. 5/1981; 55/1989) o al propio derecho a la información.

De hecho, aunque existe una abundante jurisprudencia constitucional que distingue entre la libertad de expresión y el derecho a la información, el Tribunal Constitucional señala que el art. 20 CE “normativiza a nivel constitucional la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión en la que tiene su origen y con la cual sigue manteniendo íntima conexión y conserva elementos comunes” (STC 107/1988, de 8 de junio, F.J. 2).

La libertad de expresión de ideas comprende la comunicación del mundo interior formado por ideas, convicciones, sentimientos o emociones. De forma genérica, el art. 20.1.a) CE se refiere a esta clase de comunicación cuando se reconoce y protege la expresión de “pensamientos” e “ideas”.

La comunicación ideológica se rige, entre otros, por los principios de libertad (tanto en la formación de ideas, como en la expresión de las mismas) y subjetividad, en el sentido de que el referente inmediato no son los hechos susceptibles de comprobación, sino el mundo interior del hombre. De ahí que la libertad de expresión se vincule a menudo con la libertad ideológica (SSTC. 128/2007, de 4 de junio; 127/2004, de 19 de julio) contenida esta última en el art. 16.1 CE.

Por su parte, la libertad ideológica es un derecho con una doble dimensión, interna y externa. En su dimensión interna, la libertad ideológica debe ser entendida como la libre autodeterminación del individuo en la elección y formación de las propias convicciones ideológicas (de Souto Paz). En su dimensión externa, la libertad ideológica faculta a los ciudadanos para que actúen conforme a estas convicciones (libertad de conciencia) y puedan expresarse conforme a las mismas (libertad de expresión), defendiéndolas frente a terceros (STC. 136/1999, de 20 de julio, F.J. 12) o, incluso, guardando silencio sobre las mismas. Es más, este derecho al silencio tiene la cobertura constitucional del art. 16.2 CE: “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su propia ideología”.

Por otra parte, como ya sostuviera Desantes, uno de los efectos básicos de la comunicación ideológica es la propaganda o la potencialidad persuasiva de las ideas, en el sentido de que la finalidad natural de éstas es la de persuadir por sí mismas a los posibles receptores, al margen incluso de la voluntad del emisor. Esta potencialidad persuasiva intrínseca en la comunicación ideológica plantea diferentes problemas jurídicos no resueltos siempre de forma coherente por los Tribunales.

En primer lugar se plantea la duda de si la libertad de expresión ha de proteger la difusión de cualquier idea, incluso aquellas que “resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada” o “deleznable” desde el punto de vista de los “valores que fundamentan nuestra Constitución” (STC. 235/2007, Caso Librería Europa, FF.JJ.4 y 6).

En este sentido, y por un influjo evidente del constitucionalismo americano, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas ocasiones que la libertad de expresión extiende su cobertura al llamado discurso ofensivo o impopular, es decir, aquellas ideas no sólo “favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas otras que chocan, ofenden o inquietan al Estado o una fracción cualquiera de su población”, pues así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la apertura propios de una sociedad democrática (SSTEDH. Handyside, Lingens, Günduz).

Esto lleva al segundo problema fundamental de distinguir entre el llamado discurso del odio o *hate speech* (no protegido, generalmente, por la libertad de expresión) y el discurso ofensivo o impopular (protegido por la libertad de expresión)¹².

Los Tribunales no han establecido claramente la línea divisoria entre un tipo y otro de discurso. La diferenciación es por lo general casuística, de modo que en el discurso del odio se incluyen la apología del terrorismo y del genocidio, el negacionismo (tipificado como delito en muchos Estados europeos, no así en España), el discurso discriminatorio de ciertos colectivos, particularmente, el discurso xenófobo. En el caso del discurso impopular u ofensivo la jurisprudencia suele incluir la crítica a los cargos públicos, las ideologías políticas que cuestionan el régimen constitucional establecido o ciertas instituciones del Estado. Hasta el punto de que la STC. 235/2007 (Caso Librería de Europa) afirma que la libertad de expresión protege cualquier idea “por equivocada o peligrosa, incluso las que ataquen al propio sistema democrático”, pues la Constitución ampararía también “a quienes la niegan”.

Por otra parte, si la comunicación ideológica posee una potencialidad persuasiva sobre los posibles receptores al margen de la voluntad del emisor, en caso de que la persuasión sobre el receptor fuese eficaz, ¿deberían atribuirse al emisor las posibles consecuencias (jurídicas) del mensaje difundido? He aquí el tercer problema que plantea el discurso del odio desde la perspectiva de su legitimidad constitucional al amparo de la libertad de expresión.

En coherencia con esto, la penalización del discurso del odio, a través de figuras como la apología del terrorismo o del genocidio, ha sido puesta en duda, desde la perspectiva de la constitucionalidad, por un sector de la doctrina (Belloch Julbe, Cerezo Mir, Serrano Gómez), y en particular, desde el punto de vista del principio de culpabilidad. Dicho de otro modo, resulta difícil determinar cuál es la capacidad real de un mensaje de ideas de influir *a posteriori* en el comportamiento ilícito de sus receptores, como de hecho sugiera el Tribunal Constitucional, con relación a la apología del terrorismo, en su STC. 136/1999, (Caso Vídeo HB), al reconocer la “dificultad de medir la capacidad real de influencia de un mensaje sobre la voluntad de sus destinatarios”.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido a la necesidad de examinar en su conjunto las *circunstancias del mensaje* a efectos de determinar si la comunicación ideológica cae o no en el ámbito de protección de la libertad de expresión. Aspecto que, por otra parte, suele pasar por alto nuestro Tribunal Constitucional a la hora de resolver asuntos relacionados con la legitimidad constitucional

¹² A diferencia del Derecho continental, la jurisprudencia norteamericana ha reconocido en la protección constitucional de la libertad de expresión contenida en la 1ª Enmienda de la Constitución americana tanto el discurso del odio como el discurso ofensivo. Así, en el asunto Roth (1957) su Tribunal Supremo afirmaba que todas las ideas, “incluso aquéllas con una mínima importancia social redentora (ideas no ortodoxas, ideas controvertidas o aquellas *ideas odiosas* para el clima de opinión predominante) tienen la completa protección” de la 1ª Enmienda.

del discurso del odio, como ocurre en el caso de la Librería Europa o el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Partidos.

Así en el asunto *Jersild v. Dinamarca* (1994), a propósito de un reportaje emitido por la televisión danesa sobre bandas de neonazis, el Tribunal Europeo señaló que dichas circunstancias se refieren, entre otras, a: 1) el propio contenido del mensaje; 2) la forma en que se produce la difusión del mensaje (si es en directo, si hay previo proceso de edición); 3) las características propias del medio que difunde el mensaje (tipo de medio, duración, perfil de audiencia); 4) el propósito o finalidad perseguido por el emisor (informativa, educativa, o simple plataforma propagandística legitimadora de la violencia).

4. La naturaleza del “discurso del odio”: ¿mera manifestación del pensamiento o acción expresiva finalista?

Lo dicho anteriormente ha de llevar a preguntarnos sobre la verdadera naturaleza del discurso del odio.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, un lugar común en la restricción del discurso del odio tanto en el ordenamiento español como en la tradición europea comparada es su sanción penal con lo que se pretendería proteger ciertos bienes jurídicos como el orden público y la paz social¹³. De hecho, la Recomendación N° R(97)20 sobre el discurso del odio, promulgada en el ámbito del Consejo de Europa, define este discurso como aquél que “cubre todas las formas de expresión que extienden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia”. En el mismo sentido, en la Recomendación N° 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia se identifica el discurso del odio con aquellas expresiones que intencionalmente difundidas impliquen (a) una incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación; (b) insultos y difamaciones públicas contra personas o grupos de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico.

En el ámbito del Derecho penal español, se sancionan tres tipos distintos del discurso del odio: la apología y la justificación del terrorismo, la apología y la justificación del genocidio y los mensajes discriminatorios.

Con carácter general el art. 18 CP. define la *apología delictiva* como la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Sin embargo, la apología sólo es punible (a) cuando supone una provocación, entendida ésta como la incitación directa a cometer un delito por cualquier medio de comunicación que facilite la publicidad o ante concurrencia de personas; y (b) cuando la Ley penal así lo prevea expresamente (como ocurre, por ejemplo, con la apología del terrorismo o del genocidio).

Con relación a los delitos contra el orden público, nuestro Código Penal sanciona los delitos de terrorismo. Entre estos últimos, no sólo se sanciona la apología del terrorismo como forma de provocación a cometer actos terroristas, sino también el mero enaltecimiento

¹³ En sentido amplio, el orden público se identifica con el orden social en el ámbito de cualquier comunidad organizada (Vallés Copeiro). La Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, identifica como elementos integrantes del orden público, entre otros, la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus derechos fundamentales y la salvaguardia de la seguridad. Lo cual, por otra parte, es coherente con lo dispuesto con el art. 10.1 CE, que establece como fundamentos del orden político y la paz social la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás. Por otra parte, la extensión de estos conceptos al orden internacional nos lleva a hablar de un orden y de una paz internacional como bienes jurídicos igualmente protegidos por nuestro ordenamiento jurídico.

o justificación del terrorismo y sus terroristas sin necesidad de que exista una incitación directa a cometer actos terroristas como en el caso de la provocación.

El art. 578 CP castiga el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de comunicación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución, o la *realización de actos* que entrañen *descrédito, menosprecio o humillación* de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familia. En el precepto se sancionan, en realidad, dos conductas diferentes: a) el enaltecimiento (ensalzar, elogiar) o la justificación (probar una cosa con razones convincentes) de los actos de terrorismo o de los terroristas; b) la humillación o menosprecio a las víctimas del terrorismo (Magdaleno García).

No es necesario que las expresiones o conductas expresivas impliquen una incitación directa a la comisión de actividades delictivas para que tales discursos sean punibles o sancionables penalmente.

Por otra parte, en el art. 579 CP se castiga propiamente la apología del terrorismo, pues el Código Penal tipifica la “provocación (...) para cometer los delitos de terrorismo”, esto es, la incitación directa mediante publicidad (a través de un medio o ante concurrencia de personas) a cometer delitos de terrorismo, incluidos el enaltecimiento y la justificación de actos terroristas o la humillación y menosprecio hacia las víctimas.

No obstante, según el Auto de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2008¹⁴, la apología de la apología (esto es, estar de acuerdo con quienes hacen apología del terrorismo) no puede sancionarse a través de estos preceptos penales y, en concreto, a través del art. 578 CP pues, dicho precepto exige una conducta activa y no una mera omisión.

Siguiendo este argumento, la no condena del terrorismo (esto es, la apología omisiva) por parte de un representante público tampoco podría ser constitutiva de delito, pues se trata igualmente de una conducta omisiva. El Tribunal Constitucional no ha llegado a pronunciarse de forma expresa sobre este asunto, si bien *obiter dicta*, a propósito del caso concreto resuelto en la STC. 48/2003, de 12 de marzo, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Partidos, frente al argumento del Gobierno Vasco de que no cabe “deducir consecuencias jurídicas del silencio”, el Tribunal señala que la apología omisiva no está amparada por la libertad de expresión¹⁵. Sin embargo, no explica las razones por las cuales excluye del ámbito constitucionalmente protegido por la libertad de expresión esta clase de mensajes o conductas expresivas so pretexto de que no es objeto del recurso pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de tales expresiones¹⁶.

Salvo las breves consideraciones realizadas en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Partidos, el Tribunal Constitucional sólo ha abordado la apología del terrorismo y la libertad de expresión en la STC. 159/1986 (Caso Egin), de forma desafortunada, según

¹⁴ En este Auto la Audiencia Nacional debía resolver si el mantenimiento por parte de un Alcalde de una placa conmemorativa a un terrorista que daba nombre a una calle, y previamente instalada años atrás por otro equipo municipal, podía sancionarse penalmente a través del art. 578 CP como enaltecimiento del terrorismo y de los terroristas.

¹⁵ La cuestión fue planteada por el Gobierno Vasco en los términos que reproduce la sentencia: “En opinión [del Gobierno Vasco], la apología no puede expresarse ni de modo encubierto ni de forma implícita [...], [pues lo contrario] supone una restricción ilegítima de la libertad ideológica, ya que no cabe extraer una consecuencia jurídica del silencio, pues nadie está obligado a expresar sus ideas ni de forma coherente puede sufrir sanción por ejercer ese derecho”.

¹⁶ No es la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional elude pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de las restricciones impuestas a ciertas categorías de mensajes. Así con relación al mensaje pornográfico, la STC. 52/1995, de 23 de febrero (F.J. 3), evitaba hacer un pronunciamiento explícito sobre lo que el propio Tribunal calificaba como “el problema general del grado y condiciones de protección constitucional del discurso y expresión obsceno, inmoral o pornográfico”.

Desantes, al no tener en cuenta el Tribunal las circunstancias del mensaje¹⁷. Este pronunciamiento resuelve la petición de amparo del entonces Director del diario Egin condenado como autor de un delito de apología del terrorismo por la publicación de dos comunicados de ETA. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo al Director al entender que la información controvertida consistía en una mera reproducción de los comunicados, y por tanto, incardinable en el llamado “reportaje neutral”, no acompañada en ningún caso de juicios de valor que demostrasen que el periodista asumía el contenido apologético de los mismos. Una vez más, vuelve a evitar entrar en un análisis de fondo sobre la legitimidad constitucional de esta clase de mensajes, al reconocer, en esta ocasión, la “dificultad de medir la capacidad real de influencia de un mensaje sobre la voluntad de sus destinatarios”.

Entre los delitos contra la comunidad internacional, el Código Penal incluye los delitos de genocidio (art. 607.1). En la redacción originaria del art. 607.2 se sancionaba:

La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos (de genocidio), o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos.

Asimismo, la apología del genocidio como forma de provocación, es decir, como incitación directa realizada con publicidad a cometer delitos contra la comunidad internacional (genocidio, lesa humanidad, entre otros) se sanciona penalmente en el art. 615 CP.

Con relación al art. 607.2 CP, se sancionaba, en su redacción original, la pública difusión de ideas o doctrinas: (a) *negacionistas*, esto es, doctrinas que suponían una revisión histórica de regímenes genocidas y totalitarios y que negaban la existencia de tal genocidio, como es el caso de la llamada “mentira de Auschwitz” (Landa Gorostiza); (b) *Justificadoras* de los delitos de genocidio; (c) *rehabilitadoras* de regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas.

Sin embargo, el inciso relativo al negacionismo fue anulado por el Tribunal Constitucional en la STC. 235/2007 (Caso Librería Europa¹⁸), con varios votos particulares en contra, al entender que la sanción penal de esta clase de doctrinas vulneraba la libertad de expresión.

A priori, el Tribunal Constitucional partía de la consideración de que “la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”.

En concreto, señalaba la sentencia 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 fuesen quedaban amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden

¹⁷ Todo lo contrario, de lo que exige el TEDH en el asunto Jirsild, según hemos tenido ocasión de ver *supra*.

¹⁸ En este asunto el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona que había de resolver un recurso contra una sentencia de un Juzgado de lo Penal en la se condenaba al dueño de una librería de Barcelona, que distribuía material neonazi, negacionista y vejatorio contra la comunidad judía, como autor de un delito tipificado en el art. 607.2 CP. La Audiencia planteaba así una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 607.2, al entender que existía una “posible incompatibilidad del referido precepto con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 CE”.

entenderse como lo que son: “opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos” (F.J.5).

A juicio del Tribunal Constitucional, el negacionismo sería la expresión de una opinión sobre unos hechos históricos concretos. Y siempre que, en la medida en que dicha opinión *no incluya juicios valorativos* de justificación o adhesión a los actos de genocidio, el negacionismo quedaría amparado por la libertad científica del art. 20.1.b) CE (F.J.8). Por tanto, la sanción penal del negacionismo sólo resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una *incitación directa* a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio (F.J.7). En otras palabras, y como recoge la crítica de uno de los votos particulares, el *quid* de la cuestión radicaría en la distinción semántica y casuística entre el concepto de “incitación directa” e “indirecta”.

El voto particular del Magistrado Rodríguez Zapata pone al Tribunal Constitucional frente a sus propias contradicciones:

La Sentencia de la mayoría considera que las ideas u opiniones que han dado origen a esta cuestión de inconstitucionalidad «resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada» (sic en FJ 4) pero ello no impide concluir que, al menos en parte, deben encontrar cobijo en una visión de la libertad de expresión del art. 20 CE de la que discrepo.

En efecto, el eje vertebrador en los casos Violeta Friedman o el comic Hitler-SS, por cierto, traídos a colación por la STC. 235/2007, como recuerda el Magistrado en su voto particular, era precisamente la dignidad humana frente a discursos que o bien negaban la sistemática vulneración de la misma o bien humillaban y vilipendiaban el sufrimiento y el dolor de ciertos colectivos bajo la base de cuestionar la mera existencia de esos delitos de genocidio. Por lo que, a juicio del voto particular, lo que en realidad hace la Sentencia discutida es una “modificación” de su propia doctrina.

Por último, el art. 510 castiga penalmente el discurso discriminatorio. Bajo esta modalidad se tipifican expresiones xenófobas y racistas, antisemitas, homófobas, sexistas y, en general, aquéllas que supongan una incitación directa a la discriminación, al odio y a la violencia contra personas y colectivos basadas en la desigualdad. En particular, el art. 510.1 CP sanciona la provocación, esto es, la incitación directa hecha con publicidad o ante concurrencia de personas, a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, etnia o raza, origen nacional, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Y en el art. 510.2 CP se tipifica la difusión de informaciones injuriosas, hechas con falsedad o temerario desprecio hacia la verdad con la finalidad de provocar discriminación, odio o violencia hacia grupos concretos por motivos racistas, antisemitas, etc. Desde luego, resulta cuestionable la calidad técnica del precepto ya que mezcla conceptos antagónicos al referirse a “informaciones injuriosas”, mezclando mensajes de naturaleza distinta, a saber, la expresión de hechos, sujetos siempre al principio de veracidad, frente a la expresión de opiniones, en este caso, injuriosas, excluidas por su propia naturaleza de la prueba de la verdad¹⁹.

¹⁹ Desde el punto de vista de la teoría iusinformativa de los mensajes, lo apropiado hubiera sido decir “informaciones difamatorias”. En idéntico error incurre el Código Penal al tipificar un tipo de injurias las previstas en el art. 208 CP consistentes en la atribución de hechos falsos que no constituyen delito, pero que desmerecen en la consideración ajena o en la propia estimación

Desde el punto de vista doctrinal, para Díez Picazo, el discurso del odio agruparía toda una serie de supuestos como la apología del terrorismo, negación del Holocausto del pueblo judío, mensajes racistas y xenófobos, manifestaciones de sexismo y xenofobia, etc. que, con mayor o menor acierto están recogido en nuestra legislación penal, según acabamos de ver. El odio sería, según el autor, el elemento común de todas estas expresiones; tanto en el sentido de estar movidas por el odio como, sobre todo, de tratar de transmitir ese mismo odio a los oyentes.

Stradella plantea el discurso del odio desde la perspectiva de una conducta expresiva que enmarca a esta clase de mensajes en un plano de la acción y no en una mera manifestación del pensamiento, con lo cual se superaría el tradicional axioma de que el pensamiento no delinque o, en palabras del penalista norteamericano Clarence Darrow, “there is no crime of thought; there are only crimes of action” (“No hay delitos del pensamiento; sólo delitos de acción”). Argumento subyacente en aquellas posturas que defienden la destipificación de los delitos de apología por ver en ellos la configuración de un delito de opinión, lo que resultaría contrario al principio de culpabilidad.

Como decimos, sin embargo, Stradella sitúa el *hate speech* en el ámbito de una acción finalista cuyo desvalor radicaría precisamente en su aptitud para crear un peligro abstracto o concreto, según los casos, para el sujeto pasivo del mensaje: “[...] a kind of behavior characterized as a manifestation of thought that is able to inculcate particularly strong, even material, effects, on the audience, and to solicit harmful reactions against other people”²⁰. Desde luego, este planteamiento podría verse como una superación a las objeciones que desde el punto de vista del principio de culpabilidad.

No obstante, la represión penal del discurso del odio plantea algunos problemas que la doctrina ha identificado claramente: “la represión de las expresiones de odio, por muy buenas razones que puedan justificarla, entraña siempre el riesgo de acallar las opiniones que no son *políticamente correctas* y, por tanto, privar de espacio a los heterodoxos y disidentes” (Díez Picazo).

En realidad, todos los pronunciamientos doctrinales favorables a la restricción del discurso del odio se apoyan en una idea común: *las expresiones de odio van más allá de la mera expresión de una idea o una opinión*, por chocante u ofensiva que pueda resultar para la comunidad. Se trata de expresiones o conductas expresivas (*symbolic speech*) que, a través de la fuerza o *vis atractiva* de la persuasión, tienen unos *efectos concretos*.

En efecto, las expresiones de odio anudarían o vincularían persuasión y acción en el auditorio o público al que se dirigen. Con independencia de la voluntad del emisor, el discurso del odio tiende a generar un clima de odio, discriminación y violencia hacia las víctimas entre el público receptor, creando espacios de impunidad para las conductas violentas –pues implican una legitimación de la violencia y de los que realizan conductas violentas– y colaborando, en algunos casos, en la comisión de delitos contra la propiedad y contra las personas objeto del odio (Díez Picazo).

personal, siempre que esos hechos se hayan atribuido “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Lo que técnicamente, según ya señalara Desantes, era en realidad una difamación.

²⁰ N.T.: “[...] un tipo de comportamiento caracterizado como una manifestación del pensamiento con aptitud para inculcar efectos particularmente fuertes, incluso materiales, sobre la audiencia, y para solicitar reacciones dañosas contra otras personas”.

Las expresiones de odio tendrían asimismo un *efecto silenciador* (*chilling effect*). Como esta clase de mensajes suelen generar una situación de intimidación o amenaza en la víctima, el efecto siguiente sería el silencio de la propia víctima. O dicho con otras palabras, el discurso del odio acaba coartando la propia libertad de expresión de la víctima a la que se dirige, de ahí que algunos autores se pregunten acertadamente cuál es la libertad de expresión de alguien que no puede hacerse escuchar (Owen Fiss).

Incluso en algún momento el Tribunal Constitucional ha negado la legitimidad del discurso del odio en la medida en que, al coartar la libertad general de los ciudadanos, privan a la libertad de expresión de su naturaleza teleológica, esto es, contribuir a la formación de una opinión pública libre. Tal es el caso de la STC. 136/1999, de 20 de julio, en la que se afirma:

No cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre [F. J. 15].

A algo parecido se refería la jurisprudencia norteamericana desde el asunto *Roth v. United States* (1957), cuando negaba la protección la Primera Enmienda a cierta clase de discursos y expresiones bajo la premisa de que era patente en ellos la “ausencia de un valor social redentor”²¹.

²¹ Véase *Roth v. United States* (1957), 354 U.S. 476, 484-485.

5. Bibliografía

- BEL MALLÉN, I. y CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (coord.). *Derecho de la Información*. Barcelona. Ariel Comunicación: 2003.
- CARRILLO, M. *El derecho a no ser molestado*. Navarra. Aranzadi: 2004.
- COSTELLO, G and KILLIAN, J.: *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*. Washington. Congressional Research Service Library of Congress: 1992.
- DE CARRERAS SERRA, L. *Derecho Español de la Información*. Barcelona, UOC: 2003.
- DESANTES GUANTER, J.M. et al. *Derecho de la Información (II). Los mensajes informativos*. Madrid. Colex: 1994.
- DESANTES, J.M y SORIA, C. *Los límites de la información: la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las 100 primeras sentencias*. Madrid. Asociación de la Prensa: 1991.
- DÍEZ PICAZO, L. “Sobre la Constitucionalidad de la Ley de Partidos”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*. Núm. 3, 2002.
- FISS, O. *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona. Gedisa: 1999.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, T. “La genérica libertad de expresión y la específica libertad de información”. En *Cuenta y razón*. Nº 44-45, 1989.
- JIMÉNEZ DE PARGA, M. “La libertad de expresión y el derecho a la información. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En *Telos. Cuadernos de comunicación, tecnología y sociedad*. Núm. 58, enero-marzo, 2004.
- LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*. Madrid, Cívitas: 1991.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Manual de Derecho de la Información*. Madrid. Centro Ramón Areces: 2003.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Delimitación de las libertades informativas*, Valencia. Tirant lo Blanch: 2004.
- STRADELLA, E. “Hate Speech in the Background of the Security Dilema”. En *German Law Journal*. Vol. 9. Núm. 1. 2008.
- TORRES DEL MORAL, A. *Principios de Derecho de Constitucional*. Madrid. UCM: 1998.
- VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, V. *Curso de Derecho de la Comunicación Social*, Valencia. Tirant lo Blanch: 2005.