

Opiniones constitucionales

Rafael Alcácer Guirao

Universidad Rey Juan Carlos

*Abstract**

Enfrentado al “discurso del odio”, el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando una jurisprudencia de excepción en la cual, alterando los criterios generales de interpretación constitucional, ha procedido a una progresiva limitación del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, excluyendo de su contenido el discurso hostil y discriminatorio y omitiendo en su enjuiciamiento la valoración sobre la proporcionalidad de la restricción penal de las conductas expresivas.

Anlässlich der „Hassrede“ hat das spanische Verfassungsgericht eine außergewöhnliche Rechtsprechung entwickelt. Durch die Veränderung der allgemeinen Kriterien der verfassungskonformen Auslegung hat das Gericht eine allmähliche Einschränkung der legitimen Ausübung der freien Meinungsäußerung vorgenommen und dabei aus dem Inhalt dieses Rechts die feindlichen und diskriminierende Rede ausgeschlossen. Dies ist durch den Verzicht auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der strafrechtlichen Einschränkung der expressive Verhaltensweisen geschehen.

Faced with the “hate speech”, the Spanish Constitutional Court has been developing an exceptional jurisprudence in which, changing the general criteria of constitutional interpretation, it has developed a progressive restriction of the legitimate exercise of freedom of expression, excluding from its content the hostile and discriminatory speech and leaving out the assessment of the proportionality of the criminal restriction from the expressive conducts.

Titel: Verfassungsrechtliche Meinungen.

Title: Constitutional Opinions.

Palabras clave: discurso de odio, libertad de expresión, colisión de derechos fundamentales, efecto desaliento.

Stichworte: Hassrede, Meinungsfreiheit, Kollision von Grundrechten, Entmutigungseffekt.

Keywords: hate speech, freedom of speech, fundamental rights collision, chilling effect.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación “Movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (DER 2016-74865-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, por la Agencia Estatal de Investigación y por el Fondo europeo de Desarrollo Regional.

Sumario

1. Usos y abusos del “discurso de odio”
 - 1.1. Malos tiempos para la libertad de expresión
 - 1.2. El uso jurisprudencial del “discurso del odio”: ¿una categoría jurídica?
 - 1.3. El abuso del “discurso del odio”
 - 1.4. Estrategias y déficits de la “jurisprudencia de excepción” contra el discurso del odio
2. El discurso del odio como discurso protegido
 - 2.1. El fundamento de protección de la libre expresión
 - 2.2. El contenido protegido por la libertad de expresión
 - 2.3. Protección del discurso contrario a los valores democráticos
 - 2.4. El discurso del odio como discurso público
3. El daño del discurso del odio
 - 3.1. Contenido del derecho y lesividad de la conducta
 - 3.2. El daño de la libertad de expresión
4. La hipertrofiada lesividad del discurso del odio
 - 4.1. El derecho al honor de los miembros del grupo
 - 4.2. La dignidad y el insulto. Contradicciones valorativas
 - 4.3. Toda idea es una incitación...
 - 4.4. ...a la violencia
5. La desaparición del juicio de proporcionalidad
 - 5.1. Delimitación y restricción de derechos
 - 5.2. La omisión del juicio de proporcionalidad
 - 5.3. La justificación acrítica de la sanción penal
6. El efecto desaliento de la jurisprudencia constitucional
7. Tabla de jurisprudencia citada
8. Bibliografía

1. Usos y abusos del “discurso de odio”

1.1. Malos tiempos para la libertad de expresión

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los límites del derecho a la libertad de expresión con ocasión de supuestos que ha calificado como “discurso de odio”. Entre los más recientes, pueden mencionarse el caso de la quema de las fotos del Rey (STC 177/2015, de 22 de julio), así como la STC 112/2016, de 20 de junio, en la que por vez primera el Tribunal Constitucional se ha ocupado, indirectamente –por vía de amparo–, de la constitucionalidad del delito de enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 CP), defraudando

expectativas de un considerable sector de la doctrina penalista, que ha venido mostrándose muy crítico con dicho tipo penal¹.

Característica común de tales sentencias, por lo general, es que la restricción de la libertad de expresión de que traen causa las respectivas demandas tiene lugar por medio de la represión penal. Además de las dos sentencias citadas, en las que, respectivamente, los demandantes habían sido condenados por delito de injurias contra la corona y por delito de enaltecimiento del terrorismo, así acontecía también en el supuesto resuelto por la STC 176/1995, de 11 de diciembre, en el que el solicitante de amparo fue condenado por un delito de injurias por la publicación de un cómic titulado "Hitler=SS", y en la sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, dictada por el Pleno, en la que la cuestión de constitucionalidad se elevaba ante la posible aplicación del artículo 607.2 CP entonces vigente, que castigaba con pena de prisión la negación y la justificación del genocidio. De las cinco sentencias en las que el Tribunal se ha ocupado de la figura del "discurso del odio", la única excepción a esa regla es la STC 214/1991, de 11 de noviembre, que resolvió el recurso de amparo interpuesto por Violeta Friedman contra la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que confirmó su falta de legitimación activa para interponer una demanda de protección civil del derecho al honor contra Leon Degrelle por la divulgación de determinadas manifestaciones vejatorias contra el pueblo judío.

Una segunda característica común es que en todas ellas se declara constitucional la limitación *bajo pena* –con la citada excepción– de la libertad de expresión, considerando que la conducta expresiva quedaba excluida del ámbito protegido del derecho. También en este caso existe, no obstante, una importante excepción: como es sabido, la STC 235/2007 declaró inconstitucional la modalidad delictiva de negación del genocidio por vulnerar la libertad de expresión, manteniendo sin embargo la legitimidad constitucional de la modalidad delictiva consistente en la justificación del genocidio.

El fallo de esta sentencia suscitó disparidad de opiniones en la academia y fuera de ella: valiente para todos –por contrariar la tónica imperante en Europa sobre el negacionismo como hecho perseguible penalmente–, unos la han considerado excesiva –sin ir más lejos, los cuatro firmantes de los votos particulares–, y otros –como se hará en estas páginas– le han reprochado cierta morosidad en la defensa de la libertad de expresión. La controversia es, sin duda, otra característica común de los pronunciamientos sobre el papel del discurso del odio en la sociedad democrática. Más allá de las sentencias mencionadas, y de los votos discrepantes de algunas de ellas, casos como los de *Cassandra*², *Madame Guillotine*³, *Pablo Hassel*⁴ o *César Strawberry*⁵ –mediáticos todos ellos por virtud de las propias decisiones judiciales–, han venido alimentando el debate sobre los límites y excesos de la libre expresión en la esfera pública.

¹ Cfr., por ejemplo, CUERDA ARNAU, «Terrorismo y libertades políticas», *Teoría y Derecho*, (3), 2008, pp. 82 ss.; ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *RDPC*, (4), 2010, pp. 38 ss., con ulteriores referencias.

² Condenada por delito del artículo 578 CP (enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas) a la pena de un año de prisión (SAN 9/2017, de 29 de marzo).

³ Condenada por idéntico delito a la pena de un año de prisión (STS 623/2016, de 13 de julio).

⁴ Condenado por idéntico delito a la pena de dos años de prisión (STS 106/2015 de 19 de febrero).

⁵ Condenado por idéntico delito a la pena de un año de prisión (STS 4/2017, de 18 de enero).

En el seno del Tribunal Constitucional han surgido, no obstante, voces discrepantes, alarmadas ante la tendencia restrictiva de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad ideológica que impera en la reciente jurisprudencia constitucional⁶; diagnóstico, y alarma, que resulta predicable también, sin lugar a dudas, de los pronunciamientos dictados en los últimos años por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional.

1.2. El uso jurisprudencial del “discurso del odio”: ¿una categoría jurídica?

Desde el plano de la argumentación jurídica, esa tendencia restrictiva se concreta en el *uso* y *abuso* que la jurisprudencia ha venido efectuando de la noción del “discurso del odio”. Por lo que respecta a su uso, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han venido sirviéndose de dicha figura como límite absoluto a la libertad de expresión. En efecto, con dicha noción –y bajo influencia de distintos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del que también puede predicarse, en este ámbito, dicha tendencia restrictiva⁷– la jurisprudencia ha encontrado un cómodo recurso dialéctico para reducir los límites de ejercicio legítimo del derecho, bastando con subsumir la conducta expresiva enjuiciada bajo la rúbrica del “discurso de odio” para justificar, sin apenas necesidad de ulteriores argumentos, su exclusión del ámbito protegido por la Constitución.

Así, por ejemplo, la STS 105/2015 (asunto *Pablo Hassel*), a fin de concretar el ámbito de aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo, que se hallaría en una “zona intermedia” entre la provocación de hechos delictivos y el ejercicio del derecho fundamental, asevera que el bien jurídico protegido de ese delito estaría “en la interdicción de lo que el TEDH -SSTEDH de 8 de Julio de 1999, *Sürek vs Turquía*, 4 de Diciembre de 2003, *Müslüm vs Turquía*- y también nuestro Tribunal Constitucional -STC 235/2007 de 7 de Noviembre- califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica”⁸. Con más rotundidad, en otras ocasiones la Sala Segunda adopta una fórmula sintética: “el ‘discurso del odio’ no está protegido por la libertad de expresión ideológica”⁹.

También en la doctrina del Tribunal Constitucional encontramos esa utilización del término. En la STC 235/2007 se parte del presupuesto de que “la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado ‘discurso del odio’”; desde tal premisa, la cuestión a dilucidar en dicha sentencia se enuncia tomando ese término como elemento de interpretación constitucional: “Procede, por tanto, determinar si las conductas castigadas en el precepto sometido a nuestro control de constitucionalidad pueden ser consideradas como una modalidad de ese ‘discurso del

⁶ Vid., en particular, los votos particulares del Magistrado Xiol Ríos a las SSTC 177/2015 y 112/2016.

⁷ Cfr., por ejemplo, STEDH de 15 de marzo de 2011, asunto *Otegi Mondragón c. España*: “una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, en particular, cuando se hayan afectado seriamente otros derechos fundamentales, como en la hipótesis, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia” (§ 59). Sobre la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en relación con el discurso del odio, remito a ALCÁCER GUIRAO, «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *REDC*, (97), 2013, pp. 309 ss.

⁸ En tales términos se había pronunciado ya la STS 587/2013, de 28 de junio; lo recogerá también, entre otras, la STS 623/2016 (asunto *Madame Guillotine*).

⁹ SSTS 106/2015, de 19 de febrero; 623/2016, de 13 de julio.

odio' al que, como ha quedado expuesto anteriormente, alude el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión".

Y en semejantes términos enuncia la colisión entre derechos la Sentencia que declaró inconstitucional quemar fotos del Monarca (STC 177/2015): "Desde la perspectiva que nos corresponde debemos dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia".

No obstante, la discrepancia surgida en el seno del Tribunal sobre el pronunciamiento de esta última sentencia, lo cierto es que también los magistrados discrepantes acogen la utilización del concepto como criterio de delimitación negativa de la libertad de expresión. Así, por ejemplo, asumen los magistrados Adela Asúa y Fernando Valdés que, junto a la incitación a la violencia, "otro límite generalmente aceptado remite al 'discurso del odio'", destacando que "el repudio del discurso del odio pasa a ser admitido en la jurisprudencia europea como un inexcusable límite a la tutela del ejercicio de aquel derecho". De igual modo, en su voto particular manifiesta Xiol Ríos que no considera preciso extenderse sobre dos aspectos que comparte con la opinión mayoritaria, siendo uno de ellos que "el discurso del odio, en cualquiera de sus manifestaciones, incluyendo su expresión a través del lenguaje simbólico, supone una legítima restricción del derecho a la libertad de expresión".

Como último ejemplo, también la STC 112/2016 plantea en esos términos la controversia. Así, el canon constitucional de que parte la decisión es "el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio". Y aplicando ese criterio de interpretación concluye que "tomando en consideración la jurisprudencia de este Tribunal sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión (...) hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 (...) supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio". La conducta del recurrente "no puede ser considerada como un legítimo ejercicio de este derecho, por ser manifestación del conocido como discurso del odio, al estar presentes todos los requisitos citados necesarios para ello".

1.3. El abuso del "discurso del odio"

Como puede concluirse de los anteriores pasajes, en la jurisprudencia sobre libertad de expresión el término "discurso de odio" es elevado a una suerte de categoría jurídica, siendo empleado como criterio de delimitación negativa del derecho fundamental. Pero, como después expondré, no solo es erigido en límite de lo constitucionalmente protegido, sino que con tal proceder termina también por convertirse en criterio legitimador de la incriminación penal, al presuponerse su lesividad para bienes como el honor o la igualdad. Ello se debe a que, como

después mostraré con más detalle, con tal proceder el enjuiciamiento sobre la legitimidad de la restricción bajo pena de conductas expresivas se sustrae a la ponderación exigida por el principio de proporcionalidad, al expulsarse categorial y categóricamente de los contornos de protección del derecho fundamental.

¿Pero qué entiende la jurisprudencia por tal “discurso del odio”? ¿Cuáles son las conductas, expresiones o símbolos que pueden alojarse bajo ese término? Si nos tomamos en serio su estatus de categoría jurídico-constitucional, debiera exigirse el mayor grado posible de concreción en su significado, máxime cuando pretende utilizarse como criterio limitador del contorno de lo protegido por el derecho fundamental¹⁰. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia no ha aspirado a tal determinación conceptual, sino que, por el contrario, se ha valido de la vaguedad y de la carga peyorativa del término para justificar la progresiva restricción de la libertad de expresión, empleando tal noción antes con fines retóricos y persuasivos que con afán analítico. Tal es el *abuso* a que antes aludía.

La STC 235/2007 se remite a la jurisprudencia del TEDH y a la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa para buscar una definición canónica: citando, entre otras, las SSTEDH *Ergogdu e Ince c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, o *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003) establece 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”¹¹. No obstante, en otras resoluciones el Tribunal Constitucional presenta la incitación a la violencia y discurso de odio como dos límites diferenciados a la libertad de expresión. Así, por ejemplo, la STC 112/2016 enjuicia la conducta que fue objeto de condena por enaltecimiento del terrorismo adoptando ambos elementos como pasos sucesivos del análisis constitucional: primero considera que la conducta no puede ser considerada un legítimo del derecho por ser manifestación del discurso del odio, y después refuerza esa conclusión con el argumento de que del mensaje objeto de condena puede además inferirse una instigación, siquiera indirecta, a la violencia¹².

¹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 78-79.

¹¹ Esta misma línea restrictiva adopta el Magistrado Xiol Ríos en su voto particular a la STC 177/2015.

¹² La diferenciación entre ambos criterios limitadores aparece claramente expuesta, por ejemplo, en el voto particular de Adela Asua a la STC 235/2007: “Un primer límite es el de la ausencia de violencia, en sí misma incompatible con el significado del derecho. La violencia vehicula un mensaje, sin duda, que de inmediato queda descalificado como ejercicio del derecho fundamental, como también se descalifica un discurso acompañado de actos de violencia o de provocación de un riesgo inminente para la seguridad de personas o cosas, o de una amenaza verosímil. Otro límite generalmente aceptado remite al “discurso del odio”, presente en los mensajes que incitan a la discriminación y a la exclusión —cuando no a la agresión o la eliminación— de determinados colectivos por razón de sus características étnico-culturales, religiosas, origen nacional, sexo u orientación sexual, o factores análogos de vulnerabilidad”.

Lo cierto es que esa indefinición conceptual no está solo presente en la jurisprudencia española, sino que trae causa del similar uso que del discurso de odio hace el TEDH, modulando su definición en función del supuesto a enjuiciar. Así, mientras en supuestos en los cuáles la incitación a la violencia pueda ser más evidente, se recurre a adornar la argumentación con la figura retórica del “discurso de odio”, identificándolo entonces con tal efecto instigador a actos violentos. En cambio, cuando ese efecto no está en el núcleo del problema, la noción del discurso de odio se amplía a fin de abarcar otros supuestos, manifestando por ejemplo, como hace en el asunto

Es esta más amplia acepción la que viene acogiendo la jurisprudencia, a la luz de la citada Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa. En dicho texto se cataloga como discurso de odio “cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes”. Es esa concepción, por ejemplo, la que permitió al Tribunal Constitucional catalogar como tal discurso del odio a conductas de justificación del genocidio al pueblo judío (STC 235/2007). Y, sin lugar a dudas, es esa la concepción que más próxima se halla a las recogidas en textos e instrumentos internacionales¹³, en los que suele destacarse el componente discriminatorio y hostil a los grupos tradicionalmente desfavorecidos¹⁴.

No obstante, y como advertíamos, cuando es preciso reforzar retóricamente la decisión adoptada acudiendo al socorrido eslogan, la jurisprudencia extiende la aplicación del término a supuestos que ninguna relación guardan con ese aspecto discriminatorio de grupos tradicionalmente perseguidos. Un primer ejemplo son las resoluciones que se han ocupado del delito de enaltecimiento del terrorismo, en las que se postula que bajo el discurso del odio quedan también integrados los supuestos de “alabanza o justificación de los actos terroristas” (SSTS 105/2015; 623/2016). Ese uso retórico y persuasivo a costa de la desfiguración del término es manifiesto, me parece, en la STC 112/2016, cuando, de una parte, presupone sin matiz alguno que el “discurso del odio” debe ser sancionado bajo pena porque conlleva “aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”; y cuando, de otra, a fin de incluir el enaltecimiento del terrorismo bajo tal rúbrica –y legitimar, con ello, la sanción penal- estira su ámbito de sentido a toda “expresión de odio basado en la intolerancia”.

Pero el ejemplo más extremo –y, por ello, el más sintomático– de ese *abuso* es la inclusión de la quema de las fotos del Rey como manifestación del discurso del odio, en la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 177/2015. La vinculación del término “discurso del odio” con la protección de grupos oprimidos y, por ello, con la lucha contra la discriminación, es

Feret c. Bélgica, STEDH de 29 de abril de 2008, que “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo”.

¹³ Vid. especialmente la Recomendación nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), publicada el 21 de marzo de 2016, sobre “Líneas de actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio”: “el discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”. Ejemplo de ello es también, aún sin acoger de modo expreso tal noción, el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando dispone que “(t)oda apología del odio nacional, racial y religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley”.

¹⁴ Vid. al respecto, ALCÁCER GUIRAO, «Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal», *RECPC*, (18), 2016, p. 5. Cfr. también REY MARTÍNEZ, «Discurso de odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, p. 54, quien propone sustituir la acepción de “discurso del odio” por “discurso discriminatorio”; PAREKH, «Is There a Case for Banning Hate Speech?», en HERZ/MOLNAR (coords.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, 2012, pp. 40-41, enfatizando el elemento de la discriminación como núcleo del concepto.

aprovechada en dicha resolución para, al abrigo de esa carga desvalorativa, justificar la denegación del amparo y la restricción penal de la conducta –un supuesto de claro discurso político–; la consecuencia, grotesca, es la equiparación implícita de la Monarquía con colectivos tradicionalmente discriminados, convirtiendo a la Casa Real en víctima de ese discurso hostil y, por ello, en un “sector de la población” tan necesitado de protección como las minorías étnicas o inmigrantes¹⁵.

Esa maniobra de prestidigitación conceptual se lleva a cabo a partir del vaciamiento del concepto, excluyendo esa dimensión antidiscriminatoria e identificando “discurso de odio” con la mera manifestación general de hostilidad¹⁶. Se afirma en la sentencia que resulta “obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas”. Pero acto seguido asevera que “lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”. Por ello, en definitiva –concluye el Tribunal– “quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio”.

La sanción impuesta será, por ello, acorde a la Constitución: “tal condena se anuda, exclusivamente, al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los Reyes”, debiendo entenderse como “una muestra de exclusión de quienes los recurrentes identifican con la Corona”, por lo que la conducta queda extramuros del ámbito protegido de la libertad ideológica y la libertad de expresión.

1.4. Estrategias y déficits de la “jurisprudencia de excepción” contra el discurso del odio

Dicha sentencia es manifestación casi caricaturesca del uso y abuso con que los tribunales vienen empleando el término del “discurso del odio” y de los riesgos que conlleva de tergiversar el enjuiciamiento sobre los límites de ejercicio del derecho fundamental. Más allá del carácter anecdótico que, es de esperar, haya de predicarse de ese *trile* conceptual, la consolidación de tales estrategias dialécticas en el acervo constitucional genera, a mi modo de ver, importantes déficits en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales concernidos, dando lugar, a su vez, a una insuficiente tutela de la libertad de expresión¹⁷.

¹⁵ En tal sentido, el voto particular del Magistrado Xiol Ríos denuncia que se incurre en una “banalización del discurso del odio”.

¹⁶ Como se afirma en el voto particular de la Magistrada Adela Asua, la sentencia “desfigura el concepto del ‘discurso del odio’ y distorsiona peligrosamente su alcance”, a través de un recurso dialéctico que “no puede considerarse sino un ejercicio errático en la búsqueda de una cobertura jurídica que se antoja imposible”.

¹⁷ La hipertrofia del concepto del discurso del odio y la consiguiente restricción de la libertad de expresión en que incurre la jurisprudencia constitucional ha sido advertida también fuera de nuestras fronteras. Cfr. por ejemplo IACOMETTI, «Il Tribunale costituzionale spagnolo verso l’ipertrofia del concetto di ‘discurso del odio’ e la eccessiva compressione della libertà di espressione», *Obbervatorio Costituzionale*, (1), 2017, *passim*.

Como hemos visto, un término tan elástico e indeterminado, acuñado antes como eslogan programático que como categoría analítica¹⁸, es empleado por esta *jurisprudencia de excepción* para delimitar los contornos de la protección del derecho fundamental. Con tal proceder, el complejo enjuiciamiento que ha de presidir la cuestión sobre los límites –y los límites de los límites– del ejercicio del derecho corre el riesgo de resolverse con atajos nominalistas y apriorísticos, carentes de los necesarios matices valorativos. En particular, y dado que con esa línea exegética el conflicto entre derechos o intereses se resuelve ya a partir de esa delimitación negativa, excluyéndose *a limine* la conducta expresiva del contenido constitucionalmente protegido, en dicho enjuiciamiento se prescinde de la ponderación inherente al juicio de proporcionalidad, dando, a su vez, por legítima la represión penal de las conductas expresivas sin llegar a analizar la intensidad de los efectos desalentadores que la sanción penal genera sobre el ejercicio de la libertad de expresión.

Creo que calificar como “jurisprudencia de excepción” a tal conjunto de pronunciamientos denota adecuadamente sus estrategias y déficits: con la declarada finalidad de silenciar discursos hostiles y ofensivos, se alteran o tergiversan los estándares habituales de interpretación constitucional para restringir el contenido protegido de la libertad de expresión. Sintéticamente expresados, esa estrategia se caracteriza por los siguientes elementos:

- (1) Se excluye categorial y categóricamente el discurso del odio del ámbito protegido del derecho fundamental, de modo que todo lo que se califique como tal perderá el amparo constitucional. (II)
- (2) Esa exclusión se funda en la atribución de lesividad del discurso de odio contra otros intereses constitucionales. (III)
- (3) A su vez, la atribución de ese daño al discurso del odio se sostiene sobre una ampliación de los contornos protegidos de los intereses en conflicto, tales como el honor, la dignidad o la seguridad. (IV).

Tales presupuestos conllevarán las siguientes consecuencias (V y VI):

- (4) La colisión con otros intereses constitucionales no será resuelta a partir de un juicio de proporcionalidad, sino a través de esa delimitación categorial: tan pronto se califique la conducta expresiva como discurso del odio, pierde la protección constitucional y decae frente al otro interés menoscabado, por lo que el análisis sobre la prohibición de exceso –y del *efecto desaliento*– deviene superfluo.
- (5) Excluido de la protección de la libre expresión y presupuesta su lesividad, la sanción penal del discurso del odio no planteará déficits de constitucionalidad, con lo que esa etiqueta estigmatizante no solo implicará la desprotección constitucional de la conducta expresiva sino también, *eo ipso*, la legitimidad de su represión.

¹⁸ En las acertadas palabras de REY MARTÍNEZ, en REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, p. 53, que “casa mejor con la gramática periodística y política que con la jurídica”.

A continuación, expondré con más detalle cómo se conjuga esa estrategia en la jurisprudencia, e intentaré también mostrar sus déficits.

2. El discurso del odio como discurso protegido

2.1. El fundamento de protección de la libre expresión

Comenzaré por poner en duda el primer presupuesto citado: la exclusión categorial del discurso del odio del derecho a la libre expresión es contraria al fundamento del derecho que la propia jurisprudencia acoge de modo unánime.

La delimitación del contenido del derecho habrá de venir determinada por el fundamento de su protección¹⁹. Como es sabido, el Tribunal Constitucional español ha venido poniendo el acento en el fundamento democrático²⁰, de igual modo que, por lo demás, lo ha hecho el Tribunal de Estrasburgo. Ya desde sus primeros pronunciamientos partió el Tribunal español de que “las libertades del art. 20 no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático” (STC 12/1982, de 31 de marzo); y de que, en consecuencia, “el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas 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” (STC 6/1981, de 16 de marzo).

Es, en efecto, tal carácter constitutivo para la propia democracia lo que otorga a la libertad de expresión esa “peculiar dimensión institucional”²¹ que permite asignarle un estatus preeminente. En palabras de la STC 214/1991 (asunto *Violeta Friedman*), “el valor preponderante de las libertades del art. 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de una opinión pública, libre y plural, alcanzando entonces un máximo nivel de eficacia justificada frente a los derechos de la personalidad garantizados por el art. 18.1 C.E., en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática”. Y es, en fin, dada esa particular dimensión objetiva por lo que debe garantizarse un “un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso

¹⁹ Cfr., por ejemplo, MARTÍNEZ-PUJALTE, «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad», *Persona y Derecho*, (54), 2006, pp. 76-77.

²⁰ En este sentido, por ejemplo, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, 1992, p. 84; REVENGA SÁNCHEZ, «Trazando los límites de lo tolerable: Libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española», *CDP*, (21), 2004, p. 28, vinculando lo que considera la concepción preponderante en la jurisprudencia constitucional con los planteamientos republicanos de Meiklejohn.

²¹ Entre otras, STC 9/2007, de 15 de enero, o 177/2015, de 22 de julio.

como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor” (STC 110/2000, de 5 de mayo; 9/2007, de 15 de enero).

2.2. El contenido protegido por la libertad de expresión

De modo coherente con dicho fundamento, el Tribunal ha venido garantizando un ámbito muy amplio de ejercicio de la libertad de expresión²². A diferencia de la libertad de información, delimitada por el requisito de la veracidad, la difusión de opiniones con relevancia pública encuentra sus únicos límites en la preferencia de expresiones indudablemente injuriosas y que, además, resulten innecesarias para la exposición del mensaje. Según se estableció en la STC 105/1990, de 6 de junio: la libertad de expresión “dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”²³. Es decir, “el artículo 20.1 CE no reconoce un pretendido derecho al insulto” (STC 105/1990, entre muchas), pero sí toda libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige” (STC 6/2000, de 17 de enero). En definitiva, por más difusos que puedan ser los límites de lo “injurioso”²⁴ o de lo “innecesario”, el ámbito del discurso constitucionalmente protegido es, en la doctrina constitucional general, prácticamente irrestricto²⁵, quedando conformado por toda expresión con relevancia pública – en sentido amplio – y excluyéndose del mismo únicamente las manifestaciones insultantes desconectadas de la intención comunicativa y en las que, por ello, la finalidad es antes injuriar que contribuir al debate sobre asuntos públicos²⁶; así como, por supuesto, expresiones intimidatorias en las que la relevancia pública se diluye en el componente de amenaza²⁷.

2.3. Protección del discurso contrario a los valores democráticos

En la citada STC 235/2007, a fin de mostrar que la primera modalidad típica del precepto cuestionado –la negación del genocidio– invadía el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, el Tribunal fijó tales contornos manifestando que “la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la

²² Sobre ello, con mayor amplitud puede verse Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2008, pp. 340 ss.; VILLAVARDE MÉNENDEZ, «La libertad de expresión», en CASAS/RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Comentarios a la Constitución Española*, 2008, pp. 491 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 290 ss.

²³ Campo de acción, añade la STC 214/1991, de 11 de noviembre, “que se amplía aún más en el supuesto de que la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizada por el artículo 16.1 CE”, que suele ser por lo demás habitual en el ámbito del discurso del odio.

²⁴ Máxime cuando en resoluciones posteriores esa fórmula ha sido recreada con profusión de sinónimos como “formalmente vejatorias” (STC 198/2004, de 15 de noviembre), “ultrajantes u ofensivas” (STC 6/2000), “ofensivas u oprobiosas” (STC 174/2006, de 5 de junio).

²⁵ Así, VILLAVARDE MÉNENDEZ, «La libertad de expresión», en Casas/Rodríguez-Piñero, *Comentarios a la Constitución Española*, 2008, p. 493; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, p. 296.

²⁶ En términos semejantes, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, p. 295.

²⁷ STC 136/1999, de 20 de julio: “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”.

libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas”.

Ese “contenido esencial” infranqueable para el legislador penal sería, así, la “mera transmisión de ideas”, como imagen mínima del contenido protegido del derecho. Ciertamente, no cualquier idea está protegida por la libertad de expresión, sino, desde el fundamento acogido por el Tribunal español, únicamente aquellas con relevancia pública; pero, en principio, *todas* aquellas con relevancia pública, incluidas las contrarias a los valores constitucionales, debieran ser objeto de protección.

Así, el Tribunal ha reiterado que la libertad de expresión protege también el *discurso antidemocrático*, por cuanto, a diferencia del modelo plasmado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, nuestro sistema constitucional no se configura como una democracia militante. Según se afirma en la STC 235/2007: “nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional”. Por ello, “al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan” (citando la STC 176/1995). “De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución”. Ello implica que tanto el discurso contrario al propio sistema democrático como el que atenta contra sus valores esenciales, tales como la propia dignidad, quedará al amparo del derecho fundamental: incluso la transmisión de ideas “execrables por resultar contrarias a la dignidad humana” forman parte del contenido protegido de la libertad de expresión y deben quedar extramuros de la libertad de configuración del legislador penal (STC 235/2007).

2.4. El discurso del odio como discurso público

A tenor de lo expuesto, no creo preciso un amplio bagaje argumental para concluir que una aplicación coherente de tales presupuestos debiera llevar a incluir el “discurso del odio” bajo los contornos protegidos del derecho fundamental. Ciertamente, dentro de lo que suele incluirse bajo esa rúbrica se incluyen conductas expresivas que, sin lugar a dudas, habrán de quedar fuera de esa protección: supuestos de incitación directa a actos concretos de violencia, de amenazas proferidas cara a cara *-fighting words-*, o de injurias y calumnias proferidas sobre personas concretas, no pueden interpretarse como aportación alguna al debate sobre asuntos con relevancia pública.

Pero, salvando esos casos, aquello que puede razonablemente calificarse como “discurso del odio” debe ser considerado como una forma de *discurso público*, esto es, como la manifestación de opiniones sobre aspectos de relevancia social o política, y, en consecuencia, debe formar parte del contenido protegido por la libertad de expresión. El discurso hostil atañe indudablemente a la existencia de conflictos sociales –entre razas, etnias, religiones, géneros o ideologías-, y plantea una –más o menos articulada- propuesta política acerca de cómo abordar determinados conflictos

sociales²⁸. En este sentido, afirma por ejemplo Sunstein que el discurso del odio ha de entenderse necesariamente como *político*, “en el sentido de que constituye una declaración consciente sobre cómo deben resolverse determinadas controversias políticas”²⁹.

En definitiva, por más que los planteamientos ideológicos que subyacen a esos mensajes puedan repugnarnos, nos hallamos, en suma, ante la manifestación de opiniones con relevancia pública, por lo que, desde el fundamento de tutela del derecho fundamental, no existen razones para excluir el discurso intolerante de la esfera de protección *prima facie* del derecho.

3. El daño del discurso del odio

3.1. Contenido del derecho y lesividad de la conducta

Como advertíamos, enfrentado al discurso de odio, el Tribunal Constitucional redefine a la baja el contenido protegido del derecho fundamental, determinando un ámbito más reducido de lo que debiera inferirse a partir del citado fundamento³⁰.

La contradicción entre las premisas axiológicas de que parte el Tribunal Constitucional –y el amplio margen de legítimo ejercicio del derecho que deriva de las mismas– y la consecuencia asignada a la opinión hostil pretende salvarse justificando tal exclusión de la protección del derecho fundamental en la lesividad inherente al discurso del odio sobre otros bienes o intereses de rango constitucional.

Ese criterio de delimitación negativa del contenido del derecho lo encontramos de modo explícito, por ejemplo, en la STC 176/1995. Se parte en ella de que “el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás”; por ello, “la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional”.

²⁸ Vid. ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, (18), 2016, p.7.

²⁹ SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, 1993, p. 163. En igual sentido, con relación al discurso racista, manifiesta POST, «Racist Speech, Democracy, and the First Amendment», *William & Mary Law Review*, (32) 1991, p. 289, que el mismo “no puede ser excluido como tal del ámbito del discurso público”. Así, “el panfleto enjuiciado en *Beauharnais v. Illinois*, que pretendía ‘solicitar al alcalde y ayuntamiento de Chicago la aprobación de leyes a favor de la segregación’, tenía claramente la finalidad de intervenir en el debate sobre asuntos públicos, más allá de su evidente racismo virulento. De igual modo, el infame desfile nazi en Skokie era también un intento de participar en el discurso público, independientemente de su repulsiva simbología política. En ambos casos los racistas utilizaron medios reconocidos para la transmisión de ideas en orden a dirigirse e influir sobre la opinión pública”. Cfr. también DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2008, pp. 116 ss., empleando ejemplos relativos al contenido de la libertad de expresión.

³⁰ En igual sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, p. 316; TERUEL LOZANO, *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, 2015, p. 366.

También encontramos ese criterio en la STC 235/2007, cuando se afana por distinguir – al menos sobre el papel– entre la mera transmisión de ideas, aún execrables por ser contrarias a la dignidad, y los menoscabos al honor o la igualdad, y cuando asevera que “el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución (...) a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional”. Desde la argumentación de esa sentencia, sería preciso entonces distinguir entre opiniones ofensivas o execrables que, sin embargo, no conllevan efectos lesivos, y aquellas conductas expresivas que menoscaban bienes o derechos constitucionales como la dignidad, el honor o la igualdad. Veremos después que esa distinción es, a la postre, ignorada por esa sentencia.

3.2. El daño de la libertad de expresión

El principio del daño se configura como uno de los criterios centrales en toda decisión político-criminal: solo será legítimo incriminar y sancionar aquellas conductas que dañen o pongan en peligro un interés merecedor de protección³¹. Esa decisión presupone el deber de justificación de toda ley restrictiva de derechos³² y, en consecuencia, es ya fruto de un juicio de proporcionalidad, en el que el elemento de ponderación es el derecho a la libertad: sólo deben ser sancionadas bajo pena las conductas con mayor lesividad social porque sólo en tal caso – presuponiendo su idoneidad y necesidad– es proporcionado acudir a la restricción de la libertad del ciudadano que conlleva el uso de la pena³³. Dicho en términos inversos: si no existe un daño grave que prevenir, la restricción coactiva de la libertad inherente a la sanción penal constituiría, en términos del Tribunal Constitucional, un patente derroche inútil de coacción.

Puede admitirse que, con carácter general, algunas formas del discurso del odio presentarían gravedad suficiente para justificar *prima facie* la necesidad de combatirlos con el Derecho penal. No obstante, siendo presupuesto necesario, en el ámbito de las conductas expresivas la existencia de ese daño a intereses merecedores de protección no sería, por sí solo, requisito suficiente para legitimar al recurso a la pena, pues en la ponderación a efectuar para determinar si una sanción penal es proporcionada –y satisface con ello el principio de prohibición de exceso–, la finalidad de prevenir tales daños sociales habrá de contrapesarse tanto con el derecho a la libertad como, además, con la libertad de expresión³⁴. Estando no solo ante un derecho fundamental, sino ante una garantía institucional básica – ante un *prius* del

³¹ Además del clásico trabajo de FEINBERG, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. I, Oxford, 1984, *passim*, cfr., entre muchos, VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el principio del daño», (trad. Alcácer Guirao), en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, p. 38; SIMESTER/VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalization*, 2014, p. 35.

³² PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, p. 237 ss.

³³ Vid., por ejemplo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», *CDP*, (5) 1998, p. 160. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, p. 295: “toda pena, siquiera toda pena privativa de libertad, debe considerarse como una afectación de derechos fundamentales, y toda afectación de esta clase conlleva una carga de justificación que se traduce en la exigencia de ponderación o proporcionalidad”.

³⁴ Cfr. SIMESTER/VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalization*, 2011, pp. 38 s., 45 ss.

propio sistema democrático —, aun resultando lesivas existirán muy relevantes razones para evitar el uso de la represión coactiva como medio para combatirlas.

El ejercicio de la libertad de expresión no es inocuo. Es precisamente porque el discurso público —en el que, como vimos, debe enmarcarse el discurso de odio— se ocupa de las cuestiones más relevantes y más conflictivas para la ciudadanía por lo que es susceptible de generar riesgos y conflictos sociales. Como afirma RAWLS, “es evidente que la expresión política que manifiesta doctrinas que rechazamos, o hallamos contrarias a nuestros intereses, demasiado fácilmente nos resulta peligrosa”³⁵; pero “carece de relevancia particular el que la expresión política pueda ser peligrosa, pues la expresión política a menudo es, por su propia naturaleza, peligrosa”³⁶. Por ello, autores como SCHAUER o BOLLINGER han enfatizado que si las democracias deben proteger la libertad de expresión no es porque no cause daños, sino *pese* a los daños que causa³⁷. O, si se prefiere, porque los daños causados a la deliberación democrática serían mayores que los que se trata de prevenir³⁸. Los daños sociales que genera el discurso de odio deben, en consecuencia, ser contrapesados con los daños sociales que genera la restricción coactiva de la libertad de expresión.

Por ello, resulta contrario a la propia garantía del derecho fundamental restringir su contenido a aquellas formas de ejercicio inocuas para otros bienes o intereses constitucionales. La propia existencia de situaciones de colisión entre derechos fundamentales se debe precisamente a que en ocasiones el ejercicio de un derecho es lesivo de otro derecho o interés esencial. Si la garantía constitucional abarcara únicamente conductas inofensivas la propia protección perdería su sentido y finalidad. En este sentido, ha criticado CUERDA ARNAU la línea seguida por esta jurisprudencia de excepción reprochando que con ello el Tribunal “mezcla cosas que son distintas, a saber: el contenido del derecho fundamental afectado y la ofensividad de las conductas cuya constitucionalidad se cuestiona”. Afirma, frente a ello, que “el derecho no puede limitarse a dar cobijo a conductas carentes de ofensividad” —de lo contrario no existiría razón para la controversia—, por lo que “la mayor o menor amplitud del derecho fundamental no puede hacerse depender de la peligrosidad de la expresión”³⁹.

En definitiva, la lesividad de las conductas expresivas hostiles no puede erigirse en argumento suficiente ni para excluirlas del ámbito protegido de la libertad de expresión ni, tampoco, para legitimar, sin más, la sanción penal. En páginas posteriores abundaré sobre esta cuestión.

³⁵ RAWLS, *El liberalismo político*, 2004, p. 387.

³⁶ RAWLS, *El liberalismo político*, 2004, p. 92.

³⁷ BOLLINGER/STONE, «Dialogue», en BOLLINGER/STONE (eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, 2002, p. 10; SCHAUER, «Harm(s) and the First Amendment», *University of Virginia School of Law. Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, 2012, p. 23.

³⁸ BOLLINGER/STONE, en BOLLINGER/STONE (eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, 2002, p. 26; BAKER, «Autonomy and Hate Speech», en HARE/WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, 2009, pp. 150 s.

³⁹ CUERDA ARNAU, «Terrorismo y libertades políticas», *Teoría y Derecho*, (3), 2008, p. 88.

4. La hipertrofiada lesividad del discurso del odio

Anunciábamos antes que un tercer elemento característico de la jurisprudencia sobre el discurso del odio radica en que la atribución de lesividad a las conductas expresivas enjuiciadas –que justificaba su expulsión de los contornos protegidos por el derecho– se basa en un sobredimensionamiento del contenido protegido de aquellos intereses o derechos que entran en conflicto con la libertad de expresión. Expongo a continuación algunos ejemplos de ese proceder.

4.1. El derecho al honor de los miembros del grupo

El conflicto más habitual con la libertad de expresión es el que se produce con el derecho al honor. Es debido a ello que en las sentencias comentadas su contenido ha sido objeto de notable amplificación, a fin de justificar la restricción de la libre expresión. Esa línea interpretativa se manifiesta con claridad en las SSTC 214/1991 y 176/1995, en las que el contenido del derecho al honor –derecho con un marcado “significado personalista”– se amplía hasta convertirse en una suerte de derecho colectivo, atribuible a todos los miembros del grupo contra el que el discurso hostil se dirige, conformándose con los rasgos o características distintivas comunes al grupo y convirtiendo a todos y cada uno de sus integrantes en titulares y víctimas –“víctimas indirectas”⁴⁰– de los mensajes de hostilidad y desprecio formulados genéricamente contra el grupo como tal. Afirma el Tribunal que ese significado personalista “no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad”.

Con tal redefinición del derecho fundamental, el honor pierde su vinculación con la estima individual o reputación social de la persona, y se extiende hasta identificarse con la reputación social de todo el grupo de pertenencia. En la línea de las demandas del multiculturalismo⁴¹, el Tribunal Constitucional equipara y unifica el honor personal con el reconocimiento de la identidad del grupo en sociedad. La consecuencia es que el desprecio o el insulto a las característica que torgan identidad al grupo constituirá, sin más, una lesión del derecho al honor del individuo.

La maniobra dialéctica seguida es diáfana: como ha afirmado Revenga, a fin de otorgar el amparo en la STC 114/1991, el Tribunal “se ve obligado a alargar el ámbito de incidencia del derecho al honor hasta un punto que va mucho más lejos de su tradicional significado”⁴².

⁴⁰ Tal es la condición que se atribuye la demandante de amparo, según se recoge en el antecedente tercero de la sentencia.

⁴¹ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *REDPC*, (18), 2016.

⁴² REVENGA SÁNCHEZ, *CDP*, (21), 2004, p. 37. El análisis que hace este autor de la Sentencia sigue la misma dirección que la del texto: “Para poder identificar como atentado al honor de una persona concreta las manifestaciones genéricas del Sr. Degrelle, el TC necesitó realizar varias operaciones sucesivas: 1º) dar un salto

4.2. La dignidad y el insulto. Contradicciones valorativas

Habíamos visto cómo el Tribunal Constitucional, en la STC 235/2007, aseveraba que también las opiniones “execrables por resultar contrarias a la dignidad humana” forman parte del contenido protegido de la libertad de expresión. No obstante, esa misma sentencia establece que “el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales”, acogiendo entonces el respeto a la dignidad como criterio de delimitación negativa del derecho.

Entre ambos pronunciamientos parecieran coexistir dos concepciones inconciliables. Resulta contradictorio, sin lugar a dudas, sostener que la transmisión de ideas execrables por ser contrarias a la dignidad humana está amparada por el derecho fundamental y, al mismo tiempo, erigir la dignidad humana en criterio de delimitación de la libre expresión, excluyendo del contenido protegido los mensajes en los que se manifiesta el odio y el menosprecio hacia personas o grupos precisamente por ser contrarios a la dignidad humana. No se entiende bien cómo puede garantizarse la protección de la transmisión de ideas incluso execrables, cómo puede el derecho fundamental dar cobertura “también a aquéllas que molestan, chocan o inquietan”, y al mismo tiempo concluir que “el comportamiento despectivo o degradante respecto de un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas” (STC 235/2007). Parece más bien que, enfrentado al discurso de odio —y, en particular, al negacionismo y el antisemitismo⁴³—, el Tribunal termina por restringir el contenido protegido únicamente a las “ideas e informaciones aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes”⁴⁴.

En efecto, lo cierto es que en dicha sentencia, acogiendo los planteamientos de las SSTC 214/1991 y 176/1995, el Tribunal adopta la dignidad como límite irrebasable de la libre expresión, de modo

desde la dimensión subjetiva del honor hasta una dimensión objetiva del mismo, por su vinculación con la dignidad de la persona y la consiguiente responsabilidad del «Estado español de Derecho» para reaccionar contra las campañas de carácter racista o xenófobo, contrarias a la igualdad; 2º) reconocer a todos y cada uno de los miembros de «grupos étnicos o sociales determinados» el derecho a obtener satisfacción frente a ofensas dirigidas contra el colectivo; y 3º) atribuir a las manifestaciones de Degrelle un carácter ofensivo y, por tanto, indigno de la protección constitucional de la libertad de expresión”.

⁴³ Quizá pueda deberse a lo que REVENGA SÁNCHEZ, *CDP*, (21), 2004, p. 30, denomina “síndrome de Weimar”. Relevante es también mencionar los “problemas de coherencia interna” que ya en 2004 detectaba este autor en la doctrina constitucional sobre discurso extremista, y que cifraba en una contradicción que creo perfectamente trasladable a la que se alude en el texto: “De un lado el TC sigue aferrado a la idea de que una Constitución como la española, carente de límites materiales para la reforma constitucional, es una Constitución que no puede imponer más limitaciones que las derivadas del respeto a los procedimientos y a las reglas del juego del proceso democrático. Pero, por otro lado, el TC no ha planteado objeción alguna a la posibilidad de prohibir en términos absolutos la difusión de ciertas ideas, algo que se corresponde precisamente con una determinada defensa del *ethos* democrático, compartida en el nivel europeo y plenamente asumida por España”. También ROLLNERT, «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: Los límites de la libertad de expresión (a propósito STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político*, (71-72), 2008, pp. 107, 109-110 destaca la contradicción entre las SSTC 214/1991 y 176/1995, de una parte, y la STC 235/2007, de otra (pp. 133 ss.) con la declarada protección del discurso contrario a los propios valores democráticos.

⁴⁴ Como es sabido, las dos oraciones citadas responden a una fórmula clásica del TEDH y reiterada programáticamente por nuestro Tribunal en cada una de las sentencias que se ocupan de la libertad de expresión: “el derecho a la libertad de expresión da cobertura no sólo a las ideas e informaciones aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquéllas que molestan, chocan o inquietan, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay sociedad democrática”.

tal que toda opinión ofensiva o execrable termina por quedar extramuros del derecho fundamental. Corroborra, así, que carecerá de cobertura constitucional “la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas” (STC 176/1995). De igual modo, acude a la STC 214/1991 para concluir que “ni la libertad ideológica (art. 16.1 CE) ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo”, por cuanto ello “es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana”; en definitiva, “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana”, y quedan por ello excluidos de la libertad de expresión: “ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales”.

La limitación del contenido de la libre expresión pretende justificarse a partir de la clásica proscripción de las expresiones injuriosas, de la inexistencia de un “derecho al insulto”⁴⁵. Pero los márgenes generales de ese canon jurisprudencial son modificados con el fin de amplificar los contornos protegidos del honor y la dignidad, a través de dos líneas argumentales.

De una parte, se aprovecha la indeterminación semántica del criterio —“insulto”, “ofensa”, “oprobio”, etc.— para extenderlo a cualquier expresión vejatoria o que genere “sentimientos de hostilidad” hacia personas o grupos, o incluso hacia todo mensaje favorable a la discriminación o que incite a actitudes de rechazo u hostilidad⁴⁶. A este respecto, el Tribunal se muestra rotundo en afirmar que “el amplio margen que el artículo 20.1 CE ofrece a la difusión de las ideas (...) encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables” (STC 235/2007).

De otra parte, en las citadas sentencias se termina por restar toda relevancia al criterio de la innecesariedad de tales manifestaciones ofensivas para la transmisión del mensaje. Frente al planteamiento originario de ese criterio, que excluye el insulto del contenido protegido cuando aquél estuviera desvinculado del discurso con relevancia pública —siendo por ello innecesario para su transmisión—⁴⁷, ante el discurso de odio ese juicio de relevancia pública resulta ignorado, conformándose el Tribunal para expulsar la conducta del ámbito protegido con el mero hecho de

⁴⁵ Lo mismo puede decirse de las SSTC 214/1991 y 176/1995: cfr. ROLLNERT, «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: Los límites de la libertad de expresión (a propósito STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político*, (71-72), 2008, p. 110.

⁴⁶ Cfr. en esta línea REVENGA SÁNCHEZ, *CDP*, (21), 2004, p. 37, en relación con la STC 214/1991.

⁴⁷ Cuando, en palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La libertad de expresión tenía un precio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6), 2010, p. 2, estemos ante “insultos graves, injurias absolutas”. Cfr., por ejemplo, lo afirmado en la STC 151/2004, de 20 de septiembre: “...no cabe definir lo objetivamente ofensivo al margen por completo de las circunstancias y del contexto en el que se desarrolla la conducta expresiva (señaladamente, STC 106/1996, de 12 de junio), ni tampoco limitar la cobertura que ofrece la libertad de expresión a aquello que sea necesario, entendido en el sentido de imprescindible, adecuado y absolutamente pertinente, ni reducir su ámbito de protección a las expresiones previsibles o al uso en situaciones de acuerdo o avenencia, pues esa lectura de los márgenes de actuación del derecho fundamental supondría reducir el ámbito de la libertad de expresión a las ideas de corrección formal abstracta y utilidad o conveniencia, lo que constituiría una restricción no justificada de esos derechos de libertad de los ciudadanos e implicaría desatender, en contra de las posiciones de nuestra jurisprudencia, la libertad del sujeto y el entorno físico o de situación en el cual se produce su ejercicio”.

que el discurso resulte oprobioso o insultante, por presentar hostilidad, menosprecio o rechazo hacia grupos o etnias, y sin tomar en consideración el contexto público o político en que se emite el mensaje⁴⁸.

A lo afirmado podría oponerse que en diversos pasajes de las sentencias referidas se hace mención a supuestos en los que existe un ánimo deliberado de menospreciar o vilipendiar (por ejemplo, STC 235/2007, fundamento jurídico quinto) y que, por ello, implícitamente se está asumiendo que, *sensu contrario*, cuando no sea ése el ánimo primordial el discurso, aun ofensivo, sí podrá estar protegido. Más allá de que no deba ser el elemento intencional, sino uno intersubjetivo, el que determine la relevancia pública del discurso⁴⁹, y más allá de que esas referencias aisladas no alteran, me parece, la exégesis planteada en el texto, lo cierto es que, a través de la citada equiparación entre opiniones execrables e insultos, el Tribunal ha venido a atribuir al hablante ese ánimo de deliberado menosprecio tan pronto como el discurso tuviera connotaciones de desprecio u hostilidad. El ejemplo más claro es la STC 176/1995, que enjuició la publicación y difusión del cómic titulado “Hitler=SS”: frente a las (razonables) manifestaciones de los autores del cómic de que su intención era satirizar y ridiculizar las opiniones del líder de la extrema derecha francesa Le Pen, el Tribunal ignoró la finalidad de crítica política y el *animus iocandi* claramente presente en las imágenes, considerando que en ellas concurría “una actitud racista contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente” y, por ello, no protegida por el artículo 20 CE⁵⁰.

Pese a su mejor remozado teórico —y pese a su valiente pronunciamiento de inconstitucionalidad—, semejante proceder sigue presidiendo, me parece, la argumentación de la STC 235/2007⁵¹. Como ya hemos visto, recogiendo la inercia de las dos sentencias anteriores — profusamente citadas— el Pleno del Tribunal adopta la dignidad como un “superlímite”⁵² mediante el que las opiniones contrarias al valor de la dignidad se convierten en acciones *lesivas* de la dignidad, haciendo a la postre inescindibles la mera expresión de ideas indignas y las injerencias en el contenido constitucional de derechos fundamentales como el honor o la igualdad. La consecuencia de la argumentación del Tribunal Constitucional es que, en rigor, todo discurso político discriminatorio u hostil —un partido político que propone la expulsión de los inmigrantes rumanos, un libro que atribuya el terrorismo yihadista al Islam, etc. — vendrá a ser

⁴⁸ No se quiere decir con ello que ese canon no esté exento de indeterminación y vaivenes internos en la jurisprudencia constitucional (cfr. sobre ello RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 292 ss.), pero sí que esa línea jurisprudencial en materia de discurso del odio opta por la opción más restrictiva de la libertad de expresión, prescindiendo enteramente del contexto de relevancia pública en que se emite la preferencia ofensiva.

⁴⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6), 2010, p. 5; TERUEL LOZANO, *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, 2015, p. 367.

⁵⁰ Crítico con esa Sentencia, en semejantes términos, REVENGA SÁNCHEZ, *CDP*, (21), 2004, p. 39.

⁵¹ Creo que va en la misma dirección la crítica que efectúa TERUEL LOZANO, *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, 2015, p. 366, de que “en su argumentación el Tribunal Constitucional parece identificar contenido esencial y delimitación del derecho fundamental, dando entonces una imagen muy limitada de ésta”. Si bien a mi entender el problema está no tanto en esa confusión teórica, sino en el hecho de que la delimitación del contenido del derecho que termina por fijarse es tan restrictiva que queda, en efecto, limitada a un contenido mínimo, circunscrito a la mera transmisión de ideas *acordes a la dignidad*.

⁵² Crítico con la magnificación de ese principio para restringir la libertad de expresión, TERUEL LOZANO, *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, 2015, p. 367-368, citando a Luther.

equiparado a una expresión injuriosa, lesiva del derecho al honor, y podrá ser expulsado *sin más* del contenido protegido de la libertad de expresión.

Tal es, de hecho, la controversia que plantea el discurso de odio: en ocasiones la propuesta política de un discurso será precisamente el rechazo o la marginación de un determinado grupo social; casos en los que la “intención de contribuir al debate público” y el “deliberado ánimo de menospreciar y discriminar” resultarán inescindibles, por lo que su radical exclusión del ámbito de lo protegido resulta incompatible con el fundamento asignado a la libertad de expresión, y frontalmente contradictoria con la declarada amplitud de su ejercicio legítimo. Con la concepción del Tribunal español, en realidad lo constitucionalmente protegido es mucho más reducido que la transmisión de ideas y opiniones con relevancia pública: en la medida en que las opiniones contrarias a la dignidad e igualdad son equiparadas a la injuria y al insulto, lo protegido quedará realmente circunscrito a la transmisión de ideas y opiniones que no sean contrarias a los valores constitucionales.

4.3. Toda idea es una incitación...

En su voto particular a la sentencia *Gitlow v. New York*⁵³, Oliver Wendell Holmes afirmó que “toda idea es una incitación”. Con ello, pretendía oponerse al voto mayoritario del Tribunal Supremo y su decisión de restringir la difusión de ideas comunistas con el fin de “extinguir la chispa sin esperar a que se haya encendido la llama”. El Tribunal Constitucional español parece asumir también la premisa de Holmes, si bien con distinto afán que el perseguido por el ilustre juez norteamericano.

Junto a la amplificación de los contornos del honor o la dignidad, la STC 235/2007 adoptará semejante proceder con intereses como la igualdad o la seguridad, a partir de una interpretación extensiva de la noción de incitación. Partiendo de que la incitación a actos discriminatorios o violentos no puede estar protegida por la libertad de expresión, terminará por ampliar ese criterio de delimitación negativa a toda incitación *indirecta* a la discriminación, la violencia o el odio.

A fin de salvar la constitucionalidad de la modalidad típica de la justificación del genocidio, el Tribunal adoptó una sentencia interpretativa, considerando que el precepto no es inconstitucional si la justificación se interpreta como una incitación o provocación a actos lesivos. Así, en primer lugar, será legítimo restringir bajo pena una conducta expresiva cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Pero también —y aquí arranca la exégesis hipertrófica— cuando la conducta conlleve ya “alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos (...) de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”. De ese modo, resultará “constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia”.

⁵³ 268 US 652, 673 (1925).

Más allá de las dudas que desde el principio de legalidad pueda plantear la exégesis efectuada sobre el precepto⁵⁴, si desvinculamos los criterios de delimitación de la libertad de expresión plasmados en dicha sentencia del marco penal del hoy extinto artículo 607.2 CP, la conclusión es que el Tribunal Constitucional termina por justificar un amplísimo ámbito de restricción penal: lejos de limitar su constitucionalidad a la incitación directa al genocidio –supuesto indudablemente excluido de la libre expresión y, además, merecedor de respuesta penal–⁵⁵, incluye bajo el marco de lo legítimamente punible no solo “el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas” (siguiendo la estela de la STC 214/1991), ni solo la incitación *indirecta* a la comisión de delito contra el derecho de gentes o a la violencia, sino además toda forma de incitación, aun indirecta, a la discriminación o al odio. No se exige así, en fin, la incitación directa a actos violentos, sino que se conforma con la creación de un clima de hostilidad con la mera incitación, incluso mediata, al odio.

De los planteamientos de esa sentencia emana en buena medida la reforma del artículo 510 CP operada en 2015, con la que la represión del discurso público llega al paroxismo⁵⁶. Pese a la sensata declaración de inconstitucionalidad de la negación del genocidio, lo cierto es que con este pronunciamiento el Tribunal Constitucional abrió puertas y ventanas a la incriminación del discurso del odio, legitimando la sanción de toda manifestación de hostilidad hacia determinados grupos “diana”. Al igual que en la STC 214/1991 toda opinión racista o xenófoba se equiparaba a un insulto –excluyéndose, por ello, de lo protegido por la libertad de expresión–, en la STC 235/2007 toda opinión racista o xenófoba, toda opinión hostil, se convierte en una incitación a actos pretendidamente lesivos, justificándose con ello, además, la represión penal. A la postre, se legitima el castigo de la mera transmisión de ideas execrables.

En un análisis mucho más favorable a la jurisprudencia constitucional, algún autor ha criticado, no obstante, la indebida equiparación entre “las expresiones injuriosas, apologéticas del genocidio o incitativas al odio a la violencia o a la discriminación, indudablemente situadas fuera de la protección constitucional”, y “aquellas otras manifestaciones, también contrarias a la igualdad o a otros valores constitucionalmente protegidos, pero que no lleguen a incurrir en la ofensa, la incitación (directa o indirecta) o la apología del odio racial”⁵⁷. Se afirma a continuación

⁵⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6), 2010, p. 6, ha criticado a dicha sentencia que debiera haber sido más sensible en su fallo a las necesidades de taxatividad de los preceptos penales.

⁵⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6), 2010, p. 6, se pregunta si “costaba tanto decir que el tipo de justificación del genocidio no es inconstitucional si se interpreta como incitación a la comisión del delito de genocidio”. Sin lugar a dudas, ese fallo habría sido plenamente acorde al derecho a la libertad de expresión. La duda es si –como parece dar a entender el autor– esa era realmente la intención de la sentencia, o si, como creo más plausible, deliberadamente optó por incluir otras formas de incitación más difusas, y más restrictivas de la libre expresión.

⁵⁶ Si ya la regulación anterior fue objeto de encendidas críticas (LANDA GOROSTIZA, «Racismo, xenofobia y Estado democrático», *Eguzkilore*, (18), 2004, p. 70 –“esandalosamente indeterminada”–; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas», en *La libertad de expresión e información*, 2002, p. 55; ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *RECPC*, (14), 2012, pp. 19-20), los déficits de constitucionalidad atribuidos a ese precepto no han hecho sino incrementarse. Cfr. las reflexiones críticas de 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», *InDret*, (4), 2015, y ALASTUEY DOBÓN, «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», *RECPC*, (18), 2016.

⁵⁷ ROLLNERT, «Revisiónismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: Los límites de la libertad de expresión (a propósito STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político*, (71-72), 2008, p. 141.

que la clave para una “interpretación superadora de la aparente contradicción de la doctrina constitucional” radica en trazar una distinción “entre la ofensa a una etnia, la incitación o provocación al genocidio, a la discriminación, al odio racial y a la violencia –que en ningún caso pueden gozar de la protección constitucional a la libertad ideológica y a la libertad de expresión– y, de otro lado, la expresión de convicciones contrarias a determinados valores en la formulación constitucionalmente acogida”. Pero el problema de esa concepción es, a la postre, el mismo que el de la doctrina constitucional: Si, dada la vaguedad de los términos y la amplitud con que son manejados por dicha doctrina, todo discurso con contenido racista o xenófobo es *per se* considerado “ofensivo” o causa de “incitación *mediata o indirecta* al odio”, y esto se considera suficiente para justificar la sanción penal, la única forma de manifestar opiniones contrarias a los valores constitucionales sin incurrir en sanción penal sería, redundantemente, con declaraciones tan artificiales como “Me opongo a que el derecho a la igualdad sea aplicable a todos los ciudadanos”, o “No todos tienen la misma dignidad”. E incluso con semejantes expresiones, tan pronto se concretara qué grupo étnico o religioso es el candidato elegido a esa discriminación, caeríamos en la incitación indirecta al odio o en el menosprecio a un colectivo.

4.4. ...a la violencia

Esa inercia expansiva de los límites a la libertad de expresión se materializará también en el denodado afán de encontrar riesgos para la seguridad individual en el discurso del odio, identificando toda expresión infamante y hostil como una forma de incitar a la violencia.

Así, los excesos interpretativos de la STC 177/2015 para justificar la sanción de la quema de las fotos del Rey llegan hasta el punto de pretender hallar una incitación a la violencia en dicho acto simbólico, el cual –a juicio del Tribunal– “traslada a quien visiona la grabación videográfica que los Monarcas merecen ser ajusticiados”. “Quemar en público (...) la fotografía o imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza”; conlleva un “el riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan”.

Particular relevancia merece, en este ámbito, la STC 112/2016, en la que, como decíamos, el Tribunal Constitucional se ocupa por primera vez de la constitucionalidad del delito de enaltecimiento del terrorismo, recogido en el artículo 578 CP. Los hechos enjuiciados por dicha sentencia se referían a determinadas manifestaciones efectuadas por Tasio Erkizia en un acto homenaje al miembro de la E.T.A. José Miguel Bañarán Ordeñana, “Argala”, fallecido treinta años antes a manos del Batallón Vasco Español. En el discurso pronunciado por el condenado pidió “una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático”, y lo concluyó con el grito de “¡Gora Argala!” ante cuya fotografía había depositado un clavel rojo.

El Tribunal Constitucional confirma la condena impuesta al considerar que tal conducta expresiva queda extramuros de la libertad de expresión. De una parte, como vimos, por ser manifestación del discurso del odio. De otra, porque, además, dichos actos constituyeron una “instigación a la violencia”. Esa conclusión se sostiene sobre el siguiente argumento: “Incitar

supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmosfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo”.

En la misma línea inaugurada por la STC 235/2007, la mera creación de un clima de opinión es equiparada a la incitación a actos de violencia. Con ello, se diluye enteramente la diferencia entre la expresión de opiniones hostiles y la realización de conductas peligrosas. En palabras de Rodríguez Montañés, “la diferencia entre acción y expresión, entre la intolerancia como idea y la acción intolerante –conceptualmente clara– se diluye hasta hacerse indistinguible cuando no se exige ni la incitación a una concreta acción lesiva, ni la probabilidad, ni la inminencia de que una acción tal se produzca como consecuencia de la incitación o la provocación, sino tan solo el peligro potencial, la incitación indirecta y la provocación mediata”⁵⁸.

5. La desaparición del juicio de proporcionalidad

5.1. Delimitación y restricción de derechos

El forzamiento de los criterios generales de interpretación en que incurre la jurisprudencia constitucional para excluir el discurso del odio del contenido protegido del derecho tendrá como consecuencia, según anticipábamos, que el enjuiciamiento del caso concreto se sustraerá a la ponderación presidida por el juicio de proporcionalidad. A su vez, la presuposición de un daño en el discurso hostil permitirá justificar, sin necesidad de mayores argumentos, la sanción penal de tales conductas.

A fin de exponer con más detalle las consecuencias de esa jurisprudencia de excepción es preciso introducir algunas nociones básicas sobre la forma de resolver las colisiones de derechos.

En el entendimiento mayoritario de la doctrina constitucional el ámbito de protección de un derecho fundamental vendría constituido por dos estratos, que –expuesto genéricamente y con todas las cautelas semánticas– supondrían, a su vez, dos “límites”⁵⁹ para el legislador penal: de una parte, el contenido esencial del derecho fundamental, ámbito que resultaría inexpugnable para el legislador penal; de otra parte, el determinado por el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad, que proscribire regulaciones sancionatorias que restrinjan o disuadan desproporcionadamente de su legítimo ejercicio.

⁵⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, p. 317, refiriéndose a la STC 235/2007.

⁵⁹ Sobre la complejidad conceptual de la noción de “límite” en este ámbito, cfr. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, 1999, pp. 36 ss.; MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 1996, pp. 22-23, 45 ss., subrayando que “la Constitución delimita y el Legislador limita los derechos fundamentales”. Desde la dogmática de los derechos fundamentales, tales “límites” al legislador penal constituirían, en la jerga constitucional, “límites de los límites” (MEDINA GUERRERO, *Ibid.*, pp. 115 ss.).

Así, a los efectos de determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho pueden distinguirse tres círculos concéntricos⁶⁰: en primer lugar, ese núcleo “esencial” intocable para el legislador (*ex art. 53.1 CE*); en segundo lugar, un ámbito *prima facie* protegido por el derecho en atención a su fundamento pero susceptible de limitación proporcionada; y en tercer lugar, aquellas conductas expresivas que, por no constituir *discurso público*, carecen de toda conexión con el derecho fundamental⁶¹. Ello determinará, en consecuencia, una “doble barrera protectora”⁶²: como digo, el núcleo infranqueable a la libertad de configuración del legislador lo constituirá el denominado “contenido esencial” del derecho, noción de no fácil aprehensión y que suele entenderse como el “contenido mínimo, necesario e indisponible”⁶³, como aquel conjunto de garantías y facultades sin las que el propio sentido, fundamento y contenido del derecho queda completamente desfigurado⁶⁴. Por su parte, el segundo círculo concéntrico conforma, en palabras de Díez-PICAZO, un “espacio intermedio de protección *prima facie*”⁶⁵, y vendría constituido por el conjunto de facultades y garantías que, vinculadas al ejercicio del derecho, podrían ser limitadas justificada y proporcionadamente por el legislador cuando, en el caso concreto y tras un juicio de ponderación con otros derechos o bienes constitucionales, puede concluirse que exceden el ámbito de ejercicio legítimo⁶⁶. De ese modo, a fin de determinar si una norma penal es contraria a la Constitución por vulneración de un derecho fundamental será preciso efectuar un doble análisis: por una parte, la *delimitación* del contenido del derecho, y por otra, si la *restricción* del ejercicio del Derecho, dentro de ese segundo círculo, resulta proporcionada⁶⁷.

Hagamos un breve paréntesis. Ciertamente, lo expuesto hasta ahora constituye una simplificación de una discusión mucho más amplia y compleja, que excede con creces de las finalidades de este texto. Sin ánimo de terciar en la discusión teórica acerca del contenido amplio o estricto de los derechos fundamentales, de si en el conflicto entre derechos es necesaria la ponderación a través del principio de proporcionalidad o es antes una labor de estricta delimitación conceptual sobre el contenido del derecho, o de si, con ello, los derechos tienen la estructura de reglas o de principios, la opción aquí acogida puede entenderse como

⁶⁰ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 1996, p. 168; Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2008, pp. 124.

⁶¹ En semejantes términos, MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 1996, pp. 90 ss., pp. 168-170; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 78 ss.

⁶² PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, pp. 233, 240

⁶³ Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2008, pp. 119.

⁶⁴ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 1996, pp. 145 ss. En palabras del Tribunal Constitucional, “aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo”; o bien “aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga” (STC 11/1981, de 8 de abril).

⁶⁵ Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2008, pp. 122.

⁶⁶ No sé hasta qué punto el planteamiento del texto coincide con el esbozado por MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 1996, p. 169: “En el círculo exterior se ubican aquellas facultades o posibilidades de actuación concretas que, aunque directamente relacionadas con el bien jurídico encarnado en el derecho, pueden ser eventualmente sacrificados en aras de la defensa de otros derechos o bienes constitucionales, sin que por ello aquél deje de ser reconocible o se impida la salvaguarda de los interés para cuya protección se confiere el derecho”.

⁶⁷ Sigo aquí la nomenclatura (delimitación/restricción) de Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2008, pp. 115 ss.

una “posición intermedia”⁶⁸ según la que el contenido nuclear –o “contenido esencial” – y el contenido “prima facie” no constituyen tanto “partes” ontológicamente diferenciadas de un derecho fundamental⁶⁹ como una suerte de continuidad hermenéutica de mayor a menor determinación del contenido del derecho, pudiendo distinguirse, a efectos ilustrativos, entre un “núcleo” de certeza conformado por los elementos definitorios del derecho y un círculo más amplio de mayor indeterminación –una “zona de penumbra” – en el que el conflicto con otros derechos o bienes constitucionales puede ser más complejo de resolver al ser precisa una ponderación tomando en cuenta todas las circunstancias del caso concreto⁷⁰. No hay así, en rigor, una parte “esencial” y otra “no esencial” del derecho, sino un ámbito que, desde el fundamento de protección del derecho, presenta mayor grado de certeza que otro, si bien la delimitación de ese núcleo del derecho –de ese “contenido esencial” – no es realmente una operación cognoscitiva distinta sino fruto de una previa y más o menos implícita labor de ponderación con otros derechos o principios⁷¹.

5.2. La omisión del juicio de proporcionalidad

Ese doble filtro de protección del derecho fundamental –o de límite a la acción del legislador– está presente en la jurisprudencia constitucional⁷² y, significativamente, puede encontrarse en la sentencia más relevante sobre el discurso del odio, la STC 235/2007, si bien solo como enunciación teórica. Refiriéndose a la modalidad típica de la mera negación del genocidio, afirma que con ella “no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional. Más allá del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, del que hemos advertido en otras ocasiones (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; STEDH caso Castells, de 23 de abril de 1992, § 46), a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de

⁶⁸ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, p. 223 ss.

⁶⁹ Cfr. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 1996, pp. 167 ss. Crítico con esa noción espacial o “topográfica” de los derechos, JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, 1999, p. 70.

⁷⁰ A estos efectos, y sin perjuicio de cuestiones de matiz, puede resultar ilustrativa la terminología seguida por Martínez-Pujalte, quien distingue entre un “ámbito constitucionalmente protegido” y un “ámbito material” de los derechos, entendido éste como “toda acción u omisión que pueda incluirse en el área genérica de actividad o que sea expresión del ámbito de la personalidad humana al que pertenece el contenido del derecho fundamental constitucionalmente reconocido; o (...) toda acción u omisión que realiza lo *prima facie* apuntado por el *nomen iuris* del derecho fundamental” (MARTÍNEZ-PUJALTE, *Persona y Derecho*, [54], 2006, pp. 76 ss., p. 78 s.).

⁷¹ Tal es, como es sabido, la línea asumida por autores como ALEXY, *Teoría de los Derechos fundamentales*, 1993, pp. 89 ss., 317 ss., 350 s.; o, en España, como PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, pp. 217 ss. Con diferencias de mayor o menor calado, creo que es también la concepción mayoritaria en la doctrina constitucional actual. Así lo entiende, por ejemplo, DIEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2008, p. 117: “la concepción dominante del contenido de los derechos fundamentales no traza una distinción neta entre lo incluido y lo excluido, sino que tiende a ver los derechos fundamentales, más bien, como el conjunto del núcleo de certeza y el halo de incertidumbre: este es amplio, tiene contornos difusos, y abarca todas las situaciones potencialmente cubiertas por el valor o bien jurídico proclamado; aquél es más reducido y comprende sólo aquellas situaciones que el ordenamiento inequívocamente protege como derecho fundamental”.

⁷² Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 56, nota 1, 71 ss., quien también la asume como canon de control constitucional (pp. 78 ss.).

configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión (...)

Como puede colegirse de ese pasaje, como regla general el Tribunal diferencia entre esa esfera del “ámbito propio de la delimitación” del “contenido constitucionalmente garantizado”, y un ámbito de “limitación” de conductas expresivas que, por conllevar un factor de disuasión del ejercicio del derecho, suponen una restricción desproporcionada del mismo.

No obstante, lo cierto es que pese a declaraciones programáticas, tanto en esa como en las restantes sentencias citadas se omitirá el enjuiciamiento sobre si la restricción del derecho resulta o no desproporcionada. La razón es conocida: al utilizarse el discurso del odio como criterio de delimitación negativa, la conducta queda excluida de antemano del contenido protegido, por lo que ni siquiera llega a surgir, en sentido estricto, una colisión de derechos; en consecuencia, no es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad.

Intento explicarme con más detalle. El contenido protegido de cada derecho viene externamente delimitado por el contenido protegido de los restantes derechos, por lo que entre los ámbitos nucleares se daría una relación de círculos secantes, no existiendo realmente una situación de colisión –estaremos ante un conflicto aparente–⁷³. En consecuencia, una conducta que menoscaba un derecho fundamental ajeno no puede al mismo tiempo ser ejercicio de un derecho fundamental. En este sentido, puedo ahora matizar la conclusión a que antes llegaba, apoyándome en la crítica de CUERDA ARNAU a la jurisprudencia constitucional: la lesividad de la conducta sí delimita el contenido protegido constitucional, en su ámbito nuclear de protección: éste no puede consistir en la vulneración del núcleo de otro derecho fundamental. Es por ello que el derecho a la libre expresión no puede albergar injurias o insultos graves, lesivos del derecho al honor e innecesarios para la transmisión del mensaje. Pero distinto es el caso del contenido *prima facie* protegido del derecho; en ese ámbito de mayor indeterminación confluyen conductas que reúnen características definitorias del derecho fundamental pero que, especialmente ante su colisión en el caso concreto con la esfera potencialmente protegida de otros derechos –a modo de círculos tangentes–, solo tras un juicio de ponderación desde el principio de proporcionalidad puede afirmarse que sea ejercicio legítimo del derecho en cuestión. Es en este ámbito donde sí puede afirmarse que el contenido de un derecho incluye conductas lesivas –o potencialmente lesivas– de otros bienes constitucionales. Es por ello que en la mayoría de los casos no cabrá hacer una cesura taxativa entre el contenido protegido y el discurso ofensivo o vilipendiador.

Como decíamos, al producir esa exclusión radical por vía de delimitación negativa, las sentencias analizadas omiten el paso metodológico siguiente, consistente en efectuar un juicio de ponderación con los derechos concernidos y determinar si, en el caso concreto, la restricción del derecho a la libertad de expresión era o no proporcionada⁷⁴. Frente a ello, creo que tomarse en

⁷³ Este es el planteamiento básico de una concepción estricta del contenido de los derechos fundamentales, que rechaza la necesidad de la ponderación: todos los conflictos entre derechos fundamentales son aparentes, pues el supuesto de hecho o bien cae dentro del contenido protegido o bien queda extramuros del mismo.

⁷⁴ Salvando las distancias metodológicas, lo cierto es que en la práctica el proceder del Tribunal español termina por asemejarse mucho a la cláusula de abuso de derecho del artículo 17 CEDH y al efecto guillotín con que la

serio la relevancia de la libre expresión política exige incluir el discurso de odio en el contenido *prima facie* protegido del derecho. En este sentido, y por si fuera necesario clarificarlo, con la asunción anterior de que el discurso del odio constituye una forma de discurso público no pretendía sostenerse que el discurso racista o xenófobo deba situarse en el núcleo protegido de la libertad de expresión; pero sí que los contornos del ejercicio protegido de la libertad de expresión deben construirse tomando en cuenta el peso que en el esquema constitucional ha de ostentar el discurso público, y el estatus preferente que, como “bien público” esencial en democracia, debe asignársele. Creo que ese crucial elemento definitorio del derecho fundamental aparece infravalorado en las sentencias citadas, en las que, ignorando ese fundamental criterio de enjuiciamiento, se despoja *a priori* (ya en la delimitación de lo protegido) al discurso racista o discriminatorio de toda relevancia pública como discurso siquiera *prima facie* protegido.

Por el contrario, esta línea jurisprudencial termina por asignar tal estatus preferencial a los derechos con los que la libre expresión entra en conflicto, a través de la vía, antes expuesta, de sobredimensionar el contenido tradicionalmente asignado a los mismos y de establecer como contenido nuclear del derecho lo que no debieran ser sino, todo lo más, contornos periféricos. Volviendo al ejemplo de la STC 214/1991, no es solo que el bien jurídico honor pueda verse “lesionado” con el discurso antisemita (debiendo por ello resolverse el conflicto con un juicio de ponderación), sino que esa dimensión colectiva o grupal pasa a erigirse en contenido nuclear del derecho fundamental, operando metodológicamente, así, no como elemento de ponderación con el contenido *prima facie* protegido de la libre expresión sino como criterio de delimitación negativo⁷⁵. En esta línea, ya en un temprano análisis de dicha sentencia pudo afirmarse que “el Tribunal Constitucional parece introducir un límite absoluto a la libertad de expresión, ya que da a entender que tales manifestaciones o expresiones llevan intrínsecamente aparejada una vulneración de los derechos al honor y a la dignidad de las personas pertenecientes a los colectivos afectados, y ello con independencia de los términos específicos en que aquéllas se formulen”⁷⁶.

5.3. La justificación acrítica de la sanción penal

Si la primera consecuencia rechazable de la jurisprudencia constitucional es la omisión del juicio de proporcionalidad, la segunda es la justificación automática y acrítica de la sanción penal. Al quedar excluida la conducta expresiva del contenido protegido del derecho, y al presuponerse su lesividad en tanto manifestación del discurso del odio, la utilización de esta figura como

emplea el TEDH en el ámbito del discurso de odio. Sobre ello, vid. ALCÁCER GUIRAO, *REDC*, (97), 2013. Cfr. también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, p. 316, destacando que la delimitación del discurso protegido que realiza la STC 235/2007 es muy próxima a la que hace el Tribunal Europeo.

⁷⁵ Sobre la STC 214/1991 destaca significativamente MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 1996, pp. 97 s., nota 83, que pese a que en la sentencia, tal como habían hecho las resoluciones de origen, se argumenta en términos de colisión entre derechos fundamentales –libertad de expresión frente a derecho al honor–, en realidad se aleja de una concepción amplia del contenido de los derechos, reduciendo ya *ab initio* los derechos involucrados. Expresado en otros términos: que el juicio de ponderación brilla por su ausencia.

⁷⁶ PARDO FALCÓN, “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, 34, (1992). Citado por MEDINA GUERRERO, *ibid*.

elemento de delimitación negativa conllevará *eo ipso* la justificación de la condena impuesta, o del precepto penal.

En la STC 235/2007, ese proceder queda reflejado en el hecho de que en ningún momento se llegue a efectuar un juicio de proporcionalidad sobre el recurso a la sanción penal de las conductas subsumibles en la modalidad delictiva de la justificación del genocidio; en particular, brilla por su ausencia –pese a su alusión nominal– toda ponderación a partir del criterio del *efecto desaliento*, y la indagación de si la propia amplitud semántica del precepto puede llegar a disuadir desproporcionadamente el ejercicio legítimo de la libre expresión (después volveremos sobre este criterio)⁷⁷. La consecuencia de todo ello, y lo más discutible de la sentencia, es precisamente que como la recta secante que delimita el contenido de los derechos a la libre expresión y al honor e igualdad se hace coincidir con el marco de restricción legítima *bajo pena* (desapareciendo con ello la esfera de protección *prima facie* y la necesidad del juicio de proporcionalidad), el hecho de haber partido de una delimitación restrictiva de la libertad de expresión por la vía de ampliar en exceso los contornos protegidos del honor, la igualdad y la dignidad, da lugar a legitimar una criminalización *desproporcionada* de las conductas expresivas (del contenido *prima facie* protegido de la libre expresión)⁷⁸.

Los mismos déficits se aprecian en los restantes pronunciamientos sobre el discurso del odio. Todos ellos omiten el análisis sobre la proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental; todos ellos terminan por erigir ese daño potencial no solo en requisito necesario sino también *suficiente* para la legitimidad de la represión penal.

Con ello, se asume implícitamente una rechazable relación de continuidad entre la constitucionalidad y la necesidad legítima de sanción penal. Parafraseando la STC 104/2011, de 20 de junio, para estas sentencias, “existirían sólo dos terrenos, el de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible, lo que no puede admitirse”. A la concepción seguida por el Tribunal Constitucional le es plenamente aplicable la crítica que Prieto Sanchís hizo de la STC 55/1996, sobre la prestación social sustitutoria: “en la concepción del Tribunal, entre derechos fundamentales y conductas delictivas existe algo así como una frontera nítida y precisa: o el sujeto ejerce un derecho en los términos constitucionalmente permitidos, y entonces no puede ser sancionado; o comete un delito, y eso es señal de que no ejerce un derecho. Esto es expresión de la ya conocida y criticada concepción estrecha o estricta del supuesto de hecho de los derechos fundamentales, algo que en verdad hace ociosa la ponderación”⁷⁹.

⁷⁷ Critica también ese aspecto TERUEL LOZANO, *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, 2015, pp. 381-383. En similar sentido, manifiesta BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *REDC*, (85) 2009, p. 349, que “la sentencia podría haber puesto más énfasis en el principio de intervención mínima”.

⁷⁸ Con ello, se asume también implícitamente una relación de continuidad entre la constitucionalidad y la necesidad legítima de sanción penal. Parafraseando la STC 104/2011, de 20 de junio, para esta sentencia, “existirían sólo dos terrenos, el de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible, lo que no puede admitirse”.

⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, p. 293-294.

6. El efecto desaliento de la jurisprudencia constitucional

Es indudable que la Constitución no puede determinar, en positivo, la política criminal⁸⁰. Tradicionalmente, el Tribunal Constitucional ha venido mostrando un considerable grado de deferencia hacia el legislador penal⁸¹, reconociéndole un “amplio margen de libertad” para determinar el “complejo juicio de oportunidad” que supone “configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción” (STC 60/2010, de 7 de octubre) y, por ello, ha mostrado notables cautelas en la aplicación del juicio de constitucionalidad. Pero, como ya hemos destacado, los límites a la incriminación que incorpora ese juicio de constitucionalidad no se limitan exclusivamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental, sino que –al menos desde las STC 136/1999– el Tribunal ha venido incluyendo también el principio de proporcionalidad, debiendo verificar “que la norma no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria” (STC 60/2010)⁸².

Si alguna virtud tiene el principio de proporcionalidad es precisamente la de hacer “nítida la separación de dos parcelas que a menudo aparecen confundidas: el exceso en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal de ese exceso”⁸³. El análisis de si la restricción bajo pena del derecho fundamental resulta idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto permite determinar no solo si el ejercicio del derecho en esa zona de protección *prima facie* constituye un abuso que, por ser relevantemente lesivo de otros intereses, puede ser razonablemente restringido, sino además si esa restricción debe llevarse a cabo con la intensidad coactiva de la sanción penal⁸⁴. Ello es precisamente lo que las sentencias comentadas ignoran: que incluso cuando la restricción de la libre expresión pudiera considerarse legítima, de ello no puede derivarse sin más que también lo sea la restricción *bajo pena*.

Lo más reprochable de esa jurisprudencia es, en particular, que haya omitido someter los supuestos enjuiciados al llamado *efecto desaliento*, criterio de proporcionalidad de singular relevancia en el ámbito de la libertad de expresión.

El fundamento del efecto desaliento puede reconducirse a la dimensión institucional de los derechos fundamentales, que impone a los poderes públicos no solo evitar su menoscabo sino

⁸⁰ Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, p. 280.

⁸¹ Sobre ello, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, (4), 2012, *passim*.

⁸² Tal diferenciación entre el “juicio de inoportunidad” y el “juicio de inconstitucionalidad” puede encontrarse en LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *La libertad de expresión e información*, 2002, p. 57: “tal inconstitucionalidad la produce el legislador cuando con su actividad extirpa de un derecho o libertad parte de su contenido esencial, o cuando, fuera de ese núcleo, limita el derecho desproporcionadamente”.

⁸³ CUERDA ARNAU, *Teoría y Derecho*, (3), 2008, p. 86.

⁸⁴ Sobre los criterios del juicio de proporcionalidad, en los que no entraremos aquí, cfr., por ejemplo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *CDP*, (5), 1998; MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal», en CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER (dirs.)/CUERDA ARNAU (coord.), *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, 2009, pp. 1357 ss.

también la promoción de su ejercicio⁸⁵. Como afirmó la STC 110/2000, “la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir ‘por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada’”.

Es esa dimensión institucional, y el consiguiente mandato de no desalentar en exceso el ejercicio de un derecho, lo que permite declarar inconstitucional, por desproporcionada, la sanción de conductas que, aun cuando no forman parte del contenido protegido, se hallan próximas al mismo, si esa restricción conlleva el riesgo de disuadir del legítimo ejercicio del derecho⁸⁶. Es decir –y parafraseando la citada STC 110/2000–, las posibilidades de lesión constitucional en que se puede incurrir al legislar, interpretar y aplicar tipos penales relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales no quedan restringidas al menoscabo del contenido constitucionalmente protegido, sino que también la incriminación y sanción de conductas situadas en la periferia del derecho pueden lesionar el derecho mismo si ello, por desalentar su ejercicio legítimo, supone una reacción desproporcionada ante un acto en sí ilícito⁸⁷.

Por ello es por lo que el criterio del efecto desaliento ha adquirido particular relevancia en la protección de la libertad de expresión: la presencia en la ecuación de un derecho fundamental de tal significación para el propio sistema democrático –al que por tal “peculiar dimensión institucional” se le ha venido asignando una posición preferente (STC 9/2007)–, supone un límite adicional de considerable rigidez a la decisión político-criminal de restringir bajo pena las conductas expresivas, pues más allá del respeto a su contenido protegido, los poderes públicos deben garantizar ese “ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor” (STC 110/2000)⁸⁸. Y es debido a ello que ha podido afirmarse que la sanción de conductas periféricas o limítrofes al ejercicio de ese derecho fundamental conlleva una “fuerte presunción de inconstitucionalidad”⁸⁹.

⁸⁵ DE DOMINGO PÉREZ, «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”», *REP*, (112), 2003, pp. 153, 164; CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión. La función dogmática del efecto desaliento», *RGDP*, (8), 2007, p. 8.

⁸⁶ Cfr. SCHAUER, «Fear, risk, and the First amendment. Unraveling the ‘Chilling Effect’», *Boston University Law Review*, (58), 1978, pp. 693 ss.; DE DOMINGO PÉREZ, *REP*, (112), 2003, p. 156. Vid. también CUERDA ARNAU, *RGDP*, (8), 2007, p. 8: “el papel institucional que corresponde a este derecho fundamental obliga a respetar el amplio espacio que aquel precisa para cumplir dicha función, lo que se conecta tanto con la proscripción del desaliento, cuanto con el mandato de taxatividad concretado en las prohibiciones de *overbreath* y *vagueness*”.

⁸⁷ En palabras de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, p. 81: “fuera del ámbito de protección estricto del derecho fundamental, pero en ámbitos conexos, en que materialmente se esté realizando la conducta o conductas en torno a las cuales se define el derecho y que no lo desnaturalizan, también existe un control constitucional de la reacción penal vinculado al derecho fundamental, de modo que la norma penal o su aplicación al caso podrían ser desproporcionadas, si pueden disuadir o retraer a los ciudadanos del ejercicio legítimo del derecho fundamental”. En semejantes términos, CUERDA ARNAU, *RGDP*, (8), 2007, pp. 17 ss.

⁸⁸ Cfr. SCHAUER, *Boston University Law Review*, (58), 1978, p. 691, destacando la relevancia de la doctrina del efecto desaliento para la libertad de expresión dado el carácter de “affirmative value” de éste y la doble obligar estatal tanto de impedir su restricción como de promocionar su ejercicio.

⁸⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, p. 82.

que, frente a los citados déficits de la jurisprudencia sobre discurso del odio, “aumenta las exigencias de justificación”⁹⁰.

Esa posición preferente que, derivada de su rol institucional, se atribuye a la libertad de expresión constituye un aspecto decisivo en la justificación y aplicación de la doctrina del efecto desaliento. Como punto de partida, ciertamente resulta muy discutible que puedan existir derechos fundamentales más importantes que otros, y que, por ello, derechos como el honor o la igualdad deban ceder, en abstracto, ante el ejercicio de la libertad de expresión. Es cierto que, como se ha afirmado, la libertad de expresión no puede prevalecer, sin más, sobre otros derechos fundamentales, de modo que “la relación entre ellos no puede ser de prevalencia, sino de articulación de sus respectivos contenidos”⁹¹. Pero cierto es también que esa “posición especial” (158/2003, de 15 de septiembre) asignada a la libre expresión responde a un determinado modelo constitucional, de modo que, una vez asumido –si es que, más allá de declaraciones formales, realmente pretende asumirse–, habrá de determinar las relaciones entre derechos, no al modo de una jerarquía formal, pero sí para configurar los criterios de interpretación y aplicación de la Constitución; esto es, tanto en la fase de delimitación de los respectivos contenidos como en el análisis sobre la proporcionalidad de su restricción.

Así, ya en la propia articulación de los respectivos contenidos de los derechos en conflicto la posición institucional asignada a la libertad de expresión jugará un papel esencial, no solo delimitando su contenido a partir de la función socio-política que juega la libertad de expresión sino también imprimiendo particular contención a la delimitación del derecho con el que entra en potencial colisión. Frente a los criterios “de excepción” seguidos por la jurisprudencia del discurso del odio, ese amplio *breathing space* que, desde esa dimensión institucional, ha de asignarse a la deliberación sobre asuntos públicos, debe impedir interpretaciones extensivas de derechos como el honor o la seguridad cuando la delimitación de su contenido conlleva una reducción del contenido protegido del derecho.

También en el marco de la colisión entre derechos, en el que juega un papel decisivo la regla de prohibición de exceso, irradiará sus efectos esa posición preferente de la libre expresión. Sin ir más lejos, y en la línea tradicional de la doctrina constitucional, asumiendo que el menoscabo del derecho al honor deberá ceder ante la comunicación de opiniones con relevancia pública o de información relevante y veraz. Como tempranamente puso de manifiesto el Tribunal Constitucional, “no se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar

⁹⁰ CUERDA ARNAU, *RGDP*, (8), 2007, p. 25: Ello por cuanto “lo castigado es el ejercicio abusivo de un derecho fundamental, que es, como digo, un abuso pero que en la medida en que se relaciona con su ámbito de acción requiere la toma en consideración de elementos de legitimación adicionales por los efectos asociados a su sanción”.

⁹¹ CUERDA ARNAU, *RGDP*, (8), 2007, p. 10, citando a García-Pablos.

preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente” (STC 320/1994, de 28 de noviembre)⁹².

Si ello es así con carácter general, en el estándar del efecto desaliento el rango institucional de la libertad de expresión adquirirá particular relevancia, hasta el punto de que su propio fundamento puede reconducirse a ese estatus de prevalencia, al menos desde la concepción desarrollada por Frederick SCHAUER. Para este autor, la doctrina del efecto desaliento encuentra su sentido en la conjugación de dos presupuestos: el primero es la indeterminación y falibilidad de la actividad legislativa y judicial, que impide predecir con certeza sus *outputs* y que hace inevitable la existencia de errores; el segundo es el “principio del daño comparativo”, según el cual debe siempre optarse por el error menos grave, que cause el menor daño⁹³. Proyectado a la libertad de expresión, SCHAUER concluye que el trascendental valor que se asigna a ese derecho⁹⁴ —y que lo convierte en el ámbito de aplicación por excelencia de la doctrina del efecto desaliento—, debe llevar a asumir que una errónea limitación de la libertad de expresión será siempre más grave que una errónea extralimitación de la libertad de expresión⁹⁵, por lo que deberán establecerse criterios de interpretación y delimitación del derecho que eviten la disuasión de su ejercicio, aun a costa de que en ocasiones ello pueda dar lugar a esa extralimitación⁹⁶.

En definitiva, “el efecto desaliento se sostiene en la premisa de reconocer el valor preferente de la libertad de expresión. Más que una asunción emotiva, ese reconocimiento proporciona el fundamento analítico para lidiar con un sistema legal caracterizado por su incerteza. Asumir la inevitabilidad del error, y nuestra preferencia por los errores favorables a la libertad de expresión, debe llevarnos a diseñar reglas y prácticas que minimicen el acaecimiento de los errores más lesivos, esto es, la indebida supresión de la libre expresión. Tal es la esencia del efecto desaliento”⁹⁷.

La aplicación del efecto desaliento como estándar de enjuiciamiento constitucional suele proyectarse sobre la actividad del legislador y a partir de una estrecha vinculación con el principio de legalidad, en el entendimiento de que cuanto mayor sea la amplitud (*overbreath*) y vaguedad (*vagueness*) del precepto que regula conductas cercanas al ámbito de ejercicio de la

⁹² En la terminología de ALEXY -implícitamente presente en esa sentencia (no es casual, me parece, que la traducción del libro del autor alemán date de un año antes a la fecha de esa sentencia)-, no estaríamos ante una relación de precedencia absoluta sino ante una “relación de precedencia condicionada” (ALEXY, *Teoría de los Derechos fundamentales*, 1993, pp. 90 ss.)

⁹³ SCHAUER, *Boston University Law Review*, (58), 1978, pp. 687-689; pp. 694 ss.

⁹⁴ Concebida como “*the most preferred of the preferred freedoms*”.

⁹⁵ SCHAUER, *Boston University Law Review*, (58), 1978, p. 701.

⁹⁶ No puede profundizarse en ello aquí, pero merece destacarse que en la concepción de Schauer, el efecto desaliento se orienta antes a la conformación de categorías para delimitar el contenido del derecho que a servir como fórmula de ponderación en el caso concreto. Precisamente a fin de minimizar el aludido riesgo de errores, la introducción de reglas aportará mayor seguridad jurídica que la formulación de principios. Así, emanación de la doctrina del efecto desaliento sería tanto la veracidad de la información como elemento de delimitación positiva, como la incitación inmediata a actos violentos como criterio de delimitación negativa del contenido del derecho.

⁹⁷ SCHAUER, *Boston University Law Review*, (58), 1978, p. 732.

libertad de expresión, mayor será la inhibición que podrá generar⁹⁸. De la proscripción del efecto desaliento se derivará, así, un principio de mayor reforzamiento del mandato de certeza en la regulación sancionatoria de tales zonas periféricas al ejercicio legítimo del derecho⁹⁹; en palabras de la antes citada STC 110/2000, “en virtud de su conexión con el derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad ex art. 25.1 CE deviene aún más reforzada”.

La prohibición de exceso inherente a ese efecto desaliento puede producirse no solo por la labor del legislador –con normas abiertas e indeterminadas o con penas desproporcionadas–, sino también por el órgano judicial en la interpretación y aplicación del Derecho¹⁰⁰, ya por realizar una exégesis extensiva de un precepto que regule conductas cercanas al ejercicio de un derecho fundamental –afectando con ello al mismo–, ya por imponer una sanción indubitadamente excesiva con respecto al desvalor de la conducta, ya –como acontece con la doctrina constitucional sobre el discurso del odio–, en virtud de una interpretación extensiva de los límites a la libertad de expresión.

En este sentido, lo rechazable de esta jurisprudencia de excepción no es solo que en el enjuiciamiento de las sentencias condenatorias se haya ignorado el canon del efecto desaliento, sino el desaliento mismo que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional generan sobre el ejercicio de la libre expresión, al restringir desproporcionadamente los contornos de su contenido protegido e imponer a los tribunales ordinarios (artículo 5.4 LOPJ) una concepción jibarizada del derecho fundamental. Resulta, sin duda, *desalentador* para el ejercicio del discurso político el blindaje a la crítica que el Tribunal establece sobre la institución monárquica, o la confirmación de una sanción penal por el homenaje a un terrorista de la época franquista. De igual modo, indiscutible es también el efecto disuasorio que genera la propia amplitud interpretativa acogida en la STC 235/2007 para delimitar el ámbito de legitimidad penal, extendiéndolo hasta figuras tan indeterminadas y de tan escasa lesividad como la creación de climas de hostilidad o incitaciones indirectas a la discriminación o el odio, y de cuyos barro vienen los lodos del actual artículo 510 CP.

⁹⁸ SCHAUER, *Boston University Law Review*, (58), 1978, pp. 695 s.; CUERDA ARNAU, *RGDP*, (8), 2007, pp. 18, 25 ss., criticando la tesis de autores como Lopera o Díez Ripollés de que el efecto desaliento es siempre un problema de legalidad y no de proporcionalidad.

⁹⁹ CUERDA ARNAU, *RGDP*, (8), 2007, p. 29.

¹⁰⁰ En este sentido, CUERDA ARNAU, *RGDP*, (8), 2007, pp. 25 ss., 30 ss.; DE DOMINGO PÉREZ, *REP*, (112), 2003, p. 158, poniendo como ejemplo la dificultad de sentar los límites de la noción del insulto, como elemento de exclusión de la libre expresión. Cfr. de nuevo la STC 110/2000: Al margen de la prohibición de incluir entre los supuestos sancionables aquéllos que son ejercicio de la libertad de expresión o información, o de interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma conductas distintas de las expresamente previstas, “tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal”.

7. *Tabla de jurisprudencia citada*

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC 16.03.1981	16/1981	Francisco Rubio Llorente
STC 08.04.1981	11/1981	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 31.03.1982	12/1982	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 06.06.1990	105/1990	Luis López Guerra
STC 11.11.1991	214/1991	Vicente Gimeno Sendra
STC 28.11.1994	320/1994	Carlos de la Vega Benayas
STC 11.12.1995	176/1995	Rafael de Mendizábal Allende
STC 17.01.2000	6/2000	Julio Diego González Campos
STC 05.05.2000	110/2000	Tomás S. Vives Antón
STC 15.09.2003	158/2003	Pablo García Manzano
STC 20.09.2004	151/2004	Elisa Pérez Vera
STC 15.11.2004	198/2004	Guillermo Jiménez Sánchez
STC 05.06.2006	174/2006	Roberto García-Calvo y Montiel
STC 15.01.2007	9/2007	María Emilia Casas Baamonde
STC 07.11.2007	235/2007	Eugeni Gay Montalvo
STC 07.10.2010	60/2010	Javier Delgado Barrio
STC 20.06.2011	104/2011	Elisa Pérez Vera
STC 22.07.2015	177/2015	Juan Antonio Xiol Ríos
STC 20.06.2016	112/2016	Juan Antonio Xiol Ríos

Tribunal Supremo y Audiencia Nacional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2ª 19.02.2015	106/2015	Joaquín Giménez García
STS, 2ª, 13.07.2016	623/2016	Julián Sánchez Melgar
STS, 2ª, 18.01.2017	4/2017	Manuel Marchena Gómez
SAN 29.03.2017	9/2017	Juan Francisco Martel Rivero

8. Bibliografía

ALASTUEY DOBÓN (2016), «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18).

ALCÁCER GUIRAO (2016), «Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18).

————— (2013), «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH». *Revista Española de Derecho Constitucional* (97), pp. 309 ss.

————— (2012), «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14).

ALEXY (1993), *Teoría de los Derechos fundamentales* (trad. Bernal Pulido), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ALONSO RIMO (2010), «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (4), pp. 13 ss.

BAKER (2009), «Autonomy and Hate Speech», en HARE/WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 139 ss.

BILBAO UBILLOS (2009), «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (85), pp. 299 ss.

BOLLINGER/STONE (2002), «Dialogue», en BOLLINGER/STONE (eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 1 ss.

CUERDA ARNAU (2008), «Terrorismo y libertades políticas», *Teoría y Derecho*, (3), pp. 60 ss.

————— (2007), «Fear, risk, and the First amendment. Unraveling the ‘Chilling Effect’», *Boston University Law Review*, (58), 2007, pp. 18

————— (2007), «Proporcionalidad penal y libertad de expresión. La función dogmática del efecto desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, (8), pp. 1 ss.

DE DOMINGO PÉREZ (2003), «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”», *Revista de Estudios Políticos*, (112), pp. 141 ss.

DÍEZ-PICAZO (2008), *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson Civitas, Pamplona.

FEINBERG (1984), *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. I, Oxford University Press, Oxford.

IACOMETTI (2017), «Il Tribunale costituzionale spagnolo verso l’ipertrofia del concetto di “discorso del odio” e la eccessiva compressione della liberta’ di espressione», *Obbervatorio Costituzionale*, (1).

JIMÉNEZ CAMPO (1999), *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid.

LANDA GOROSTIZA (2004), «Racismo, xenofobia y Estado democrático», *Eguzkilore*, (18), pp. 59 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2012), «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).

————— (2010), «La libertad de expresión tenía un precio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6).

————— (2002), «Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas», en *La libertad de expresión e información. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 45 ss.

————— (1998), «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, (5), pp. 159 ss.

MARTÍNEZ-PUJALTE (2006), «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad», *Persona y Derecho*, (54), pp. 75 ss.

MEDINA GUERRERO, M. (1996), *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid.

MIR PUIG (2009), «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal», en CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER (dirs.)/CUERDA ARNAU (coord.), *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanc, Valencia, pp. 1357 ss.

PAREKH (2012), «Is There a Case for Banning Hate Speech?», en HERZ/MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge-Nueva York-Melbourne-Madrid-Ciudad del Cabo-Singapur-San Pablo-Delhi-Ciudad de Méjico, pp. 37 ss.

POST (1991), «Racist Speech, Democracy, and the First Amendment», *William & Mary Law Review*, (32), pp. 267 ss.

PRIETO SANCHÍS (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.

RAWLS (2004), *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona.

REVENGA SÁNCHEZ (2004), «Trazando los límites de lo tolerable: Libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española», *Cuadernos de Derecho Público*, (21), pp. 23 ss.

REY MARTÍNEZ (2015) «Discurso de odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, pp. 51 ss.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012), *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ROLLNERT LIERN (2008), «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: Los límites de la libertad de expresión (a propósito STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político*, (71-72), pp. 103 ss.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1992), *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid.

SCHAUER (2012), «Harm(s) and the First Amendment», *University of Virginia School of Law. Public Law and Legal Theory Working Paper Series* (disponible en ssrn.com).

————— (1978), «Fear, risk, and the First amendment. Unraveling the “Chilling Effect”», *Boston University Law Review*, (58), pp. 685 ss.

SIMESTER/VON HIRSCH (2004), *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalization*, Hart, Oxford-Portland.

SUNSTEIN (1993), *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, Nueva York-Londres-Toronto-Sidney-Tokio-Singapur.

TERUEL LOZANO (2015), *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

————— (2015), «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).

VILLAVERDE MENÉNDEZ (2009), «La libertad de expresión», en CASAS/RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer España, Madrid, pp. 472 ss.

VON HIRSCH, A. (2007), «El concepto de bien jurídico y el principio del daño», (trad. Alcácer Guirao), en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 37 ss.