

El tratamiento jurídico del discurso del odio a ambos lados del Atlántico: ¿referentes para España?

Le traitement juridique du discours de haine des deux côtés de l'Atlantique : un modèle pour l'Espagne ?

The Legal Treatment of Hate Speech on Both Sides of the Atlantic: a model for Spain?

Gorroto diskurtsoaren tratamendu juridikoa Atlantikoko bi aldeetan: Espainiarako erreferenteak?

Alberto José FERRARI PUERTA*

Universidad Complutense de Madrid

Clio & Crimen, n.º 19 (2022), pp. 159-182

Resumen: *El presente trabajo trata de comparar el tratamiento jurídico del discurso del odio en Estados Unidos y en el Consejo de Europa. En el primero este tipo de discurso forma parte de la libertad de expresión, la cual goza de unos amplísimos márgenes en este país; por su parte, en el segundo estos discursos pueden ser legítimamente restringidos, lo cual responde al modelo de democracia militante que impera en el Consejo de Europa. Una vez analizados ambos modelos, se analiza en qué medida podrían servir de referencia para el ordenamiento jurídico español.*

Palabras clave: *Discurso del odio. Primera Enmienda. Estados Unidos. Consejo de Europa. Democracia militante. Artículo 510.*

Résumé: *Cet article tente de comparer le traitement juridique des discours de haine aux États-Unis et au Conseil de l'Europe. Dans le premier cas, ce type de discours fait partie de la liberté d'expression, qui jouit de très larges marges dans ce pays américain; dans le second, en revanche, ce discours peut être légitimement restreint, ce qui répond au modèle de démocratie militante qui prévaut au Conseil de l'Europe. Une fois les deux modèles analysés, il s'agit de déterminer dans quelle mesure ils peuvent servir de référence pour le système juridique espagnol.*

Mots clés: *Discours de haine. Premier amendement. États-Unis. Conseil de l'Europe. Démocratie militante. Article 510.*

Abstract: *This paper attempts to compare the legal treatment of hate speech in the United States and in the Council of Europe. In the former, this type of speech is part of freedom of expression, which enjoys very wide margins in this country; in the latter, on the other hand, such speech can be legitimately restricted, which responds to the model of militant democracy that prevails in the Council of Europe. Once both models have been analyzed, an analysis is made of the extent to which they could serve as a reference for the Spanish legal system.*

Keywords: *Hate speech. First Amendment. United States. Council of Europe. Militant democracy. Article 510.*

Laburpena: *Lan hau Estatu Batuetan eta Europako Kontseiluan gorroto diskurtsoei ematen zaien tratamendua alderatzen saiatzen da. Lehenengoan diskurtso mota hau askatasun adierazpenaren parte bezala hartzen da, herrialdean kontzepzio oso zabaletik eraikia dagolarik; bigarreanean, aldiz, diskurtso horiek legitimoki mugatuak izan daitezke, Europar Kontseiluan nagusitzen den demokrazia militantearen ereduaria erantzunez. Behin bi ereduak aztertuta, espainiar ordenamendu juridikoaren erreferentzia gisa izan dezaketen baliogarratasuna aztertzen da.*

Giltza-hitzak: *Gorroto diskurtsoa. Lehen Zuzenketa. Estatu Batuak. Europako Kontseilua. Demokrazia militantea. 510 artikulua.*

* **Correspondencia a / Corresponding author:** Alberto José Ferrari Puerta. Universidad Complutense de Madrid. Ciudad Universitaria, s/n (28040 Madrid-España). – alferrari@ucm.es – https://orcid.org/0000-0003-2577-1680

Cómo citar / How to cite: Ferrari Puerta, Alberto José (2022). «El tratamiento jurídico del discurso del odio a ambos lados del Atlántico: ¿referentes para España?», *Clio & Crimen*, 19, 159-182. (https://doi.org/10.1387/clio-crimen.24054).

Recibido/Received: 2022-04-28; Aceptado/Accepted: 2022-09-05.

ISSN 1698-4374 / eISSN 2792-8497 / © 2022 Clio & Crimen (UPV/EHU)



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

1. Introducción

Uno de los más eminentes juristas alemanes del siglo XIX, Rudolf von Ihering, se refería al «cielo de los conceptos jurídicos» para burlarse de las disputas dogmáticas entre los juristas de su tiempo acerca del verdadero significado de los términos propios de esta disciplina. Afirmaba Ihering que en este lugar celestial vivían, al estilo del «mundo de las ideas» de Platón, los auténticos conceptos jurídicos, de forma que quien allí acudiera tendría, por ejemplo, la oportunidad de saludar al «señor dolo» o la «señora buena fe»¹. Dado que nosotros no creemos en la existencia de este lugar, es más honesto por nuestra parte reconocer que no existe una definición unánime del concepto «discurso del odio». Con todo, si tuviéramos que explicar en qué consiste en pocas palabras, podríamos definirlo como aquel mensaje violento, discriminatorio o humillante dirigido contra un colectivo o un miembro de este por su condición de tal.

Las respuestas jurídicas a este tipo de discursos no solo no son, en modo alguno, homogéneas. De hecho, la forma de abordar esta cuestión en el ordenamiento jurídico estadounidense y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es totalmente opuesta. Dedicaremos este trabajo a analizar ambos modelos, para después dilucidar si alguno de ellos podría servir de referente para el ordenamiento jurídico español.

2. Modelo estadounidense

2.1. La libertad de expresión en Estados Unidos

Se ha afirmado que en Estados Unidos la libertad de expresión es prácticamente ilimitada. Si bien esta aseveración puede ser una realidad en nuestros días, no lo ha sido así durante toda su historia: veamos, pues, la evolución de este derecho a lo largo de los siglos.

El derecho de libertad de expresión en Estados Unidos se introduce a través de la Primera Enmienda a su Constitución de 1787. Esta enmienda, incorporada en 1791, establece lo siguiente: «El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de una religión oficial, ni prohibir la libre práctica de la misma; ni limitar la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios».

Como podemos observar, según su tenor literal dicha enmienda reconocía una amplísima libertad de expresión, algo que, por otra parte, se comprende a la luz del contexto histórico en el que se aprobó la Constitución estadounidense, que no es otro que el del nacimiento del liberalismo. En este periodo, los derechos fundamentales se concebían como límites del poder del Estado frente a los individuos.

¹ Rudolf von Ihering, *Jurisprudencia en broma y en serio* (Madrid: Reus, 2015), 309.

Dicha Constitución es, por lo tanto, un repertorio de lo que, según la célebre clasificación de Karel Vasak, denominaríamos «derechos de primera generación», frente a los derechos de otras épocas posteriores, orientados a la participación política de los ciudadanos (derechos de segunda generación) y al aseguramiento por parte de los poderes públicos de unas condiciones dignas de vida (derechos de tercera generación)².

Sin embargo, en un primer momento, la realidad sería muy distinta a lo dispuesto en este precepto: para empezar, las leyes promulgadas en tiempos de la colonización británica contra los llamados «panfletos sediciosos» (*sedition libels*) seguían vigentes en los estados, los cuales no estaban obligados a aplicar las enmiendas del texto constitucional. Además, en 1798 el Gobierno federal, en un contexto de guerra contra la Francia revolucionaria y de temor ante la efervescencia jacobina que había tenido lugar en el país galo unos años antes, promulgó la llamada *Sedition Act*³, que limitaba considerablemente la libertad de expresión política y castigaba, entre otras conductas, la utilización de expresiones que difamaran al gobierno estadounidense, además de invertir la carga de la prueba, obligando al presunto difamador a demostrar que las afirmaciones vertidas contra el gobierno eran ciertas⁴. Esta ley estaría vigente en el país hasta 1801.

En 1868, después de la Guerra de Secesión, se produciría un avance en la tutela de la libertad de expresión con la aprobación de la Decimocuarta Enmienda, que obligaba a los estados a aplicar los derechos constitucionales. En consecuencia, la Primera Enmienda sería a partir de entonces aplicable en todo el territorio nacional, y la Corte Suprema, el alto tribunal estadounidense que vela por la adecuación de las normas al texto constitucional, comenzaría a enjuiciar la constitucionalidad de normas dictadas por los estados.

A pesar de todo, todavía quedaría mucho camino por recorrer: así, en 1904, con motivo del asunto *Turner vs. Williams*, en el que se valoraba si la deportación de un militante anarquista por su condición de tal era ajustada a derecho, la Corte Suprema acuñaría la doctrina de la *bad tendency*, de acuerdo con la cual era legítimo prohibir mensajes que incitaran a cometer delitos o a alterar el orden. Esta doctrina sería reiterada en *Patterson vs. Colorado* (1907), donde la Corte sostendría la constitucionalidad de la sanción impuesta a un periódico satírico por arremeter contra una resolución judicial⁵.

Diez años después, en 1917, con motivo de la entrada de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial y de la Revolución bolchevique en Rusia, se pro-

² Karel Vasak, «La larga lucha por los derechos humanos», *El correo de la UNESCO* (noviembre de 1977): 29-32.

³ Miguel Presno y German Teruel, *La libertad de expresión en América y Europa* (Lisboa: Juruá, 2017), 19-20.

⁴ El texto completo de la *Sedition Act* de 1798 se puede consultar en su idioma original en este enlace: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-sedition-act-of-1798.php> (acceso el 27 de marzo de 2022).

⁵ Miguel Presno y Germán Teruel, *La libertad de expresión en América*, 31-32.

mulgaría una nueva ley de excepción: la *Espionage Act* (reformada por la *Sedition Act* de 1918), que castigaba con hasta veinte años de cárcel la difusión de panfletos llamando a la insubordinación o a la desobediencia a las autoridades del país. Esta norma acarrearía la detención de muchos militantes pacifistas. Sería el caso de Charles Schenck, quien, tras recurrir ante los tribunales su condena en virtud de la *Espionage Act* por la difusión de panfletos contrarios al reclutamiento forzoso, obtendría una sentencia desfavorable de la Corte Suprema. Dicha sentencia, cuyo ponente sería el mítico magistrado Oliver Wendell Holmes Jr., justificaría la condena afirmando que la conducta de Schenck constituía un «peligro real e inminente» (*clear and present danger*) para el esfuerzo bélico. Sería en esta sentencia donde pronunciaría la celeberrima afirmación de que «la más rigurosa protección de la libertad de expresión no protegería a un hombre que gritara falsamente “¡fuego!” en un teatro y causara el pánico»⁶. Sin embargo, aunque la Corte no amparara en este caso a Schenck, esta sentencia constituiría un paso hacia adelante en la protección de la libertad de expresión, al introducir por primera vez el concepto de *clear and present danger*. Y es que unos meses después, y gracias al consejo del profesor de la Facultad de Derecho de Harvard Zechariah Chaffee Jr., gran estudioso de la Primera Enmienda, Holmes se plantearía adoptar una posición más tuitiva de este derecho, partiendo precisamente de la doctrina del peligro real e inminente⁷.

En 1919, la Corte Suprema dictaría sentencia en el caso *Abrams vs. United States*⁸. Jacob Abrams era un inmigrante ruso al que se le había aplicado la *Espionage Act* por arrojar desde lo alto de un edificio octavillas llamando a la huelga contra la intervención estadounidense en la Guerra Civil rusa en el bando anti-bolchevique. La Corte consideraría que la condena era constitucional, basándose, una vez más, en que es legítimo establecer límites más severos a la libertad de expresión en tiempo de guerra. Sin embargo, esta vez la sentencia contaría con un voto particular disidente escrito por Holmes y al que se adheriría Louis Brandeis. En él, los magistrados considerarían que en este caso no concurría un peligro real e inminente, y que, aunque en esos panfletos manifestó su opinión favorable a la huelga y contraria a la intervención estadounidense en Rusia, no estaba demostrado que la intencionalidad de Abrams al difundir esas octavillas era provocar efectivamente que la producción se detuviera. Es aquí donde Holmes acuña su célebre doctrina del libre mercado de las ideas (*free Marketplace of ideas*), de impronta milliana⁹. De acuerdo con esta doctrina, la mejor forma de que prevalezca la verdad es permitir la libre confrontación ideológica lo máximo posible.

⁶ Traducción propia. La sentencia íntegra se puede consultar en su idioma original aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/#tab-opinion-1928047> (acceso el 27 de marzo de 2022).

⁷ Leopoldo García, «La libertad de expresión (en tiempos de guerra): un análisis desde Zechariah Chafee», *Persona y Derecho* 75 (2017): 67.

⁸ La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/#tab-opinion-1928349> (acceso el 27 de marzo de 2022).

⁹ John Stuart Mill afirmaría en su obra *On the Liberty* (1859) que «si toda la humanidad, menos una persona, compartiera una misma opinión, y tan solo esa persona le llevara la contraria, nada justificaría que el género humano silenciase a esa persona»; John Stuart Mill, *Sobre la libertad* (Madrid: Alianza Editorial, 1984), 77.

A partir de *Abrams*, Holmes y Brandeis se convertirían en los *great dissenters* de la Corte en materia de libertad de expresión, y así lo demostrarían a lo largo de los años 20 y 30, cuando, en el contexto del llamado «pánico rojo» (temor a la extensión de las ideas comunistas por Estados Unidos), discreparían recurrentemente de las sentencias de la Corte Suprema confirmando las condenas contra militantes comunistas por delitos de expresión. Sería el caso, entre otras, de *Gitlow vs. New York* (1925), donde, con ocasión de la condena a los autores de un manifiesto en el que se defendía la revolución socialista frente a la consecución del socialismo por vías electorales, ambos volverían a esgrimir en su voto particular la doctrina del *clear and present danger*, afirmando, frente a la postura mayoritaria de la Corte de que el manifiesto incitaba a derrocar a las autoridades, que «toda idea es una incitación [...] La única diferencia entre la expresión de una opinión y la de una incitación es el entusiasmo por el resultado del emisor del mensaje»¹⁰.

Los esfuerzos de los dos magistrados en defensa de la Primera Enmienda darían sus frutos: a lo largo de los años 30, la Corte Suprema suavizaría su postura en sentencias *Stromberg vs. California* (1931)¹¹, *De Jonge vs. Oregon* (1931)¹² y *Herndon vs. Lowry* (1937)¹³, donde ampararía el derecho a la libertad de expresión de activistas comunistas por considerar que no incitaban a la violencia (en los dos primeros casos) o que los llamamientos a la revolución sin un horizonte determinado en el tiempo no podían ser punibles (en el último caso).

En los años 40, se produciría un nuevo retroceso en la libertad de expresión como consecuencia de la paranoia anticomunista que subyació a la Guerra Fría, paranoia cuyo clímax se alcanzó durante la llamada «caza de brujas» contra ciudadanos izquierdistas propiciada por el senador Joseph Mccarthy¹⁴. La base legal para la represión era la *Smith Act* de 1940, que castigaba los llamamientos al derrocamiento por la fuerza del Gobierno de la nación o de cualquiera de los Estados¹⁵. A través de esta vía se llevó ante los tribunales a la cúpula del Partido Comunista de Estados Unidos (CPUSA), que acabaría siendo condenada. La Corte Suprema conocería del recurso contra esta condena en *Dennis vs. U.S.* (1951)¹⁶, llegando a la conclusión de que la condena no vulneraba la Primera Enmienda: sostuvo, frente a las alegaciones del carácter excesivamente indeterminado de las conductas prohibidas

¹⁰ Traducción propia. La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/652/#tab-opinion-1930993> (acceso el 27 de marzo de 2022).

¹¹ La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/359/#tab-opinion-1933217> (acceso el 27 de marzo de 2022).

¹² La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/299/353/#tab-opinion-1935232> (acceso el 27 de marzo de 2022).

¹³ La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/242/> (acceso el 27 de marzo de 2022).

¹⁴ Rodríguez Montañés, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 178-179.

¹⁵ Esta norma puede consultarse aquí: https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/_files/resources/texts/1940%20Smith%20Act.pdf

¹⁶ La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/494/#tab-opinion-1940191> (acceso el 27 de marzo de 2022).

en la *Smith Act*, que igual de indeterminada era la doctrina del *clear and present danger*, y que, en todo caso, la norma era lo suficientemente clara para que los recurrentes supieran que su conducta no estaba permitida.

En la década de los 50, la situación política empieza a experimentar cambios: los métodos de Mccarthy son desautorizados por el Senado y se mitiga la represión política. Además, empiezan a surgir las primeras voces contra la segregación racial, como la de Rosa Parks, que en 1955 se negó a dejar su asiento en el autobús a un blanco en Montgomery (Alabama), contraviniendo las ordenanzas locales¹⁷. Sin embargo, sería en los años 60 cuando se produciría la gran explosión de movilizaciones en defensa de los derechos civiles: los afroamericanos, los pacifistas que se oponían a la guerra de Vietnam y un embrionario movimiento feminista celebrarían manifestaciones masivas en defensa de sus derechos. Todas estas reivindicaciones influirían en la jurisprudencia de la Corte en este periodo, incluyendo la relativa a la libertad de expresión.

Un ejemplo paradigmático de lo anterior es la sentencia *New York Times Co. vs. Sullivan* (1964)¹⁸, que trae causa de la demanda que Lester Bruce Sullivan, comisario de policía de Montgomery, interpuso contra el *New York Times* como consecuencia de una noticia que denunciaba los abusos policiales en las manifestaciones pro-derechos civiles. Sullivan consideraba que las afirmaciones vertidas contra la Policía eran falsas, por lo que la noticia podía calificarse de libelo. En este momento, el libelo seguía considerándose extramuros de la libertad de expresión y exigía al supuesto difamador que demostrara sus aseveraciones. La Corte, sin embargo, pondría fin en *Sullivan* a esa suerte de presunción de culpabilidad, estableciendo que era el presunto difamado el que tenía que demostrar la «malicia real» (*actual malice*) del autor del libelo, es decir, que este último se había elaborado con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad, algo que en este caso el comisario no había acreditado. Por otra parte, esta sentencia sería crucial en la configuración de la prensa como «perro guardián de las libertades» (*public watchdog*) y en garante, por tanto, de la opinión pública libre, que a su vez es una condición indispensable para la existencia de una sociedad democrática¹⁹.

A partir de *Sullivan*, se sucederían numerosas sentencias favorables a la libertad de expresión de los movimientos sociales: así, en *Watts vs. U.S.* (1969), la Corte ampararía a un individuo que en una manifestación contra la guerra de Vietnam afirmó que, de tener un rifle, «la primera persona que le gustaría tener a la vista sería [el presidente] Lyndon B. Johnson», al entender que se tra-

¹⁷ En concreto, el precepto que obligaba a ceder el asiento era la *Section 10* del *Montgomery City Code*.

¹⁸ La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#tab-opinion-1944787> (acceso el 27 de marzo de 2022).

¹⁹ Para un análisis pormenorizado de este caso y su repercusión, véase Eduardo Andrés Bertoni, «*New York Times vs. Sullivan* y la malicia real de la doctrina», en *Libertad de prensa y derecho penal* (Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000), 121-150.

taba de una mera crítica política, y no de una amenaza real; en *Spence vs. Washington* (1974), la Corte haría lo propio con un estudiante que colgó una bandera estadounidense invertida en su balcón en protesta por el bombardeo de EE.UU. en Camboya, sobre la base de que lo hizo en una propiedad privada y sin que su propósito fuera incitar a cometer disturbios; en *Rankin vs. Macpherson* (1987), consideró contrario a la Primera Enmienda el despido de una empleada por afirmar, tras enterarse de un intento fallido de asesinato contra el presidente Reagan, que «espero que si van a por él de nuevo, se lo carguen», afirmación que la Corte consideró enmarcada en un debate de relevancia pública, lo que impedía su castigo²⁰; y en el emblemático caso *Texas vs. Johnson* (1989), reconoció que la quema de la bandera estadounidense por parte de un joven maoísta formaba parte de la libertad de expresión, puesto que no se podía castigar una conducta sobre la base de las convicciones ideológicas (en este caso, de desprecio a la nación) profesadas por un ciudadano²¹.

Esta última sentencia, a nuestro juicio, consagra la que podemos considerar como interpretación actual de la Primera Enmienda, que otorga al derecho de libertad de expresión una amplitud prácticamente ilimitada²², algo que, como veremos en el siguiente apartado, también se refleja en el tratamiento del discurso del odio. Por eso resultan hilarantes las amenazas de pena de cárcel que Donald Trump profirió en 2017, desde sus hiperactivas redes sociales, al archiconocido rapero Snoop Dogg por simular que disparaba contra él en un videoclip²³. Como no podía ser de otra forma, dichas amenazas nunca llegaron a materializarse en forma de denuncia, porque, de haberlo hecho, los tribunales habrían amparado al rapero con base en la Primera Enmienda.

²⁰ Sobre estas sentencias, véase Sara Marchena, «Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* 34 (2018): 150-151; Rodríguez Montañés, *Libertad de expresión*, 191-192; Presno y Teruel, *La libertad de expresión en América*, 39.

²¹ Una traducción al castellano de los párrafos más importantes de *Texas vs. Johnson* se puede encontrar en Presno y Teruel, *La libertad de expresión en América*, 230-235.

²² Suele citarse el 11 de septiembre de 2001 como otro de los momentos de crisis de la libertad de expresión, como consecuencia de la promulgación a finales de este año de la *Patriot Act*, norma que con el pretexto del combate contra el terrorismo instauraba una serie de restricciones a los derechos fundamentales nada desdeñables. Sin embargo, debemos reconocer que la libertad de expresión no se vio prácticamente afectada por ella, dado que la *Patriot Act* no convirtió en delito la apología del terrorismo, sino únicamente la colaboración, aunque fuera no violenta, con organizaciones terroristas. De hecho, la sentencia de la Corte Suprema que normalmente se cita para alegar que esta norma también mermó la libertad de expresión, *Holder vs. Humanitarian Law Project* (2010), fue realmente una sentencia condenatoria a unos activistas que prestaban asesoramiento legal a organizaciones consideradas terroristas por Estados Unidos, como el Partido de los Trabajadores del Kurdistán o los Tigres Tamiés. De hecho, la propia sentencia sostiene que la norma no castiga el apoyo o la exaltación de estos grupos, la cual es lícita. La sentencia íntegra puede consultarse aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/1/#tab-opinion-1963363> (acceso el 28 de marzo de 2022).

²³ Pablo Ximénez, «Snoop Dogg bromea con pegarle un tiro a Trump», *El País*, 13 de marzo de 2017.

2.2. El discurso del odio en Estados Unidos

Una vez definido el marco de la libertad de expresión en Estados Unidos, nos centraremos en el tratamiento del discurso del odio en el Derecho estadounidense. En ocasiones se ha planteado que esta expresión (*hate speech*) tiene precisamente su origen en este país²⁴. Nosotros, en cambio, creemos que lo que nació en Estados Unidos a finales del siglo XIX fue el delito de odio propiamente dicho o *hate crime*, es decir, el delito que se perpetra contra un individuo por motivos discriminatorios, el cual fue introducido en el ordenamiento estadounidense por medio de la llamada «Ley del Ku Klux Klan» de 1871 con el objetivo de perseguir a los grupos supremacistas blancos que habían surgido en el sur del país tras la Guerra de Secesión y que abogaban, muchas veces de forma violenta, por el restablecimiento de la esclavitud para los afroamericanos²⁵. Por el contrario, el castigo del *hate speech*, es decir, del discurso que incita a la violencia o la discriminación contra determinados colectivos, tiene su origen, en nuestra opinión, en el ámbito internacional, concretamente en el artículo 4 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 y en el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²⁶, si bien también encontramos algún precedente claro en la legislación alemana de posguerra²⁷.

La primera vez en la que se plantea propiamente en Estados Unidos la legitimidad del castigo del *hate speech* (aunque sin utilizar esta expresión) es en el caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969)²⁸, en el que se enjuiciaba el discurso que un miembro del Ku Klux Klan, Clarence Brandenburg, había pronunciado ante los medios de comunicación, arremetiendo contra negros y judíos y acusando a las autoridades de pretender la extinción de la «raza blanca». Procesado penalmente y condenado en instancias anteriores, Brandenburg recurrió ante la Corte Suprema. Esta le daría la razón, al considerar que su discurso estaba protegido por la Primera Enmienda. El fundamento de dicha decisión radica en la aplicación al caso de la ya mencionada doctrina del *clear and present danger*, que lleva a la Corte a la conclusión de que en este caso no concurría dicho peligro.

En la misma línea que el caso anterior, los tribunales también priorizarían la libertad de expresión en el asunto *Collin vs. Smith* (1978)²⁹. En este asunto se en-

²⁴ Ignacio Álvarez, *Crítica del constitucionalismo feminista* (Barcelona: Atelier, 2020), 149.

²⁵ Juan Alberto Díaz, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4 C.P.* (Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2013), 117.

²⁶ Guillermo Portilla, «La represión penal del discurso del odio», en *Tratado de Derecho Penal Español*. En *Derecho Penal Parte Especial. IV. Delitos contra la Constitución* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 381-382.

²⁷ Jon Mirena Landa, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva Ley de Lucha contra la Criminalidad (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994», *ADPCP* 59 (1996): 540-541.

²⁸ La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/#tab-opinion-1948083> (acceso el 28 de marzo de 2022).

²⁹ La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/578/1197/448646/> (acceso el 28 de marzo de 2022).

juiciaba la legitimidad de la prohibición de un desfile de militantes neonazis convocados por Frank Collin, líder del *National Socialist Party of America*, en el pueblo de Skokie, habitado mayoritariamente por ciudadanos de origen judío, muchos de ellos supervivientes del Holocausto. La Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito anuló la ordenanza de Skokie que prohibía dicha marcha, aplicando la doctrina del *clear and present danger* y considerando que el carácter ofensivo e incluso traumático de la marcha para los habitantes de esa localidad no era un argumento suficiente para prohibirla. La Corte Suprema confirmaría esta decisión, sin entrar a analizar los argumentos de los recurrentes.

Algo diferente fue la resolución del caso *RAV vs. City of Saint Paul* (1992)³⁰. El asunto del que trae causa esta sentencia fue la quema de una cruz, conducta distintiva del Ku Klux Klan, por un militante de esta organización delante de la vivienda de una familia afroamericana. Las ordenanzas de la ciudad de Saint Paul, donde tuvieron lugar los hechos, prohibían el uso de símbolos que incitasen al resentimiento contra otras personas por razón de su raza, credo, género o religión, por lo que el autor de esos hechos fue sancionado. La Corte Suprema acabaría dando la razón a este último, sosteniendo que, aunque sea legítimo castigar las expresiones injuriosas o *fighting words* porque se encuentran extramuros de la libertad de expresión, lo que no está permitido es diferenciar entre expresiones permitidas y expresiones prohibidas según el contenido del mensaje. Aplicando esta doctrina al caso concreto, la Corte llegó a la conclusión de que las ordenanzas contravenían la *content-neutrality*, es decir, no eran ideológicamente neutrales, porque, por ejemplo, castigaban un insulto racista pero no un insulto contra los racistas. Esta discutible decisión fue acompañada de una curiosa metáfora: afirmaba la sentencia que la ordenanza «permitía a una de las partes del debate luchar sin reglas, mientras que a la otra le exigía seguir las reglas [de boxeo] del Marqués de Queensbury»³¹.

Esta misma argumentación se emplearía, aunque para llegar a la conclusión opuesta, en el caso *Virginia vs. Black* (2003)³², que versaba, una vez más, sobre la quema de una cruz por Barry Black, militante del Ku Klux Klan, aunque esta vez se realizó en una propiedad privada con el consentimiento del titular. A pesar de ello, algunos habitantes de Virginia, testigos de la escena, lo denunciaron a las autoridades por infringir una ordenanza que prohibía la quema de cruces en lugares de propiedad pública o de terceros con una finalidad intimidatoria hacia un individuo o un grupo de ellos. Condenado por este hecho, Black impugnó la sentencia ante la Corte Suprema, aduciendo que las ordenanzas no cumplían con la *content-neutrality*, toda vez que el castigo de la quema de cruces, símbolo distintivo del Ku Klux Klan, suponía una discriminación por razones ideológicas. Sin embargo, a la Corte no le convencieron los argumentos de Black, dado que entendió que, a

³⁰ La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/#tab-opinion-1959077> (acceso el 28 de marzo de 2022).

³¹ Traducción extraída de Rafael Alcácer, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías* (Madrid: Marcial Pons, 2020), 61-62.

³² La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/343/#tab-opinion-1961221> (acceso el 28 de marzo de 2022).

diferencia de *R.A.V. vs. Saint Paul*, en este caso las ordenanzas tutelaban a todas las personas o grupos de personas que se sintieran amenazadas por la quema de la cruz, sin hacer referencia a determinadas categorías (étnicas, de género, etc.). En consecuencia, consideró que las ordenanzas eran constitucionales y que, por ende, la condena también lo era.

El caso *Snyder vs. Phelps* (2011)³³ también es paradigmático. En el contexto del funeral del soldado Snyder, varios miembros de la Iglesia baptista de Westboro, dirigida por el pastor Phelps y conocida por sus mensajes homófobos, enarbolaban pancartas en los alrededores del funeral con lemas como «Gracias a Dios por los soldados muertos», «Tropas maricas» o «Dios odia a los maricas». El padre del soldado fallecido demandó a Phelps y sus seguidores por daños morales. Aunque en las primeras instancias le dieron la razón, la Corte Suprema se la quitaría, aduciendo que las expresiones de los manifestantes se encontraban bajo la protección de la Primera Enmienda, al versar sobre un asunto público y por mucho que causara un inmenso sufrimiento a la familia del fallecido³⁴.

Por último, el asunto más reciente sobre discurso del odio resuelto por la Corte ha sido *Matal vs. Tam* (2017)³⁵. En este caso, la Oficina de Patentes y Marcas estadounidenses denegó la solicitud de registro del nombre «*The Slants*» como marca, la cual había sido realizada por el líder de la banda de rock homónima Simon Tam. La decisión de la Oficina se fundamentó en el conocido como «precepto de descrédito» (*discourage clause*) de la Ley de Marcas de 1946, que impide la inscripción del nombre de una marca que «pueda desacreditar... a las personas, vivas o muertas; a las instituciones; a las creencias o a los símbolos nacionales». Este artículo de la norma era aplicable en este caso a juicio de la oficina porque el término «slant» se utiliza de manera peyorativa para referirse a las personas de origen asiático, entre las que se encuentran los miembros de este grupo de música, que pretendían privarla de su significado vejatorio denominándose así. Tam alegó que en otras ocasiones se habían registrado marcas con nombres despectivos hacia otros grupos étnicos (afroamericanos, nativos americanos...), y que la denegación del registro por razón del contenido de las expresiones infringía la *content-neutrality* y, por tanto, la Primera Enmienda. Con respecto al primer argumento, la Corte Suprema sostuvo que, si en épocas anteriores se han inscrito nombres de marcas despectivos hacia ciertas etnias, había sido por la censurable mentalidad de entonces, por lo que estas decisiones no servían de referencia para la época actual. Sin embargo, sí que coincidió con el segundo argumento, considerando que la prohibición de las expresiones ofensivas suponía una valoración del contenido del mensaje, lo cual se encontraba prohibido por la Primera Enmienda. Por esta razón, la Corte Suprema declaró inconstitucional la *discourage clause*.

³³ La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/443/#tab-opinion-1963460> (acceso el 28 de marzo de 2022).

³⁴ Traducción extraída de Alcácer, *La libertad del odio*, 58.

³⁵ La sentencia íntegra se puede consultar aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/582/15-1293/#tab-opinion-3749203> (acceso el 28 de marzo de 2022).

En definitiva, podemos afirmar que el discurso del odio forma parte de la libertad de expresión en Estados Unidos³⁶. Dicho modelo cuenta con el apoyo de prestigiosos profesores estadounidenses, tales como Ronald Dworkin, quien considera que la persecución del discurso del odio es incompatible con una sociedad democrática, en la que todo ciudadano, por muy execrables que sean sus ideas, debe tener derecho a expresarse³⁷; C. Edwin Baker, que considera que el castigo de los mensajes de odio resulta contraproducente, dado que envalentona aún más a quienes los profieren, y aboga en su lugar por combatir las situaciones reales de discriminación que favorecen el surgimiento de dichos mensajes³⁸; y Robert Post, quien fundamenta su oposición al castigo de este tipo de discursos en la hipocresía que supone castigar a los extremistas que difunden escandalosamente mensajes discriminatorios o de odio en redes sociales o espacios públicos y dejar impunes a quienes desde el ámbito académico o profesional defienden esos mismos postulados (cita el ejemplo de un reputado científico que tratara de demostrar en sus trabajos la vinculación entre determinadas razas y la comisión de delitos), concluyendo, por ello, que lo que realmente protegerían las leyes contra el discurso del odio serían las normas de urbanidad, algo que contraviene totalmente la Primera Enmienda³⁹.

Con todo, también existen autorizadas voces académicas que defienden el castigo del discurso del odio. Es el caso del constitucionalista Owen Fiss, que sostiene que los discursos del odio provocan un «efecto silenciador» en aquellos colectivos a los que se dirigen, disuadiéndoles de participar en el debate público⁴⁰; del también constitucionalista Cass Sunstein, que considera legítima la restricción del discurso del odio más grave con base en el llamado «principio anticasta» (*anticaste principle*), el cual prohíbe que las diferencias no basadas en la moral (como lo serían, por ejemplo, las diferencias de género y de etnia) sean el fundamento de un trato diferente en la sociedad⁴¹; del filósofo del derecho Jeremy Waldron, que hace hincapié en la sensación de inseguridad que estos mensajes de odio crean en los grupos destinatarios de ellos, y recalca que, de la misma forma que resulta necesario regular el libre mercado económico para alcanzar la justicia social, debe hacerse lo propio con el libre mercado de las ideas⁴²; y de la llamada *Critical Race Theory*, corriente com-

³⁶ Recordemos que, como ya hemos dicho anteriormente, no es lo mismo el discurso del odio o *hate speech* que el crimen de odio o *hate crime*. Este último, a saber, el delito común que se comete por motivos discriminatorios, lógicamente sí que es penalmente castigado; de hecho, se encuentra específicamente tipificado a nivel federal en la llamada *Matthew Sheppard and James Byrd Jr. Hate Crimes Prevention Act* de 2009, donde se define como «aquel delito que el autor comete motivado por la raza, color, religión, origen nacional, etnia, género, discapacidad u orientación sexual de su víctima» (Díaz, *El odio discriminatorio como agravante...*, 120-121).

³⁷ Ronald Dworkin, «Foreword», en *Extreme Speech and Democracy*, edit. por Ivan Hare y James Weinstein (New York: Oxford University Press, 2009), vii [sic].

³⁸ C. Edwin Baker, «Autonomy and hate speech», en *Extreme Speech and Democracy*, 156.

³⁹ Robert Post, «Hate speech», en *Extreme Speech and Democracy*, 134-135.

⁴⁰ Owen Fiss, *La ironía de la libertad de expresión* (Barcelona: Gedisa, 1999), 27-30.

⁴¹ Cass Sunstein, «Words, Conduct, Caste», *The University of Chicago Law Review* 60 (verano/otoño de 1993): 800.

⁴² Jeremy Waldron, «Dignity and defamation: the visibility of hate», *Harvard Law Review* 123 (mayo de 2010): 1626-1630 y 1639.

puesta entre otros por Mari Matsuda y Richard Delgado que aboga por la proscripción de estos discursos sobre la base del daño psicológico que sufren las víctimas de los mismos⁴³.

3. Modelo del Convenio Europeo de Derechos Humanos

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

La regulación de la libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), tratado internacional de derechos fundamentales creado en el ámbito del Consejo de Europa, trae causa de las tragedias de la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto, que marcarían para siempre al continente europeo. Como dijo en su momento el magistrado del Tribunal Constitucional español Jorge Rodríguez-Zapata en su voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 235/2007, «cada continente genera sus propios monstruos y la frialdad burocrática de un régimen que practicaba científicamente las conductas genocidas [...] no se produjo en América, sino en Europa». Esta es la razón por la que el CEDH se identifica con un modelo de democracia militante, término que acuñó el célebre filósofo del derecho Karl Loewenstein en 1937 para referirse a la necesidad de que los sistemas democráticos europeos adoptasen una actitud de combate contra las organizaciones fascistas en auge⁴⁴.

Este modelo militante tiene su más claro reflejo en el artículo 17 CEDH, que instaura la prohibición del abuso de derecho, estableciendo que:

«Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

En los inicios del Convenio, la Comisión, con base en este artículo, consideraría conforme a derecho la ilegalización de varios partidos políticos en Alemania, como la del Partido Socialista del Reich, de ideología nazi, en 1952 y la del Partido Comunista de Alemania en 1956. Asimismo, fue alegado por algunos Estados parte del Consejo de Europa para justificar suspensiones de derechos en materia de terrorismo: así lo hizo Irlanda en el *caso Lawless* (1961), donde suspendió la aplicación de

⁴³ Mari Matsuda, «Public's response to racist speech: considering the victim's story», *Michigan Law Review* 87, n.º 8 (agosto 1989): 2336-2341; Richard Delgado, «Words that wound: a tort action for racial insults, epithets and name-calling», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 17 (1982): 143-149.

⁴⁴ Karl Loewenstein, «Militant democracy and fundamental rights I». *The American Science Political Review* 31, n.º 3 (1937): 431.

garantías procesales a un miembro del IRA⁴⁵. Sin embargo, en este caso la Comisión consideró que ni siquiera la prohibición de abuso de derecho del artículo 17 podía justificar que un ciudadano de un Estado parte fuera privado de los derechos reconocidos en el artículo 5 (derecho a la libertad, a la seguridad y a no ser privado de libertad fuera de los supuestos previstos en el Convenio) y 6 (derecho a un proceso equitativo) del CEDH. Con todo, donde ha tenido una aplicación más recurrente ha sido en materia de libertad de expresión, como vamos a ver en el siguiente apartado.

Aparte del artículo 17, la libertad de expresión se ve también limitada en el propio artículo 10, que es el que regula este derecho en el Convenio. Así, el apartado segundo de dicho artículo establece que la libertad de expresión podrá sufrir limitaciones

«previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

En el párrafo anterior se recogen, pues, los tres requisitos que deben cumplirse para que una medida restrictiva de la libertad de expresión se ajuste al Convenio: en primer lugar, tiene que estar prevista en la ley, lo cual no debe entenderse *strictu sensu*, ya que, según lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su sentencia *Sunday Times contra Reino Unido* (1979)⁴⁶, aquí el término «ley» no hace referencia únicamente a las normas con rango de ley, sino a cualquier norma escrita a la que el ciudadano tenga acceso y que le permita prever las consecuencias de su incumplimiento.

En segundo lugar, debe perseguir una finalidad legítima, entendiéndose como tal cualquiera de las contempladas en el apartado segundo del artículo 10. Esta lista de medidas tiene carácter tasado (*numerus clausus*), si bien es tan extensa que abarca prácticamente cualquier finalidad.

En último lugar, debe ser necesaria en una sociedad democrática, lo que quiere decir, en primer lugar, que debe traer causa de una «necesidad social imperiosa»; en segundo lugar, que la medida adoptada tiene que ser proporcional al fin perseguido; y, por último, que los motivos aducidos por el Estado parten para justificar la medida sean idóneos y suficientes.

⁴⁵ Javier García Roca, «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)», en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coord. por Javier García Roca y Pablo Santolaya (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), 643-645; también Javier García Roca, «La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas», *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, n.º 65 (mayo-agosto de 2002): 319.

⁴⁶ STEDH *Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, núm. 6538/74.

A pesar de que, como podemos observar, la libertad de expresión está mucho más restringida en el ámbito del Consejo de Europa que en Estados Unidos, dicha libertad goza también en este ámbito de unos márgenes bastante amplios, sobre todo en lo que se refiere a la libertad de expresión política, en parte gracias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), encargado de velar por la aplicación del Convenio. Especialmente ilustrativas son las afirmaciones de la sentencia *Handyside c. Reino Unido* (1976)⁴⁷, en las que se enjuiciaba la legitimidad de la prohibición de un reivindicativo y polémico libro para jóvenes (la versión original danesa de nuestro «Libro rojo del cole»⁴⁸):

«la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad [democrática], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El artículo 10.2 es válido no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población».

El carácter imprescindible de la libertad de expresión para la existencia de la democracia que pregona *Handyside* se traduce en que, cuando el mensaje versa sobre una cuestión que forma parte del debate público o que se refiere a un personaje público, gozará de una protección reforzada. Además, también supone que los márgenes de este derecho serán más amplios cuando se critique a las autoridades políticas, y viceversa: los representantes políticos (esencialmente, los parlamentarios) gozarán de una mayor libertad a la hora de expresar sus opiniones.

La jurisprudencia del TEDH nos brinda numerosos ejemplos de lo que acabamos de comentar. Uno de ellos es *Lingens contra Austria* (1986)⁴⁹, cuyo origen fue la demoledora crítica del periodista Michael Lingens al canciller austriaco Bruno Kreisky por apoyar a Friedrich Peter, presidente del Partido Liberal Austriaco, de las acusaciones de haber pertenecido a las SS. Entre otras expresiones, Lingens tildaría a Kreisky de «inmoral», «indigno» y «oportunista», lo que llevaría al canciller a denunciarle por difamación. Por esta razón Lingens sería condenado al pago de una cuantiosa multa. Tras agotar la vía judicial interna, recurrió ante el TEDH, que consideró que la sanción a Lingens vulneraba el derecho a la libertad de expresión de este último, al no ser esta medida necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal fundamentó su decisión en que las críticas vertidas contra el político se sustentaban en un hecho indiscutido, que era el apoyo a Peter por parte de Kreisky. Además, entendía que concurría buena fe en las declaraciones del periodista, algo

⁴⁷ STEDH *Handyside* contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, núm. 5493/72.

⁴⁸ El «Libro Rojo del Cole» fue una obra publicada en España en 1979, dirigida a adolescentes e inspirada en su homónima danesa que alcanzó gran celebridad porque abordaba sin tapujos cuestiones que hasta entonces eran tabú, como el sexo, las drogas o la revolución política y social. Ricardo de la Cierva, notorio franquista y por entonces ministro de Cultura, arremetería duramente contra el libro, y el director de la editorial que lo publicó («Nuestra Cultura») fue detenido y procesado por un delito de escándalo público en 1980.

⁴⁹ STEDH *Lingens* contra Austria, de 8 de julio de 1986, núm. 9815/82.

que había reconocido el propio tribunal austriaco. Por último, el TEDH recalcó también el papel que tiene la prensa como guardiana de las libertades, empleando incluso en la sentencia la expresión *public watchdog*, acuñada, como ya hemos explicado, por la Corte Suprema estadounidense en *New York Times v. Sullivan*.

Otro ejemplo paradigmático es el caso *Eon contra Francia* (2013)⁵⁰, protagonizado por Hervé Eon, activista que, con motivo de la visita del entonces presidente francés Nicolas Sarkozy al municipio de Laval, acudió a recibir al mandatario con una pancarta en la que aparecía escrita la frase «*Casse toi pov'con*» («Piérdete, pobre gilipollas»). Condenado por ello a pagar treinta euros de multa, Eon presentó demanda ante el TEDH por vulneración de la libertad de expresión. El Tribunal estimaría sus pretensiones basándose en que la intención del mensaje era política, dado que protestaba contra su política migratoria, y que los cargos públicos debían desplegar un mayor grado de tolerancia ante el discurso ofensivo que el que podría exigirse a un particular. Esta doctrina la reiteraría el Tribunal, entre otras muchas sentencias, en *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (2018)⁵¹, en la que ampararía a dos militantes independentistas que prendieron fuego a varias fotografías del Rey en una concentración en Barcelona, considerando nuevamente que se trataba de una crítica de índole política y que el monarca estaba obligado a soportar, por razón de su cargo, un mayor grado de crítica que un ciudadano de a pie.

Por último, queríamos hacer referencia a las sentencias *Castells contra España* (1992)⁵² y *Otegi Mondragón contra España* (2011)⁵³, asuntos ambos en los que se encontraban involucrados representantes electos de los ciudadanos. En el primer caso, el senador de Herri Batasuna Manuel Castells fue condenado por el entonces llamado delito de injurias al Gobierno por la publicación en la revista «Punto y hora en Euskal Herria» de un artículo de opinión en el que acusaba a las autoridades estatales de ser las responsables de la «guerra sucia» contra miembros de ETA y de la izquierda abertzale. En el segundo, el diputado Arnaldo Otegi fue condenado por injurias a la Corona por referirse al hoy Rey emérito en una rueda de prensa como «jefe de los torturadores». Estrasburgo consideró vulnerado el derecho de libertad de expresión en ambos casos, basándose, entre otros argumentos, en que la condición de parlamentarios de Castells y Otegi brindaba a su libertad de palabra una protección adicional.

3.2. El discurso del odio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Tradicionalmente, en el tratamiento del discurso del odio por parte del TEDH se suelen distinguir dos supuestos diferentes, en los que se aplican los dos artículos antes mencionados: el 17 y el 10.2.

⁵⁰ STEDH *Eon contra Francia*, de 14 de marzo de 2013, núm. 26118/10.

⁵¹ STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera contra España*, de 13 de marzo de 2018, núm. 51168/15 y 51186/15.

⁵² STEDH *Castells contra España*, de 23 de abril de 1992, núm. 11798/85.

⁵³ STEDH *Otegi Mondragón contra España*, de 15 de marzo de 2011, núm. 2034/07.

Así, la prohibición del abuso de derecho del artículo 17 CEDH se aplica esencialmente, en lo que se refiere a la libertad de expresión, en supuestos de negacionismo del Holocausto o enaltecimiento del régimen nazi. Esta aplicación da lugar a una inadmisión *a limine* («efecto guillotina»), sin entrar en el fondo del asunto. Algunos ejemplos de ello son los casos *Garaudy c. Francia* (2003)⁵⁴, en el que el Tribunal ni siquiera entró a valorar la condena penal en Francia a un célebre escritor por publicar una obra en la que cuestionaba el número oficial de judíos asesinados en la *Shoah*; *Pavel Ivanov c. Rusia* (2004)⁵⁵, donde el Tribunal hizo lo propio con un articulista que acusaba a los judíos de todos los males de su país; y *M'Bala M'Bala c. Francia* (2015)⁵⁶, donde se inadmitiría la demanda de un polémico humorista por sus comentarios burlescos acerca del Holocausto.

Por su parte, el artículo 10.2 CEDH se suele aplicar en casos de discursos xenófobos y homófobos, de discursos negacionistas no vinculados a la ideología nacionalsocialista y de mensajes enaltecedores del terrorismo y la violencia. En estos casos el Tribunal entra a conocer del fondo del asunto y aplica el ya explicado triple test de proporcionalidad (dilucidar si la restricción está impuesta por ley, responde a una finalidad legítima y es necesaria en una sociedad democrática) para determinar si la restricción a la libertad de expresión se ajusta o no al Convenio. Veremos ahora algunos ejemplos de su aplicación.

Por un lado, encontramos varios casos de negacionismo de crímenes internacionales distintos al Holocausto. El primero que vamos a analizar es *Lehideux e Isorni c. Francia* (1998)⁵⁷, en el que el TEDH amparó el derecho de dos negacionistas de los crímenes del régimen de Vichy que habían defendido sus posiciones en un manifiesto publicado en el diario *Le Monde*. Serían denunciados por varias organizaciones memorialistas de la Resistencia francesa y condenados por vulneración de la Ley de Prensa de 1889, que castigaba la glorificación de los crímenes de guerra y del colaboracionismo con los nazis. Tras demandar ante Estrasburgo, el Tribunal les daría la razón: entendería que no es comparable el negacionismo del Holocausto nazi con el de los crímenes de Vichy, ya que este último, a diferencia del segundo, seguía siendo objeto de debate entre historiadores. Además, sostuvo que los autores, aunque justificaban a Pétain, no hacían lo mismo con los crímenes nazis. Por último, también considera relevante el tiempo transcurrido desde aquellos hechos, que, a su juicio, mitiga la eventual gravedad de las afirmaciones. Todo ello le llevó a concluir que la medida, aunque estaba prevista en la ley y tenía una finalidad legítima, no era necesaria en una sociedad democrática.

⁵⁴ Decisión de admisibilidad del TEDH en el caso *Garaudy contra Francia*, de 24 de junio de 2003. Núm. 65831/01.

⁵⁵ Decisión de admisibilidad del TEDH en el caso *Pavel Ivanov contra Rusia*, de 20 de febrero de 2007. Núm. 35222/04.

⁵⁶ Decisión de admisibilidad del TEDH en el caso *M'Bala M'Bala contra Francia*, de 20 de octubre de 2015. Núm. 25239/13.

⁵⁷ STEDH *Lehideux e Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998. Núm. 24662/94.

En la misma categoría que el asunto anterior podemos incluir *Perinçek contra Suiza* (2015)⁵⁸. En este asunto, el líder del Partido de los Trabajadores de Turquía, Dogu Perinçek, afirmó en varios actos celebrados en Suiza que el genocidio armenio era un invento del imperialismo, el cual había sembrado la cizaña entre turcos y armenios tras la Primera Guerra Mundial. Perinçek fue denunciado por estas declaraciones por la Asociación Suiza-Armenia, siendo condenado penalmente al pago de una multa por incitación al odio (art. 261 bis del Código Penal suizo). El líder turco presentó demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, alegando que se había vulnerado su libertad de expresión. El Tribunal estimaría sus pretensiones, condenando a Suiza por vulneración del artículo 10 del Convenio. El primer fundamento de su decisión fue el hecho de que Perinçek fuera un político que estaba actuando en calidad de tal en el momento de hacer esas declaraciones. A eso se le añade que, en su intervención, Perinçek no incitó al odio contra el pueblo armenio ni trató de justificar los crímenes cometidos contra el mismo, sino que simplemente responsabilizó del genocidio a las potencias imperialistas. Con respecto a las diferencias entre este negacionismo y el del Holocausto, el Tribunal señala que el segundo siempre tiene un componente antisemita y justificador de los crímenes nazis, sin que se pueda decir lo mismo del primero. Por último, también influyó el hecho de que los crímenes negados por Perinçek no tuvieron lugar en Suiza, que fue donde pronunció su discurso, ni dieron lugar a ninguna fricción entre las comunidades armenia y turca de Suiza. Por todas estas razones, entendió que la medida restrictiva no cumplía el requisito de ser necesaria en una sociedad democrática. Esta sentencia contó con un voto particular de la jueza Nussberger, quien criticó la existencia de una doble vara de medir en el TEDH en lo que respectaba al tratamiento del negacionismo del Holocausto en comparación con el de otros crímenes internacionales equivalentes, tolerando estos últimos y sancionando los primeros. Este último posicionamiento, en nuestra opinión, sería también extrapolable a *Lehideux contra Isorni*, con más razón si cabe, puesto que aquí el doble rasero en relación con los crímenes nazis se aplica a un régimen, el de Vichy, que colaboró con la Alemania nazi.

En lo que respecta a la propaganda xenófoba, encontramos, entre otros, los casos *Féret contra Bélgica* (2009)⁵⁹ y *Balsyté-Lideikiené contra Lituania* (2009)⁶⁰. En el primero de ellos, el TEDH conocería de una demanda por vulneración de la libertad de expresión interpuesta por Daniel Féret, parlamentario y líder del partido belga de extrema derecha Frente Nacional, que fue condenado penalmente en su país por repartir, a propósito de una campaña electoral, unos pasquines a favor de la expulsión de los refugiados e inmigrantes sin papeles de Bélgica. El Tribunal consideraría que la condena impuesta cumplía con el triple test de proporcionalidad: además de estar previsto en la ley y tener un objetivo legítimo, sostuvo el Tribunal que la medida restrictiva era necesaria en una sociedad democrática porque los mensajes de dichos pasquines podían diseminar el odio a la población extranjera entre los

⁵⁸ STEDH *Perinçek contra Suiza*, de 15 de octubre de 2015. Núm. 27510/08.

⁵⁹ STEDH *Féret contra Bélgica*, de 16 de julio de 2009. Núm. 15615/07.

⁶⁰ STEDH *Balsyté-Lideikiené contra Lituania*, de 4 de noviembre de 2008. Núm. 72596/01.

belgas. En cuanto a su condición de parlamentario, que como ya hemos visto había sido tenida en cuenta en anteriores ocasiones como fundamento de un plus de protección de la libertad de palabra, fue valorada esta vez en sentido inverso: se consideró que su condición de parlamentario le obligaba a ser especialmente cauteloso en sus declaraciones, dada la influencia que podían tener en la sociedad. Y lo mismo sostuvo con respecto al contexto electoral: en vez de afirmar, como en otras ocasiones, que en dicho contexto se debe ser especialmente garantista con la libertad de expresión, el Tribunal subrayó que en una campaña electoral mensajes xenófobos como estos corrían el riesgo de gozar de una mayor difusión, lo que justificaba la sanción a Féret. La decisión, con todo, sería polémica incluso en el propio seno del Tribunal, razón por la cual varios magistrados formularían votos particulares a la sentencia en los que ponían de manifiesto que las circunstancias en las que se enmarcaba el mensaje, en vez de justificar una mayor restricción de la libertad de expresión, deberían haber conducido a la decisión contraria, esto es, a estimar el recurso de Féret.

Menos polémica, sin embargo, acarrearía la decisión del Tribunal en *Balsytė-Li-deikienė contra Lituania* (2009). El caso versaba sobre la sanción administrativa en Lituania a la responsable de una editorial que había distribuido un calendario donde se narra la historia del país desde una perspectiva ultranacionalista y antisemita, en la que no faltaban referencias xenófobas contra rusos y polacos. Consideró el Tribunal que la sanción impuesta superaba satisfactoriamente el test de proporcionalidad, haciendo hincapié en que la visión sesgada de la historia que transmitía el calendario podía inocular en la población lituana el odio hacia los habitantes de los países vecinos.

Con respecto a la propaganda homófoba, el caso paradigmático es *Vejdeland contra Suecia* (2012)⁶¹, que traía causa de la condena penal de varios miembros de la organización juvenil de extrema derecha Juventud Nacional por haber repartido libelos en un instituto que atribuían a la homosexualidad todo tipo de males, desde la erosión de la sociedad hasta el VIH, acusando además de pedofilia al «lobby homosexual». El Tribunal de Estrasburgo, ante el que recurrieron los condenados, consideró que su condena era ajustada a derecho. Señaló primeramente el Tribunal que para calificar de un mensaje como discurso del odio no era necesario que hubiera una incitación a la violencia o el delito, bastando con que injuriara o humillara a determinados grupos de la población para poder calificarse como tal. Añadió que la discriminación por orientación sexual era equiparable, en cuanto a gravedad, a la discriminación racial. Por último, sostuvo que los panfletos iban destinados a un público particularmente manipulable por razón de su edad, como son los estudiantes de instituto.

Por último, en cuanto al enaltecimiento del terrorismo y la violencia, nos sirven de ejemplos *Leroy contra Francia* (2001)⁶² y *Faruk Temel contra Turquía* (2011)⁶³. En el

⁶¹ STEDH *Vejdeland contra Suecia*, de 9 de febrero de 2012. Núm. 1813/07.

⁶² STEDH *Leroy contra Francia*, de 2 de octubre de 2008. Núm. 36109/03.

⁶³ STEDH *Faruk Temel contra Turquía*, de 1 de febrero de 2011. Núm. 16853/05.

primero de los casos, un dibujante publicó en el periódico vascofrancés *Ekaitza* el 13 de septiembre de 2001 una viñeta donde se representaba el choque de dos aviones contra dos rascacielos, con un letrero debajo de la imagen que decía lo siguiente: «*Nous en avions tous rêvé... le Hamas l'a fait*» («Lo que habíamos soñado todos... Hamas lo ha hecho»). Condenado en Francia con arreglo a la Ley de 29 de julio de 1881 por enaltecer el terrorismo, Leroy recurrió ante el TEDH, alegando que su objetivo no era ensalzar el ataque terrorista, sino manifestar su oposición a la potencia estadounidense. Sin embargo, el Tribunal consideraría que la condena era ajustada al Convenio, sosteniendo que no se limitó a proclamar su antiamericanismo, sino que ensalzó la violencia terrorista. Además, recalcó que el contexto en el que se publicó la viñeta incrementa la gravedad del mensaje, tanto por su cercanía temporal con los atentados del 11 de septiembre como por la delicada situación que existía en aquel momento en el País Vasco francés en lo que respectaba al terrorismo.

En cambio, el Tribunal adoptaría una postura distinta en *Faruk Temel contra Turquía* (2011). Faruk Temel era el presidente del *Halkların Demokratik Partisi* (HDP), partido de izquierdas y pro-kurdo con representación en el Parlamento turco. En un acto del partido, criticó la guerra de Irak iniciada por Estados Unidos y denunció el aislamiento penitenciario al que se encontraba sometido desde hacía décadas el líder del Partido de los Trabajadores del Kurdistán, Abdullah Ocalan. Condenado por los tribunales turcos por difundir propaganda terrorista e incitar a la violencia, Temel recurriría ante el TEDH. El Tribunal consideró que se había vulnerado su libertad de expresión, dado que no existía una necesidad social imperiosa de imponer esa restricción, razón por la cual esta no podía considerarse necesaria en una sociedad democrática. Fundamentó su decisión en la condición de político de Temel y en la finalidad de crítica política al partido gobernante que subyacía en su discurso, elementos ambos que, a juicio del Tribunal, exigían una especial cautela en la limitación de este derecho, cautela que había sido obviada por las autoridades turcas.

A modo de cierre, debemos destacar que la regla general de aplicación de los artículos 17 y 10.2 no es válida para todos los casos: así, podemos encontrar supuestos ajenos al enaltecimiento del nazismo en los que se ha aplicado el artículo 17 CEDH y casos vinculados precisamente al negacionismo del Holocausto en los que, sin embargo, se ha aplicado el 10.2 CEDH. Dos ejemplos de lo primero serían los casos *Glimerveen y Hagenbeek c. Países Bajos* (1979)⁶⁴ y *Norwood c. Reino Unido* (2004)⁶⁵, relativos a casos de supremacía blanca e islamofobia, respectivamente. En cuanto a lo segundo, puede servir de ejemplo la sentencia *Varela Geiss c. España* (2013)⁶⁶, en la que el TEDH amparó a un librero de ideología neonazi, si bien hemos de recalcar que fue por motivos procesales y no sustantivos.

⁶⁴ Decisión de admisibilidad del TEDH en el caso *Glimerveen y Hagenbeek contra Países Bajos*, de 11 de octubre de 1979. Núms. 8348/78 y 8406/78.

⁶⁵ Decisión de admisibilidad del TEDH en el caso *Norwood contra Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004. Núm. 16853/05.

⁶⁶ STEDH *Varela Geiss contra España*, de 5 de marzo de 2013. Núm. 61005/09.

4. El delito de incitación al odio en el ordenamiento jurídico español. ¿Son el modelo estadounidense o el europeo referentes para España?

En España, como ha señalado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional⁶⁷, el discurso del odio no forma parte de la libertad de expresión. No obstante, ello no implica que todo discurso de esta índole deba ser automáticamente delictivo. En principio, y en virtud del principio de intervención mínima que rige en el Derecho penal español, solo las manifestaciones más graves del discurso del odio deberían subsumirse en el delito de incitación al odio del artículo 510 del Código Penal. Este precepto, introducido en el Código Penal de 1995, fue objeto de una profunda reforma en 2015, en aras de adaptarlo a la Decisión Marco 2008/903/JAI del Consejo de la Unión Europea, la cual exigía a los Estados miembros la tipificación en sus respectivos Códigos penales de una serie de conductas⁶⁸ para armonizar la legislación de los Estados en materia de lucha contra el discurso del odio. En su redacción actual, el artículo 510 C.P. castiga en su apartado primero la incitación directa o indirecta a la violencia, discriminación, odio u hostilidad contra determinados grupos protegidos⁶⁹ o personas pertenecientes a los mismos (subapartado a), la difusión e incluso la posesión con finalidad de difusión de material que sea idóneo para fomentar las conductas anteriores (subapartado b) y la negación, trivialización o enaltecimiento de crímenes internacionales cuando estas conductas contribuyan a crear un clima hostil, violento, discriminatorio y de odio contra los grupos protegidos (subapartado c). En cuanto al apartado segundo, castiga la vulneración de la dignidad de las personas pertenecientes a grupos protegidos mediante conductas que entrañen «humillación, menosprecio o descrédito» (subapartado a) o enaltecimiento de delitos cometidos contra los grupos protegidos o sus miembros

⁶⁷ Entre otras, SSTC 177/2015, de 22 de julio, y 112/2016, de 20 de junio.

⁶⁸ Estas conductas, según el artículo 1.1 de la Decisión Marco, eran las siguientes: «a) La incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;

b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;

c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;

d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.»

⁶⁹ Los motivos de discriminación tipificados en la versión actual del artículo 510 son los siguientes: «motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. Se han añadido, por tanto, el género y la identidad sexual».

distintos a los delitos del 510.1.c (subapartado b). Los dos siguientes apartados del precepto contemplan una serie de subtipos agravados, por razón de la difusión del mensaje por medios de comunicación masivos o por la idoneidad del mensaje para alterar la paz pública. Por último, los apartados quinto y sexto establecen, respectivamente, la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de funciones docentes a los autores de estos delitos y la destrucción o borrado del material que contiene estos mensajes.

Este precepto ha suscitado numerosas críticas de la doctrina: así, mientras la mayor parte de ella considera legítimo el castigo de la incitación a la violencia o a la discriminación, no ocurre lo mismo con la incitación al odio *strictu sensu*, dado que el odio es un mero sentimiento y, por ende, debería sustraerse al castigo penal⁷⁰. También se ha criticado el excesivo adelantamiento de las barreras de defensa penal que supone el castigo de conductas como la tenencia con la finalidad de distribución de material incitador, lo cual resulta difícilmente compatible con la libertad de expresión⁷¹. Asimismo, tampoco es compatible, según algunos autores, con el principio de taxatividad, dado el carácter indeterminado y confuso de su redacción⁷², ni con el de proporcionalidad, dado que castiga con la misma pena conductas con diferentes grados de gravedad⁷³.

Ante las numerosas críticas doctrinales a la regulación actual de esta materia en España, cabe preguntarnos si alguno de los dos modelos opuestos de tratamiento jurídico del discurso del odio que hemos estudiado en este trabajo, a saber, el estadounidense y el del Consejo de Europa, podrían servir de referentes para nuestro país de cara a una eventual reforma legislativa.

En lo que respecta al modelo del Consejo de Europa, es el propio de una democracia militante, modelo que no concuerda con el sistema constitucional español, que no exige al ciudadano una «profesión de fe democrática» ni una adhesión a los principios y valores constitucionales. Gregorio Peces-Barba, uno de los padres de la Constitución, así lo proclamaba en un artículo del año 2001: «las grandes ideas, incluso las que se enfrentan más con los contenidos y con los valores constitucionales, pueden ser defendidas y se puede pretender su incorporación al sistema, pero siempre desde las reglas del juego»⁷⁴. Y haría lo propio la ya mencionada STC 235/2007, que traía causa de la condena penal al librero neonazi Pedro

⁷⁰ Rafael Alcácer, «Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes», *RECPC* 14, n.º 2 (2012): 17.

⁷¹ Blanca Martín Ríos, «La represión del discurso del odio a través del Derecho Penal. Debilidades y fortalezas de la regulación penal actual», en *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, coord. por Blanca Martín Ríos. (Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2019), 61. También Jon Mirena Landa, *Los delitos de odio* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018): 83.

⁷² Rafael Alcácer, «Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal», *RECPC* 18, núm. 11 (2016): 49.

⁷³ Samuel Rodríguez Fernández, «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio», en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, ed. por Fernando Miró Llinares (Madrid: Marcial Pons, 2017): 156.

⁷⁴ Gregorio Peces-Barba, «El respeto en el ámbito vasco», *El País*, 11 de junio de 2001.

Varela por un delito de negacionismo del Holocausto del antiguo artículo 607.2 C.P. Dicha sentencia declaró inconstitucional este último precepto porque entendía que, en un modelo de democracia no militante como el español, la defensa de determinada concepción de la historia o ideología, aunque esta fuera totalitaria, no podía ser *per se* un delito. «La Constitución protege también a quienes la niegan», dice elocuentemente dicha sentencia. Por tanto, no parece que este modelo sea extrapolable a nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto al sistema estadounidense, propugna, como hemos visto, una libertad de expresión ilimitada, que a nuestro juicio subestima determinados discursos pronunciados en contextos críticos, que son susceptibles de generar un riesgo para determinados colectivos. Si extrapolásemos a España el caso *Skokie*, entendiendo que un desfile neonazi en medio de una población mayoritariamente judía es inocuo, tendríamos que tolerar el eslogan «Menos locutorios y más crematorios» que el partido neonazi Democracia Nacional profirió en una manifestación en el multicultural barrio madrileño de Usera en el año 2007, o las proclamas a favor de la expulsión de todos los menores no acompañados que se pronunciaron en el distrito madrileño de San Blas en una manifestación neonazi celebrada en un contexto particularmente convulso en el barrio en 2020, o el mensaje de «Fuera maricas y sidosos de Madrid» que pronunciaron los neonazis en una manifestación celebrada en 2021 en el enclave madrileño de Chueca, conocido por ser un lugar de reunión de la comunidad LGTB. Y esta tampoco nos parece una buena opción.

En definitiva, no creemos que ninguno de los dos modelos anteriores sea extrapolable a España, y creemos que la mejor opción de cara a una futura reforma de la regulación del discurso del odio en España se resume la máxima aristotélica, y luego agustiniana, de que «en el término medio está la virtud». Por ende, somos partidarios de un modelo que, por un lado, no persiga *per se* a determinadas ideologías, por muy execrables que estas sean, y, por otro, sea contundente ante aquellas conductas que puedan constituir un riesgo para determinados colectivos. Este modelo vendría dado, a nuestro juicio, por una interpretación restrictiva del delito de incitación al odio del artículo 510 C.P. que limite su aplicación a aquellos casos en los que, a la luz de factores como el estatus social del emisor del mensaje, el grado de difusión del mismo y el contexto en el que se emite⁷⁵, puedan generar un riesgo para la integridad física o el derecho a la igualdad de grupos vulnerables o tradicionalmente marginados. Creemos que esta solución es preferible a la importación de soluciones foráneas que no encajan en nuestro sistema constitucional y penal.

⁷⁵ El Plan de Acción de Rabat de la Organización de Naciones Unidas de 2012 establece una serie de criterios para determinar si el discurso del odio debería ser punible, entre los cuales se encuentran los que hemos mencionado aquí.

5. Bibliografía

- ALCÁCER, Rafael. «Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes». *RECPC* 14, n.º 2 (2012): 1-32.
- ALCÁCER, Rafael. «Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal». *RECPC* 18, núm. 11 (2016): 1-55.
- ALCÁCER, Rafael. *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons, 2020.
- ÁLVAREZ, Ignacio. *Crítica del constitucionalismo feminista*. Barcelona: Atelier, 2020.
- BAKER, C. Edwin. «Autonomy and hate speech». En *Extreme Speech and Democracy*, editado por Ivan Hare y James Weinstein, 139-157. New York: Oxford University Press, 2009.
- BERTONI, Eduardo Andrés. «*New York Times vs. Sullivan* y la malicia real de la doctrina». En *Libertad de prensa y derecho penal*, 121-150. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000.
- DELGADO, Richard. «Words that wound: a tort action for racial insults, epithets and name-calling», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 17 (1982): 133-181
- DÍAZ, Juan Alberto. *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4 C.P.* Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- DWORKIN, Ronald. «Foreword». En *Extreme Speech and Democracy*, editado por Ivan Hare y James Weinstein, v-ix. New York: Oxford University Press, 2009.
- FISS, Owen. *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- GARCÍA ROCA, Javier. «La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas». *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, n.º 65 (mayo-agosto de 2002): 295-334.
- GARCÍA ROCA, Javier. «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (Art. 17 CEDH)». En *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coordinado por Javier García Roca y Pablo Santolaya, 631-656. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- GARCÍA RUIZ, Leopoldo. «La libertad de expresión (en tiempos de guerra): un análisis desde Zechariah Chafee». *Persona y Derecho* 75 (2017): 51-69.
- LANDA, Jon Mirena. «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva Ley de Lucha contra la Criminalidad (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994». *ADPCP* 59 (1996): 529-591.
- LANDA, Jon Mirena. *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- LOEWENSTEIN, Karl. «Militant democracy and fundamental rights I». *The American Science Political Review* 31, n.º 3 (1937): 417-432.
- MARCHENA, Sara. «Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* 34 (2018): 132-162.

- MARTÍN RÍOS, Blanca. «La represión del discurso del odio a través del Derecho Penal. Debilidades y fortalezas de la regulación penal actual». En *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, coordinado por Blanca Martín Ríos, 61-87. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.
- MATSUDA, Mari. «Public's response to racist speech: considering the victim's story». *Michigan Law Review* 87, n.º 8 (agosto 1989): 2320-2381.
- MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
- PECES-BARBA, Gregorio. «El respeto en el ámbito vasco». *El País*, 11 de junio de 2001.
- PORTILLA, Guillermo. «La represión penal del discurso del odio», en *Tratado de Derecho Penal Español. IV. Delitos contra la Constitución*, dirigido por Francisco Javier Álvarez García, 379-412. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- POST, Robert. «Hate speech». En *Extreme Speech and Democracy*, editado por Ivan Hare y James Weinstein, 123-138. New York: Oxford University Press, 2009.
- PRESNO, Miguel y TERUEL, Germán. *La libertad de expresión en América y Europa*. Lisboa: Juruá, 2017.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel. «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio» En *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, editado por Fernando Miró Llinares, 155-176. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- SUNSTEIN, Cass. «Words, Conduct, Caste». *The University of Chicago Law Review* 60 (verano/otoño de 1993): 795-844.
- VASAK, Karel. «La larga lucha por los derechos humanos». *El correo de la UNESCO* (noviembre de 1977): 29-32.
- VON IHERING, Rudolf. *La jurisprudencia en broma y en serio*. Madrid: Reus, 2015.
- WALDRON, Jeremy. «Dignity and defamation: the visibility of hate». *Harvard Law Review* 123 (mayo de 2010): 1595-1656.
- XIMÉNEZ, Pablo. «Snoop Dogg bromea con pegarle un tiro a Trump». *El País*, 13 de marzo de 2017.