

DISCURSOS DEL ODIO / HATE SPEECH

ARTÍCULOS

El resarcimiento de los daños causados por el discurso del odio
Redressing the harm caused by hate speech

Francisco Valiente Martínez

Universidad Pontificia Comillas

fvaliente@comillas.edu

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4596-8037>

RESUMEN: Los discursos del odio atacan la dignidad de los integrantes de colectivos históricamente desfavorecidos y fomentan su discriminación y deshumanización, razón por la cual los poderes públicos se han ido dotando de mecanismos para combatirlo. Pero no hay unidad de acción a nivel global, pues su restricción exige revisar los límites a la libertad de expresión. Así, mientras en Estados Unidos los tribunales reconocen la primacía de esta libertad, en Europa se incrementa el recurso a la vía penal. Pero ambos sistemas tienen deficiencias, sobre todo porque no se centran en el resarcimiento del daño causado. De ahí que pueda analizarse una tercera opción, la civil, partiendo de la ya consolidada doctrina sobre daños morales.

Palabras clave: Colectivos vulnerables; libertad de expresión; daño moral; dignidad; resarcimiento.

Cómo citar este artículo / Citation: Valiente Martínez, Francisco (2022) “El resarcimiento de los daños causados por el discurso del odio”. *Isegoría*, 67: e08. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2022.67.08>

ABSTRACT: Hate speech is an attack on the dignity of members of historically disadvantaged groups. Its essence is rejection and dehumanisation, which is why public authorities have been providing themselves with different mechanisms to confront it. However, there is no unity of action at the global level, as any restriction implies a review of the limits to freedom of expression. While in the United States the courts recognise the primacy of freedom of speech, in Europe there is increasing recourse to criminal prosecution. However, both systems have structural deficiencies, as they do not focus on compensation for the damage caused. Consequently, it is interesting to analyse a third option, the civil one, based on the already consolidated doctrine on moral damages.

Keywords: Vulnerable groups; Freedom of expression; Moral damage; Dignity; Compensation.

Recibido: 31 enero 2022. *Aceptado:* 21 julio 2022.

Copyright: © 2022 CSIC. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

INTRODUCCIÓN

El odio es un borracho en el fondo de una taberna que constantemente renueva su sed con la bebida. (Charles Baudelaire, 1821-1867)

La libertad de expresión es uno de los pilares fundamentales de todo sistema democrático: permite a los ciudadanos manifestar sus opiniones, discutir las, ampliarlas y, por todo ello, constituye un factor clave para forjar una sociedad libre, plural, crítica y avanzada, donde los asuntos que a todos conciernen se pueden analizar y debatir con la garantía de que nadie será castigado por sus opiniones. En palabras de Hugo Black, juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, «la libertad de hablar y escribir sobre asuntos públicos es tan importante para el gobierno como el corazón para el cuerpo humano»¹. Sin embargo y paradójicamente, ahora que hay más democracias representativas que en ningún otro momento histórico y más posibilidades que nunca para difundir nuestras ideas de forma inmediata y global, se ponen de manifiesto los riesgos que supone considerar esta libertad como absoluta y se hace necesario clarificar sus límites para poder protegernos como individuos y como sociedad de los abusos cometidos en su ejercicio.

El denominado «discurso del odio» es uno de los paradigmas de este dilema. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, en su recomendación política N15 sobre «discurso de odio» del 8 de diciembre 2016, explica profusamente su contenido y características. Consiste en el uso de una o más formas de expresión específicas, por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.²

¹ Milk Wagon Drivers Union of Chicago local 753 et alios v. Meadowmoor Dairies, Inc., 312 U.S. 61 (1941), voto particular del juez Hugo Black.

² Recomendación General N° 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio y memorándum explicativo. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Consejo de Europa, 2016.

Pero esta compleja conceptualización da pocas respuestas y abre muchos interrogantes. Más allá de la evidente tautología —decir que el discurso del odio es aquel que incita al odio no es una gran aportación—, las verdaderas cuestiones se centran en si es posible identificar unas características propias de este fenómeno, en cuál debe ser la respuesta de los poderes públicos ante el mismo y cuál es la frontera entre un mensaje polémico, discrepante o aun desagradable y los llamados «delitos de opinión».

Como bien ha planteado la doctrina, en la trastienda de esta problemática se encuentra un profundo debate filosófico y técnico, pues la conveniencia y aun la necesidad de crear tipos penales específicos para proteger a colectivos históricamente maltratados parece significar, también, que nuestras democracias y el sistema de libertades resultan insuficientes para proteger su dignidad de un modo distinto a la vía penal, lo que evidencia sus debilidades intrínsecas (Del Carpio, Holgado y De Pablo, 2021, pp. 15 y ss.). Porque resulta innegable que la criminalización del discurso del odio está constituyendo la respuesta general de las legislaciones europeas —que no la estadounidense— ante estos hechos.

Para arrojar un poco de luz en este debate, antes hay que analizar cuál es el bien jurídico afectado y cuáles los elementos propios del discurso del odio.

1. LA ESENCIA DEL DISCURSO DEL ODIO

El término odio no debería requerir, para la mayor parte de los ciudadanos, grandes explicaciones: es lo opuesto al amor, es un sentimiento nocivo, una innegable aversión que no pocas veces constituye la antesala de la violencia. Tal vez por su cotidianidad, con considerable frecuencia se observa a representantes políticos, periodistas, sociólogos, docentes y, en general, a los actores que configuran la opinión pública, emplear este concepto para calificar hechos de lo más dispares y así deslegitimar a alguien o a sus actos. Esta reacción hacia las opiniones ajenas forma parte de un proceso que, desde ámbitos filosóficos, se ha venido a identificar como procesos de autoadoctrinamiento en los que «la presencia del otro» resulta ofensiva (Han, 2022, pp. 46 y ss.). Pero esta generalización en el uso del término no debiera hacernos olvidar que «el odio existe, incluso aunque sus fieles pretendan trabajar por una buena causa» o les cueste reconocerse a sí mismos en estos perfiles (Glucksmann, 2005, p. 263).

Es al afrontar mensajes indudablemente ofensivos o discriminatorios cuando resulta necesario

preguntarse, en primer lugar, si los intolerantes tienen derecho a exigir ser tolerados; en segundo lugar, si los tolerantes tienen derecho a no tolerar a los intolerantes; y, en tercer lugar, en el caso de responder afirmativamente a la cuestión anterior, en qué supuestos pueden los tolerantes ejercer tal derecho y cómo (Rawls, 2006, p. 206). En otras palabras: si se va a producir una reacción de los poderes públicos, se fijarán límites a la libertad de expresión. Ello supone el paso de la discusión teórica a una dimensión fáctica, en la cual el legislador ha de aprobar normas eficaces y los tribunales aplicarlas con acierto, es decir, avanzar desde el discurso hasta la coerción en pos de establecer un ejercicio proporcional de los derechos (Alexy, 2009, pp. 74 y ss).

Resulta, pues, necesario, definir con precisión tanto las características propias del discurso del odio como el bien jurídico contra el que atenta. En cuanto a lo primero, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que son tres los requisitos que ha de reunir un mensaje para poder ser tenido por discurso del odio (Parekh, 2019, pp. 73 y ss):

i) En primer lugar, ha de existir un contenido objetivamente ofensivo, vejatorio o amenazador, que puede manifestarse a través de cualquier forma, incluidas las imágenes, los gestos, los símbolos o mediante la exhibición de determinados objetos. Este espectro es tan amplio que parte de la doctrina comienza a hablar ya la necesidad de centrar las vías legales en la persecución del «dangerous speech», es decir, aquel capaz de provocar daños concretos, y confrontar el resto de las ofensas gratuitas hacia comunidades y colectivos mediante contranarrativas (Buerger, 2018, pp. 7 y 8). Pero estandarizar comentarios o manifestaciones para identificar estos elementos no es siempre tarea sencilla: por un lado existe la denominada «violencia contextual», que sería de poca intensidad y se limitaría a bromas o burlas; por otro lado la «violencia encubierta», de mayor intensidad pues consiste en mensajes de rechazo, indignación o burlas particularmente soeces o de mal gusto; finalmente estaría la «incitación a la violencia», es decir, ataques colectivos abiertos, expresos y amenazantes³.

ii) En segundo lugar, este mensaje ofensivo debe dirigirse contra un colectivo determinado.

Ello significa que el discurso del odio no es un mero insulto, amenaza o agresión contra un individuo particular, sino una estigmatización que, partiendo de una característica definitoria de algún conjunto de personas, busca en última instancia su deshumanización. Nuestro Tribunal Constitucional resolvió, al juzgar el conocido caso de Violeta Friedman, que existen grupos étnicos, sociales y religiosos que no poseen personalidad jurídica ni tienen tampoco órganos de representación pero que, sin embargo, constituyen una realidad social que no puede obviarse. Es más, para defender los intereses de estos grupos sería necesario reconocer la legitimidad activa de cada uno de sus integrantes o incluso a terceros, pues, de lo contrario,

no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 C.E.) y que el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente proscrib⁴.

iii) En tercer lugar, el colectivo ha de reunir características que permitan calificarlo como vulnerable (Fuentes, 2017, p. 2). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos emplea este calificativo para referirse a minorías con «una historia de opresión o desigualdad o que se enfrentan a prejuicios muy arraigados» y que pueden necesitar, al menos a priori, una mayor protección frente al insulto, la calumnia o la ridiculización⁵. En el muy exhaustivo informe sobre delitos de odio que nuestro Ministerio del Interior presenta anualmente desde 2013 se cuantifican los casos identificados por las administraciones públicas y, lo que es más importante, se han creado perfiles de víctimas.

³ A mayor abundamiento, puede acudir a la excelente ponencia que en el II Simposio de investigación criminológica organizado por la Universidad de Castilla la Mancha impartieron Fernando Miró Llinares, Nazaret Alonso Núñez y Nuria Rodríguez Gómez en el año 2016. La presentación puede consultarse en: <https://prezi.com/o8r1hnovkteu/el-principio-de-accion-reaccion-en-el-discurso-del-odio-e-in/>

⁴ STC 214/1991, de 11 de noviembre. Violeta Friedman (1930-2000) era una superviviente de Auschwitz-Birkenau que se instaló en España en 1965. En 1985, tras leer una entrevista del antiguo líder de las Waffen SS Leon Degrelle (1906-1994) en la revista *Tiempo*, en la que negaba el Holocausto, clamaba por un nuevo Führer y mostraba su desprecio por los judíos, la señora Friedman presentó una reclamación civil por daños a su honor que acabó siendo resuelta a su favor por el Tribunal Constitucional.

⁵ Asunto Savva Terentyev v. Rusia, STEDH de 28 de agosto de 2018. En este caso, desde Estrasburgo se negó el reconocimiento de un carácter vulnerable a los cuerpos y fuerzas de seguridad públicos, por más que hubiesen sido receptores de insultos y críticas fuera de tono.

Así, son discurso del odio el discurso antisemita y el antigitano, el discurso aporóphobo (es decir, el dirigido contra las personas sin hogar)⁶, el que se dirige contra minorías religiosas, el que minusvalora a las personas con alguna discapacidad, así como el mensaje homóphobo, transfóbico, racista y xenóphobo, el dirigido contra minorías ideológicas, y aquel que se produce con un ánimo de discriminación en función del sexo o género, de la edad o por padecer alguna enfermedad⁷.

Estas tres características facilitan distinguir el discurso del odio de otros mensajes polémicos amparados por la libertad de expresión, así como con respecto a mensajes que, aun siendo ilícitos, tienen una naturaleza diferente (como las injurias y las calumnias). Pero, si bien es relativamente sencillo deducir a quién se ataca, el grado de vulnerabilidad no es algo objetivo ni aún simétrico entre todos los integrantes de un mismo colectivo. Es más, *a contrario sensu* podría concluirse que si hay colectivos vulnerables hay también colectivos «invulnerables», lo cual es difícil de sostener en unas sociedades siempre sometidas a cambio. En el carácter indeterminado de esta vulnerabilidad radica el riesgo de banalización del discurso del odio, que puede acabar siendo convertido en un medio para proteger «sentimientos mayoritarios» (Correcher, 2021, pp. 88 y ss.).

Del mismo modo, también es necesario definir cuál es el bien jurídico al que afecta el discurso del odio y por qué se requieren y justifican acciones para su defensa, cuestión a la que el Consejo de Europa ha procurado dar respuesta:

El propósito de regular la incitación al odio es prevenir la interferencia con otros derechos y evitar que se produzcan ciertos daños. En primer lugar, el discurso de odio puede interferir con otros derechos humanos o valores públicos

⁶ La deshumanización que sufren las personas sin hogar es el subtipo menos investigado de los delitos de odio. Los avances en este campo se deben en buena medida al excelente trabajo de la académica Adela Cortina Orts, quien señala que los ataques a las personas sin hogar han pasado desapercibidos durante décadas porque este colectivo, al contrario que otros, no tiene organización, *lobby* o estructura estable de apoyo más allá de la atención caritativa. Son particularmente vulnerables porque la característica distintiva de los *áporoi* no es una cuestión congénita, religiosa, étnica o cultural, sino que obedece a motivos puramente económicos, dependientes de según qué avatares de la vida que muchas veces guardan estrecha relación con enfermedades como el alcoholismo, la ludopatía, la drogadicción o la depresión. *Vid.* Cortina, 2017.

⁷ Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2020, Ministerio del Interior, p. 17.

operativos: la dignidad, la no discriminación y la igualdad, la participación (efectiva) en la vida pública (incluido el discurso público, la libertad de expresión, de asociación, de religión, etc.). En segundo lugar, también debe considerarse la prevención de los daños particulares que sufren las víctimas individuales: daños psicológicos, daños a la autoestima, inhibición de la autorrealización, miedo, etc. (McGonagle, 2013, pp. 3 y 4).

Así pues, cabe concluir que el discurso del odio ataca la dignidad, pues niega derechos a los integrantes de algunos colectivos (Waldron, 2012, pp. 57 y 58). Y también que su gravedad es mayor cuando hay una reiteración de estos ataques, pues se acaba generando una constante incertidumbre y angustia entre sus receptores, un estado que Waldron ha sabido definir como «clima de hostilidad» o «atmósfera de odio», que nubla el entorno de respeto y paz social en el que todos debiéramos vivir (Waldron, 2012, pp. 94 y ss).

Todo lo expuesto lleva a una conclusión lógica y a una pregunta incómoda. La conclusión es que el daño que el discurso del odio provoca es un daño moral, pues en el momento en que hubiere otro tipo de perjuicio es que se ha pasado de las manifestaciones a la violencia física o a actos discriminatorio concretos. La pregunta incómoda tiene una doble vertiente: ¿cómo puede ponderarse y, por ende, resarcirse el daño moral de los miles de individuos que integran un colectivo supuestamente vulnerable?

2. LAS DOS RESPUESTAS JURÍDICAS AL DISCURSO DEL ODIO: EL MODELO ESTADOUNIDENSE Y EL MODELO EUROPEO

2.1. El modelo estadounidense: la primacía de la libertad de expresión

En 1919, el célebre juez Oliver Wendell Holmes, apoyado por el juez Louis Brandeis, defendió que el derecho a expresar públicamente las opiniones sobre los asuntos públicos era el fundamento de todo sistema democrático y que, precisamente por ello, sus posibles restricciones debían ser cuidadosamente medidas:

Nuestra Constitución es un experimento, como toda la vida es un experimento. Todos los años, si no todos los días, tenemos que apostar nuestra salvación a alguna profecía basada en un conocimiento imperfecto. Mientras ese experimento forme parte de nuestro sistema, creo que debemos

estar eternamente vigilantes contra los intentos de frenar la expresión de opiniones que detestamos⁸.

La esencia de esta tesis es que la mejor política en el ámbito de la libertad de expresión es la ausencia de toda política (Fiss, 1996, p. 5 y ss.), pues solo a través de la libre confrontación de opiniones, comentarios y críticas pueden los integrantes de una sociedad discernir la verdad de la mentira, lo justo de lo injusto, la bondad de la maldad. No corresponde a los poderes públicos limitar esta libertad, pues, aunque se haga con las mejores intenciones, se sesga el sano debate social y se infantiliza a la ciudadanía, lo que a la larga genera más perjuicios que beneficios.

En lo referido al discurso del odio, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha marcado una tendencia única: dar una primacía casi absoluta a la libertad de expresión. La doctrina de la «posición preferente»⁹ de la libertad individual resuelve que todo aquello que contribuya al debate público, aunque pudiera ser falso o difamatorio, está constitucionalmente protegido (Rodríguez-Vergara, 2019, p. 511).

Mas este trato preferente no significa que todo este amparado: las amenazas, la incitación a cometer un delito, los insultos y expresiones beligerantes que pueden provocar un enfrentamiento —las llamadas *fighting words*— no tienen apenas valor constitucional¹⁰. El criterio central para discernir lo constitucionalmente protegido, por más que pueda

ser odioso, de lo proscrito, radica en su viabilidad como discurso político, como mensaje que pueda generar un debate público (Sunstein, 1993, pp. 187 y ss.)

El dilema de este proceder es obvio. El propio Tribunal Supremo de Estados Unidos ha reconocido que el discurso del odio puede ser dañino para determinados individuos y causar un perjuicio injusto. Pero, ante esta tesitura, la Corte entiende que, salvo que de las manifestaciones cuestionadas pueda originarse directamente un acto ilícito (*imminent lawless action*)¹¹, estos posibles daños son sacrificios lamentables pero necesarios. Se asume, por tanto, que un daño injusto quede sin subsanación por mor de un bien mayor:

La Cláusula de Libertad de Expresión de la Primera Enmienda —“El Congreso no hará ninguna ley... que coarte la libertad de expresión”— puede servir como defensa en las demandas estatales por daños y perjuicios, incluidas las demandas de petición de indemnización por haber causado angustia emocional de forma intencionada. [...] Depende en gran medida de si el discurso es de interés público o privado, según lo determinen todas las circunstancias de cada caso. El discurso sobre “asuntos de interés público” está “en el centro de la protección de la Primera Enmienda” [...] (que) refleja un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate sobre cuestiones públicas debe ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto¹².

Puede concluirse que, a efectos procesales, estos mensajes quedan amparados por la Primera Enmienda y únicamente resultan punibles cuando se convierten en una incitación a un acto ilícito posterior. De esta manera, el Tribunal Supremo se alinea con las tesis que defienden que una «sociedad bien ordenada» da cabida a todas las voces, especialmente las discrepantes o incómodas. Al

⁸ *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919), voto particular del juez Oliver Wendell Holmes, quien defendió que la Primera Enmienda de la Constitución garantizaba el derecho a manifestarse contra el apoyo estadounidense a los rivales de los bolcheviques durante la guerra civil rusa (1917-1922), toda vez que no había riesgo alguno para el orden público, sino que se estaba ejerciendo una oposición activa que fomentaba el libre debate sobre la actuación del Gobierno.

⁹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254 (1964). En este caso, paradigmático en lo relativo a la libertad de prensa, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dio la razón al *New York Times* y reconoció la utilidad del periodismo como herramienta para fomentar un debate sobre asuntos públicos frente al derecho al honor de un comisario de policía en Montgomery, quien, aunque no había sido citado expresamente, se sintió aludido por el contenido de un artículo crítico con la brutalidad policial en la ciudad.

¹⁰ *Chaplinsky v. New Hampshire* [1942] 315 U. S. 568. En este caso, un conocido predicador organizaba sermones públicos muy incendiarios y agresivos contra otras religiones a los que acudían miles de personas. Cuando fue compelido por las autoridades para contenerse y evitar altercados, reaccionó de forma aún más agresiva, provocando su condena por poner en peligro a terceros y a sus propios fieles.

¹¹ *Brandenburg v. Ohio*, [1969] 395 U. S. 444. En este caso, el Tribunal Supremo amparó a un líder del Ku Klux Klan que había organizado manifestaciones contra «negros, judíos y quienes les apoyen». Se entendió que la expresión de estas ideas, por nociva que pueda ser, era la manifestación de una ideología y, por lo tanto, solo podría ser sancionada si existía el deseo real de llevar a cabo alguna agresión, una inmediatez en su comisión y una alta probabilidad de que efectivamente hubiese un daño.

¹² *Snyder v. Phelps*, 562 US 443 (2011). En este caso, el Tribunal Supremo amparó al líder de una congregación religiosa, a sus hijas y a algunos de sus acólitos que organizaron una manifestación próxima al lugar en que se celebraba el funeral por un soldado fallecido en acto de servicio y, una vez allí, lanzaron proclamas vejatorias contra este, sus compañeros y la decadencia moral que, a su criterio, vivía América.

fin y al cabo, he ahí la esencia de la libertad de expresión en un sistema democrático: proteger el pensamiento minoritario, darle su lugar en el foro público y no reprimir a los individuos por sus opiniones (Dworkin, 2014, pp. 362 y ss.).

Pero cabe añadir que el amplio amparo judicial a la libertad de expresión no significa que en Estados Unidos no estén imponiéndose estrictos límites sociales a la libertad de expresión. Todo lo contrario: es precisamente allí donde existen cada vez más *lobbies* y grupos mediáticos que presionan de formas muy diversas para que se restrinjan los contenidos tenidos por indeseables¹³, provocando lo que algunos autores han acabado por denominar una auténtica «batalla cultural» cuyos resultados finales son difíciles de prever (Scatamburlo-D'Annibale, 2019, pp. 72 y ss.).

2.2. El modelo europeo: la vía penal

Si de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense se constata que el mandato para los poderes públicos es mantener una postura neutral y trasladar el debate a los distintos actores de la sociedad civil, no cabe duda de que en Europa se ha seguido un camino diferente en pos de una máxima protección a la dignidad (Grau, 2021, p. 29).

El Derecho Penal se ha convertido en el mecanismo al que han recurrido la mayor parte de los países europeos para castigar el discurso del odio. Emplear la *ultima ratio* de los poderes del Estado tiene varios elementos positivos: por un lado, despeja cualquier duda sobre el compromiso de los poderes públicos en defensa de la dignidad; por otro, abre la puerta a que los cuerpos y fuerzas de seguridad empleen sus múltiples recursos en este propósito; en tercer lugar, los procesados contarán con un proceso con todas las garantías, entre las que destacan la presunción de inocencia o el derecho a no declarar contra sí mismos. Por otra parte, la sanción penal

parece coherente con la naturaleza del discurso del odio, pues se traduce en un castigo público al causante de un daño contra un colectivo y no solo a un sujeto determinado (Acosta, 2019, pp. 225 y ss.). Y, desde luego, hay que valorar también que esta vía permite subsanar las diferencias del «contexto social real», es decir, una situación de desigualdad y desconfianza en el sistema que es más propia de los miembros de colectivos desfavorecidos (De Pablo, 2017, pp. 147 y 148).

Para perseguir a quienes públicamente inciten, promuevan o fomenten los mensajes de odio existen en nuestro Código Penal los artículos 510 y 510bis, así como otros preceptos como el artículo 525, que tipifica las ofensas a los sentimientos religiosos; el artículo 578, que persigue el enaltecimiento del terrorismo y la vejación de sus víctimas; y el artículo 607.2, donde se sanciona a quienes justifiquen los crímenes genocidas. Pero es el artículo 510 el que, por su complejidad, extensión y desarrollo resulta de mayor calado. Castiga con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses a quienes «fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo»; a quienes elaboren, faciliten, difundan o distribuyan materiales con dichos contenidos; y a quienes «nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan delitos de genocidio o lesa humanidad», y también establece la posibilidad de agravar o aminorar las penas en función de la intensidad de estas acciones.

A este artículo se le puede reprochar que no define con claridad el bien jurídico afectado y que sanciona tantas acciones que incumple el más mínimo criterio de proporcionalidad (Alastuey, 2016, pp. 4 y ss.). Por otro lado, son muy escasas las condenas efectivas por vulnerar este artículo, lo que permite descartar la existencia de una emergencia social sobre esta cuestión (Landa, 2018, pp. 94 y ss.). Es criticable también su propia redacción, hasta el punto de que «si se logra superar la confusión que provoca su lectura» solo cabe concluir que se busca un castigo de amplio espectro, lleno de conceptos subjetivos e indeterminaciones (Teruel, 2015, p. 35). Su contenido, además, resulta de imposible concreción, toda vez que se tiene por delito no solo la incitación directa —cosa que parece razonable—, sino también la incitación indirecta, la incitación directa a la incitación indirecta y aun la mera tenencia de contenidos incitadores, lo que podría devenir en que, pese a las pocas condenas efectivas, su difusión acabe por provocar un «efecto desaliento» que restrinja en demasía la libertad de expresión (Alcácer, 2020, pp. 206 y ss.). Se están admitiendo

¹³ Pueden aportarse varios ejemplos. En 2018, YouTube decidió eliminar 7,8 millones de videos, 1,6 millones de canales y 224 millones de comentarios para frenar la fuga de anunciantes, que exigían la retirada de todo contenido de carácter filonazi, filoterrorista o incitador a la violencia, decisión que eliminó incluso piezas históricas como las películas de Leni Riefenstahl (1902-2022). En 2020, HBO Max retiró la película *Lo que el viento se llevó* (1939) por perpetuar estereotipos sobre la esclavitud. Walt Disney Company advierte a sus suscriptores que algunos de sus clásicos más icónicos, como *Dumbo* (1941), *Peter Pan* (1953), *Los aristogatos* (1970) contienen un mensaje de índole racista. Este mismo 2022, Neil Young y Joni Mitchell advirtieron a Spotify que les retirarían todas sus creaciones si no eliminaban los podcasts con contenidos contrarios a la vacunación y negacionistas de la COVID-19.

a trámite casos cuanto menos sorprendentes y se está obligando a las más altas instancias judiciales a intervenir para contener desafueros y castigos desproporcionados, lo que acabará ciertamente haciéndonos estar «eternamente vigilantes»... pero frente a los Tribunales (Presno, 2020, p. 90).

El problema de fondo es que el discurso del odio puede ser tan diverso que, para castigarlo por vía penal, la elaboración del tipo ha de ser imprecisa y generalista para abarcar todas sus variantes. Pero estas características maridan mal con el Derecho Penal, que por una natural exigencia de garantías ha de ser preciso y concreto (Valiente, 2020, pp. 285 y ss).

Por ello, no cabe sorprenderse cuando, en 2019, la Fiscalía General del Estado aprobó una Circular sobre pautas para interpretar el artículo 510 del Código Penal en la cual se consideraba delito la incitación al odio contra los grupos nazis¹⁴. Considerar a los neonazis víctimas de delitos de odio y no sus causantes puede causar estupefacción, pero ello se debe a la nefanda redacción del precepto penal, que en su ánimo castigador emplea con suma ligereza términos destinados a proteger cualquier minoría, incluidas las ideológicas, sin pensar en que, en no pocas ocasiones, los emisores del odio pertenecen precisamente a minorías ideológicas. Y dado que no se incluye ningún tipo de mención al valor ético que pueda tener el sujeto pasivo —es decir, la víctima— solo se puede concluir que todos los colectivos minoritarios deben estar protegidos. Al fin y al cabo, todos es todos.

Cabe añadir que, en algunos casos, a través de la vía administrativa se ha tratado de evitar conflictos, en particular en lo referido al ejercicio del derecho de reunión y manifestación cuando su propósito era ofensivo¹⁵. Pero es cuestionable que determinados organismos públicos, como por ejemplo los municipios, se arroguen la facultad de prohibir la difusión de mensajes en la vía pública a través de

las ordenanzas municipales de publicidad exterior (recuérdense el polémico caso del que fuera llamado «autobús transfóbico» o algunos anuncios de índole sexista). Sea como fuere, la vía administrativa ofrece serias dudas en lo relativo a la constitucionalidad de las sanciones (Teruel, 2018, pp. 41 y 42), pues la libertad de expresión es un derecho fundamental y sus posibles restricciones deben ampararse en una ley orgánica, no en infinitas ordenanzas profundamente dispares entre sí y sometidas a los avatares propios de la política municipal.

3. UNA «TERCERA VÍA» POCO TRANSITADA: LA VÍA CIVIL

3.1. Introducción

El auge del Derecho Penal para castigar los delitos de odio puede deberse en cierta medida a un factor emocional que impele al legislador a proteger a los más desfavorecidos de ataques injustos, pero la razón llama a la cautela cuando se trata de aplicar la última ratio sancionadora del Estado y también a desarrollar mecanismos antidiscriminatorios no penales (Landa, 2020, p. 30). Ello resulta particularmente interesante al perseguir el discurso del odio, pues no puede sostenerse que solo las leyes penales supongan una coerción, toda vez que esta está siempre presente, directa o indirectamente, en el ordenamiento jurídico (Schauer, 2015, pp. 299 y ss.).

La vía civil ha sido hasta ahora poco considerada en lo relativo a los procesos por delitos de odio, lo cual no deja de ser paradójico, toda vez que el primer gran caso de discurso del odio juzgado en España —el caso Violeta Friedman— fue un proceso civil. Es más, la figura del daño moral está perfectamente consolidada en nuestra jurisprudencia y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se centra en la protección civil del derecho al honor. Cabe entonces preguntarse si es posible medir los daños del discurso del odio para aplicar estos mecanismos.

3.2. Los elementos de ponderación del daño

La jurisprudencia es clave a la hora de determinar la existencia de los daños morales, su gravedad y las posibles vías de reparación, tanto económicas como de otra índole. La casuística y el precedente, tan relevantes en el sistema judicial estadounidense, cobran cada vez más fuerza en lo que a nuestro derecho de daños se refiere. Hay un innegable dinamismo en la resolución de conflictos que se ha traducido en un amplio margen de decisión en favor del juzgador,

¹⁴ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, p. 23.

¹⁵ En particular, cabe destacar el caso de la manifestación que la asociación vecinal La Playa de Lavapiés quiso organizar durante la festividad católica del Jueves Santo, que consistía en la celebración de la procesión de la «Virgen del Santísimo Coño Insumiso», perteneciente a la Hermandad del Santo Latrocinio. Dicha manifestación fue prohibida en esa fecha y en el itinerario previsto por la Delegación del Gobierno en Madrid, que argumentó que, si bien la manifestación no era en sí misma ilícita, sí supondría un problema de orden público su celebración en Jueves Santo por el centro de Madrid, pues su fin era eminentemente ofensivo para quienes participarían en el culto católico (STSJM 209/2014, de 14 de abril).

pero también muestra un factor negativo: la merma de la seguridad jurídica (Ocampo, 2014, pp. 169 y ss). Sea como fuere, no existen dudas sobre la legitimidad de reclamar una indemnización a quien causare un daño moral; la única controversia está en la definición de la indemnización, pues como reconoce nuestro Tribunal Supremo:

La determinación de la cuantía por indemnización por daños morales [...] debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño esencialmente consiste. En efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes¹⁶.

La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es esencial para comprender los límites de la libertad de expresión y las conductas que quedan fuera de su legítimo ejercicio. Su premisa siempre ha sido la misma: el discurso del odio no aporta nada al sano debate público, por lo que no procede entrar a valorar la posible veracidad del mensaje, sino únicamente la gravedad de la ofensa (Díaz Soto, 2015, p. 98). Es un abuso del derecho, sancionado por el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y a través de esta vía se han legitimado las decisiones judiciales que castigaban tanto los mensajes ofensivos como el revisionismo falaz de verdades históricas, sobre todo del Holocausto (Presno y Teruel, 2017, p. 133).

Al fin y al cabo, si los discursos del odio se consideran un ejercicio potencialmente abusivo de la libertad de expresión por el menoscabo que causan a la dignidad; y si la ley es el mecanismo que refleja el límite a las libertades individuales, hay que analizar si su redacción y aplicación no resultan demasiado restrictivas. El Tribunal de Estrasburgo estableció el denominado «Test Handyside» para resolver esta cuestión, exigiendo que toda limitación de los derechos fundamentales cumpla tres requisitos: estar recogida en la ley, perseguir un fin legítimo para una sociedad democrática y que los medios empleados resulten necesarios —es decir, no excesivos— para

materializar dicho fin¹⁷. Pero la constatación de un abuso del derecho ha de hacerse caso a caso, lo que ha generado una evolución jurisprudencial lenta y no siempre homogénea (Martín-Herrera, 2021, pp. 27 y ss. y pp. 283 y ss.). De ahí que se pueda considerar este criterio como un punto de partida y no tanto como un punto de llegada, pues deposita una gran cantidad de elementos en manos de la casuística.

Desde la perspectiva de una jurisdicción protectora, la doctrina ha identificado cuatro factores que permiten afirmar que se está produciendo una conducta indigna: por un lado, hay que atender a las circunstancias propias de cada víctima; por otro lado, hay que atender al contexto en que se produce la acción; en tercer lugar hay que relativizar el peso de la intencionalidad del causante, pues el daño puede existir aunque no hubiese deseo de causarlo; por último, hay que relativizar también la voluntad de la víctima, pues hay acciones intolerables aunque se hayan consentido (González Pérez, 1986, pp. 112-114).

Con respecto a las víctimas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos defiende sin ambages que existen colectivos históricamente discriminados cuyos integrantes se encuentran en una posición de debilidad apriorística que requiere la acción de los poderes públicos¹⁸. En este sentido, ha aplicado en no pocas ocasiones una «jurisprudencia social» que fomenta la equidad, la igualdad material¹⁹ y

¹⁷ Asunto Handyside v. Reino Unido, STEDH de 7 de diciembre de 1976. El caso Handyside enfrentó a los editores de un libro sobre educación sexual dirigido a jóvenes contra las leyes contra la obscenidad que estaban vigentes en el Reino Unido. Aunque el libro estaba comercializándose sin problemas en otros países de Europa, el Tribunal de Estrasburgo entendió que debía aplicar el margen de acción nacional y dio la razón al gobierno británico, entendiendo que estas leyes perseguían un fin legítimo.

¹⁸ Asunto Pavel Ivanov v. Rusia, STEDH de 20 de febrero de 2007. El editor de un periódico ruso solicitó en una de sus publicaciones la desaparición de los judíos de la vida pública, acusándoles de ser uno de los grandes males de su patria y de la sociedad. Las autoridades rusas le condenaron por promover el antisemitismo, decisión que fue ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que negó que este tipo de publicaciones sirviesen para promover un sano debate social.

¹⁹ A modo ejemplificativo, pueden consultarse: Asunto Koua Poirrez v. Francia, STEDH de 30 de septiembre de 2003; Asunto Muñoz Díaz v. España, STEDH de 8 de diciembre de 2009; Asunto Winterstein et alios v. Francia, STEDH de 17 de octubre de 2013. En estos casos, el Tribunal de Estrasburgo favoreció a integrantes de colectivos históricamente desfavorecidos que habían incumplido las leyes nacionales, entendiendo que, si no había habido mala fe en sus acciones, lo justo era dar una solución equitativa.

¹⁶ STS 58/2006, de 10 de febrero, siendo ponente el magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos.

la creación de sinergias con instituciones como el Comité Europeo de Derechos Sociales (Jimena, 2021, pp. 38 y ss.).

Con referencia al contexto en que se producen las distintas acciones, el TEDH lo considera un factor crucial para determinar si hay un abuso en el ejercicio de la libertad de expresión. Así, lo que en algunas circunstancias podría tenerse como un mero comentario de mal gusto puede, en otras situaciones, adquirir cotas más graves e indignas y, por lo tanto, merecer un castigo²⁰.

Sobre la intencionalidad del causante y la voluntad de la víctima, el TEDH ha sentenciado que las expresiones infamantes punibles son las innecesariamente desabridas y humillantes, por más que puedan tener base histórica, política o cultural²¹. Es decir, no existe un derecho al insulto ni este sirve para abrir un legítimo debate serio sobre cuestión alguna. La intencionalidad del sujeto no debiera ser un factor decisivo, pues aunque pueda dudarse del dolo o se emplee un formato propenso a la exageración —como la parodia o la sátira—, puede subyacer un menoscabo de la dignidad²². En consecuencia, la autonomía de la voluntad de las víctimas al consentir estos hechos ha de ser también relativizada, pues es imposible cuantificar hasta qué punto la infradenuncia es un problema o a qué presiones pueden verse sometidas las víctimas (Ibarra, 2017, p. 21).

A todo lo expuesto han de añadirse tres factores. Por un lado, hay que ponderar el alcance y la difusión de los mensajes, pues poco daño puede hacer lo que a nadie ha llegado. Sobre este particular, los medios de comunicación tienen una significativa tarea, pues en la forja de la opinión pública han de conjugar la libertad y la pluralidad con el cuidado en sus contenidos para evitar convertirse en mensajeros de un odio causante de daños²³. En lo que a las nuevas tecnologías se refiere, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aplicado un estándar de control similar a los gestores de las redes sociales²⁴. Además, el TEDH ha establecido un especial deber de responsabilidad para quienes ostentan cargos públicos, pues aunque tanto el discurso político como el académico requieren un amplio margen de acción, no pueden servir para poner en riesgo la paz social²⁵.

Por consiguiente, cabe concluir que el TEDH admite hasta cinco elementos para considerar a un mensaje como causante de daños. Serían los siguientes: 1) el momento en que se emite o difunde; 2) el alcance o difusión efectivo que pueda tener; 3) el rol social de su emisor o difusor; 4) el contenido concreto, atendiendo tanto a su literalidad como a su simbología; 5) la situación o estatus social del colectivo al cual pertenezca la víctima. Estos criterios actúan, en definitiva, como medidores de la libertad de expresión. El posible conflicto

²⁰ Asunto Leroy v. Francia, STEDH de 6 de abril de 2009. En este caso, el Tribunal de Estrasburgo respaldó la decisión de los tribunales franceses, que habían condenado al autor de una serie de publicaciones humillantes vejatorias para las víctimas de los atentados del 11 de septiembre de 2001 pocos días después de que se cometiesen. Se dio validez a la tesis que defendía que el momento de la publicación era particularmente relevante, pues periodos de especial sensibilidad que hacían ofensiva una publicación que, en otras fechas, sí habría estado amparada por la libertad de expresión.

²¹ Asunto E. S. v. Austria, STEDH de 23 de octubre de 2018. En este caso, una conferenciante fue condenada por ofensas a las sensibilidades religiosas tras impartir una serie de conferencias sobre el islam en la que tildaba a Mahoma de «pederasta», debido a que se casó con su quinta esposa cuando aún era una niña. Las autoridades austriacas entendieron que los términos peyorativos empleados eran excesivos y buscaban ofender, tesis que fue avalada por el Tribunal de Estrasburgo.

²² Asunto M'bala M'bala v. Francia, STEDH de 20 de octubre de 2015. En este caso, un comediante francés fue condenado tras un espectáculo en el que ridiculizaba el Holocausto, tras hacer partícipes del mismo a varios niños con pijama de rayas e invitar al escenario a Robert Faurisson, un conocido negacionista del genocidio judío. Los tribunales franceses entendieron que la obra era una manifestación del discurso del odio por su acervado antisemitismo, tesis que fue avalada por el Tribunal de Estrasburgo.

²³ Asunto Sürek y Özdemir v. Turquía, STEDH de 8 julio de 1999. En este caso, el Tribunal de Estrasburgo amparó a los editores de un periódico turco que habían sido condenados por publicar una entrevista a líderes del Partido de Trabajadores del Kurdistán, grupo causante de varios atentados. El Tribunal distinguió el derecho del público a ser informado sobre una cuestión tan relevante, que se había visto sobrelimitado, del deber de los periodistas de evitar el fomento del odio y la violencia en sus publicaciones.

²⁴ Asunto Eva Glawischinig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited, C-18/18, STJUE, de 3 de octubre de 2019. En este caso, una representante política solicitó a Facebook que borrara una publicación en la que era gravemente insultada, así como que identificara y borrara también todas sus reproducciones. Facebook entendía que no le correspondía la responsabilidad de determinar cuántas veces se había compartido la publicación en cuestión ni quiénes lo habían hecho. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que la identificación de contenidos idénticos a los declarados ilegales era labor del prestador de servicio, que debía proceder a su búsqueda y borrado.

²⁵ Asunto Féret v. Bélgica, STEDH de 16 de julio de 2009. Cuando un integrante del Frente Nacional emitió durante una campaña electoral unas soflamas contrarias al colectivo musulmán —lo denominó el «cus-cús klan»— y a las políticas de integración de su país, fue condenado por su discurso xenófobo. El Tribunal de Estrasburgo ratificó la decisión, entendiendo que el contenido era innecesariamente ofensivo y fomentaba a la violencia y al rechazo de los inmigrantes.

generado por su abuso lo pondera el TEDH de la siguiente manera:

La libertad de expresión [...] aplica no sólo a las “informaciones” o “ideas” favorables o que se consideran inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, chocan o molestan: tal es el propósito del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no puede haber “sociedad democrática”. [...] En general, la “necesidad” de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión debe establecerse de forma convincente. Por supuesto, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales evaluar si existe tal necesidad que justifique la injerencia, y para ello gozan de cierto margen de apreciación. Sin embargo, esto se une a la revisión por parte del Tribunal tanto de la ley como de las decisiones que la aplican. En el ejercicio de su competencia de control, el Tribunal de Justicia debe examinar la injerencia a la luz del conjunto del asunto, incluidos el contenido de las observaciones impugnadas y el contexto en el que fueron emitidas²⁶.

3.3. La factibilidad de la vía civil

Cabe preguntarse por qué tanto en el modelo estadounidense como en el europeo la vía civil es muy secundaria. Varios son los motivos. En términos generales, los procesos ante esta jurisdicción son costosos para las partes litigantes, su desarrollo es más lento, la fiscalía interviene solo cuando hay expresa habilitación para ello²⁷ y, además, se presupone una cierta igualdad entre las partes litigantes que, de facto, puede no ser tal.

Sin embargo, una reflexión más profunda de sus características permitiría identificar varias de las ventajas de su generalización: por un lado, mantiene el control judicial en el ejercicio de los

derechos fundamentales —cosa que no ocurría, como se ha dicho, en las primeras fases de la vía administrativa—, permitiría la construcción de analogías a la hora de juzgar los distintos casos conflictivos —técnica expresamente prohibida por el artículo 4 del Código Penal— y, sobre todo, permite una mayor seguridad jurídica por contar ya con una consolidada jurisprudencia en lo relativo al derecho de daños.

Vale añadir que la clave de bóveda de los procesos por responsabilidad civil radica en la identificación del daño y su posible cuantificación, es decir, que la víctima y sus necesidades son el eje del proceso. La legitimación activa la tiene el perjudicado, claro está, pero también las personas designadas a tal efecto en su testamento, sus herederos legítimos o, a falta de todos los anteriores, el Ministerio Fiscal (de oficio o a instancia de parte). En cuanto a la legitimación pasiva, el artículo 1902 del Código Civil permite presentar acciones contra quien «por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia» (Navarro y Veiga, 2013, p. 170).

Ahora bien, el problema de la legitimidad activa no se resolvería únicamente con estas premisas. Dicho de otro modo, si el discurso del odio se dirige contra un amplio colectivo sin hacer individualizaciones, ¿todos sus integrantes tendrían derecho a personarse como parte demandante y reclamar una indemnización por daños? La cuestión no es menor pues, al fin y al cabo, podría haber afectados que ciertamente se considerasen perjudicados y quisiesen reclamar; otros podrían considerarse perjudicados pero optar por no iniciar acciones; y desde luego podría haber un tercer grupo que sencillamente no se sintiesen ofendidos o actuasen con indiferencia. Y es lógico que así sea, pues ya nos advertía el profesor Díez-Picazo que el peligro del daño moral radica en que, en la práctica, es tan moldeable como la plastilina (Díez-Picazo, 2008, p. 15).

Para solventar esta dificultad, el Tribunal Constitucional reformuló el concepto de «interés legítimo» en el caso de Violeta Friedman y sentenció que, efectivamente, todos los integrantes de un colectivo afectado tendrían legitimación activa (Gascón, 2016, p. 152). Para evitar que mediante la aplicación de la vía civil cada afectado potencial presentase su propia reclamación en función del daño que entiende que ha sufrido y se forme una multitud de procesos, la Ley de Enjuiciamiento Civil ofrece una posible solución: las denominadas *class actions*. Este tipo de procesos ha permitido, en el ámbito del consumo, la defensa de intereses de particulares no determinados en la fase declarativa a

²⁶ Asunto Sanchez v. Francia, STEDH de 2 de septiembre de 2019. En este caso, un diputado francés empleó su perfil de Facebook para publicar mensajes en la que equiparaba al colectivo musulmán de la ciudad de Nîmes con meros «traficantes de drogas» o proxenetas y prostitutas y acusó al alcalde de la ciudad de haberles entregado la ciudad. Los tribunales franceses sentenciaron que sus palabras no estaban amparadas por la libertad de expresión, pues fomentaban un clima de odio e islamofobia.

²⁷ Los artículos 3.6 y 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal señalan que corresponde al Ministerio Fiscal «tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley» e «intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas».

través de las asociaciones que, por ley, representan a consumidores y usuarios (Ferrerres, 2005, p. 38 a 41). Nada impediría aplicar esta figura a posibles procesos civiles por discurso de odio y ampliar su alcance a los daños morales, toda vez que cada vez existen más instituciones y fundaciones para la defensa de las víctimas (por ejemplo, el Movimiento contra la Intolerancia o la Fundación Secretariado Gitano), y los propios poderes públicos podrían seguir actuando al respecto.

Esta vía se ha visto reforzada tras la aprobación por parte del Parlamento Europeo de la directiva relativa a las acciones colectivas²⁸ y más aún en los proyectos de ley de Eficiencia Organizativa y Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, actualmente en tramitación. Mediante una acción colectiva pueden solicitarse tanto medidas cautelares como indemnizatorias y cualquier persona puede sumarse siempre que pueda fundamentar su estatus de afectado. Como además no existen plazos específicos de prescripción, sino que estos dependen del desarrollo de cada proceso, el margen de actuación de los afectados puede ser más que suficiente (Veiga, 2020).

En lo referido a la cuantificación de la posible indemnización, si bien «no se puede reparar con dinero algo que, en su naturaleza, no es así evaluable», no debe olvidarse que la indemnización no cumple solo una función resarcitoria, sino también una punitiva (Martínez-Calcerrada, 2013, p. 66). Si se tiene en cuenta que, en la actualidad, se da preferencia a la vía penal y esta impone multas económicas de considerable cuantía como sanción para los discursos del odio, es factible apreciar la semejanza entre la multa y la indemnización en lo que a punición se refiere. En cuanto a la cuestión resarcitoria, no se trata de que por un mismo comentario un ciudadano se vea obligado a indemnizar, quizás, a miles de personas. Pero, toda vez que el daño ha sido colectivo, ¿no sería acaso factible regular el castigo a los discursos del odio de forma tal que las posibles indemnizaciones sirvan para financiar acciones que fomenten la integración de los colectivos afectados? Además, en lo relativo al coste económico de los procesos civiles, bien puede regularse una exención de las costas procesales en este tipo de litigios.

Encauzar la persecución de los delitos de odio a través de la vía civil permitiría recuperar la lógica

jurídica de dos supuestos: por un lado, si se causa un daño moral, lo razonable es indemnizarlo a través de los procesos de resarcitorios definidos para resarcir los daños morales; por otro, la vía penal quedaría para las acciones particularmente graves, como las vinculadas al terrorismo o a la expresa apología de la violencia. Todo lo cual sería mucho más respetuoso con el marco constitucional y más eficaz que la actual «colección de normas penales tan rigurosas como inaplicables» (Rey, 2018, p. 309).

CONCLUSIONES

La Historia demuestra que la generosidad para compartir el mundo no es una característica propia de los seres humanos. Si aumentan en número e intensidad los discursos de odio es porque nuestras sociedades son cada vez más multiculturales, la población de un mismo lugar es cada vez más heterogénea y los problemas económicos latentes son un perfecto caldo de cultivo para las tensiones sociales.

Aunque las instituciones públicas europeas hacen ímprobos esfuerzos en pos de la igualdad material, los caminos empleados para contener los daños del discurso del odio no parecen idóneos. Recurrir a la elaboración de tipos penales farragosos, confusos y sobredimensionados atenta contra la libertad de expresión y cuestiona la vieja máxima de que el pensamiento no delinque. Pero el modelo contrario, el estadounidense, dista también de ser perfecto, máxime cuando su Tribunal Supremo ha aceptado como un sacrificio válido el dolor de buenas personas en el altar de la libertad de expresión.

Sea como fuere, la existencia de colectivos históricamente discriminados o, si se prefiere, vulnerables, no puede suponer *per se* que los comentarios contra ellos merezcan reproche jurídico. No toda crítica es un menoscabo de la dignidad, por mucho que pueda afectar a algunas sensibilidades. Pues una de las diferencias entre sensibilidades y dignidad es que, posiblemente, las sensibilidades están para ser criticadas.

Vale la pena considerar que uno de los grandes problemas del discurso del odio radica precisamente en que sus mensajes siempre se consideran ataques globales contra todos los integrantes de algún grupo, lo que en última instancia difumina la individualidad de sus miembros. Si las características definitorias de un colectivo —la fe, la orientación sexual, el color de piel, el país de origen...— son el fundamento de los estigmas y prejuicios que vehiculan el odio, tal vez el mejor camino a seguir sea exactamente el contrario: dejar de tratar a estos ciudadanos como un conjunto y potenciar su individualidad.

²⁸ Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

En este sentido, la cuestión procesal no es un debate menor, sino que tiene un hondo calado tanto filosófico como pragmático. Es factible resolver los casos de discurso del odio mediante el derecho de daños morales acudiendo a las vías civiles que ofrece el ordenamiento jurídico a la hora de medir su alcance, impacto y una posible indemnización. Pero, además, con este recurso se incrementaría la facultad decisoria de cada sujeto teóricamente afectado, que podría libremente unirse —o no— a las acciones que tomen los organismos públicos o las asociaciones creadas al respecto. A la par que se devolvería el genio penal a su lámpara, que es perseguir la directa incitación a la violencia.

No se trata de que una sociedad homogénea sea preferible a una sociedad heterogénea; se trata de garantizar la libertad de expresión para todos, proteger la dignidad de todos y, en última instancia, no sobredimensionar la idea de que los colectivos minoritarios o históricamente desfavorecidos siempre necesitarán una tutela especial que, además, debe ser sancionadora.

Cuesta renunciar a cualquier libertad —aunque sea la libertad de los intolerantes— sin ponderar de forma desapasionada qué se sacrifica y qué se protege. A fin de cuentas, el mejor derecho suele hacerse con las peores personas, reflexión que no es sino una llamada a detener el paso en las encrucijadas para considerar, aunque sea por un momento, de dónde se viene, hacia dónde se va y qué dificultades tiene cada ruta.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, P. “Tratamiento jurídico de las acciones de odio”, en: Bermejo, R. y Bazaga, I. (eds.), *Radicalización violenta en España. Detección, gestión y respuesta*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Alastuey, M. C., “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 18, 2016, 1-38.
- Alcácer, R., *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- Alexy, R. “Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 2009, 67-85. <https://doi.org/10.14198/doxa2009.32.04>
- Buerger, C. (dir.). *Dangerous speech. A practical guide*. Dangerous speech Project, 2018. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/330684579_Dangerous_Speech_A_Practical_Guide
- Correcher, J. “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2021, 86-149. <https://doi.org/10.31009/indret.2021.i2.04>
- Cortina, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la sociedad democrática*, Paidós, Barcelona, 2017.
- De Pablo, A. L., “Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio”, en: Alonso, L. y Vázquez, V. J. (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017.
- Del Carpio, J., Holgado, M. y De Pablo, A. L. *Delitos de Opinión y Libertad de Expresión: un análisis interdisciplinar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.
- Díaz Soto, J. M., “Una aproximación al concepto de discurso del odio”, *Revista Derecho del Estado*, 34, 2015, 77-101. <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.05>
- Diez-Picazo, L. *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- Dworkin, R. *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, S. A., Buenos Aires, 2014.
- Ferreres, A., “Las acciones de clase (‘class actions’) en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 11, 2005, 38-48.
- Fiss, O. M., *The irony of free speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.
- Fuentes, J. L., “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, 2017.
- Gascón, A., *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2016.
- Glucksman, A. *El discurso del odio*, Taurus, Madrid, 2005.
- González Pérez, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.
- Grau, J., “La libertad de expresión y discurso del odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa”, *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, 111, 2021, 1-33. <https://doi.org/10.14422/icade.i111.y2021.003>
- Han, B.-C. *Infocracia*, Taurus, Madrid, 2022.
- Ibarra, E. “Alerta de xenofobia, intolerancia y delitos de odio: Intervención con la Víctima”, *Cuadernos de análisis*, 60, 2017, 5-32.
- Jimena, L., “Sinergias y complementariedad entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales: jurisprudencia antidiscriminatoria y situaciones de vulnerabilidad”, en: Bellver, V. y Solanes, Á. (coords.), *Derechos Humanos y lucha contra la discriminación*, Actas del IV Congreso Internacional de Derechos Humanos, Mainel, Valencia, 2021, 37-56.

- Landa, J. M., *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Landa, J. M., “Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 22, 2020.
- Martín-Herrera, D. *El problema del hate speech en Europa y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021.
- Martínez-Calcerrada, L., “La responsabilidad civil y el daño moral”, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, 17 (1), 2013, 57-66.
- McGonagle, T., *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, Comité de Ministros del Consejo de Europa, 2013.
- Navarro, I. A. y Veiga, A. B., *Derecho de daños*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- Ocampo, E. *Los actos denigratorios en la legislación española*, Universidad de Oviedo, 2014.
- Parekh, B. *Ethnocentric Political Theory*, Palgrave Macmillan, Cham (Suiza), 2019.
- Presno, M. Á. “Siempre vigilantes”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 90, 2020, 88-93.
- Presno, M. Á. y Teruel, G. *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Oporto, 2017.
- Rawls, J. *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 6ª reimpresión, 2006.
- Rey, F., “Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, en: Álvarez Vélez, M. I. y Vidal, C., *La Constitución Española: 1978-2018*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, 307-322.
- Rodríguez-Vergara, Á. J., “Libertades públicas (I): La libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación”, en: *Manual de Derecho Constitucional*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, 511-534.
- Scatamburlo-D’Annibale, V., “The ‘Culture Wars’ Reloaded: Trump, Anti-Political Correctness and the Right’s ‘Free Speech’ Hypocrisy”, *Journal for Critical Education Policy Studies*, 17(1), 2019, 69-109.
- Schauer, F., *Fuerza de Ley*, Palestra, Lima, 2015.
- Sunstein, C. R., *Democracy and the problem of free speech*, Free Press, Nueva York, 1993.
- Teruel, G. “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”, *Revista para el análisis del Derecho*, 4, 2015.
- Teruel, G., “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 2018, 13-45. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.01>
- Valiente, F., *La democracia y el discurso del odio. Límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020.
- Veiga, A. “Class/collective actions in Spain: overview”, *Thomson Reuters Practical Law*, 2020.
- Waldron, J., *The harm in hate speech*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2012.