



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL DISCURSO DEL ODIO COMO LÍMITE
CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN: ANÁLISIS DE LA
JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA**

Autor: Javier Martín Casado

5º E3 C

Derecho Constitucional

Tutor: Federico de Montalvo Jääskeläinen

Madrid
abril de 2020

Resumen

Este trabajo de Fin de Grado trata sobre el discurso del odio, y más específicamente analiza dos casos en los que se tratan supuestos de discurso del odio por injurias al rey de España. El discurso del odio es un concepto de difícil definición y que ha sido objeto de diferentes interpretaciones según la zona geográfica. En Europa, el término abarca todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia. ¿Podemos aplicar esta definición a los casos que nos ocupan? Por un lado, el caso Otegui Mondragón c. España analiza las injurias proferidas por Arnaldo Otegui al Rey de España. Aunque el Tribunal Constitucional no aprecia violación del derecho a la libertad de expresión de Arnaldo Otegui, sí lo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo mismo ocurre en el caso de la quema de la foto de los reyes de España en el caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España. Aunque en esta ocasión, el Constitucional invoca la existencia de discurso del odio y aporta jurisprudencia europea para justificar su postura, el TEDH no aprecia la existencia de discurso del odio.

Palabras Clave: Discurso del Odio, Injurias a la Corona, Otegui Mondragón c. España, Stern Taulats y Roura Capellera c. España

Abstract

This end-of-degree paper deals with hate speech, and more specifically analyses two cases involving alleged hate speech for insulting the King of Spain. Hate speech is a concept that is difficult to define and that has been subject to different interpretations depending on the geographical area. In Europe, the term covers all forms of expression that disseminate, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance. Can we apply this definition to cases of insults to the King of Spain? On the one hand, the case of Otegui Mondragón v. Spain analyses the insults made by Arnaldo Otegui to the King of Spain. Although the Constitutional Court does not find a violation of Arnaldo Otegui's right to freedom of expression, the European Court of Human Rights does. The same thing happens in the case of the burning of the photo of the King and Queen of Spain by Stern Taulats and Roura Capellera. Although on this occasion the Constitutional Court invokes the existence of hate speech and provides European jurisprudence to justify its position, the European Court of Human Rights does not appreciate the existence of hate speech.

Key words: Hate Speech, Insults, Otegui Mondragón v. Spain, Stern Taulats y Roura Capellera v. Spain

Índice

I. INTRODUCCIÓN	4
1. JUSTIFICACIÓN	4
2. OBJETIVO	4
3. METODOLOGÍA	4
4. ESTRUCTURA	5
II. EL DISCURSO DEL ODIO, CONCEPTO EUROPEO Y AMERICANO	6
1. CONCEPTO EUROPEO DEL DISCURSO DEL ODIO.....	7
1.1. Interpretación del TEDH al concepto de libertad de expresión.....	7
1.2. Definición Europea de discurso del Odio.....	9
1.3. Tipos de discurso del odio	11
1.4. Doctrina Europea sobre la libertad de expresión de los líderes políticos a través del caso Féret c. Bélgica.	16
2. CONCEPTO AMERICANO DEL DISCURSO DEL ODIO	17
III. ANÁLISIS DE LOS CASOS EN ESPAÑA	20
1. HECHOS EN EL CASO OTEGUI MONDRAGÓN C. ESPAÑA	20
2. AUTO DE 3 DE JULIO DE 2006 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	21
3. CASO OTEGI MONDRAGÓN CONTRA ESPAÑA. SENTENCIA DE 15 MARZO 2011 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	23
4. HECHOS EN EL CASO STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA C. ESPAÑA.....	25
5. SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2015 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	27
7. CASO STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA CONTRA ESPAÑA. SENTENCIA DE 13 MARZO 2018 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	29
IV. CONCLUSIÓN	33
V. BIBLIOGRAFÍA	38
1. JURISPRUDENCIA	38
2. OBRAS DOCTRINALES	39

I. INTRODUCCIÓN

1. JUSTIFICACIÓN

Este trabajo de Fin de Grado trata sobre el discurso del odio, y más específicamente analiza dos casos en los que se tratan supuestos de discurso del odio por injurias al rey de España. Justifico el interés de este tema por la actualidad del mismo, tanto en lo que se refiere al discurso del odio en general, promulgado hoy en día desde ciertas formaciones ultraderechistas en Europa, hasta el discurso del odio por injurias al rey, también muy a la orden del día, proveniente principalmente desde la izquierda Abertzale. Recientemente, Bildu, partido de izquierda Abertzale, ha presentado junto con ERC una proposición de ley en el senado para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España, que ya ha sido aprobada por el senado y que a la fecha en la que escribo este trabajo, aún tiene que superar la aprobación en el congreso. Esto es una muestra, en mi opinión, de la voluntad por parte de estos grupos de justificar los insultos a la corona, que viene apoyada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en sentencias como el Caso Colombani y otros c. Francia ha defendido que la tipificación de las injurias a la Corona supone un privilegio exorbitante que no se concilia con la práctica y las concepciones políticas actuales. Por lo tanto, tengo interés en estudiar si tales injurias a la corona pueden considerarse legítimas en una sociedad democrática y cuales son las razones que nos pueden llevar a concluir que tales injurias si constituyen discurso del odio.

2. OBJETIVO

El objetivo de este trabajo es estudiar a fondo el concepto de discurso del odio para ver la aplicabilidad del concepto a las injurias contra la corona. En este sentido, estudiamos dos sentencias del TEDH en las que el alto tribunal europeo casa las sentencias del Constitucional Español en el ámbito de las injurias a la corona, destacando que estas injurias no constituyen discurso del odio. Se analizará, a juicio del que escribe, cual es el criterio que debe sostenerse sobre la aplicabilidad del discurso del odio a las injurias a la corona, si el que mantiene el TEDH o el tribunal constitucional.

3. METODOLOGÍA

La metodología empleada consiste en el análisis de la doctrina en lo que se refiere al discurso del odio, tanto a nivel nacional, como internacional. Asimismo, se realiza un análisis jurisprudencial importante sobre los dos casos de injurias a la corona que han llegado a el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través del análisis de los hechos

y fundamentos jurídicos de los dos casos, tanto en su nivel constitucional como en su nivel europeo.

4. ESTRUCTURA

El trabajo se estructura en dos grandes bloques. En un primer bloque se realiza el estudio doctrinal sobre el discurso del odio, principalmente se hace un análisis del modelo europeo de discurso del odio, adentrándose en las categorías de discurso el odio y comentando sentencias relevantes. Asimismo, se realiza un breve recorrido por la concepción americana del derecho de la libertad de expresión y sobre su forma de entender el discurso del odio. En un segundo bloque se analizan las sentencias que tratan sobre el discurso del odio en los casos de injurias a la corona, analizando los hechos de ambos casos, y en cada caso la sentencia del tribunal constitucional y la del TEDH.

II. EL DISCURSO DEL ODIOS, CONCEPTO EUROPEO Y AMERICANO

El discurso del odio es un concepto de difícil definición y que ha sido objeto de diferentes interpretaciones según la zona geográfica. Esto explica las diferencias que existen entre el concepto europeo y el americano de discurso del odio. En un primer momento expondremos la definición del discurso del odio en Europa, pasaremos en segundo lugar a la definición americana de discurso del odio.

Nuestro Tribunal Constitucional define el discurso del odio como una “forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión”¹. Ahora, ¿por qué no incluirlo? Para responder esta pregunta podemos ir a nuestro Tribunal Supremo, que define este mismo concepto como tendencia criminal que se funda “en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades”².

A continuación, veremos cuales son los tres elementos principales que Parekh³ señaló como constituyentes del discurso del odio. En primer lugar, debe constar en un mensaje objetivamente ofensivo o degradante. Segundo, debe ir en contra de un colectivo social claramente identificable (no contra un sujeto específico) y tercero, dicho grupo objetivo debe estar en riesgo de exclusión.

De esta manera, está claro que el discurso de odio no es un insulto, por grosero y ofensivo que sea, ni es ninguna expresión que pueda ser pernicioso o basada en prejuicios. Es más bien la suma de todo ello cuando, además, hay un objetivo específico: caracterizar un grupo humano específico para que no pueda considerarse "normal", hasta el punto de afirmar que no puede vivir con ellos pacíficamente o que la mera presencia supone una disminución de los valores que deben promoverse en una sociedad próspera.

¿Cómo se manifiesta el discurso de odio? Waldron⁴ identifica cuatro categorías centrales de discurso de odio, a saber: la acusación contra los miembros de un colectivo particular de cometer actos ilegales en general (por ejemplo, acusar a los gitanos, por el solo hecho

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 8º (Aranzadi RTC\2007\235).

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 224/2010, de 3 de marzo (Aranzadi RJ 2010\1469).

³ Parekh, B., “Hate speech. Is there a case of banning?”, Public Policy Research, nº 12(4), 2006, pp. 213 y ss.

⁴ Waldron, J., “The harm in hate speech”, Cambridge, Mass: Harvard University, 2012.

de ser, de ladrones); la comparación de un grupo que busca la deshumanización (por ejemplo, equiparar inmigrantes con salvajes); caracterizaciones denigrantes y ofensivas (por ejemplo, declarando que todos los musulmanes son terroristas potenciales) y, finalmente, prohibiciones específicas basadas en características definitorias claramente identificables (por ejemplo, prohibir el velo).

A continuación, veremos cuales son los rasgos del discurso del odio tanto en Europa como en Estados Unidos

1. CONCEPTO EUROPEO DEL DISCURSO DEL ODIO

1.1. Interpretación del TEDH al concepto de libertad de expresión

El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Roma en noviembre de 1950, expresa el derecho que toda persona tiene a la libertad de expresión. Se trata de un derecho a expresarse libremente, a opinar y a recibir y difundir cualquier idea o información “sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras” Este derecho ha sido afirmado desde momentos muy tempranos con amplitud notable por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al estipular en la sentencia *Handyside c. Reino Unido* (1976) que el derecho a la libertad de expresión “constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona”⁵. Esto exigiría dar cabida no solo a las ideas o informaciones que son recibidas favorablemente y que son consideradas como inofensivas, sino también aquellas que chocan, ofenden o inquietan a una fracción cualquiera de la población y al estado. No existiría una verdadera sociedad democrática si no existieran estas demandas de pluralismo y tolerancia⁶.

“El tribunal de Estrasburgo considera la libertad de expresión como un valor necesario y preferente en una sociedad democrática, aunque no se desprenda de esto una concepción

⁵Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976 (Aranzadi TEDH 1976\6).

⁶ Valiente, F., “Análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio”, RAEIC, Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación, vol. 6, nº12, 2019, pp. 230-249.

absoluta del derecho, sino que este puede estar sometido a límites concretos⁷, como se destaca en la sentencia del caso *Erbakan c. Turquía* (2006) “La igualdad y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituye los cimientos de una sociedad democrática y pluralista. En estas condiciones, en determinadas sociedades democráticas puede considerarse necesario sancionar o incluso impedir toda forma de expresión que difunda, fomente, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia, siempre que [...] sean proporcionadas al objetivo legítimo perseguido”.

El TEDH por lo tanto nos deja entrever que las sociedades democráticas no están fundadas solamente en las libertades individuales, sino también en el pluralismo y la tolerancia. Sin embargo, no parece estar claro quién debe ser tolerante ni con quien. En el mismo texto del CEDH se pueden apreciar limitaciones al derecho de libertad de expresión. En el artículo 10.2 encontramos límites como la seguridad nacional, la prevención del delito, la integridad territorial, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, la protección de la salud o de la moral la protección de la autoridad y la imparcialidad del poder judicial y la no divulgación de informaciones confidenciales.

Por otra parte, el alto tribunal europeo entiende que la libertad de expresión puede ejercerse de forma abusiva o incorrecta, como se puede ver en el artículo 17 CEDH que reza así

“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”.

Sin embargo, entre el abuso del derecho y el uso adecuado de la libertad de expresión hay una zona mixta y es interesante estudiar cuáles son los criterios empleados por el TEDH para determinar cuándo una legislación nacional está provocando una violación del derecho de libertad de expresión⁸. Estos criterios se denominan “El triple test de Estrasburgo” y se pusieron de manifiesto en *Handyside c. Reino Unido*. Si una norma

⁷ Costa, J. P., “La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº44, 2001, pp. 243-250.

⁸ Valiente, F., *óp. cit.*

cumple las tres condiciones siguientes significa que el límite que imponía a la libertad de expresión es válido:

- 1) El límite está recogido en la ley
- 2) El límite es necesario para conseguir un fin legítimo en una sociedad democrática
- 3) Los medios empleados resultan proporcionales en relación con dicho fin

Este método es adecuado para valorar la literalidad de un mensaje que pueda considerarse ofensivo, sinOo también el contexto en el que se profiere, la intencionalidad del autor, su previsible impacto pernicioso y, si procede, la contundencia de la sanción aplicada conforme a las leyes nacionales⁹.

1.2. Definición Europea de discurso del Odio

No existe en Europa una definición universalmente aceptada del término “discurso del odio”, a pesar de su frecuente uso. Aunque la mayoría de los Estados han aprobado leyes que prohíben las expresiones que equivalen a discurso del odio, las definiciones difieren ligeramente a la hora de determinar lo que se prohíbe. Sólo la Recomendación 97(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre discurso del odio lo define de la siguiente manera: "se entenderá que el término " discurso del odio " abarca todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, entre ellas: la intolerancia expresada mediante el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante".

En este sentido, el "discurso del odio" abarca los comentarios que se dirigen necesariamente contra una persona o un grupo determinado de personas. El término se encuentra también en la jurisprudencia europea, aunque el Tribunal nunca ha dado una definición precisa del mismo. El Tribunal se refiere simplemente en algunos de sus fallos a "todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)"¹⁰. Es importante señalar que se trata de un concepto "autónomo", en la medida en que el Tribunal no se considera

⁹ Valero, A., “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, Revista española de derecho constitucional”, nº37, 2017, pp.305-333.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera), asunto Gündüz c. Turquía, de 4 diciembre 2003, párr. 40 (Aranzadi TEDH 2003\81).

obligado por la clasificación de los tribunales nacionales. En consecuencia, a veces rechaza las clasificaciones adoptadas por los tribunales nacionales ¹¹o, por el contrario, clasifica ciertas declaraciones como discurso del odio, incluso cuando los tribunales nacionales descartaron esta clasificación.¹²

El Tribunal de Estrasburgo, “plenamente consciente de la importancia de combatir la discriminación racial bajo todas sus formas y manifestaciones”¹³, ha mostrado especial repulsión contra el discurso del odio, habiendo repetido, en varios pronunciamientos, que es “necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”¹⁴. Y que “expresiones concretas que constituyen un discurso del odio y (...) que pueden ser insultantes para personas o grupos, no se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio”.

Según el Consejo de Europa¹⁵, El concepto de "discurso del odio" abarca una multitud de situaciones:

- en primer lugar, la incitación al odio racial o, en otras palabras, el odio dirigido contra personas o grupos de personas por razón de su pertenencia a una raza;
- en segundo lugar, la incitación al odio por motivos religiosos, a la que se puede equiparar la incitación al odio sobre la base de una distinción entre creyentes y no creyentes;
- y, por último, utilizando la redacción de la Recomendación sobre discurso del odio del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la incitación a otras formas de odio basadas en la intolerancia "expresada mediante un nacionalismo agresivo y el etnocentrismo".

¹¹ Ver, por ejemplo, *Gündüz c. Turquía*: A diferencia de los tribunales nacionales, que clasificaron las declaraciones del solicitante como expresiones de odio, el Tribunal opina que las declaraciones formuladas no pueden considerarse como tales (óp. cit., párr. 43).

¹² Ver a estos efectos *Sürek c. Turquía*: el Tribunal llegó a la conclusión en este caso de que había habido discurso del odio, mientras que el demandante no había sido condenado por incitación al odio sino por propaganda separatista, ya que los tribunales nacionales consideraron que no había motivos para condenarlo por incitación al odio.

¹³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), asunto *Jersild c. Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994 (Aranzadi TEDH 1994\36).

¹⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera), asunto *Gündüz c. Turquía*, de 4 diciembre 2003 (Aranzadi TEDH 2003\81). / Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), asunto *Sürek c. Turquía*, de 8 de Julio de 1999 (Aranzadi TEDH 1999\28). / Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 de Julio de 2009 (Aranzadi TEDH 2009\82).

¹⁵ Weber, A., “Manual on hate speech”, Council of Europe Publishing, 2009.

La clasificación de ciertas declaraciones como discurso del odio tiene varias consecuencias. Así, según el Tribunal "no cabe duda de que las expresiones concretas que constituyen discurso del odio, que pueden ser insultantes para determinados individuos o grupos, no están protegidas por el artículo 10 del Convenio"¹⁶. Por otra parte, según sentencias recientes, el hecho de que ciertas expresiones no constituyan discurso del odio es un elemento esencial que debe tenerse en cuenta para determinar si las violaciones del derecho a la libertad de expresión están justificadas en una sociedad democrática¹⁷. Por consiguiente, el concepto de discurso del odio permite trazar una línea divisoria entre las expresiones excluidas del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y no cubiertas por la libertad de expresión o no justificadas en relación con el segundo párrafo del artículo 10, y las que, al no considerarse como constitutivas de discurso del odio, pueden por consiguiente tolerarse en una sociedad democrática.

La identificación de las declaraciones que podrían clasificarse como discurso del odio parece tanto más difícil cuanto que este tipo de discurso no se manifiesta necesariamente a través de expresiones de "odio" o de emociones. El discurso del odio puede ocultarse en declaraciones que a primera vista pueden parecer racionales o normales. No obstante, es posible extraer de los textos aplicables en la materia y de los principios que figuran en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de otros órganos, ciertos parámetros para distinguir las expresiones que, aunque sean de carácter insultante, están plenamente protegidas por el derecho a la libertad de expresión de aquellos que no gozan de tal protección

1.3. Tipos de discurso del odio

La gran cantidad de expresiones de odio que potencialmente se pueden proferir nos obliga a clasificarlas en tipos según el motivo que las origina. Podemos encontrar expresiones de odio por motivos raciales, por motivos étnicos, por motivos religiosos, por enaltecer al terrorismo, por hacer apología a la violencia... A continuación, veremos en detalle los tres tipos de discurso del odio más comunes: los discursos del odio por motivos étnicos y raciales, los discursos del odio por motivos religiosos y la Apología del Delito, Violencia y Hostilidad.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera), asunto Gündüz c. Turquía, de 4 diciembre 2003 (Aranzadi TEDH 2003\81).

¹⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), asunto Ergin (nº 6) contra Turquía, de 4 mayo 2006 (Aranzadi JUR 2006\157003).

1.3.1. Discurso del odio por motivos étnicos y raciales

La pertenencia a un grupo étnico, el color de piel o el país de procedencia son motivo de expresión de odio. la creencia en una “raza superior” de algunas personas los han llevado a cometer actos abominables contra sus semejantes¹⁸.

Estas manifestaciones de intolerancia han llegado frecuentemente a la sede del TEDH. Así, tenemos por ejemplo la sentencia de *Kühnen c. Alemania*, de 12 de mayo de 1988. En esta sentencia se examinan las actividades que llevó a cabo un periodista para publicitar el Partido Socialista del Reich, que tenía por objeto retomar en Alemania el partido de Hitler, el partido Nacional Socialista. El periodista exaltaba "La Alemania unida, la justicia social, el orgullo racial, la comunidad del pueblo y la camaradería". El tribunal constitucional alemán condeno al partido al considerar que sus actos transgredían el orden democrático instaurado en Alemania. El periodista *Kühnen*, no satisfecho con tal resolución, acudió al TEDH, quien determinó que el intento de reimplantar el nacionalsocialismo se opone a los valores básicos del Convenio y al régimen político verdaderamente democrático.

Otro ejemplo destacado se dió en el caso *Pavel Ivanov c. Rusia*, de 20 de febrero de 2007. Este caso se plantea tras una publicación periodística en la que se señala que los judíos son una fuente del mal para Rusia, y se acusa a este grupo de fascista y de planear conspiraciones contra el pueblo ruso. La publicación negaba a los judíos la condición de nación, alegando que no contaban con “dignidad nacional”. El TEDH sentenció que los puntos de vista antisemita que incitaban al odio hacia el pueblo judío constituían un ataque general a un grupo étnico. Por lo tanto, subrayó que dichas manifestaciones eran contrarias al artículo 17 del CEDH, en particular a la tolerancia, la paz social y la no discriminación.¹⁹

Existen un gran número de pronunciamientos en los que se ha señalado que los mensajes xenófobos y racistas no merecen la protección del convenio. El tribunal ha remarcado que la dignidad humana constituye un límite a la libertad de expresión y ha suscitado el rechazo del discurso del odio como incitación directa a la violencia. Para brindar

¹⁸ Esquivel Alonso, Y., “ El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuest. Const., México, nº35, 2016, pp. 3-44.

¹⁹ Véase también *STEDH W. P. y otros c. Polonia*, 2 de septiembre de 2004, en esta decisión se niega la constitución de una asociación en la que en sus estatutos se incluían declaraciones antisemitas. Al respecto, la Corte señaló que dichas manifestaciones no gozaban de la protección que ofrece el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (libertad de reunión y asociación)

protección a las minorías y coadyuvar la integración social, la doctrina europea insiste en el criterio de tolerancia cero contra las expresiones discriminatorias.²⁰ Los regímenes democráticos europeos, han manifestado, en términos generales, un deber moral de lucha contra todo tipo de exclusiones, que abarca la exigencia de un respeto público a la dignidad de las personas.

1.3.2. Discurso del odio por motivos religiosos

Desde tiempos inmemoriales, la práctica de distintas religiones en un espacio común ha dado lugar a frecuentes choques entre los diferentes credos. Los países occidentales son mayoritariamente católicos y los países de oriente medio son principalmente musulmanes, lo que ha provocado hostilidad religiosa entre ambos sectores durante siglos. Hoy en día, esta problemática se está redimensionando y se presenta de nuevas y sugestivas maneras²¹.

Las manifestaciones de odio que incitan al odio públicamente, basándose en prejuicios religiosos representan una amenaza para el equilibrio político y la paz social de las sociedades democráticas ¿Hasta qué punto debemos aceptar que las creencias religiosas de las personas limiten la libertad de expresión? Según lo que indican todos los tribunales constitucionales europeos y el propio TEDH, debe darse una ponderación de ambos derechos, tal y como se muestra en las siguientes sentencias.

En la sentencia *Partido de la Prosperidad c. Turquía*, de 31 de julio de 2001, el partido de la prosperidad fue disuelto por sentencia del Tribunal Constitucional Turco por ser fundamentalista Islámico, lo que iba en contra del principio constitucional a la laicidad. Entre otras cosas, el partido exhortaba al pueblo a aplicar la *Sharia* y a seguir la guerra Santa o *Jihad*. El caso fue llevado ante el TEDH, alegando la violación de los artículos 10 y 11 del convenio, sin embargo, el tribunal dictaminó que la disolución del partido era una medida “necesaria en una sociedad democrática”.

Otra sentencia destacada es *Norwood c. Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004. En esta sentencia se cuestiona una pancarta del Partido Nacional Británico en la que decía “El islam fuera de Gran Bretaña, debemos proteger al pueblo británico”. El TEDH

²⁰ En sentido contrario, Dworkin señala que "la esencia de la libertad negativa es la libertad de ofender, y eso se aplica tanto a lo vulgar como a lo heroico". Véase la columna titulada "El derecho a la burla", El País, 25 de marzo de 2006; disponible en http://elpais.com/diario/2006/03/25/opinion/1143241211_850215.html (consultado el 1 de marzo de 2020).

²¹ Esquivel Alonso, Y. *óp. cit.*

determino que esas expresiones eran demasiado hostiles contra el grupo religioso Islámico, al que se le señalaba de manera injusta como terrorista. En la sentencia se señaló que tales expresiones son incompatibles con la prohibición del abuso del derecho del artículo 17 del convenio.

A modo de resumen, podemos hablar hoy en día de dos tipos de discurso del odio que se esconden bajo la religión, se trata del enaltecimiento de los actos de terrorismo cometidos por los fanáticos religiosos y la "islamofobia"²². El primer discurso se focaliza en la exaltación de los actos de terror causados por el despropósito y la barbarie frente a los que difunden ideas diferentes a las establecidas en una religión determinada. El segundo es una manera de discriminación política y social contra los musulmanes. Ambos constituyen discursos contrarios a los fines que persigue la libertad de expresión porque incitan y generan odio y violencia.²³

La Asamblea Parlamentaria Europea ha publicado la recomendación número 1805, de 29 de junio de 2007, sobre "Blasfemia, insultos religiosos y discursos de odio por razones de religión" En esta publicación se realza la necesidad de reconciliar la libertad de expresión con las libertades de conciencia, pensamiento y creencia religiosa en las sociedades democráticas y culturales.

1.3.3 Discurso del Odio por Apología del Delito, Violencia y Hostilidad

La doctrina jurisprudencial de varios tribunales constitucionales europeos señala que la libertad de expresión incluye la posibilidad de usar expresiones que "puedan molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática"²⁴. Sinn embargo, tal protección no se extiende a aquellos abusos cometidos ejerciendo el derecho de libertad de expresión, en el que se emiten mensajes ultrajantes u ofensivos que infundan desprecio por una etnia, grupo o sector determinado

Puede ocurrir que, en el libre ejercicio de la libertad de expresión, ciertos individuos celebren la comisión de un delito e inciten a cometerlos. El caso más delicado es con el delito de terrorismo. La mayoría de la opinión pública se volcará, en el caso del terrorismo, con las víctimas, pero es posible que existan ciertas posiciones que glorifiquen

²² Sacaluga, J.A., "Islamofobia en Europa: responsabilidades compartidas", Temas para el Debate, n°244, 2015, pp. 13-14.

²³ Esquivel Alonso, Yéssica. *óp. cit.*

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2006, de 5 de junio, FJ° 4 (Aranzadi, RTC 2006\174).

o enaltezcan lo ocurrido.²⁵ Esta conducta suele no estar aceptada en gran parte de los países, incluso puede tipificarse como delito.²⁶

Las posibilidades de expresarse libremente encuentran su límite allí donde se acuda al discurso extremo afectando a los derechos de los demás. No es fácil encontrar criterios para identificar las manifestaciones de hostilidad o de incitación a la violencia. A modo de ejemplo, de acuerdo con Eguiguren Praeli, Bustos Gisbert y Torres Muro, "el TEDH ha ido perfilando los criterios justificadores de la prohibición de los mismos a partir del examen de cada supuesto, del soporte comunicativo utilizado y de la capacidad real del discurso pronunciado para, dadas las circunstancias de tiempo y lugar, generar el efecto de violencia aparejado a tales expresiones"²⁷

Para ver mejor los criterios que ha ido adoptando el TEDH vamos a comentar las resoluciones del TEDH *Medva FM Reha Radvo ve Iletisim Hizmetleri A. S. c. Turquía*, de 14 de noviembre de 2006 y *Özgür Gündem c. Turquía*, de 16 de marzo de 2000. En la primera resolución se conoció de la suspensión por un año de un medio de comunicación que difundía expresiones contrarias a los principios nacionales y de unidad territorial, cuyos mensajes incitaban a la discriminación racial, al odio y a la violencia. En el segundo caso, se conoció de la publicación de tres artículos en un diario en los cuales se enfatizaba la necesidad de intensificar la lucha armada si incitaba a pelear hasta la última gota de sangre y se glorificaba la guerra. En ambos casos, según el TEDH, dichas expresiones no gozan de la protección de la libertad de expresión.

Tenemos también casos de lo contrario, como son las sentencias *Faruk Temel c. Turquía*, de 10. de febrero de 2011 y *Gündüz c. Turquía*, de 13 de diciembre de 2003. En la primera de ellas, se conoce de las declaraciones de un líder político turco que criticaba la intervención de EEUU en Irak, el confinamiento de un líder terrorista y la desaparición de personas bajo custodia policial. El líder político fue condenado por utilizar propaganda en la que defendía el uso de la violencia y el terrorismo. El TEDH consideró que el acusado había estado hablando como actor político de un tema de actualidad y de interés

²⁵ Esquivel Alonso, Yéssica. *óp. cit.*

²⁶ Artículo 18.1 del Código Penal de España: "Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito"

²⁷ Eguiguren Praeli, F.et al., "Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo", Pamplona, Civitas-Thompson Reuters, 2012.

general, por lo que dictaminó que se había producido una violación del artículo 10 del convenio.

La segunda sentencia analiza las expresiones manifestadas por un líder de una secta islamista durante un debate. Estas expresiones criticaban duramente el sistema secular turco y pedían la introducción de la ley *Sharia*. El TEDH afirmó que dichas expresiones no podían ser consideradas como llamamiento a la violencia o como discurso del odio basado en la intolerancia religiosa por el mero hecho de defender la ley *Sharia*.²⁸

1.4. Doctrina Europea sobre la libertad de expresión de los líderes políticos a través del caso Féret c. Bélgica.

Merece la pena ahora la pena comentar una sentencia del TEDH que muestra la doctrina de europea en materia de libertad de expresión de los líderes políticos, dado que esta doctrina es aplicable al caso de *Otegui Mondragón c. España*. Me refiero a al caso *Feret c. Bélgica* sentencia en la que, por cuatro votos contra tres, el TEDH consideró que la condena por incitación a la discriminación y el odio impuesta al presidente del partido político de extrema derecha Frente Nacional por la divulgación de varios panfletos en los que se defendía la expulsión de inmigrantes irregulares de Bélgica no era contraria a la libertad de expresión. Como se indica en los antecedentes fácticos de la sentencia, los folletos por cuya preparación y distribución el Sr. Féret fue condenado contenían mensajes que específicamente proponían restaurar la prioridad del empleo para los belgas y europeos, repatriar inmigrantes, aplicar el principio de preferencia nacional y europeo. Convertir los centros de refugiados políticos en un refugio para las personas sin hogar belgas, crear cajas de seguridad social separadas para los inmigrantes, interrumpir la política de seudointegración y detener la bomba "seguridad social para todos" Además, el programa promovió una regulación más severa del acceso a los bienes raíces en Bélgica, evitando la implantación duradera de familias extraeuropeas y la constitución de guetos étnicos en el territorio y "salvar a nuestra gente del riesgo que constituye la conquista del Islam".²⁹

La sentencia de Estrasburgo empieza por remarcar que el ejercicio del discurso es en el contexto de la deliberación política, concretamente durante la campaña electoral y que la persona que está siendo acusada es el representante electo de un partido. La importancia

²⁸ Esquivel Alonso, Yéssica. *óp. cit.*

²⁹ Alcácer Guirao, R., "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº14., 2012.

de este aspecto es, como luego veremos, crucial, porque el discurso político constituye el núcleo del contenido protegido por la libertad de expresión. El TEDH declara a este respecto, en esta decisión, que “(e)l artículo 10.2 del Convenio no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés general”, añadiendo que, si bien no reviste un carácter absoluto, “es fundamental, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político” y dar “la mayor importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político”, sin que se pueda “restringir el discurso político sin la existencia de razones imperiosas”

.³⁰

A pesar de tales afirmaciones, el TEDH condena a Féret, alegando que “el lenguaje empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y el odio racial, lo que no puede ser camuflado por el proceso electoral”. “la incitación al odio- afirma el Tribunal- no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”

2. CONCEPTO AMERICANO DEL DISCURSO DEL ODIO

La libertad de expresión no es solo la libertad constitucional estadounidense más apreciada, sino también uno de los símbolos culturales más importantes de los Estados Unidos. Además, la importancia de la libertad de expresión en los Estados Unidos se debe a muchos factores diferentes, incluida la marcada preferencia por la libertad sobre la igualdad, el compromiso con el individualismo y una tradición de derechos naturales que proviene de Locke, que defiende la libertad del estado - o libertad negativa - sobre la libertad a través del estado - o libertad positiva. En esencia, los derechos a la libertad de expresión en los Estados Unidos se conciben como pertenecientes al individuo en oposición al estado, y están consagrados en la Primera Enmienda de la Constitución como

³⁰ Alcácer Guirao, R., *óp. Cit.*

una prohibición contra la interferencia del gobierno, más que como la imposición al gobierno de la obligación positiva de garantizar la transmisión y recepción de ideas entre sus ciudadanos.

Incluso más allá del discurso de odio, el derecho constitucional de la libertad de expresión en los Estados Unidos es más importante que en la mayoría de las otras democracias constitucionales. De hecho, los estadounidenses tienen una visión muy arraigada de la libertad de expresión. Creen que la libertad de expresión es prácticamente ilimitada, y la gente está profundamente preocupada de que la participación del gobierno en el campo del discurso pueda hacer más daño que bien.³¹

Estas palabras de la revista *Salon* sintetizan a la perfección el credo estadounidense con respecto a la libertad de expresión:

“Si se quiere conferir al Estado el poder de castigar la expresión de ciertos puntos de vista sobre la base de que son tan erróneos y/o hirientes que su expresión no debería ser permitida —tal como es habitual en países europeos y Canadá—, entonces no se cree realmente en la libertad de expresión; lo que se cree es que uno es libre de manifestar solo los puntos de vista que la mayoría de los ciudadanos (y el Estado) permite. Muchas de las opiniones más importantes a lo largo de la historia han sido, en algún momento, dañinas, peligrosas e incluso engendradoras de violencia. La razón para la protección de la libertad de expresión es precisamente la de salvaguardar esas ideas —despreciadas por la mayoría— de su represión. Quemar el Corán es despreciable, pero constituye una forma de discurso político, tanto como la quema de la bandera³² americana o una efigie de un líder político odiado, o romper la foto de un líder religioso o publicar sus caricaturas”³³

De tal concepción de la libertad de expresión podemos intuir como es el tratamiento del discurso del odio en el modelo estadounidense: todo discurso xenófobo, racista o incitador al odio debe de clasificarse bajo el ámbito del discurso sobre asuntos con relevancia pública o bajo el ámbito del discurso político, recibiendo, por lo tanto, la calificación de *high value speech* y con ello la máxima protección que ofrece la primera enmienda.³⁴ Por otra parte, debe respetarse el principio de absoluta neutralidad del Estado sobre las convicciones morales y políticas, lo que significa que se vería con malos ojos cualquier eventual regulación (como las existentes en los estados

³¹ Rosenfeld, M., “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”, *Pensamiento Constitucional*, nº11, 2005 pp. 153-198.

³² En este sentido, ver sentencia *Texas c. Johnson*

³³ el texto puede encontrarse (marzo de 2020) en: http://www.salon.com/2011/04/04/free_speech_3/.

³⁴ Sunstein, C., “Democracy and the Problem of Free Speech”, New York, 1995.

Europeos) en la que se prohíbe un determinado contenido del discurso dirigido contra minorías específicas.

Sin embargo, sí que existe en la doctrina americana un límite al amplísimo margen de ejercicio del derecho a la libertad de expresión, y es el de la incitación directa a una conducta que genere peligro claro e inminente. Dicho criterio fue establecido en la sentencia *Schenck v. United States* por el juez Holmes y fue consolidada en *Brandenburg v. Ohio* en la que se dictaminó que las garantías constitucionales de la libertad de expresión no permiten que se prohíba la apología a la violencia o a la violación de la ley, salvo cuando esta apología se dirige a incitar o producir una acción ilícita inminente y sea adecuada para producir esta acción.³⁵

Este amplio margen de acción que el test de “incitación a un peligro claro y presente” proporciona al discurso del odio ha sido resumido por Frederick Schauer en los siguientes términos:

“En el contexto del discurso del odio, por tanto, Brandenburg plasma la idea de que en Estados Unidos las restricciones a la incitación al odio racial solo pueden ser auspiciadas bajo la Primera Enmienda cuando constituyen incitación al odio racial violento, e incluso, en tal caso, solo ante la excepcional circunstancia de que la incitación provoque inequívocamente a acciones violentas inmediatas, e incluso, en tal caso solo ante la aún más excepcional circunstancia de que los miembros de la audiencia se muestren de hecho dispuestos a responder de modo inmediato a la proposición del hablante”³⁶

En la práctica, tal es el nivel de la exigencia que impone el test de *Brandenburg* que supone la absoluta impunidad del discurso del odio. En definitiva, en la medida en que el discurso del odio es, según la concepción americana, un discurso políticamente relevante y que su restricción supondría que el estado tomase partido por cierta opinión, saliendo por ello de la neutralidad, el ejercicio de este derecho gozará de la mayor protección que proporciona la primera enmienda, siendo posible prohibir únicamente los casos de incitación directa a una acción lesiva inminente.

³⁵ Alcácer Guirao, R., "Víctimas y disidentes. El 'discurso del odio' en EE. UU. y Europa", Revista Española de Derecho Constitucional, nº103, 2015, pp. 45-86.

³⁶ Schauer, F., "The exceptional First Amendment", American Exceptionalism and Human Rights, Princeton, 2005, pp. 29 y ss.

III. ANÁLISIS DE LOS CASOS EN ESPAÑA

1. HECHOS EN EL CASO OTEGUI MONDRAGÓN C. ESPAÑA

Los hechos en el caso Otegui Mondragón se originan el 21 de febrero de 2003 cuando, por mandato de la Audiencia Nacional, se cerraron las instalaciones del periódico Euskaldunon Egunkaria, debido a su supuesta conexión con ETA. Diez personas fueron arrestadas, incluidos los principales responsables del periódico (miembros de la junta directiva y el director). Después de cinco días de detención en régimen de incomunicación, los que habían sido recluidos informaron haber sufrido malos tratos durante el cautiverio. Cinco días después, el 26 de febrero, el rey de España fue recibido por el presidente de la Comunidad Autónoma del País Vasco para participar en la inauguración de una central eléctrica en Vizcaya.

Durante una conferencia de prensa celebrada ese mismo día en San Sebastián, Arnaldo Otegui, como portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, presentó la evaluación política de su grupo sobre la situación del periódico Egunkaria. En respuesta a una pregunta de un periodista, dijo, refiriéndose a la visita del Rey al País Vasco, "es patético y una sinvergüencería política " que el presidente del Gobierno Vasco haya inaugurado un proyecto (...) con Juan Carlos de Borbón, indicando que "esta imagen vale más que mil palabras". Agregó que inaugurar un proyecto con el Rey de los Españoles, jefe supremo de las Fuerzas Armadas y, por lo tanto, el último comando de la Guardia Civil fue absolutamente lamentable. En relación con lo sucedido en la operación policial contra el periódico Egunkaria, agregó que el Rey era el jefe de quienes habían torturado a los detenidos en el marco de esa operación. Se expresó con estas palabras:

"¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia? "...

Conoció de estos hechos en primera instancia el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que declaró la libre absolución del demandante, con las siguientes palabras:

"[L]as declaraciones [del demandante] se realizaron en un ámbito que puede sin dificultad considerarse de carácter público –político e institucional–, no sólo en razón de la condición del sujeto agente –Parlamentario del Parlamento Vasco–, sino también de la autoridad a la que se dirige, coincidente con la más Alta Magistratura del Estado,

y en el marco inferible en el que se desenvuelve, que es el de la crítica política al Lehendakari por su formal hospitalidad en el recibimiento ofrecido a SM el Rey, D. Juan Carlos I, en las circunstancias que refiere de cierre de la revista Egunkaria y detención de sus responsables, además de la denuncia de malos tratos hecha pública por aquéllos, y, por tanto, ajeno al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros”.

El Ministerio Público interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que pronunció la pena de un año de prisión. Otegui interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. AUTO DE 3 DE JULIO DE 2006 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ³⁷

Otegui alegaba, entre otras cosas, la vulneración de sus derechos a la libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución) y a la libertad de expresión (artículo 20.1 a) de la Constitución

En opinión de Otegui, la Sentencia del Tribunal Supremo no llevó a cabo adecuadamente la ponderación de los derechos en conflicto, ya que las frases controvertidas no contenían ninguna expresión vejatoria o injuriosa; Además, no estaban dirigidas contra el Rey de España, sino contra el Presidente de la Comunidad Autónoma del País Vasco y, en cualquier caso, eran ciertas y no se referían a la vida privada ni a la actitud del Rey; tales expresiones no fueron desproporcionadas en el ámbito en el que se realizaron, que fue la recepción cordial otorgada por las Autoridades del País Vasco a los reyes de España después del cierre del periódico Egunkaria y, con motivo de dicho cierre, la detención de varias personas que denunciaron, tanto ante la Autoridad Judicial como ante el Parlamento Vasco, que habían sido torturadas.

En el Auto de 3 de julio de 2006, El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo presentado por el demandante por falta de contenido constitucional. Desde el principio, señaló que el derecho a la libertad de expresión no reconoce el derecho a insultar. Recordó a este respecto que la Constitución no prohibía, bajo ninguna circunstancia, el uso de expresiones hirientes, pero que la libertad de expresión no

³⁷ Auto del Tribunal Constitucional 213/2006 de 3 julio (Aranzadi RTC\2006\213 AUTO).

protegía las expresiones completamente irritantes que, independientemente de su veracidad, eran ofensivas u opulentas y eran impertinentes para expresar opiniones o la información en cuestión.

El Tribunal Constitucional consideró que la Sentencia del Tribunal Supremo cumplió adecuadamente realizando la ponderación de los diferentes derechos en conflicto, en la medida en que concluyó que las expresiones en cuestión eran desproporcionadas teniendo en cuenta el contexto circunstancial en el que se derramaron, la naturaleza pública del acto y el interés público del tema en cuestión (la práctica de torturas), así como que se referían a individuos con relevancia pública (un representante político y el Rey). Para el Tribunal Constitucional, era difícil negar el carácter opresivo, vejatorio e infame de las frases para cualquiera, incluso para un personaje público.

Esta conclusión era aún más válida si se refería al Rey, porque su persona "no está sujeta a responsabilidad", en el sentido del artículo 56.3 de la Constitución y es "símbolo de la unidad y la permanencia" del Estado. Dado el papel que le fue encomendado de "arbitrio y moderación del funcionamiento regular de las instituciones", el Rey ocupó una posición neutral con respecto a la contienda política, una posición que le valió un respeto institucional "cualitativamente" diferente al de las demás instituciones del Estado. El Tribunal Constitucional se expresó de la siguiente manera:

"(...) [E]n un sistema democrático, con libertad ideológica y de expresión, tal caracterización no le hace inmune a la crítica "en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas" (...); pero tal eventual crítica no puede implicar la imputación de actuaciones efectivas del poder público –algo que imposibilita la Constitución según antes se ha señalado– como pretexto para menoscabar gratuitamente su dignidad o su estima pública."

Finalmente, el Tribunal Constitucional concluyó que las demandas hechas por el demandante claramente excedían, por su notoria naturaleza infamante, el nivel de lo legal. Al igual que el Tribunal Supremo, consideró que tales declaraciones expresaban un evidente desprecio por el Rey y la institución que representa su persona, que afecta el núcleo último de su dignidad, por lo que claramente no se pueden considerar protegidos por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

3. CASO OTEGI MONDRAGÓN CONTRA ESPAÑA. SENTENCIA DE 15 MARZO 2011 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS³⁸

Ante el TEDH, Otegui sostiene que el precepto del Código Penal que permite su condena (490.3 CP) no está formulado correctamente. También afirma que su condena no fue proporcional al propósito legítimo perseguido, ni fue "necesaria en una sociedad democrática". Se refiere a su propia condición de portavoz del grupo parlamentario independentista vasco y a las circunstancias específicas del caso: el cierre del periódico Egunkaria y la conmoción causada en la sociedad vasca por las denuncias de tortura de personas detenidas en el marco de dicho caso. Por otro lado, Otegui denuncia que el régimen de sobreprotección de la Corona en la legislación penal española es incompatible con el artículo 10 de la Convención.

El gobierno alega ante el tribunal que el hecho de calificar a una persona como torturadora equivale a decir que viola los valores esenciales de la sociedad de la que es miembro y a emitir una opinión negativa sobre su dignidad y su honorabilidad, especialmente si se tiene en cuenta que, en este caso, la persona contra quien se dirigen las declaraciones tiene obligaciones especiales de respetar y hacer cumplir los valores esenciales en cuestión. También sostiene que los tribunales españoles tuvieron debidamente en cuenta la Jurisprudencia del TEDH en la materia. El Gobierno considera que, aunque las críticas de un parlamentario autonómico hacia el Rey de España pueden ser más amplias, no se puede admitir que la Constitución o la Convención españolas reconozcan el derecho de insultar en detrimento de la dignidad de la persona.

El tribunal continúa resolviendo el problema, alegando que la interferencia no contravendrá el artículo 10.2 de la Convención si fue "prevista por la ley", se inspiró en uno o más de los propósitos legítimos mencionados en esta sección y fue "necesaria en una sociedad democrática" para su logro. El Tribunal considera que la condena del demandante se basó en el texto del artículo 490.3, que castiga los insultos al Rey, por lo que fue estipulado por ley. Asimismo, en opinión del Tribunal, la injerencia persigue uno de los propósitos legítimos mencionados en el artículo 10.2: "la protección de la reputación o los derechos de los demás", en este caso el del Rey de España.

³⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), asunto Otegi Mondragón contra España, de 15 marzo 2011 (Aranzadi TEDH\2011\30).

Cuestión más extensa es debatir si a la intromisión era necesaria en una sociedad democrática. Según el tribunal, La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo. La libertad de expresión acoge expresiones que hieren, ofenden o inquietan: así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existiría “sociedad democrática”

Según el TEDH, El artículo 10.2 no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y el debate político –en el que la libertad de expresión reviste la mayor importancia– o el de las cuestiones de interés general. El tribunal argumenta que la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario exigen que el Tribunal lleve a cabo uno de los controles más estrictos.

Por otra parte, los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un político, al que se alude en condición de tal, que para un particular. el político debe exponerse al control minucioso de sus hechos y actitudes, tanto por los periodistas como por las masas, por consiguiente, deberá mostrar mayor tolerancia.

El TEDH señala que las declaraciones del demandante tenían un vínculo suficiente con las denuncias de malos tratos, que el director del periódico Egunkaria hizo público cuando fue puesto en libertad. También señala que podría entenderse que las expresiones utilizadas por el demandante formaban parte de un debate político más amplio sobre la posible responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado en algunos casos de malos tratos.

Al examinar las declaraciones en sí mismas, el Tribunal reconoce que el lenguaje utilizado por el demandante se ha considerado provocativo. Sin embargo, si bien es cierto que toda persona que participe en un debate público de interés general, como el demandante en este caso, está obligada a no exceder ciertos límites en relación, específicamente, con respeto a la reputación y los derechos de los demás, sí se le permite recurrir a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderado en sus declaraciones. Además, señala que ni los tribunales nacionales ni el

Gobierno han justificado la condena del demandante al mencionar la incitación a la violencia o al discurso de odio.

Por otro lado, el Tribunal también considera que, para condenar al demandante, los tribunales nacionales se basaron en el artículo 490.3 del Código Penal, que brinda al Jefe de Estado un nivel de protección más alto que otras personas o instituciones. Según el TEDH, una protección ampliada en relación con las ofensas mediante una ley especial no se ajusta, en principio, al espíritu de la Convención. Del mismo modo, cree que el hecho de que la persona del Rey no esté "sujeta a responsabilidad" según la Constitución española, específicamente en el ámbito penal, no impide en sí mismo el libre debate sobre su eventual responsabilidad institucional, incluso simbólica, en la sede del Estado, dentro de los límites del respeto a su reputación como persona.

Por otro lado, el TEDH considera que, en este caso, las declaraciones en cuestión no cuestionaron la vida privada del monarca ni su honor personal, y que no contenían un ataque personal gratuito contra él. Las expresiones utilizadas por el demandante se referían solo a la responsabilidad institucional del Rey como cabeza y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas que, según las declaraciones del demandante, habían torturado a los responsables del periódico Egunkaria.

El TEDH justifica que, en las circunstancias del caso, en el que las declaraciones en cuestión se hicieron en el contexto de un debate sobre un tema que presentaba un interés público legítimo, no hay justificación para la imposición de una pena de prisión. Por su propia naturaleza, dicha sanción inevitablemente produce un efecto disuasorio, a pesar de que la condena del demandante fue suspendida.

Por todo lo expuesto anteriormente, el Tribunal concluye que los motivos invocados por los tribunales españoles no son suficientes para demostrar que la injerencia denunciada era "necesaria en una sociedad democrática".

4. HECHOS EN EL CASO STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA C. ESPAÑA

Con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona, Enric Stern Taulats, y Jaume Roura Capellera, quemaron una fotografía de SS.MM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la plaza de Vino de Gerona. De su *modus operandi* cabe destacar que Iban con el rostro tapado para no ser identificados, que colocaron la foto, de gran tamaño, boca abajo y que antes de prenderle fuego la rociaron con un líquido inflamable. Mientras la quemaban, eran jaleados por diferentes gritos de

las personas que se habían reunido en la plaza. Antes de la concentración, había habido una manifestación encabezada por una pancarta que decía “300 años de Borbones, 100 años combatiendo la ocupación española”

El Juzgado Central de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional consideró que los acusados:

“Tenían la intención evidente de menospreciar la figura de SSMM (el Rey y la Reina) en el trascurso de una manifestación en la que la dinastía borbónica era presentada como una fuerza de ocupación en la Comunidad Autónoma Catalana.”

Asimismo, señaló que:

“para expresar el rechazo a la monarquía, no es necesario menospreciar y vilipendiar a SSMM (el Rey y la Reina) al punto de quemar su fotografía, que previamente había sido colocada boca abajo.”

El Juzgado Central de la Sala de lo Penal condenó a los demandantes como autores de un delito de injurias a la Corona, a la pena de quince meses de prisión, con privación del derecho de elegibilidad durante la duración de la condena y la obligación de pagar la mitad de las costas del procedimiento. Dada la situación personal de los demandantes, que carecían de antecedentes penales, su edad y su profesión, el juez decidió sustituir la condena de prisión por una multa de 2.700 euros a cada uno de ellos. Indicó que, conforme al artículo 88 del CP, en caso de impago, total o parcial de la multa, los demandantes se verían en la obligación de ejecutar la pena de prisión que se les había impuesto.

El 5 de diciembre de 2008, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, constituida en sesión plenaria, confirmó la sentencia. Precisó lo siguiente con respecto al artículo 490.3 del CP, sancionando el delito de injurias a la Corona:

“Sólo protege el honor del Rey en la medida en que éste se encuentra en el ejercicio de sus deberes constitucionales, mientras que los atentados ilegales al honor del Rey fuera del ejercicio de sus funciones están sometidos a la protección prevista por las reglas generales de los artículos 208 y siguientes del CP (sobre injurias contra un ciudadano cualquiera). En consecuencia, las injurias al Rey o a las personas mencionadas en tanto sujetos pasivos en el artículo 490.3 del Código Penal protege el bien jurídico colectivo, no el individual”.

La Audiencia Nacional concluyó que los demandantes habían actuado fuera de los límites de los derechos a la libertad de opinión y expresión y se expresó así:

“Los asistentes al acto de protesta estaban ejerciendo su derecho con total libertad, sus proclamas e ideas estaban siendo difundidas sin cortapisa alguna y, sin embargo, escenifican lo que gráficamente podemos definir como un “aquejarre” o “juicio inquisitorial” en el que colocando la representación gráfica del Jefe del Estado en posición claudicante, bocabajo, lo embadurnan con aceite u otra sustancia inflamable y le prenden fuego como expresión simbólica del desprecio y destrucción de la Institución, pues el fuego, en el contexto en que se usa, tiene una carga negativa evidente.”

Seis de los dieciséis magistrados de la asamblea plenaria formularon opiniones disidentes. Habiendo adquirido firmeza la sentencia, en fecha 13 de enero de 2009 y 10 de febrero de 2009 respectivamente, los demandantes abonaron la multa que les había sido impuesta.

Los demandantes presentaron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional denunciando una violación de sus derechos a la libertad de expresión y a la libertad de opinión garantizados por la Constitución Española

5. SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2015 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL³⁹

Comienza el tribunal subrayando la singular y reforzada protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, al igual que hace con otras altas Instituciones del Estado, para defender el propio Estado Constitucional. Argumenta que así lo corrobora el hecho de que el delito de injurias a la Corona no figure en el título XI del Código Penal, relativo a los delitos contra el honor, sino en el título XXI, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución.

En segundo lugar, el constitucional argumenta que debe tenerse en cuenta que la destrucción de un retrato oficial tiene un componente simbólico innegable y señalado. Aunque las formas de expresión más genuinas consisten en manifestaciones orales o escritas, las personas también pueden comunicarse o expresar sus ideas y opiniones a través de comportamientos no verbales, hechos o comportamientos, ya que la Constitución también garantiza el derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones a través de otros medios de reproducción, como es lo simbólico.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015 de 22 de julio (Aranzadi RTC\2015\177).

Le interesa enfatizar al constitucional que, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares públicos que puedan resultar hirientes no son más que un reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a las restricciones del poder público. Sin embargo, esta inmunidad no es predicable cuando lo que se ha expresado, incluso simbólicamente, es solo un signo de vejación o ultraje.

Según el tribunal, la finalidad de la libertad de expresión es contribuir a la formación de una opinión pública libre, por lo que la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural no pueden encontrar cobertura en este derecho. Esto dejaría de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto que incita a la intolerancia excluyente.

Sobre el discurso del odio, el tribunal es consciente que las expresiones más conocidas del llamado “discurso del odio” son las que recaen sobre las circunstancias étnicas, religiosas, sexuales o culturales de la población, pero no se puede negar que el discurso del odio ofrece además otras vertientes, siendo una de ellas, sin duda, la que persigue el fomento del rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes.

El discurso del odio se justifica en este caso diciendo que, al quemar en abierto, en las circunstancias descritas la imagen o fotografía de alguien conlleva una incitación al odio y a la violencia contra ese alguien y contra la institución que representa, además, fomenta sentimientos de agresividad contra esa persona y es en sí una amenaza, un acto incitador al odio. La quema de la foto tal y como se hizo representa que los monarcas son merecedores de exclusión y odio.

El tribunal señala, como una diferencia con respecto al caso Otegui Mondragón, que los recurrentes no son representantes elegidos, ni son parte de ningún grupo parlamentario. Las circunstancias únicas, especialmente valoradas en la Sentencia antes mencionada, tampoco coinciden en el presente contexto, en relación con el contexto en el que ocurrieron las declaraciones del demandante (sospecha de tortura debido al cierre del periódico "Egunkaria"). Pero, y esto es lo más importante, en ese caso el recurrente expresó su opinión sobre un tema sujeto a debate político, y sus declaraciones, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se referían a un asunto de interés público en el país vasco, aunque fueron expuestos de una manera provocativa y exagerada. Sin

embargo, este caso no cumple ninguna de las circunstancias indicadas, ni ninguna otra de naturaleza similar que permita que la quema de retratos se redirija al contexto de crítica política que invocan los demandantes.

El tribunal concluye diciendo que la vertiente expresiva de la acción queda extramuros del legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión consagrado en el art. 20.1 a) CE.

7. CASO STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA CONTRA ESPAÑA. SENTENCIA DE 13 MARZO 2018 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS⁴⁰

Ante el TEDH, El gobierno mantiene que los tribunales españoles han considerado adecuadamente la jurisprudencia del TEDH dictada sobre el tema y creen que es necesario seguir el enfoque adoptado en el tema del “discurso del odio”. El gobierno insiste para afirmar que el acto de Stern y Taulats incitaba al odio, refiriéndose a los actos posteriores que se dieron en protesta contra la inculpación de los demandantes en Madrid y Barcelona a finales de septiembre de 2007.

Por otro lado, los demandantes sostienen que su condena no fue ni proporcionada a un objetivo perseguido ni “necesaria en una sociedad democrática”. Según ellos, los actos no iban dirigidos contra ciertas creencias, razas, o actitudes vitales determinadas. Por otra parte, indican que los símbolos han sido utilizados en el marco de otros actos políticos y han sido cubiertos por la libertad de expresión en los asuntos *Fáber contra Hungría* (núm. 40721/08, 24 de julio de 2012), *Murat Vural contra Turquía* (núm. 9540/07, 21 de octubre de 2014) y, más en particular, *Partido popular democratacristiano contra Moldavia* de 2 de febrero de 2010 – (asunto en el que se quemaron los retratos de representantes políticos institucionales y banderas).

Pasando al fondo del asunto, el Tribunal recuerda dos temas que ya había tocado en el caso *Otegui Mondragón c. España*. En primer lugar, establece que para determinar si la injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la libertad de expresión es “necesaria en una sociedad democrática”, se ha señalado que una pena de prisión impuesta por un delito cometido en el marco de un debate político sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales, y que el elemento esencial a tomar en consideración es el hecho de que el discurso incite al uso de la violencia o que

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España, de 13 marzo 2018 (Aranzadi TEDH\2018\27)

constituya un discurso del odio. En segundo lugar, en el caso de delitos contra el Jefe de Estado, el Tribunal ya ha declarado que una protección concedida por una ley especial sobre el delito no es, en principio, conforme con el espíritu del Convenio.

El Tribunal observa en primer lugar que el acto reprochado a los demandantes se inscribe dentro del marco de la crítica política, y no personal, de la institución monárquica en general, y en particular del Reino de España como nación. Dicha conclusión aparece claramente en el examen del contexto en el que se produjo el acto. Este se produce con ocasión de la visita institucional del Rey de España a Gerona, a la que siguió una manifestación antimonárquica e independentista encabezada por una pancarta que decía “300 años de Borbones, 100 años combatiendo la ocupación española”.

Tras la manifestación, tuvo lugar una concentración en una plaza de la ciudad y los demandantes se colocaron en mitad de la plaza para poner en práctica una puesta en escena que llevó a su condena penal, utilizando una fotografía de la pareja real. Dicha controvertida puesta en escena se inscribía en el marco de un debate sobre cuestiones de interés público, es decir, la independencia de Cataluña, la forma monárquica del Estado y la crítica al Rey en tanto símbolo de la nación española. Todos estos elementos permiten concluir que no se trataba de un ataque personal contra el Rey de España, con el objetivo de menospreciar y a su persona, sino que era una crítica contra lo que el Rey representa en tanto jefe y símbolo del aparato estatal y de las fuerzas, que, según los demandantes, habían ocupado Cataluña- lo que incumbe al ámbito de la crítica o disidencia política y corresponde a la expresión de un rechazo de la monarquía en tanto institución.

Por otra parte, el TEDH no cree que el hecho de haber utilizado el fuego, una fotografía de grandes dimensiones, y el haberla colocado boca abajo tenga que constituir un límite a la libertad de expresión, sino que, en su opinión, no van más allá de un recurso a una cierta dosis de provocación permitida para la transmisión de un mensaje crítico al amparo de la libertad de expresión.

Asimismo, el Tribunal es de la opinión que tampoco puede considerarse que la intención de los demandantes fuera la de incitar a cometer actos de violencia contra la persona del Rey, sino más bien que la puesta en escena es la que llevó a quemar la imagen del representante del Estado. Señala que un acto de este tipo debe interpretarse como la expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta. La puesta en escena organizada por los demandantes en el presente asunto, a pesar de llevar consigo la quema

de una imagen es una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público, es decir, la institución de la monarquía. El Tribunal recuerda en este contexto que la libertad de expresión no solo se aplica a las “informaciones” o “ideas” acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que hieren, molestan o inquietan: así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe la “sociedad democrática”.

Además, el Tribunal, en este caso tomado en su conjunto, no está convencido de que el acto pueda considerarse razonablemente como una incitación al odio o a la violencia. Considera que del examen conjunto de los elementos utilizados en la puesta en escena y del contexto en el que tuvo lugar, no puede deducirse la incitación a la violencia, y que tampoco puede establecerse basándose en las consecuencias del acto que, según los hechos declarados probados por el juzgado, no se vieron acompañados de conductas violentas ni de problemas de orden público.

Con respecto al discurso del odio en tanto que justificación de la condena penal, el Tribunal recuerda que, si bien su jurisprudencia ha consagrado el carácter eminente y esencial de la libertad de expresión, igualmente ha definido sus límites. En particular, él ha dictaminado que los discursos incompatibles con los valores proclamados y garantizados por el Convenio son eliminados de la protección del artículo 10 mediante el artículo 17. El Tribunal ha conocido asuntos donde estaban incriminadas declaraciones que negaban el Holocausto, que justificaban una política pro nazi o que asociaban a todos los musulmanes un terrorismo grave. La protección del artículo 10 del Convenio está limitada, véase excluida, cuando se trata de un discurso de odio, término que debe entenderse como cubriendo cualquier forma de expresión que propague, incite a, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, y que por supuesto debe ser examinado teniendo en cuenta el contexto.

Según el TEDH:

“ La inclusión en el discurso del odio de un acto que, como el que se reprocha a los demandantes en el presente asunto, es la expresión simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la exclusión consiguiente del campo de protección garantizado por la libertad de expresión, implicaría una interpretación demasiado

amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del Tribunal - lo que pondría en riesgo la pluralidad, la tolerancia y el espíritu aperturista sin los cuales no existe la "sociedad democrática"."

En conclusión, el Tribunal considera que al no ser posible considerar los hechos como formando parte del discurso del odio, ha habido violación del artículo 10 del Convenio y se debe dar la razón a los recurrentes.

IV. CONCLUSIÓN

Tras haber analizado ambas sentencias, vemos como ambos tribunales ofrecen diferente protección a las injurias contra el jefe de Estado. ¿Qué debe hacer un Estado democrático ante tales conductas? ¿Debe permitir las, considerando prevalente el respeto a la libertad de expresión frente al fomento de otros valores o sentimientos colectivos? ¿O debe prohibirlas, limitando así la libertad de expresión ante discursos hostiles, discriminatorios o vejatorios para una parte de la población? Dentro de esta última opción, ¿debe además sancionarlos bajo pena, acudiendo al Derecho penal? Si es así, ¿cuáles serían los bienes jurídicos protegidos? ¿Cuál sería el daño social que legitimaría acudir al Derecho penal para castigar la manifestación de tales expresiones?⁴¹

Resumiendo, la doctrina del tribunal constitucional, quedan fuera del derecho a la libertad de expresión «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de estas». Es decir, las que, «en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas». Asimismo, el Estado Español otorga un especial refuerzo a la corona en tanto que Institución Constitucional, y establece un artículo, el 490.3 del Código Penal en el que pena las injurias contra la corona.

Por otra parte, el TEDH argumenta que, En el caso de un delito contra un jefe de Estado, una protección concedida por una ley especial sobre el delito no es, en principio, conforme con el espíritu del Convenio. Con respecto al discurso del odio, La protección del artículo 10 del Convenio está limitada, véase excluida, cuando se trata de un discurso de odio, término que debe entenderse como cubriendo cualquier forma de expresión que propague, incite a, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia. Vemos, por lo tanto, que el discurso del odio sirve para proteger a conjuntos desfavorecidos. Parece el TEDH reacio a aplicar el término discurso del odio cuando lo que se está protegiendo es a la persona de un Rey o un Jefe de Estado, dado que según el propio TEDH, esto pondría en riesgo la pluralidad, la tolerancia y el espíritu aperturista sin los cuales no existe la “sociedad democrática”.

Se trata por lo tanto de dos formas de concebir lo que tradicionalmente se conoce como discurso del odio. En el caso de nuestro alto tribunal, el discurso del odio se concibe como un instrumento que limita la libertad de expresión, para casos en los que se trata de

⁴¹ Alcácer Guirao, R., *óp. cit.*

proteger a una minoría desfavorecida, como pueden ser las víctimas de genocidio, del holocausto, homosexuales y demás. Pero, asimismo, el discurso del odio tiene lugar, según nuestro Alto Tribunal, cuando se ataca a una institución constitucional como la corona. En palabras del tribunal:

“Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado «discurso del odio» son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”

En el caso de TEDH, podemos resumir su doctrina con respecto a lo que es discurso del odio en las siguientes palabras (*caso Feret c. Bélgica*):

“el término ' discurso del odio ' abarca cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante”

Vemos como, por lo tanto, el TEDH no incluye en su definición del discurso del odio las ofensas de más gravedad proferidas contra las instituciones democráticas.

Esta diferencia de criterio la vemos también en las sentencias analizadas. En las sentencias del Tribunal Constitucional se considera como discurso del odio ambas sendas ofensas a la corona, y, sin embargo, el TEDH anula ambos negando la existencia de discurso del odio en ambos casos.

Debemos, por lo tanto, examinar cuál de los dos modelos debería prevalecer, o bien un modelo de discurso del odio que garantice solo la protección de las minorías, según defiende el TEDH, o un modelo integral, que defienda también a las instituciones del estado del odio y no solo a los colectivos más desfavorecidos.

En mi opinión, debería prevalecer un modelo como el que defiende el Tribunal Constitucional. Es indudable que deben de protegerse todos aquellos colectivos, y principalmente los más desfavorecidos, de las expresiones de odio, y está claro que debe acotarse correctamente la libertad de expresión para que esto no pase. Ahora bien, creo

que también debe considerarse discurso del odio las expresiones proferidas contra la corona y demás instituciones del estado, por las razones que expongo a continuación.

La libertad de expresión es sin duda una de las garantías más importantes de un Estado Democrático como el nuestro. Se ha subrayado repetidamente la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión, en cuanto que garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre, que la convierte en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. De modo congruente, hay que insistir también en la necesidad de que dicha libertad goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones, que ha de ser lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor. También hay que tener en cuenta que a libertad de expresión incluye la libertad de crítica aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. Por lo tanto, vemos como la libertad de expresión abarca también la libertad de crítica.

Pero como todo derecho, la libertad de expresión tiene sus límites: quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas. Es necesario que la libertad de expresión esté limitada, dado que no todas las expresiones son necesarias y muchas de ellas solo tienen el objetivo de herir y hacer daño. Los límites a la libertad de expresión tienen como objetivo salvaguardar nuestro estado democrático, de forma que la libertad de expresión se perfila de un lado como derecho fundamental en un estado democrático, y del otro, sus límites constituyen también una salvaguarda fundamental en un estado democrático, ya que sin ellos estaríamos en el terreno del “todo vale”. Loewenstein ⁴²ideó la llamada *democracia militante* que implica que las democracias tienen derecho a su autodefensa y a luchar de manera activa contra los movimientos dirigidos a subvertirla, incluso a través de las restricciones de derechos fundamentales. Cualquier crítica, expresión de odio, o constatación injuriosa sería permisible si no hubiese límites y eso llevaría a una situación

⁴² Lowenstein. “Militant Democracy and Fundamental Rights”, American Political Science Review, vol. 31, n°3, 1937, pp. 417-432.

antidemocrática. Como el juez Jackson firmó en el voto disidente en el asunto *Terminiello c. Chicago*:

“a largo plazo el mantenimiento de la libertad de expresión peligrará en mayor medida si la población no puede obtener protección frente a los abusos que llevan a la violencia. Ninguna libertad puede asegurarse si se asume que sus abusos son inseparables de su disfrute”

Fue sin duda la traumática experiencia vivida a finales de la primera mitad del siglo XX la que dio lugar en los inicios de la segunda mitad de dicho siglo a un modelo, si bien no limitado, sí controlado de libertad de expresión. El didáctico voto particular del Magistrado Rodríguez Zapata a la STC 235/2007⁴³ (caso Librería Europa) hace un magistral resumen de las razones de dicha inflexión que provocó la limitación de la libertad de expresión o, al menos, de algunas expresiones en paradójico beneficio de la propia democracia y, por ende, de aquella, señalando que “la paradoja de la libertad es también la paradoja del pluralismo” y que “la ingenua experiencia del constitucionalismo europeo, en el período de entreguerras del siglo XX, demostró que la aparición de fuerzas antipluralistas en el seno de una sociedad democrática pone en cuestión, con excesiva facilidad, la libertad y el sistema pluralista mismo”. Y termina su excursus afirmando que “Europa vivió entre 1918 y 1945 la época dorada del constitucionalismo clásico, basada en lo que se llamó, en forma expresiva, “exceso de confianza en la soteriología jurídica”. Profesar una fe inocente en el Derecho constitucional, considerándolo como realidad salvadora que, por sí misma, asegura la libertad o el pluralismo fue un camino que se truncó por experiencias dramáticas en Países que conocieron las Constituciones técnicamente más perfectas que ha ideado el genio humano”.⁴⁴

Por otra parte, considero que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hierra en el caso Otegui a la hora de apreciar la gravedad del conflicto subyacente. Se trata de un tribunal extranjero que no tiene la cercanía al conflicto que puede tener nuestro tribunal constitucional, y, por lo tanto, su margen de apreciación no tiene incorporados los precedentes que se conocen en nuestro país sobre lo que ha sido ETA y el daño que ha

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre (Aranzadi RTC\2007\235)

⁴⁴ De Montalvo, F., Prólogo.” La democracia y el discurso del odio límites constitucionales a la libertad de expresión”, Madrid, Dykinson, 2020.

causado. En palabras de Serrano Maíllo⁴⁵ “Con esta reflexión el TEDH ha dado muestras de su desconocimiento de la situación que se vive en el País Vasco y en el resto de España en relación con el problema del terrorismo. Por esta razón, creemos que erró al no respetar un mayor margen de apreciación de los Tribunales españoles, quienes, indiscutiblemente, tienen un conocimiento mayor y mejor del tema”.

Centrándonos ahora en el límite de la libertad de expresión por el discurso del odio tenemos que decir que este no es admisible contra ningún colectivo, pero tampoco puede ser admisible contra las instituciones constitucionales del estado. Si bien es cierto que hay colectivos que están más necesitados de protección que otros, el odio se puede expresar contra todos ellos y el daño que se genera es igualmente dañino en todos aquellos colectivos. La crítica a las instituciones del estado está sobradamente permitida, pero hay ideas que no son necesarias para expresar crítica a una institución y que solamente desprenden odio. Este odio solo genera más odio, y de este contexto de odio solo salen expresiones injuriosas e innecesarias para exponer las críticas.

Quemar una foto del rey es un símbolo equiparable a desearle la muerte al monarca, y no cabe duda de que tal expresión simbólica se hace cargada de odio y repulsión. Hay muchas formas de criticar al monarca que no implican gestos tan agresivos y odiosos y que pueden resultar igualmente contundentes. El que desea realizar el gesto de quemar una fotografía o decide llamar al monarca torturador solo desea incitar al odio.

Por lo tanto, debería de tenerse en cuenta situaciones como la descrita anteriormente a la hora de determinar qué es discurso del odio, dado que las expresiones proferidas generan odio a la monarquía y ésta también es una institución digna de defensa.

⁴⁵ Serrano Maíllo, I., “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº28, 2011, p. 593

V. BIBLIOGRAFÍA

1. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), asunto Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976 (Aranzadi TEDH 1976\6).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera), asunto Gündüz c. Turquía, de 4 diciembre de 2003 (Aranzadi TEDH 2003\81).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), asunto Sürek c. Turquía, de 8 de Julio de 1999 (Aranzadi TEDH 1999\28).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), asunto Féret c. Bélgica, de 16 de Julio de 2009 (Aranzadi TEDH 2009\82).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), asunto Jersild c. Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994 (Aranzadi TEDH 1994\36).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), asunto Ergin (nº 6) c. Turquía, de 4 mayo de 2006 (Aranzadi JUR 2006\157003).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), asunto Kühnen c. Alemania, de 12 de mayo de 1988.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), asunto Pavel Ivanov c. Rusia, de 20 de febrero de 2007.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), Partido de la Prosperidad c. Turquía, de 31 julio de 2001 (Aranzadi TEDH 2001\496)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera), asunto Norwood c. Reino Unido, de 16 de noviembre de 2004.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), asunto Medva FM Reha Radvo ve Iletisim Hizmetleri A. S. c. Turquía, de 14 de noviembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), asunto Özgür Gündem c. Turquía, de 16 de marzo de 2000 (Aranzadi TEDH 2000\94).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), asunto Faruk Temel c. Turquía, de 1 de febrero de 2011 (Aranzadi JUR 2011\27194).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), asunto Otegi Mondragón contra España, de 15 de marzo de 2011 (Aranzadi TEDH\2011\30)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España, de 13 de marzo de 2018 (Aranzadi TEDH\2018\27)

Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2006, de 5 de junio (Aranzadi, RTC 2006\174)

Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre (Aranzadi RTC\2007\235)

Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015 de 22 de julio (Aranzadi RTC\2015\177)

Auto del Tribunal Constitucional 213/2006 de 3 julio (Aranzadi RTC\2006\213 AUTO)

Sentencia del Tribunal Supremo 224/2010, de 3 de marzo (Aranzadi RJ 2010\1469)

2. OBRAS DOCTRINALES

Aba Catoira, A., "Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº19, 2015, pp. 199-221.

Alcácer Guirao, R., "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº14., 2012.

Alcácer Guirao, R., "Víctimas y disidentes. El 'discurso del odio' en EE. UU. y Europa", Revista Española de Derecho Constitucional, nº103, 2015, pp. 45-86.

Costa, J. P., "La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo", Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, nº44, 2001, pp. 243-250.

Eguiguren Praeli, F. *et al.*, "Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo", Pamplona, Civitas-Thompson Reuters, 2012.

Esquivel Alonso, Y., "El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Cuest. Const., México, nº35, 2016, pp. 3-44.

De Montalvo, F., Prólogo.” La democracia y el discurso del odio límites constitucionales a la libertad de expresión”, Madrid, Dykinson, 2020.

Langa Nuño, C. *et al.*,” Movimientos populistas en Europa: la actualización del discurso totalitario en los medios de comunicación actuales y su repercusión en la opinión pública”, Egregius Ediciones, 2018.

Lowenstein. “Militant Democracy and Fundamental Rights”, *American Political Science Review*, vol. 31, nº3, 1937, pp. 417-432.

Parekh, B., “Hate speech. Is there a case of banning?”, *Public Policy Research*, nº 12(4), 2006, pp. 213 y ss.

Rosenfeld, M., “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”, *Pensamiento Constitucional*, nº11, 2005 pp. 153-198.

Sacaluga, J.A., "Islamofobia en Europa: responsabilidades compartidas", *Temas para el Debate*, nº244, 2015, pp. 13-14.

Schauer, F., “The exceptional First Amendment”, *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, 2005, pp. 29 y ss.

Serrano Mañillo, I., “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, p. 593.

Sunstein, C.,” *Democracy and the Problem of Free Speech*”, New York, 1995.

Teruel Lozano, G., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo”, *Revista De Derecho Constitucional Europeo*, Año 14, nº27, 2017.

Valero, A., “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista española de derecho constitucional*, nº37, 2017, pp.305-333.

Valiente, F., “Análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio”, *RAEIC, Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, vol. 6, nº12, 2019, pp. 230-249.

Waldron, J., “The harm in hate speech”, Cambridge, Mass: Harvard University, 2012.

Weber, A., “Manual on hate speech”, Council of Europe Publishing, 2009.