

EXPRESIONES INTOLERANTES, DELITOS DE ODIOS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO*

EXTREME SPEECH, HATE CRIMES AND FREEDOM OF EXPRESSION: A DIFFICULT BALANCE

GERMÁN M. TERUEL LOZANO**

Resumen: Este trabajo afronta la necesidad de conseguir una definición legal más clara y restrictiva del discurso del odio y se plantea los límites de la libertad de expresión ante discursos intolerantes. Asimismo, estudia las distintas respuestas que ofrece el ordenamiento jurídico y en particular el impacto de las redes sociales y de Internet.

Palabras clave: libertad de expresión, discurso del odio, Internet.

Abstract: This paper addresses the need to a more defined and restrictive legal definition of hate speech and displays the limits on freedom of expression related to extreme speech. Moreover, it studies the different responses offered by the legal system and the impact of social networks and the Internet.

Keywords: freedom of speech, hate speech, the Internet.

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ACTUALIDAD DE LOS DISCURSOS ODIOSOS; II. ¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES DISCURSO DEL ODIOS?; III. ¿HASTA DÓNDE AMPARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ANTE EXPRESIONES INTOLERANTES?; IV. LA CONTROVERTIDA REACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: REACCIÓN PENAL Y OTRAS POSIBLES RESPUESTAS; V. APUNTE SOBRE EL IMPACTO DE LAS REDES SOCIALES Y LAS NUEVAS FORMAS DE COMUNICACIÓN SOCIAL EN UN MUNDO GLOBALIZADO; VI. CONSIDERACIONES FINALES: LA LIBERTAD NECESITA RESPONSABILIDAD, RESPETO E INDIFERENCIA; VII. BIBLIOGRAFÍA.

* Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2017.

Fecha de aceptación: 18 de septiembre de 2017.

** Profesor ayudante doctor, Universidad de Murcia. Correo electrónico: germanmanuel.teruel@um.es. Este texto es una adaptación para su publicación de la intervención en las Jornadas sobre libertad de expresión, discurso del odio y redes sociales que organizó la RJUAM el 16 de marzo de 2016. Aprovecho para agradecer su generosa acogida y el enriquecedor debate del que pudimos disfrutar.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ACTUALIDAD DE LOS DISCURSOS ODIOSOS

En los últimos tiempos han sido noticia distintas expresiones intolerantes, discursos extremos y manifestaciones de odio de muy diferente signo, las cuales han dado lugar a que se plantee la apertura de diligencias penales y a que, por unos sectores u otros, se reclame la intervención judicial frente a las mismas. Entre las más recientes, y sin ánimo de establecer comparaciones sobre su gravedad, podemos recordar expresiones «intolerantes» como el autobús de Hazteoir o ciertas homilías de algún obispo con mensajes adversos a la transexualidad y a la homosexualidad; manifestaciones «irreverentes» como la escenificación del Drag Sethlas travestido como un Cristo o la portada de la revista Mongolia trastornando la imagen de la Virgen de la Caridad; declaraciones «insensibles» como los chistes negros de Guillermo Zapata o de Cassandra; o representaciones «insolentes» como la de los titiriteros. Pues bien, todas estas manifestaciones mantienen un elemento en común: ofenden a un sector de la población más o menos amplio, a sus sentimientos íntimos y a los símbolos con los que se identifican. Y la respuesta a ello ha sido exigir que se repriman tales expresiones, a lo que se ha atendido institucionalmente con la apertura de distintos procesos penales con diferente suerte en su resultado.

Precisamente esta intervención institucional represora ha sido la que ha suscitado la preocupación de muchos, entre los que me encuentro, en defensa de la libertad de expresión, y ha dado lugar a un interesante debate sobre sus límites. Estas líneas pretenden ser una discreta aportación a esa discusión y, a tales efectos, se propone, en primer lugar, tratar de discernir con la mayor claridad posible aquello que jurídicamente puede definirse como discurso del odio y lo que no lo es, para, posteriormente, valorar cuáles son los límites constitucionales a la libertad de expresión ante este tipo de discursos y la adecuación de las respuestas que ofrece el ordenamiento jurídico.

II. ¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES DISCURSO DEL ODIOS?

Perfilar adecuadamente aquello que se ha de entender jurídicamente por discurso del odio es un ejercicio complejo pero necesario si se quiere dotar de eficacia a esta categoría y si se pretende atribuir consecuencias a su consideración como tal. Así ocurre, por ejemplo, cuando se concluye que aquellas expresiones que sean catalogadas como discurso del odio no han de estar protegidas por la libertad de expresión.

Sin embargo, lo cierto es que no existe una definición normativa precisa del término discurso del odio. De hecho, todavía hoy se sigue recurriendo a la calificación que se diera del mismo en la Recomendación (97) 20 del Consejo de Europa sobre discurso del odio de 30 de octubre de 1997: «todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y

de intolerancia». Una definición que ha sido asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha incluido en esta categoría a «todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)»¹. Y de forma más reciente la Recomendación General n. 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptada el 8 de diciembre de 2015, ha definido como discurso del odio: «el uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones– basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual».

En los distintos textos se observa que el elemento caracterizador de aquello que se entiende por discurso del odio viene dado por el contenido del mensaje comunicativo: difundir, incitar, provocar al odio o a la xenofobia. Y ese odio ha de venir referido a (o estar basado en) una serie de características discriminatorias, como recoge la Recomendación de 2015.

Pues bien, a mi juicio, lo que provoca tanta inseguridad es precisamente tratar de sostener la definición jurídica de esta categoría en un concepto tan vago como es el de odio. Odiar no deja de ser un sentimiento: desear un mal a otro; y, como tal, no puede ser castigado jurídicamente por mucho que detestemos los motivos que lo muevan. Pero expresar odio contra algo o alguien, como exteriorización de un sentimiento abstracto de repulsa o de hostilidad, o incluso incitar a otros a que compartan ese mismo sentimiento, tampoco considero que pueda ser reprochado jurídicamente. Como trataré de argumentar a continuación, estaríamos en el núcleo de protección de la libertad de expresión que ampara frente a restricciones que traten de censurar o de castigar la pura defensa de una idea, por muy odiosa que resulte –valga aquí la redundancia–. Pero es que, además, la vaguedad de esta categoría llevaría a que cualquier expresión intolerante pueda terminar por ser calificada como discurso del odio. No puede confundirse, en sentido jurídico, discurso del odio con cualquier tipo de discurso odioso, intolerante o extremo –como, por otro lado, ha hecho el Tribunal Constitucional extendiendo, en mi opinión de forma excesiva, la calificación como discurso del odio a una manifestación anti-monárquica en la que se quemó un retrato de los Reyes (STC 177/2015, de 22 de julio)².

¹ STEDH (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2003, caso *Müslum Günduz c. Turquía*, apartado 37.

² Esta crítica es compartida en los votos particulares a esta sentencia formulados por la Magistrada Adela Asúa, al que se adhiere el Magistrado Fernando Valdés; y por el Magistrado Juan Antonio Xiol.

Es por ello por lo que considero que, jurídicamente, debería optarse por una definición restrictiva del discurso del odio³ que, en tal sentido, exija la existencia de componentes ofensivos distintos de la propia difusión de ciertas ideas, por muy hostiles que resulten o por mucho que repugnen desde el prisma de la tolerancia y de los principios democráticos.

En concreto, he propuesto⁴ a este respecto que se defina jurídicamente el discurso del odio atendiendo a los siguientes elementos: 1º) Expresiones dirigidas contra un grupo social especialmente vulnerable, definido por determinadas características (raciales, étnicas, religiosas, de condición sexual, etc.). 2º) Elemento ofensivo de las expresiones, según las pautas que a continuación se describirán. 3º) Intencionalidad directa, referida al elemento ofensivo (insultar, vejar, provocar...), y también una motivación concreta al actuar por razón de esa intolerancia.

Así definido se puede concluir que este género de discursos no goza de protección al amparo de la libertad de expresión. Ahora bien, esta libertad se encuentra *prima facie* en juego y por ello parece conveniente matizar sus fronteras, y en particular el componente ofensivo que justifica su limitación, a lo que se dedicará el siguiente apartado.

III. ¿HASTA DÓNDE AMPARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ANTE EXPRESIONES INTOLERANTES?

La libertad de expresión supone reconocer la inmunidad jurídica de ciertas expresiones, a pesar de que se concluya que las mismas resultan dañinas u ofensivas socialmente⁵. La libertad de expresión no se necesita para garantizar la expresión de discursos políticamente correctos o socialmente aceptables. Tiene, por tanto, una clara dimensión como derecho de defensa. Su contenido esencial incluye que no pueda ser proscrita la mera expresión de una idea: cuando mediante la palabra se atacan o desprecian ideas o símbolos, por muy repugnantes que pueda resultar, se está a mi juicio ejerciendo la libertad de expresión dentro de su contenido constitucionalmente protegido. En palabras del Tribunal Constitucional «El ámbito constitucionalmente protegido por la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia

³ Incluso, se critica el propio término discurso del odio como traducción de la expresión anglosajona «*hate speech*», proponiéndose otras denominaciones como «discurso discriminador». Así, REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Madrid (Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo), 2015, pp. 55-88. Véase también, en esta misma obra, REVENGA SÁNCHEZ, M., «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, ob. cit., pp. 18-19.

⁴ TERUEL LOZANO, G. M., «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 27, 2017.

⁵ Como señala SCANLON, T., «Teoría de la libertad de expresión», en DWORKIN, R. (ed.), *La filosofía del Derecho*, Ciudad de México (Fondo de Cultura Económica), 2014, p. 318, la doctrina de la libertad de expresión nos lleva a reconocer que «los actos protegidos son inmunes, aunque de hecho acarreen daños que normalmente bastan para justificar la imposición de sanciones legales».

misma de la Constitución [...] a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional»⁶. Tales postulados resultan básicos en cualquier ordenamiento abierto, no militante⁷. De hecho, son los Estados anti-liberales aquellos que se han caracterizado por incorporar delitos del tipo del vilipendio de los símbolos nacionales, las ofensas a la religión (o religiones), o la incitación al odio entre clases sociales, los cuales se han ido depurando en los ordenamientos liberal-democráticos. Una tendencia ahora en evidente retroceso.

Ahora bien, precisamente por ello, por considerar que la libertad de expresión ampara especialmente al sátiro, al hereje o al disidente, es por lo que al mismo tiempo entiendo necesario reconocer que el hecho de afirmar que un discurso está amparado no implica «santificarlo», darlo por «bueno», ni siquiera «respetarlo». Lo que implica, únicamente, es renunciar a su represión jurídica, por mucho que se advierta su carácter dañino o peligroso socialmente. Y, en tal sentido, reconociendo la dimensión objetiva que también tiene la libertad de expresión y su eficacia en un Estado social, considero que el Estado deberá intervenir activamente para promover cuantos discursos alternativos puedan enfrentarse a aquellas manifestaciones que contrarían los valores que sostienen el orden democrático de convivencia. No creo que el Estado deba ser neutral, porque, en una democracia social como la nuestra el Estado no es nihilista y debe defender los valores constitucionales pero, en materia de expresión, deberá hacerlo no desde la censura, sino a través de otras políticas.

Del mismo modo, reconocer la libertad de expresión tampoco implica asumir que esta sea una libertad absoluta. Tanto es así que las distintas cartas de derechos fundamentales reconocen expresamente bienes jurídicos que justifican su limitación. Es el caso, por ejemplo, del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce como posibles límites al ejercicio de la libertad de expresión, entre otros, la seguridad nacional, la prevención del delito, la protección de la moral y de la reputación; o la Constitución española que prevé específicamente el honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de la juventud y la infancia como posibles límites de la libertad, junto al resto de derechos de la persona. Unas limitaciones que, en términos del CEDH, tendrán en todo caso que estar previstas en la ley, resultar necesarias en una sociedad democrática y ser proporcionadas.

El problema viene dado cuando se concretan estos límites y específicamente en el caso de los límites a la libertad de expresión ante discursos del odio las respuestas se tornan desiguales. Así las cosas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido una doc-

⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ. 4º.

⁷ Estas ideas las he podido desarrollar con más profundidad en mis trabajos TERUEL LOZANO, G.M., «El discurso del odio y el discurso negacionista: ¿ejercicio de una libertad o abuso de derecho?», en ALONSO, L. y VÁZQUEZ, V. (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Estudios críticos*, Sevilla (Athenaica), 2017, pp. 152-167, y TERUEL LOZANO, G.M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo. Una peligrosa frontera*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2015.

trina un tanto errática al respecto⁸: una línea jurisprudencial cercena este tipo de discursos aplicando la doctrina del abuso de derecho (art. 17 CEDH) con un efecto «guillotínante»⁹; excluye *ratione materiae* de protección a los mismos dejándolos fuera del ámbito de protección siquiera *prima facie* del art. 10 CEDH¹⁰. Una segunda línea jurisprudencial apuesta por realizar una ponderada valoración de la necesidad de las restricciones al art. 10 CEDH según el triple test (previsión legal, necesidad y proporcionalidad)¹¹. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha concluido que no estarán amparadas por la libertad de expresión aquellas manifestaciones humillantes o vejatorias (o que tengan tal sentido o intencionalidad) por su carácter discriminador; cuando se produzcan manifestaciones amenazantes; o cuando se dé una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia o la provocación al odio hacia determinados grupos que genere un peligro cierto de crear un clima de violencia y hostilidad¹². Y, a diferencia del TEDH, el Tribunal Constitucional ha declarado que la «mera negación» de genocidios, incluido el Holocausto, debe ser considerada inane y, por ende, no está justificada su represión, toda vez que en España tampoco tiene parangón una cláusula de abuso de

⁸ Esta cuestión la he estudiado más ampliamente en TERUEL LOZANO, G. M., «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», ob. cit.

⁹ CANNIE H. Y VOORHOOF, D., «The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, núm. 1, 2011, p. 58, se refiere al «guillotine effect».

¹⁰ Así, en supuestos de negacionismo del Holocausto (Decisiones del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia, y de 20 de octubre de 2015, sobre la admisibilidad del caso M'Bala M'Bala c. Francia); en casos de racismo o antisemitismo (Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2007, sobre la admisibilidad del asunto P. Ivanov c./ Rusia); de islamofobia (Decisión del TEDH (Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2004, sobre la admisibilidad del asunto M. A. Norwood c./ Reino Unido); y, recientemente, en un caso de discursos que incitaban a la violencia contra los no musulmanes y defendía la Sharia (Decisión del TEDH (Sección 2ª) de 27 de junio de 2017, sobre la admisibilidad del caso Belkacem c. Bélgica). También se ha aplicado este criterio ante discursos o actividades amenazantes del orden democrático por estar inspiradas en doctrinas totalitarias, especialmente actividades filonazis (Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2000, sobre la admisibilidad del caso Schimanek c. Austria).

¹¹ Entre otras, cfr. STEDH (Sección 5ª) de 2 de octubre de 2008, caso Leroy c. Francia; STEDH (Sección 5ª) de 10 de julio de 2008, caso Soulas y otros c. Francia; Decisión del TEDH (Sección 5ª) de 7 de junio de 2011, sobre la admisibilidad del caso Bruno Gollnisch c./Francia; STEDH (3ª Sección) de 23 de octubre de 2012, asunto V. A. Molnar c./ Rumanía; STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica; Decisión (Sección 5ª) de 20 de abril de 2010, sobre la admisibilidad del caso Le Pen c. Francia; STEDH (Gran Sala) de 23 de septiembre de 1994, caso Jersild c. Dinamarca; STEDH (Sección 3ª) de 4 de noviembre de 2008, caso Baltytė-Lideikienė c. Lituania; DTEDH (Sección 4ª) de 7 de octubre de 2014, sobre la admisibilidad del caso Hösl-Daum y otros c. Polonia; y STEDH (Sección 1ª) de 9 de febrero de 2012, caso Vejdeland y otros c. Suecia. Ésta ha sido la posición que el TEDH ha mantenido también para supuestos de revisionismo histórico y para negacionismo de crímenes no directamente vinculados con el Holocausto. En tal sentido, cfr. STEDH (Gran Sala) de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehideux y Isorni c./Francia; STEDH (Sección 2ª) de 29 de junio de 2004, caso Chauvy y otros c./Francia; STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso Monnat c./Suiza; STEDH (Sección 5ª) de 15 de enero de 2009, caso Orban y otros c./Francia; y, en especial, STEDH (Gran Sala) de 15 de octubre de 2015, caso Perinçek c. Suiza.

¹² Cfr. SSTC 214/1991, de 11 de noviembre; 176/1995, de 11 de diciembre; y 235/2007, de 7 de noviembre. De forma más reciente pueden verse también las SSTC 177/2015, de 22 de julio, sobre injurias al Rey; y 112/2016, de 20 de junio, sobre enaltecimiento del terrorismo.

derecho como la del art. 17 CEDH¹³. Por mi parte, matizando parcialmente la posición del Tribunal Constitucional, he sintetizado los siguientes límites ante discursos intolerantes¹⁴: a) *La injuria, humillación o vejación de una persona por su condición sexual, racial, o por cualquier otro aspecto discriminatorio*; b) *amenazas reales con efecto coactivo suficiente para afectar a la libertad individual de una persona*; y c) *provocación que genere un peligro cierto e inminente de acciones ilícitas*. La razón de ser de estos matices radica en un intento de justificar la limitación en la efectiva existencia de un daño o de un peligro cierto¹⁵, es decir, en la efectividad de la ofensa, para evitar caer en un genérico «*bad tendency*» test el cual «*should allow decision makers to suppress or to sanction the suppression of speech with which they disagree. ‘Bad tendency’ is simply too broad and vague a notion to provide meaningful free speech protection*»¹⁶.

IV. LA CONTROVERTIDA REACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: REACCIÓN PENAL Y OTRAS POSIBLES RESPUESTAS

Una vez que se han perfilado los límites a la libertad de expresión en su dimensión constitucional, si se transgreden los mismos, entonces el ordenamiento jurídico deberá dar una respuesta. Insisto, considero que el abuso en el ejercicio de la libertad de expresión ha de comportar de manera necesaria una reacción jurídica. Ello porque la limitación de la libertad tiene como presupuesto que se haya dañado o puesto en peligro otro bien jurídico de forma insoportable desde una perspectiva constitucional. Sin embargo, la respuesta del ordenamiento no tiene por qué ser la penal. Y, de hecho, esta deberá quedar reservada para aquellos supuestos más graves, en atención, entre otros principios, al de prohibición de exceso y *extrema ratio*, como apreciara en su día el profesor Vives Antón siendo magistrado del Tribunal Constitucional¹⁷.

Pues bien, el Código penal ha previsto algunos delitos que castigan discursos extremos. En particular, el artículo 510 Cp., tras la reforma de 2015¹⁸, sanciona toda una serie de conductas expresivas relacionadas con discursos del odio y negacionistas; y el art. 578 Cp. penaliza el enaltecimiento o la justificación pública del terrorismo y la humillación de sus víctimas. En ambos casos la lectura de los debates parlamentarios así como su aplicación

¹³ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ. 5.

¹⁴ Me remito a lo ya dicho en TERUEL LOZANO, G. M., «El discurso del odio y el discurso negacionista: ¿ejercicio de una libertad o abuso de derecho?», ob. cit.

¹⁵ En este sentido, véanse también los votos particulares de la Magistrada Adela Asúa, al que se adhiere el Magistrado Fernando Valdés; y del Magistrado Juan Antonio Xiol, a la STC 177/2015, de 22 de julio.

¹⁶ SOTTIAUX, S., «‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence», *European Constitutional Law Review*, vol. 7, núm. 1, 2011, p. 57.

¹⁷ Véanse sus votos particulares a las SSTC 46/1998, de 2 de marzo, 79 y 78/1995, de 22 de mayo.

¹⁸ Con un comentario crítico a este precepto me remito a mi trabajo TERUEL LOZANO, G.M., «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2015, pp. 1-52.

jurisprudencial dan prueba de la extensión punitiva de estos preceptos¹⁹. Estos delitos, a mi entender, adolecen de falta de taxatividad y se advierte la debilidad del contenido ofensivo de los mismos. Su amplitud genera además un indudable efecto disuasorio en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión²⁰.

Por su parte, la respuesta civil que ofrece la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, se presenta, por el contrario, insuficiente, ya que se circunscribe a restablecer al perjudicado en sus derechos, a reconocerle una indemnización y, como mucho, se prevé la posibilidad de apropiarse del lucro obtenido con la injerencia.

Más allá, la reacción administrativa, a través de un Derecho administrativo sancionador anti-discriminatorio, en mi opinión resulta improcedente. Las críticas que suscitó el proyecto de ley presentado por el Gobierno de la Comunidad de Madrid contra los delitos de odio dan buen ejemplo de ello. En primer lugar, este tipo de sanciones administrativas implican convertir en una cuestión de policía administrativa lo que en sentido propio es una decisión sobre la limitación de un derecho fundamental al colisionar su ejercicio con otro bien o valor constitucional. Decisión, por tanto, que debe entenderse reservada a los jueces y tribunales, puesto que es a estos a quienes constitucionalmente les corresponde decidir el Derecho y los límites de los derechos (art. 117.3 CE). En segundo lugar, aunque sea de forma indirecta, también puede verse afectada la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en la medida que los ciudadanos sancionados habrán de acceder a los tribunales en vía de recurso contencioso-administrativo tras la decisión de la Administración en puesto de haber resuelto la colisión entre derechos en una contienda judicial *inter partes*. Y, en tercer lugar, las garantías constitucionales que prohíben el secuestro administrativo de comunicaciones y la censura previa considero que deben interpretarse con amplitud y, en consecuencia, en

¹⁹ Es cierto que el Tribunal Supremo en su sentencia n. 259/2011, de 12 de abril, al caso Kalki, ofrecía una interpretación restrictiva de estos delitos e interpretó el antiguo art. 510 Cp. exigiendo la existencia de una peligrosidad real, cuando menos a través de un juicio de peligro hipotético o potencial que evidenciara la idoneidad lesiva de la conducta más allá de la mera realización de la conducta típica. Esta jurisprudencia se habría confirmado en cierto modo en la STS 378/2017, de 25 de mayo, en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo, donde se ha exigido una valoración sobre el riesgo del acto imputado. Sin embargo, esta lectura más restrictiva no se compeadece con la mantenida en otras sentencias en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo, como la STC 4/2017, de 18 de enero, en el conocido como caso César Strawberry, en el que el Alto Tribunal avaló la condena al cantante del grupo Def con Dos al considerar que bastaba con difundir públicamente un mensaje que suene a humillación de las víctimas del terrorismo o a enaltecimiento terrorista. El Tribunal Constitucional tampoco fue mucho más preciso en su Sentencia 112/2016, de 20 de junio, en la que consideró legítima la sanción penal de conductas de enaltecimiento «en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades».

²⁰ Cfr. TERUEL LOZANO, G. M., «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia...», ob. cit.; y TERUEL LOZANO, G.M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo*, ob. cit.

su virtud se ha de tratar de evitar que la Administración sea la que sancione conductas *prima facie* ejercicio de esta libertad fundamental²¹.

Por último, cabría la posibilidad de plantear la introducción de los daños punitivos en nuestro ordenamiento. Esta opción permitiría reaccionar en vía civil imponiendo condenas con severos pagos por conductas que supusieran un daño ilegítimo constitucionalmente pero que no estuvieran dotadas de la ofensividad suficiente como para darle relevancia penal. De esta forma el Derecho penal quedaría reservado de forma efectiva como un instrumento de *extrema ratio* para castigar aquellas conductas más graves ante lesiones de bienes jurídicos de primer orden. Es cierto que la opción de los daños punitivos obligaría a introducir importantes cambios en el orden civil, en especial para evitar que esta vía se convirtiera en una forma judicial de castigar sin las garantías constitucionales propias a todo orden sancionador.

Ahora bien, en cualquiera de los supuestos, ya sea civil, administrativo o penal, el reproche jurídico deberá darse solo cuando se constate que la conducta ha traspasado los límites constitucionales antes señalados. Mantengo por tanto el principio inicial: el reconocimiento de la libertad de expresión conlleva que haya ciertas manifestaciones expresivas odiosas, dañinas o peligrosas socialmente que van a estar amparadas constitucionalmente.

V. APUNTE SOBRE EL IMPACTO DE LAS REDES SOCIALES Y LAS NUEVAS FORMAS DE COMUNICACIÓN SOCIAL EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Así las cosas, en el actual contexto parece necesario hacer un apunte en relación con las redes sociales y las nuevas formas de comunicación social en nuestras sociedades multi-culturales. Vivimos en un mundo globalizado en el que se ha roto la homogeneidad cultural. Convivimos en sociedades plurales en las que continuamente se contraponen visiones muy diferentes del mundo, de la felicidad o de la Verdad. Del mismo modo, observamos cómo las redes sociales y los medios de comunicación han convertido en públicas o en semi-públicas muchas de las intervenciones que antes quedaban relegadas a nuestra intimidad. El comentario de barra de bar o la reunión de un determinado grupo, como puede ser una celebración religiosa o un espectáculo carnavalesco, están ahora a la vista de todos y son amplificadas por los medios de comunicación. Asimismo, las redes sociales permiten asociarse con aque-

²¹ No se trata de impugnar de manera general los fundamentos de la jurisdicción contencioso-administrativa, ni de negar que la Administración pueda tener ámbitos en los que esté justificado que disponga de facultades de policía aunque se afecte a derechos fundamentales. Incluso, hay casos excepcionales en los que el orden administrativo regula aspectos relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión como, por ejemplo, en el ámbito publicitario. Pero, la confluencia de los argumentos expuestos, en un ámbito en el que se afecta al núcleo de protección de la libertad de expresión ante la colisión con perfiles difusos con otro derecho constitucional, considero que abundan en la conclusión afirmada de que no resulta legítima la intervención administrativa en este ámbito.

llos con quienes uno comparte una visión del mundo, pero también favorecen la excitación visceral entre adeptos a una misma causa y la confrontación virtual con quienes antes se mantenían espacios separados. Esta realidad exige un particular esfuerzo de tolerancia y reclama la asunción de unos valores democráticos y de respeto mutuo por parte de todos los miembros que integramos estas comunidades políticas plurales para convivir pacíficamente. Y a ello me referiré en sede conclusiva.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica²², el legislador se ha preocupado por introducir agravantes en el Código penal cuando este tipo de conductas se difundan a través de Internet, siendo potencialmente accesibles por un amplio número de personas²³. Una tendencia restrictiva en la cual ha abundado el Tribunal Supremo, el cual ha sostenido que las nuevas tecnologías «intensifica[n] de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios», habida cuenta además de la «vocación de perpetuidad» que tienen los mensajes difundidos a través de Internet y del riesgo adicional derivado de que su autor «carece de control sobre su zigzagueante difusión»²⁴. Una posición que a mi entender resulta desmesurada ya que, por mucho que sea cierto que en Internet y a través de las redes sociales potencialmente se puede llegar a un gran número de personas, solo un análisis concreto de cada caso permite concluir si un determinado mensaje ha quedado sepultado en la selva de datos digital o si, por el contrario, alcanzó una notable difusión. Del mismo modo, denota un acercamiento temeroso hacia la realidad digital, con la consiguiente respuesta restrictiva de la libertad, que no resulta aceptable. Más adecuada es, a mi entender, la respuesta del Tribunal Supremo norteamericano a este fenómeno, el cual, reconociendo la histórica revolución que comporta el ciberespacio, ha afirmado su importancia para la libertad de expresión en tanto que se erige en el mecanismo más poderoso del que disponen los ciudadanos para hacer oír su voz²⁵.

²² Con carácter general, para un análisis sobre los límites a la libertad de expresión en las redes sociales véase BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de estudios políticos*, núm. 173, 2016, pp. 55-112.

²³ Así, por ejemplo, el apartado 3º del art. 510 en relación con el castigo del discurso del odio dispone: «Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas».

²⁴ STS 4/2017, de 18 de enero, FJ. 2.

²⁵ En concreto, el Tribunal Supremo norteamericano en su sentencia *Packingham v. North Carolina*, de 19 de junio de 2017 ha afirmado en relación con las redes sociales: «*the principal sources for knowing current events, checking ads for employment, speaking and listening in the modern public square, and otherwise exploring the vast realms of human thought and knowledge. These websites can provide perhaps the most powerful mechanisms available to a private citizen to make his or her voice heard. They allow a person with an Internet connection to “become a town crier with a voice that resonates farther than it could from any soapbox”*».

VI. CONSIDERACIONES FINALES: LA LIBERTAD NECESITA RESPONSABILIDAD, RESPETO E INDIFERENCIA

Asumir las implicaciones de reconocer la libertad de expresión exige una sociedad madura y tolerante. Esa madurez y tolerancia se demuestran, por un lado, con el ejercicio responsable de la libertad. Algo que no se puede imponer jurídicamente, sino que depende de la educación cívica. Y en ese ejercicio responsable se incluye el respeto. Despreciar los símbolos o las ideas de otras personas de forma hiriente no resulta aceptable, sobre todo cuando esos símbolos o ideas encarnan ideales o creencias con los que íntimamente se identifica un sector de la población y no ofenden ni atacan a otros. Igual que considero irresponsable, incívico, cuando se cae en la insolencia gratuita, la burla irreverente o la sátira encarnizada que busca herir la sensibilidad o los sentimientos de personas. Por ello, aunque no se castiguen jurídicamente, socialmente sí que habrá que repudiar aquellas manifestaciones extremistas de odio o de intolerancia. Un repudio que, en ocasiones, pasará por la pura indiferencia. Porque, además, como se ha comprobado, criminalizar los discursos extremistas solo lleva a victimizar a los grupos que los mantienen y a darles un inmerecido protagonismo. Sin que lo anterior suponga una renuncia a la reacción jurídica en aquellos casos más graves, más insoportables, en los cuales la ofensa se muestra como un daño efectivo a otros bienes jurídicos o se concreta en una puesta en peligro cierto de los mismos.

Por lo demás, nuestra sociedad me parece que necesita más capacidad de diálogo, de escuchar para luego enfrentar argumentos y buscar encuentros o asumir disensos. Y, llegado el caso, no hay que tener miedo a cuestionar y refutar determinadas ideas que consideremos nocivas o peligrosas; porque, si nuestra sociedad tiene madurez cívica, sentido democrático suficiente, entonces la victoria es segura.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, L. y VÁZQUEZ, V. (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Estudios críticos*, Sevilla (Athenaica), 2017.
- BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, pp. 55-112.
- CANNIE H. y VOORHOOF, D., «The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, núm. 1, 2011, pp. 54-83.
- DWORKIN, R. (ed.), *La filosofía del Derecho*, Ciudad de México (Fondo de Cultura Económica), 2014.

- REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Madrid (Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo), 2015.
- SOTTIAUX, S., «‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence», *European Constitutional Law Review*, vol. 7, núm. 1, 2011, pp. 40-63.
- TERUEL LOZANO, G. M., «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 27, 2017.
- TERUEL LOZANO, G.M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo. Una peligrosa frontera*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2015.
- TERUEL LOZANO, G.M., «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2015, pp. 1-52.