

7. El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

7.1. ENMARCANDO EL PROBLEMA

El discurso de odio ha acabado por convertirse en un impreciso rótulo que evoca, en torno a su significado, un buen número de problemas políticos y jurídicos característicos de sociedades plurales, comprometidas con los derechos fundamentales y atravesadas por contradicciones y paradojas que desafían su *ethos* constitutivo. Se trata de una denominación aplicada a ciertas locuciones y comportamientos expresivos que raras veces alcanzan con propiedad las cualidades intrínsecas —en términos de razonamiento y trabazón argumentativa— con las que solemos reconocer un discurso.

Así que lo primero que resulta radicalmente objetable es el uso de una etiqueta que intenta aglutinar un conjunto de expresiones dispares en cuanto a la forma y el fondo; unas expresiones que, si realmente alcanzaran la categoría de “discurso”, difícilmente serían reconducibles al ámbito de lo que consideramos reprobable, hasta el extremo de sostener no que las expresiones sean erróneas, absurdas o de pésimo gusto, sino merecedoras de un castigo por sí mismas, por el hecho de haberlas proferido. El odio alude por lo demás a un sentimiento enclaustrado en el reducto más íntimo de cada individuo y, por ende, mudable y en cierto modo inaprensible.

En un intento de justificar lo que es solo el producto de una singular inercia para nombrar a ciertos problemas o fenómenos

sociales de los que de repente advertimos que se convierten en moneda corriente en los medios de comunicación y en la literatura especializada, pero también en leyes, en documentos —políticos y/o de *soft law*— y en resoluciones judiciales, solemos decir que es una —mala— traducción del *hate speech* estadounidense. Pero si la huella genética de la denominación explicara de verdad algo, entonces tendríamos que ser conscientes de que el *hate speech* estadounidense, el “discurso de odio” en nuestra jerga, evoca la lucha de ciertos jueces estadounidenses por mantener vivo el compromiso con la Primera Enmienda de la Constitución, es decir, algo que se relaciona con el repudio de cualquier forma de intervención de los poderes públicos que dirija sus dardos contra el contenido de lo que se transmite y que se traduzca en una represión de la palabra y del libre fluir comunicativo.

El discurso de odio simboliza para nosotros exactamente lo opuesto: el síntoma de una práctica social desigualitaria y cargada de prejuicios y déficits educativos seculares que afectan de lleno a ciertos grupos o individuos como consecuencia de sus características, reales o atribuidas, y por ello mismo convertidos en el objeto de formas expresivas que los menosprecian o ultrajan. Se trata de un comportamiento desviado que hay que combatir por principio y con independencia de que ello suponga recargar el código penal o el derecho administrativo sancionador con nuevas definiciones de injustos acarreados *ex profeso* para conjurar los demonios que acechan las representaciones “buenistas” de nuestra vida en común. Y ello en el marco de una sociedad como la española, en la que el lenguaje corriente está inundado de términos y expresiones inconscientes que no la retratan precisamente como una sociedad complaciente con la pluralidad que la Constitución quiere que informe, como un valor superior, todo el entramado jurídico y político. “Gitano”, “moro” o “mariquita” son términos del léxico común español que hoy bien podrían pasar por categorías sospechosas a los efectos de su adscripción automática al ámbito del discurso de odio. Un país, además, en el que el ingenio popular encuentra en la puesta en solfa de ciertas personas, sin más razón que su lugar de nacimiento, género o tendencia sexual, la fuente de inspiración para formas de chanza firmemente arraigadas en el subconsciente colectivo.

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

El régimen jurídico del discurso de odio tiene que habérselas así con ciertos rasgos genuinos de la realidad social que llevan a plantearnos si detrás del frenesí por definir conductas perseguibles de manera cada vez más alambicada, no habrá en realidad un afán legislativo de pura pedagogía social y, a la postre, una técnica normativa que sea incapaz de trazar cabalmente las barreras que separan lo amparado por nuestro sistema de libertad de expresión y lo que cae fuera de sus contornos.

En el ámbito europeo, la fuente más directa para la consideración de ciertos discursos como discursos de odio tiene que ver con la tragedia del siglo xx. Se trata del repudio del totalitarismo nazi —y ahora también estalinista en bastantes países de la Europa del Este— que actúan desde esta perspectiva como el *leitmotiv* para reafirmar las convicciones democráticas del presente y para obstruir la reviviscencia de un pasado ignominioso y horrrisono. Pero en esto, el acarreo de pautas de comportamiento y tomas de postura europeas al caso español no deja de ser también un tanto paradójico. Entre la sociedad española, justificar la Guerra Civil y las tropelías que se cometieron en uno y otro bando, o ensalzar el franquismo y los crímenes y la represión que lo caracterizaron por décadas, e incluso propugnar su reimplantación, han sido considerados desde siempre como formas legítimas de expresión política. Ello tiñe a nuestro “rechazo reflejo” de discursos complacientes con el nazismo de cierta incongruencia impostada que, por cierto, no alcanza al estalinismo, sin que se acierte a entender muy bien la razón de ello.

En el elenco de vías de acceso al repositorio de los discursos de odio hay que considerar también las expresiones que traducen simpatía o complacencia con el terrorismo o con los que lo practicaron o practican, o bien, reflejan hostilidad o desconsideración hacia la memoria de las víctimas o la dignidad de quienes padecen sus efectos. Nuestro pasado más reciente sí tiene en esto, desafortunadamente, un reguero de sangre, sinrazón y sufrimiento que nos interroga de continuo sobre los límites de la tolerancia y la mayor o menor disposición para considerar como constitucionalmente legítimos comportamientos o expresiones susceptibles de herir hasta lo profundo nuestros sentimientos más básicos.

7.2. ¿PERO EL ODOIO ES EN VERDAD UN DELITO?

LA RESPUESTA HIPERPENALIZADORA Y SUS FUNDAMENTOS

La reconstrucción política y normativa que se produjo tras la Segunda Guerra Mundial fue un gran alarde de confianza en el valor de las palabras para edificar un nuevo orden. Al entronizar los derechos humanos como basamento de ese nuevo orden, la comunidad internacional tomaba una deriva en cuyo código genético, desde la misma definición de los delitos que sirvieron de base para la actuación del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, estaba inscrita la experiencia del Holocausto y el problema de la capacidad de la palabra —y, en general, del ejercicio perverso o *desviado* de los derechos— para destruir aquel basamento o causarle un daño irreparable.

Sobre esa premisa, la Declaración Universal de 1948 cierra su articulado con una toma de postura contraria a transigir con actividades o actos (del Estado, de un grupo o de una persona, dice el art. 30 de la Declaración) que pretendan ampararse en ella para suprimir cualquiera de los derechos y libertades proclamados. E idéntica forma de prevención, aunque hilando un poco más fino, se aprecia en el artículo 17 del Convenio Europeo de 1950, en el que la peligrosidad de las actividades que caen fuera del ámbito de protección se mide no solo por su potencial destructivo del sistema entero, sino también por su tendencia a provocar limitaciones más amplias de los derechos y libertades que las previstas en el Convenio.

En realidad, la libertad de expresión fue reconocida desde siempre con plena conciencia del giro copernicano que suponía decantarse por suprimir la censura y de los peligros para el orden social que ello entrañaba. Basta releer los artículos 10 y 11 de la Declaración-matriz —la francesa de 1789— para recordar el punto desde el que arrancamos en materia de limitaciones: el orden público protegido por la ley, en la vertiente colectiva, y la advertencia de la responsabilidad personal por abusar de la libertad de expresarse, en la individual.

Con esos presupuestos firmemente asentados en el tratamiento jurídico de la libertad de palabra —pero que no dejan de resaltar aún más el contraste con el punto de mira de la Primera

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

Enmienda estadounidense—, el salto cualitativo se producirá en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, cuyo artículo 20 es *lex specialis* con respecto a las limitaciones genéricas de la libertad de opinión incluidas en el artículo 19. Lo que queda allí proscrito es la propaganda en favor de la guerra y la “apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”. La fórmula normativa es interesante por muchas razones, pero a nuestros efectos lo es por la conexión explícita que realiza entre la emisión de una opinión y las consecuencias ulteriores asociadas a ella, un desdoblamiento entre *el decir de uno* y *el provocar reacciones en otros* que representa el verdadero nudo gordiano del tratamiento jurídico de odio en el marco de un sistema de libertad de expresión.

En el seno de las Naciones Unidas hay toda una pléyade de instrumentos normativos, convenciones —destacadamente la Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965— y recomendaciones generales dirigidas a combatir el discurso racista y de odio impulsadas por el Comité contra la Discriminación Racial, que se traducen en llamadas a los Estados para que reaccionen mediante el recurso a la prevención y a la reacción punitiva.

Y en paralelo, desde el Consejo de Europa, por lo menos a partir de la recomendación 453 (1966), se aprecia la misma intencionalidad definitoria, preventiva y pedagógica sobre los Estados miembros para que se posicionen activamente contra el discurso de odio. En esa línea, hoy ocupa un lugar destacado la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI por sus siglas en inglés), un organismo *ad hoc* fundado en 1993, cuya tarea constante desde entonces en la lucha contra la discriminación es un referente, reconocido como tal incluso en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Sus informes anuales y sus recomendaciones de política general resultan de lectura obligada para quien quiera asomarse a la cara menos amable de los países de la *gran Europa* reunidos en torno al compromiso de respetar los derechos del Convenio y sus protocolos. De manera específica, la recomendación 15 y su memorándum explicativo, aprobado en 2016, pasa por ser una de las

aproximaciones más completas y mejor trabadas al problema del discurso de odio o discurso *fóbico* con un enfoque que, sin dejar de insistir en la necesidad de recurrir a la vía penal, también es consciente de las debilidades e insuficiencias de esta, por lo que ofrece un amplio catálogo de buenas prácticas dirigidas a prevenir, contener y neutralizar los efectos de los discursos de odio.

Los posicionamientos contra el odio fundado en el rechazo al otro por parte de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa son decididos y destilan buen sentido. Pero no salen de los contornos de las *policies* y el efecto demostración basado en la legitimidad de las organizaciones que las auspician y en la competencia técnica, el prestigio y la autoridad moral de las instancias —y las personas— que se encargan de redactarlas.

El caso de la Unión Europea es distinto. Aquí nos encontramos en la esfera de una comunidad de derecho que ha traspasado los umbrales tradicionales del derecho internacional y tiene su razón de ser en la integración política y jurídica de los Estados que la componen. Como cualquier organización, está imbuida de un espíritu constitutivo que, en el caso de la Unión, ha ido plasmándose de manera cada vez más ambiciosa en los tratados, de los que hoy forma parte la Carta de los Derechos Fundamentales redactada en 2000, incorporada al derecho originario y de plena aplicación desde 2009. En ella no falta la cláusula antiabuso que ha estado presente, como decimos, en las declaraciones de derechos más importantes a partir de 1948.

En el caso de la Carta de la Unión, está emplazada en el artículo 54, que es la que cierra, sin que hasta el momento, salvo error de mi parte, haya sido objeto de una consideración detenida por parte del Tribunal de Justicia. El sentido de la misma parece, sin embargo, bastante claro: los derechos no amparan actividades que denoten hostilidad contra los fundamentos del sistema en el que la propia declaración se inserta y que, en el caso de la Unión, tienen hoy abundante desarrollo normativo en el Título I (sobre disposiciones comunes) del Tratado de la Unión. Por su expresividad, baste la llamada de atención sobre el artículo 2 (“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”), toda una declaración *performativa* de lo que tenemos en común y nos hace ser como somos.

Leída en conjunción con lo que dispone el artículo 6 del propio Tratado, en cuanto al reconocimiento de los derechos de la Carta —y también de los del Convenio Europeo de 1950, “fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, añade con decisión, por lo que “formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”— no es de extrañar que la Unión pueda ser tildada de cualquier cosa, menos de *agnóstica, indiferente o abstencionista* en lo que se refiere a la salud del Estado de derecho —y la suerte de los derechos— en el seno de todos y cada uno de los Estados miembros. Y en consecuencia, el artículo 7 del Tratado regula una acción combinada del Parlamento, la Comisión y el Consejo, a iniciativa de al menos un tercio de los Estados miembros, que permite a la Unión comportarse como una especie de “democracia militante transnacional”. Los casos de Polonia y Hungría —el primero de ellos objeto ya de un procedimiento de infracción y el segundo, probablemente a punto de serlo— permiten calibrar hasta qué punto puede llegar esa militancia, sin que, por lo que hemos visto hasta ahora, las perspectivas sean por cierto demasiado halagüeñas.

Lo que no es de extrañar, con esos miembros, es que la Unión se haya convertido en un poderoso impulsor de medidas contra el discurso de odio. Y en esa dinámica, la Decisión marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (2018/913) ha actuado como un revulsivo para las reformas introducidas en 2015 en el Código Penal español en lo que se refiere a la persecución penal de los delitos de discursos de odio.

La Decisión marco se sustenta en la idea de que los Estados miembros han de velar por la conformidad de sus políticas con las posiciones de la Unión (art. 29 del Tratado), que en este caso se refiere a la necesidad de “definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia que sea común a la Unión Europea”. Dicho enfoque es “de mínimos”, pero novedoso y exhaustivo en cuanto a: la

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

definición de una serie de conductas que habrán de ser castigadas, la consideración necesaria de la motivación racista o xenófoba como agravante, la gradación de penas (“de uno a tres años de prisión como mínimo”) y el alcance de la responsabilidad no solo a las personas físicas, sino también a las jurídicas, esta última regulada ahora en el nuevo artículo 510 *bis* del Código Penal.

En España, la tipificación penal del discurso de odio, a partir del Código de 1995, había basculado en torno a dos tipos genéricos básicos (la provocación a la discriminación, por un lado, y por otro, la difusión maliciosa de informaciones injuriosas, recogidas en los arts. 510.1 y 510.2 del Código Penal, respectivamente); incluía además un tipo específico, el de negación o justificación del genocidio, regulado en el artículo 607.2, y un tercero previsto expresamente para perseguir el enaltecimiento y la justificación del terrorismo o la humillación de las víctimas (art. 578 en la versión operada mediante la reforma del año 2000). Todo ello dicho de manera muy sintética y resumida, pues en realidad el tratamiento penal del odio era ya, incluso antes de la decisiva reforma de 2015, bastante más complejo de lo que pudiera parecer a primera vista.

Pese a que la rúbrica “delito de odio” no ha aparecido nunca —ni aparece— en el Código Penal, lo importante es que la denominación que a veces se hace de este cuerpo normativo como “Constitución en negativo” nos parece aquí particularmente pertinente, ya que la defensa de los valores que ella proclama —dignidad, igualdad y no discriminación— contra la conducta —o la actitud o la intención— de quienes los desconocen, empuja en la dirección de la complejidad y el adelantamiento preventivo de la sanción punitiva.

En términos conceptuales, la figura del delito de odio se resiente de una ambigüedad básica, pues puede referirse tanto a la motivación de quien lo comete —el prejuicio o la aversión hacia la víctima por la condición personal de ella—, como a las consecuencias que genera —discriminatorias, humillantes o intimidatorias— sobre grupos o colectivos sociales históricamente vulnerables, con independencia de la motivación o de la intención del autor. Una y otra perspectiva se deja sentir en la regulación del odio discriminatorio como circunstancia agravante genérica

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

en el artículo 22.4 del Código Penal, así como en una panoplia de tipos penales incluidos en la parte especial (amenazas, delitos contra la integridad moral, discriminación en el ámbito laboral, denegación de prestaciones, asociación ilícita para promover el odio, delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos, etcétera).

El delito de incitación al odio del nuevo artículo 510 es el resultado de trasponer la Decisión marco a la que antes nos hemos referido, verificado por la Ley Orgánica 1/2015. Leído en conjunción con la reforma realizada en el artículo 578 en materia de enaltecimiento del terrorismo, por medio de la Ley Orgánica 2/2015 —que a su vez invoca como justificación una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la 2178 sobre lucha contra el reclutamiento de terroristas—, produce un efecto de penalización de la palabra que convierte al contenido de ambos artículos en claros candidatos para un escrutinio constitucional que necesariamente tendría que manejarse con las categorías estadounidense —o su equivalente— de lo impreciso (*vagueness*), lo excesivo (*overbreadth*) y lo desalentador (*chilling effect*).

El nuevo 510 es uno de esos artículos-río cuya lectura requiere un esfuerzo de concentración y una familiaridad con los entresijos técnicos de lo punitivo que no está al alcance de cualquiera. Encuadrado bajo el epígrafe “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución”, contiene —nada menos que— tres tipos básicos (510.1, lits. *a*, *b* y *c*), tres tipos atenuados (510.2, lits. *a*, *b* e *in fine*) y dos tipos cualificados (510.3 y 510.4).

Sintetizando mucho, los tipos básicos consisten en: 1. fomentar, promover o incitar al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra grupos —o individuos en razón a su pertenencia a ellos— por los motivos allí enumerados; 2. producir, elaborar, poseer para distribuir o facilitar a terceros el acceso a material idóneo para la realización de las conductas descritas en el apartado 1, y 3. negar, trivializar gravemente o enaltecer los delitos de genocidio o de lesa humanidad.

Los tipos atenuados son: 1. lesionar la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

o descrédito en razón de su pertenencia a los grupos definidos en el 510.1; 2. producir, elaborar, poseer para distribuir o facilitar el acceso a material propiciatorio de tales conductas, y 3. con referencia a los dos tipos atenuados recién descritos y al objeto de agravar la pena prevista para ellos, en aquellos casos en los que la acción punible promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos que se mencionan en los apartados anteriores.

Finalmente, los tipos cualificados conllevan la imposición de penas previstas para los tipos básicos en su mitad superior —pensión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses— “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”, que hagan accesible la conducta prohibida a un elevado número de personas (510.3), previendo incluso la posibilidad de elevarse hasta la pena superior en grado en el caso de que “los hechos, la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo” (510.4).

Por lo que se refiere al delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, la reforma de 2015 al artículo 578 del Código Penal no afectó a la definición de las conductas típicas, pero (en la misma línea que los nuevos apdos. 3 y 4 del 510) procede a endurecer las penas cuando aquellas se realicen a través de Internet o por medio de comunicaciones electrónicas o tecnologías de la información (578.2), o bien, los hechos, vistas sus circunstancias, “resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella” (578.3); y además se contempla, incluso cautelarmente, la retirada de los contenidos ilícitos, así como la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del cual se hubiera cometido el delito.

El odio y el “ciber-odio” se nos aparecen hoy regulados, en definitiva, a través de un régimen punitivo de elevadísima densidad en el que la intencionalidad del autor, el odio o la voluntad de discriminar (*hate crime*, *bias crime*), combinado con la pro-

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

ducción de consecuencias concretas o en abstracto, se materializan en un verdadero frenesí de conceptos y referencias abiertas. Ello se ha traducido ya en un incremento de las denuncias por la comisión de estos delitos, pero es previsible que la consecuencia (¿indeseada?) sea también el desbordamiento de los contornos en los que debería desenvolverse el “derecho de los jueces” para no incidir más allá de lo soportable en el principio de seguridad jurídica; máxime estando, como está, en juego el alcance de un derecho fundamental tan decisivo para medir la calidad de la democracia como la libertad de expresión.

7.3. LA POSTURA DEL JUEZ EUROPEO: ENTRE LO APODÍCTICO Y LO PONDERADO

De manera simplificada, y a los efectos que aquí interesan, denominamos juez europeo a los tribunales supranacionales que en dicho ámbito tienen la última palabra sobre la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000; esto es, el TEDH, que actúa en el seno del Consejo de Europa, y el Tribunal de Justicia (TJUE), que lo hace en el de la Unión Europea.

Ya se ha apuntado que las aportaciones de uno y de otro sobre la interpretación de las cláusulas antiabuso y los límites últimos de la tolerancia no son equiparables, y ello es lógico no solo por razones cronológicas, sino porque a escala europea, Tribunal de derechos dedicado en exclusiva a defenderlos sin más lógica de conexión competencial —una vez agotadas las vías internas— que la denuncia de la vulneración de cualquiera de los reconocidos en el Convenio, solamente hay uno, que es el TEDH.

Entiéndase bien: el TJUE ciertamente se ha hecho acreedor en los últimos años de ser reconocido como un poderoso intérprete europeo del contenido de bastantes de los derechos de la Carta, pero su labor en este campo está mediada por la conexión necesaria con la aplicación del derecho de la Unión Europea, algo que influye claramente sobre el tono, el estilo y la profundidad de sus pronunciamientos. Pensemos en un ejemplo reciente y bien

concreto: el TJUE tuvo que decidir en marzo de 2018 si la marca de una cadena de restaurantes con domicilio social en España, llamada “La mafia se sienta a la mesa”, resulta o no contraria al orden público. El Tribunal decide que sí es contraria y, en consecuencia, desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. Lo que sorprende es que una cuestión que en otra sede podría haber suscitado agudas cuestiones relacionadas con el régimen del *speech* comercial y sus limitaciones, es decir, hubiera sido tratada como una cuestión rigurosamente de derechos, aquí se despacha con una sentencia sobria, de apenas 10 páginas, en la que el Tribunal se limita a considerar si el organismo de instancia aplicó o no correctamente la excepción de “contrario al orden público o a las buenas costumbres” recogida en la correspondiente norma europea (Reglamento 207/2009).

Para el TJUE, lo importante es valorar las cosas “sobre la base de los criterios de una persona razonable que tenga umbrales medios de sensibilidad y tolerancia” (párr. 26 de la sentencia). Y así, frente al intento de los recurrentes por convencer al Tribunal de que la marca y el logo remitían de manera expresa e inequívoca a la saga de películas “El Padrino”, el TJUE recuerda que la mafia es una organización criminal que realiza graves actos delictivos y que tales actividades “vulneran los propios valores en que está fundada la Unión, en particular los valores de respeto de la dignidad humana y de la libertad, tal y como están previstos (en los artículos) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (párr. 36). El párrafo recién transcrito es un buen ejemplo de invocación apodíctica de los valores europeos, que se esgrimen allí como un ariete contra el intento de reconducir la opción elegida por los promotores de la marca controvertida al terreno del libre actuar o del ejercicio legítimo de derechos. Los valores se alzan como el punto de llegada del razonamiento; una vez proclamada la incompatibilidad, el sentido de la resolución va de suyo, sin necesidad de ulteriores matizaciones o distinguos.

En el sistema del Convenio, la prohibición del abuso de derecho del artículo 17 es una herramienta que la antigua Comisión y el TEDH han utilizado asiduamente para eliminar de los contornos de lo protegido la difusión de sentimientos de odio o

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

de intolerancia. Pero en otras ocasiones, y para orillar el “efecto guillotina” que produce dicho artículo, el TEDH aborda los discursos de odio desde la perspectiva de las restricciones legítimas de la libertad de expresión previstas en el párrafo segundo del artículo 10, lo que le permite dar respuestas mucho más matizadas y ajustadas a las particularidades del caso. No hay que olvidar que el TEDH actúa generalmente no como un juez de hechos, sino como uno que tiene que decidir sobre lo que otros jueces —los nacionales— han dicho al resolver el conflicto de fondo, por lo que sus sentencias suelen consistir en ejercicios de ponderación de los derechos e intereses en conflicto que se yuxtaponen —para reforzarlos o rebatirlos— a los realizados en el ámbito interno.

Tras un rodaje de casi siete décadas de defensa de los derechos a escala europea, las sentencias del TEDH traslucen una técnica depurada, una lógica cartesiana que se despliega a través de pasos sucesivos en los que el TEDH va analizando si la limitación concreta a la que fue sometido el derecho estaba prevista en la ley interna, si atendía a una finalidad legítima (y encuadrable en la óptica del 10.2) y si, en la práctica y a la vista de las circunstancias concurrentes, la limitación fue concorde con las exigencias de una sociedad democrática. Esta forma pautada de estructurar el razonamiento otorga a las decisiones un marchamo de racionalidad argumentativa que tiene mucho que ver con el auge universal de la proporcionalidad como la técnica más idónea para resolver los conflictos en materia de derechos.

Lo que dista de ser claro en materia de expresiones de odio es cuándo el TEDH opta por la exclusión apriorística (la vía del art. 17) o bien por el juicio ponderado (la vía del 10.2). Y la duda no se disipa examinando el resumen de jurisprudencia sobre *Discours de haine* que el propio TEDH pone a disposición de la comunidad jurídica a través de su página web. Es un resumen que abarca todo el arco temporal comprendido entre 1957 —que fue el año de la decisión de la Comisión declarando conforme con el Convenio la disolución del Partido Comunista decretada por las autoridades alemanas— y 2015, e incluye causas y casos relacionados con diferentes tipos de odio: étnico o racial, religioso, amenazante contra el orden democrático o “negacionista” (del Holocausto) y revisionista. También casos de apología de los crímenes de guerra, del terrorismo, de discursos homófobos

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

y xenófobos, agresivos contra la identidad nacional y de injurias políticas. Un largo elenco de casos que caen a veces del lado de la decisión de inadmisibilidad de la queja, por imposibilidad de invocar el Convenio para amparar actuaciones abusivas e incompatibles con los valores en él subyacentes, y otras del lado de la consideración detenida mediante el análisis vía artículo 10.2.

A falta de un criterio claro, quizá sea de ayuda revisar dos casos recientes, ambos sobre discursos de odio por instigar a la violencia, fallados en mayo de 2018 por las secciones segunda y tercera del TEDH. El primero de ellos, *ROJ TV A/S vs. Dinamarca*, desemboca en una decisión de inadmisión basada en el artículo 17, cuyo alcance es desmenuzado con cita de abundante jurisprudencia en los párrafos 30 y siguientes de la sentencia. El caso tiene además interés porque llega al TEDH después de que el TJUE dictaminara a instancia de un juez alemán, en vía de cuestión prejudicial, sobre la posibilidad de que un Estado pueda prohibir las emisiones de televisión de una empresa radicada en otro Estado miembro, con base en la disposición de la Directiva reguladora de las actividades de radiodifusión televisiva (89/552/CEE), que prohíbe la difusión de contenidos que inciten al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad.

En el caso fallado por el TJUE, al igual que en el decidido por el TEDH, el problema de fondo era la emisión reiterada en *ROJ TV* (y en otra emisora llamada “Mesopotamia Broadcast”) de propaganda del Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK), cuyos puntos de vista sobre la supuesta legitimidad de la lucha armada y el complot internacional contra el terrorista convicto Öcalan eran asumidos plenamente. Ante el TEDH, el problema en examen era si la condena a penas de multa de la emisora, así como la de prohibición de emitir, por haber incurrido en el delito de cooperación con el terrorismo previsto en el Código Penal de Dinamarca, contravenían la libertad de expresión de los demandantes. El TEDH comienza citando la sentencia del TJUE, favorable a la posibilidad de prohibir, y de manera inmediata establece los principios que preludian el sentido de la decisión.

Lo que nos importa resaltar no es la insistencia en que apoyar la violencia e instigar el odio equivale a utilizar torticeramente el artículo 10 para destruir el sistema de los derechos del Convenio,

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

pues esto es algo que se presenta en línea de continuidad con decisiones tan relevantes como *Garaudy vs. Francia* (negacionismo), *Norwood vs. Reino Unido* (islamofobia), *Dieudonné M'Bala M'Bala vs. Francia* (antisemitismo) o la más reciente *Belkacem vs. Bélgica* (justificación de la *Sharia* y odio contra los no musulmanes), por citar solo algunas.

Lo relevante, insistimos, es que ahora el TEDH parece optar por una llamada a la contención en la aplicación de la doctrina del abuso de derecho, para concluir que este es uno de los casos en los que el recurso a la “guillotina” del artículo 17 está plenamente justificado. “El Tribunal [se lee en el párrafo 46 de la sentencia] cree oportuno recordar que el artículo 17 [...] solo debe ser aplicado en supuestos excepcionales y para casos extremos [...]. Y en el caso en examen el Tribunal ha dado una importancia decisiva al hecho de que en el procedimiento seguido ante los tribunales internos [...] quedó acreditado que el seguimiento de la actualidad desde un solo lado fue acompañado de reiteradas invitaciones a participar en la lucha y en las acciones armadas, de llamamientos para sumarse a la guerrilla, y de la presentación como héroes de los caídos en la lucha, todo lo cual [...] sobrepasa lo que podría ser considerado como una declaración de simpatía hacia el PKK [...]”. El TEDH parece estar diciendo, en definitiva —y a eso es a lo que apunta el párrafo siguiente— que en la actual hora europea, la prevención del terrorismo y de expresiones que guarden relación con él, e inviten a usar la violencia, se han convertido en los candidatos mejor colocados para merecer la aplicación apodíctica del artículo 17.

El segundo caso, *Stomakhin vs. Rusia*, sitúa los razonamientos del Tribunal exactamente en las antípodas de la aproximación realizada en el caso *ROJ TV*. El demandante es un periodista y activista político, director de una publicación llamada *Radikalnaya Politika* (*Política Radical*), desde la cual se criticaba acerbamente la actuación de las autoridades rusas con respecto al conflicto checheno. El espíritu de la publicación puede resumirse en la idea de que el pueblo checheno estaba comprometido en una lucha heroica contra la expansión colonial rusa, y en esa perspectiva los artículos incluían ocasionalmente chanzas contra los creyentes de la religión ortodoxa y expresiones como “asesinos del pueblo checheno”, “criminalidad patológica de Rusia”, “la

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

venganza por el genocidio del pueblo checheno llegará tarde o temprano”, “las explosiones en el metro de Moscú están justificadas y son legítimas” y otras por el estilo. La acción penal contra el periodista por llamar a acciones extremistas y aleccionar odio y hostilidad y humillar la dignidad por razón de etnia, origen, actitud frente a la religión o pertenencia a un grupo social (art. 282.1 del Código Penal ruso) desembocó en una condena firme a la pena de cinco años de prisión y tres de inhabilitación para el ejercicio de la profesión periodística.

En la sentencia, el TEDH reproduce —como de costumbre— el derecho interno aplicable, pero significativamente incluye en ese apartado un epígrafe separado bajo la denominación “Instrumentos y textos relevantes del Consejo de Europa”, en el cual cita la recomendación 15 contra el discurso de odio (de 2015) y su memorándum explicativo (a los que antes nos referimos), precisamente para resaltar la importancia de valorar los discursos controvertidos a la luz de las circunstancias y en concreto:

- (i) el contexto en el que aparece el discurso, con referencia a la presencia o no de graves tensiones en el seno de la sociedad en la que el discurso es difundido;
- (ii) la capacidad de quien habla de ejercer influencia sobre otras personas, por ejemplo, por ejercer liderazgo político, religioso o social;
- (iii) la naturaleza y el carácter del lenguaje empleado, es decir, hasta qué punto es provocativo y directo, si recurre o no a información falsa o a estereotipos y estigmatizaciones capaces de instigar acciones de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación;
- (iv) el contexto en el que aparecen expresiones concretas, o sea, si aparecen de manera aislada o reiterada, o bien, si pueden aparecer o no como contradichas en el marco del propio discurso o por la audiencia a través de un debate;
- (v) el medio utilizado para la difusión del discurso y la medida en la que permite o no suscitar respuestas inmediatas, como ocurre en un debate en directo, y finalmente,
- (vi) el tipo de audiencia, en el sentido de si concurre en ella una disposición o susceptibilidad para realizar actos de violencia, intimidación, hostilidad y discriminación.

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

Se trata, como se ve, de un conjunto de directrices cuyo propósito es guiar la aplicación de una categoría tan problemática como la del discurso de odio mediante la contención y la explicación racional. Y a la luz de ellas, y con la tríada de pasos de costumbre —previsión-justificación del límite-necesidad “democrática”—, el TEDH opta por enfrentarse al caso desmenuzando las opiniones y juicios de valor del demandante en tres categorías diferenciadas —unas que justifican la violencia terrorista, otras que califican la actuación de las autoridades rusas y unas terceras que se vinculan con la difusión de sentimientos negativos con respecto a los creyentes de una religión—.

Con este modo de proceder —y de manera un tanto sorprendente— el TEDH es capaz de dictar una sentencia en la que reconoce que ciertas afirmaciones —las del primer tipo— no están justificadas y, a la vez, llegar a la conclusión de que la libertad de expresión del demandante fue vulnerada. Traducido a la técnica argumentativa del Tribunal, ello se hace posible añadiendo al test de la *pressing social need* —que en este caso sí concurre, según el TEDH— un juicio adicional de proporcionalidad de la respuesta del Estado, juicio del que va a hacer depender, en definitiva, si dicha respuesta era o no necesaria en una sociedad democrática. La conclusión es que no lo era a la vista de la dureza de la sanción penal y teniendo a la vez en cuenta que el impacto potencial del medio en el que se expresaba el demandante era ciertamente limitado.

La sentencia tiene un voto particular del juez Keller muy crítico con el desmenuzamiento del discurso en partes susceptibles de un análisis por separado; algo que —se defiende en el voto— generará confusión y tendrá consecuencias que no son fáciles de prever, especialmente —concluye— en un momento como el presente, en el que varios Estados pertenecientes al Consejo de Europa se enfrentan a tensiones de tipo separatista.

7.4. Y LA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: ¿EL ODIO TRIVIALIZADO?

Hasta la STC 177/2015, en la que el Tribunal Constitucional español (TC) decidió el amparo relacionado con la condena penal

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

de independentistas catalanes que quemaron una foto de los reyes, la jurisprudencia del TC en materia de discursos de odio era una jurisprudencia que podemos calificar de contenida y coherente. Contenida no solo en razón del limitado número de casos relacionados con ese tipo de discurso —algo, por lo demás, que tampoco es achacable al propio Tribunal—, sino porque era una jurisprudencia más bien “minimalista”, en el sentido de que estaba ceñida a responder las cuestiones jurídicas objeto del debate, sin plantearse como objetivo posicionarse en la materia de cara al futuro mediante afirmaciones e interpretaciones enfáticas y de amplio espectro.

El TC amparó el honor de Violeta Friedman, una víctima directa de los campos de concentración, frente a las opiniones “negacionistas” y ultrajantes de un filonazi (STC 214/1991); sostuvo la condena por un delito de injurias de los responsables de la publicación de un cómic de contenido claramente humillante para quienes estuvieron presos en los campos de exterminio (STC 176/1995), y resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona con respecto al hoy derogado artículo 607.2 del Código Penal, que castigaba la negación o justificación del genocidio. En su respuesta, el TC vino a decir —por mayoría de ocho votos contra cuatro— que la mera negación del genocidio, digamos desapasionada o neutra, siempre que no llevara implícita la justificación o enaltecimiento del mismo, debería reputarse que está protegida por la libertad de expresión, lo que determinó la declaración parcial de inconstitucionalidad del referido artículo del Código Penal (STC 235/2007). Esta sentencia continua siendo, por cierto, la única del TC en cuyo origen, además del delito de negación del Holocausto, estaba la persecución penal por el delito de incitación al odio racial del 510 del Código Penal en su redacción anterior a la reforma de 2015.

No obstante las muchas críticas doctrinales que recibió la STC 235/2007, y pese a que a la postre el TEDH acabaría condenando a España en este asunto por vulneración de las exigencias de un proceso justo (caso *Varela Geis vs. España*), podemos decir que en los tres casos citados la jurisprudencia del TC tiene una coherencia básica. Está basada en la defensa a ultranza del valor

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

dignidad, que se completa, en el caso de la *Librería Europa*, con el deseo de no quebrantar el hilo que vincula el delito de incitación al odio con el elemento intencional y el deseo de producir consecuencias, inmediatas o futuras, pero constatables. Y en relación con ello y alumbrada por el prurito de descartar en absoluto la persecución *sustantiva* de ideologías o creencias, el TC no se priva de recurrir al tópico de la presunta imposibilidad lógica de calificar nuestra democracia como “democracia militante”, ya que —como se dice expresamente en el FJ. 2 de la STC 176/1995 y se reitera en el FJ. 4 de la STC 235/2007— la Constitución protege también a quienes la niegan. La insistencia en dicho tópico, que solo se tiene en pie si definimos la *militancia constitucional* valiéndonos de las disposiciones sobre la reforma como el único indicador que hay que tener en cuenta —y cuyo nefasto corolario es que, respetando las formalidades, todo es defendible e igualmente respetable—, genera claras disonancias con relación a las concepciones del TEDH sobre el sentido último del reconocimiento de los derechos fundamentales en una sociedad democrática.

Hablando en términos abstractos, se trata de una disonancia que está soterrada o recluida al ámbito de lo puramente teórico o especulativo. Lo paradójico es que, si descendemos a lo concreto, podríamos pensar que a menor “militancia constitucional”, mayor tolerancia frente a discursos o comportamientos “extremos” o molestos para una gran parte de la población. Y sin embargo, aquí tenemos una nueva brecha entre las posturas del TC y las del TEDH que la STC 177/205 y la subsecuente del TEDH en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España* ejemplifican espectacularmente.

Cualquiera puede revisar los hechos que dan origen a la STC 177/2015 en *Youtube*. El video, de apenas un minuto y medio, muestra la congregación de decenas de personas en una plaza de la ciudad de Gerona bajo pancartas contra la ocupación de los países catalanes por los borbones, la colocación de una foto con las imágenes invertidas de Juan Carlos y Sofía en el centro de la plaza y la quema del retrato por dos personas con el rostro tapado. Estos fueron acusados y condenados por el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, como autores del

delito de injurias graves al rey, previsto en el artículo 490.3 del Código Penal, a la pena de 15 meses de prisión con suspensión del ingreso y multa sustitutiva de 2 700 euros a cada uno de ellos. La sentencia, que tuvo 6 votos particulares, fue confirmada por el Pleno de la Sala de lo Penal con una motivación que insistía en el carácter de la quema como expresión simbólica de desprecio a la institución y en la idea de que el tipo penal protege el honor del rey, pero solo en la medida en que es reconducible al ámbito del ejercicio de sus funciones constitucionales.

Interpuesto el amparo ante el TC por vulneración de los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión (art. 20.1.a CE), este es desestimado por el Pleno del TC con una mayoría de ocho votos contra tres. El TC aborda el asunto desde la perspectiva de la libertad de expresión en un largo fundamento jurídico (FJ. 2) que arranca con las habituales citas de jurisprudencia en defensa del derecho a la crítica desabrida e hiriente, para dar inmediatamente un giro metodológico y traer a colación el discurso de odio (con cita del caso decidido en 2009 por el TEDH, *Féret vs. Bélgica*) a fin de anunciar que el problema en examen no es tanto un problema de limitaciones legítimas de la libertad de expresión como de uno previo, el de la delimitación de su contenido.

Mediante ese expediente, que supone a la vez una reivindicación de la capacidad del TC para revisar a fondo las ponderaciones del juez ordinario, y pese a que la sentencia no se priva de deslizar el tópico de la condición no militante de nuestra democracia, el giro se da en el FJ. 4, cuando el TC nos dice que lo que se trata de dilucidar es si estamos en presencia de la expresión legítima de una opinión, o bien, ante el propósito de “desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”. Y también, un poco más adelante: “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 comparten el ideario de los intolerantes”.

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

Son muchas las cosas que se pueden decir de esta concepción desbordante del discurso de odio, manejada por el TC con el fin de realizar una “delimitación” apriorística de la libertad de expresión en nuestra “agnóstica” —por no militante— democracia constitucional. Los votos particulares y —de manera especial el del magistrado Xiol Rius— así lo señalan, advirtiendo de los peligros que entraña distorsionar los contenidos generalmente admitidos en el repositorio del discurso de odio, para albergar una versión supuestamente más sofisticada o *Smart* del mismo, que en realidad lo banaliza, transformándolo en otra cosa.

La sentencia del TEDH, *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, de 13 de marzo de 2018, cita expresamente el anexo a la recomendación R(97)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que el ámbito de aplicación de los principios allí enunciados en relación con el discurso de odio van referidos a “las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, que se manifiesten a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes o personas de origen inmigrante”. Y ello prelude una decisión de condena a España que sigue la línea de los casos *Castells* (1992) y *Otegui Mondragón* (2011), por la renuencia de los jueces españoles a reconocer la naturaleza de crítica política de ciertos discursos e incurrir en limitaciones de la libertad de expresión que resultan desproporcionadas e innecesarias en una sociedad democrática.

La utilización de la STC 177/2015 como *leading case* y precedente más relevante se deja sentir de forma explícita en la STC 112/2016, la primera sentencia en la que el TC admitió entrar al fondo de un amparo frente a una condena por enaltecimiento del terrorismo con motivo del discurso proferido por el recurrente en un acto de homenaje a un relevante miembro de la banda terrorista ETA, fallecido en 1978. Ciertamente, aquí la postura del TC se nos aparece bastante más en consonancia con la mantenida por el TEDH en materia de discursos que contemporizan con el terrorismo. Pero la afirmación que se desliza en el FJ. 4, en el sentido de vincular la presencia de un discurso de odio al

hecho de “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”, unido al escenario político que se abrió con el final definitivo de ETA, pueden producir el efecto de favorecer una interpretación del artículo 578 apegada a la tesis del discurso político —como vuelve a reclamar el magistrado Xiol Rius en su voto particular a la STC 112/2016—, incluso cuando se trata de revisar el pasado, en lugar de una centrada en el propósito de justificar la violencia y humillar a quienes la padecieron.

7.5. CONCLUSIÓN: EL DISCURSO DE ODIOS Y LAS PARADOJAS Y CONTRADICCIONES DE UN CONCEPTO INASIBLE

En las páginas anteriores hemos concentrado nuestra atención en lo que nos parece que son los elementos más relevantes para comprender los problemas que plantea la persecución penal del discurso de odio. Hemos mirado las normas del Código Penal que lo regulan y hemos atendido a las interpretaciones jurisprudenciales europeas y del Tribunal Constitucional español cuando tienen que habérselas con la categoría, debiendo enfocar los asuntos concretos que se les plantean a la luz del compromiso con los derechos fundamentales y, en especial, con la libertad de expresión. Hemos realizado una exposición selectiva y parcial: solo las normas del Código Penal español y las jurisprudencias del TEDH y del TC, estas últimas porque entendemos que dan lugar a interpretaciones *relevantes* y *paramétricas* que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria española deben atender para cumplir el mandato que les imponen el artículo 10.2 de la Constitución —en cuanto a la jurisprudencia del TEDH— y el 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en cuanto a la jurisprudencia del TC—.

Pero al optar por esa estrategia, seguramente hemos dejado fuera cuestiones y datos que son esenciales para obtener una visión más ajustada a la realidad del problema en examen. Hay, desde luego, cuestiones que son rigurosamente de enfoque. Si tratamos el discurso de odio como un problema de persecución

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

penal, dejamos fuera formas de posicionarse frente a él que posiblemente resultan más idóneas para prevenirlo o para neutralizar su impacto. En ese sentido, habría que atender a las respuestas normativas inspiradas en el valor y el mandato constitucional de igualdad, como pueden ser, entre otras, la Ley 19/2007 contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, o las aprobadas en algunas comunidades autónomas de España para combatir lo que ha dado en llamarse la LGTB-fobia y promover la igualdad de las personas pertenecientes a esos colectivos. Claro que, en ese caso, quizá habría que “negar la mayor” y abandonar la inercia semántica atrapada en la etiqueta del “discurso de odio” para hablar preferiblemente de discursos discriminatorios.

Y ya puestos a revisar, ¿no procedería considerar hasta qué punto la presión de las instancias supranacionales en favor de la regulación penal del discurso de odio no ha tenido un efecto inhibitorio para el surgimiento de maneras menos traumáticas de combatirlo? Al fin y al cabo, como escribiera Durkheim —y esto es plenamente aplicable a uno de los problemas específicos que plantea la persecución penal del odio—, “la intención es una cosa demasiado íntima como para que pueda ser apreciada desde fuera y por aproximaciones groseras”.

En nuestro descargo, siempre podremos decir que los problemas jurídicos en el marco de las libertades propias de un Estado de derecho acaban desembocando inexorablemente en una cuestión de encuadre constitucional. Y de eso, de los condicionantes constitucionales de la persecución penal del discurso de odio y de los imperativos adicionales marcados por la(s) integración(es) supranacional(es), es de lo que hemos hablado; de eso y no de las tareas, realizadas o pendientes, dirigidas a evitar que el mandato específico de igualdad del artículo 9.2 de la Constitución española sea solo *flatus vocis*.

Pero al actuar así tampoco hay que olvidar que solemos caer en una especie de “paradoja epistémica” que condena nuestro saber de juristas a articularse como un saber azaroso e incompleto. La mirada desde el vértice, es decir, solo a algunos conflictos que son los que llegan a las más altas esferas resolutorias, nos nubla la visión y nos oculta los detalles decisivos de lo más corriente o de

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

lo más cercano, que son, en materia del discurso de odio, como en cualquier otro ámbito de estudio, los que más importan. Los criterios para perseguir o no una conducta y para ejercer la acción penal o desistir de hacerlo; los que se manejan para decretar el archivo de la causa o darle trámite, y los que se atienden para dictar resoluciones que pueden ser recurridas o no. Eso es lo que más interesa, sin que de todo ello alcancemos generalmente a tener más que un panorama limitado y de segunda mano.

En sede de jurisdicción ordinaria, las respuestas son a veces axiomáticas y favorables a la sanción, por lo que el discurso es en sí mismo reprobable, y otra veces matizadas y “atemperadoras” en razón de las circunstancias que lo rodean y la previsible ausencia de daños consecuenciales. Nada que no hayamos visto reflejarse en las posiciones de los intérpretes supremos. Sin salir de ese ámbito, el de la jurisdicción ordinaria, pero atendiendo también allí a la posición de las cúspides —las Salas de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional—, sabemos que hay divergencia de puntos de vista, sobre todo en cuanto a los requisitos que tienen que concurrir para apreciar enaltecimiento del terrorismo.

Una de las paradojas más lacerantes que provoca la persecución penal del discurso de odio es la multiplicación exponencial de sus efectos. Cultivadores del género musical conocido como rap, cuya fama no hubiera salido nunca del reducido núcleo de sus adeptos, atraen ahora una atención mediática generalizada y sostenida. Si comparamos dicho efecto amplificador con el que la norma penal atribuye por definición al uso de las redes sociales, la descompensación es evidente. A instancias de la Unión Europea, *Facebook*, *Google*, *Twitter* y *Microsoft* comparten, de todos modos, desde hace un par de años, un código de conducta para bloquear los contenidos que inciten a la violencia y en algunos países —en Alemania, por ejemplo— se ha legislado para establecer la obligación de suprimir de la red los contenidos ilegales y el procedimiento para llevar a cabo el borrado.

Son solo pinceladas de un panorama en el que los discursos, los delitos y (ahora también) los incidentes de odio parece que han acabado por convertirse en el problema por excelencia de las sociedades con un sistema de libertad de expresión anclado

El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

sólidamente a su ser constitutivo. Si esto fuera así, y el odio, el anatema, la voluntad de aniquilar al diferente y la intolerancia dogmática hubieran desplazado de verdad la vigencia —social, pero también en el reducto de la conciencia de cada cual— de los valores que las constituciones proclaman, entonces no habría oficinas, fiscalías ni tribunales que pudieran hacer frente a la marea de aniquilación. Nuestras sociedades abiertas a la diversidad se habrían transformado en sociedades obsesivas y enfermas, y en la era de la comunicación digital a escala global, la libertad de expresión habría regresado a los momentos del control inquisitorial.

Las exigencias de seguridad de la sociedad democrática y el deseo de sentar las bases de una convivencia pacífica de los individuos y de los grupos no pueden hacernos olvidar que la medida y el cálculo costo-beneficio tienen que ser consustanciales a los planteamientos con los que nos enfrentemos a los discursos de odio, si no queremos que nuestras respuestas acaben dañando la solidez y la coherencia de las convicciones que pretendemos defender.