



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA Y
LA PROCURA POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO
DE ABOGADOS DE CANTABRIA)***

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2023-2024

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DELITOS DE ODIO
DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO AL HONOR**

**FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE CRIMES FROM THE
PERSPECTIVE OF THE RIGHT TO HONOR**

AUTOR: Andrés Liaño Rodríguez.

DIRECTORA: Almudena Congil Díez.

RESUMEN

En este Trabajo de Fin de Máster (TFM), se explora el complejo entrelazamiento entre la libertad de expresión y los delitos contra el honor, abordando ambos conceptos, su naturaleza y su configuración tanto en el plano constitucional de nuestro ordenamiento interno como en el plano internacional. Se analizan las figuras jurídicas existentes en nuestro ordenamiento que limitan la libertad de expresión en tanto se consideran conductas propagadoras del odio, desde una perspectiva esencialmente penal. El presente trabajo también se adentra en la defensa de la libertad de expresión, recogiendo algunos de los argumentos más interesantes al momento de hacer valer la importancia de mantener unos amplios márgenes de libertad de expresión, aunque ello muchas veces nos pueda llevar a contemplar situaciones incómodas, molestas, desagradables que perturben nuestra sensibilidad. Este examen de argumentos a favor de un marco más amplio de libertad de expresión se completa ponderando los mismos con aquellos sacrificios que serían necesarios en cuanto al derecho al honor para poder mantener dicho marco, y comprobando cómo el desarrollo de una sociedad se ve favorecido por este marco más amplio. Este análisis se completa con conclusiones que resumen los principales hallazgos y reflexiones sobre la delgada línea que separa la libertad de expresión de un agravio al honor.

ABSTRACT

In this Master's Thesis (TFM), the intricate interplay between freedom of expression and offenses against honor is explored, addressing both concepts, their nature, and their configuration both in the constitutional stage of our internal legal system and on the international stage. This examines the legal figures existing in our legal system that restrict freedom of expression inasmuch as they are considered behaviors that propagate hatred. This work also delves into the defense of freedom of expression, presenting some of the most interesting arguments when asserting the importance of maintaining broad margins of freedom of expression, even though this may sometimes lead us to contemplate uncomfortable, bothersome, or unpleasant situations that disturb

our sensitivity. This examination of arguments in favor of a broader framework of freedom of expression is complemented by weighing them against the sacrifices that would be necessary concerning the right to honor in order to maintain such a framework, and verifying how the development of a society is favored by this broader framework. This analysis is rounded off with conclusions summarizing the main findings and reflections on the fine line that separates freedom of expression from an affront to honor.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN -----

1.1 OBJETIVOS -----

1.2 ESTRUCTURA DEL TRABAJO -----

1.3 METODOLOGÍA -----

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN -----

2.1 CONCEPTO Y NATURALEZA -----

2.1.1 Rousseau-----

2.1.2 Locke -----

2.1.3 Hobbes-----

2.1.4 La libertad aplicada a la capacidad de expresión -----

2.3 RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN-----

2.4 RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL -----

3. DERECHO AL HONOR-----

3.1 CONCEPTO Y NATURALEZA -----

3.1.1 Aristóteles -----

3.1.2 Schopenhauer-----

3.1.3 El honor y la dignidad -----

3.3 RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN-----

3.4 RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL -----

4. DELITOS CONTRA EL HONOR COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN -----

4.1 DELITOS DE ODIO-----

4.1.1 Código Penal -----

4.1.2 Bien jurídico protegido -----

4.1.3 Jurisprudencia-----

4.2 ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO-----

4.2.1 Código Penal -----

4.2.2 Jurisprudencia-----

5. EN DEFENSA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN -----

5.1 SUBJETIVIDAD DEL HONOR Y CRÍTICA A SU IRRENUNCIABILIDAD ---

5.2 CÓMO EL LENGUAJE CONDICIONA NUESTRA VISIÓN DEL MUNDO---

5.3 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO BASE DEL PROGRESO -----

5.4 LA PARADOJA DE LA INTOLERANCIA-----

6. CONCLUSIONES -----

7. BIBLIOGRAFÍA-----

1. INTRODUCCIÓN

1.1 OBJETIVOS

El objetivo del trabajo será analizar la particular relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor. Se estudiarán ambos conceptos analizando varias aproximaciones a los mismos por figuras ilustres del pensamiento humano.

Se analizarán los delitos de odio tipificados en España, cuál es su bien jurídico protegido y los problemas que pueden surgir en su interpretación. En este punto se tratará de esclarecer hasta dónde se limita la libertad de expresión con la tipificación de estas conductas con la intención de trazar esa línea divisoria entre la libertad de expresión y el agravio al honor. De igual manera, ponderación entre ambas figuras analizando la importancia de ambas.

El objetivo en esencia es indagar en la regulación que limita la libertad de expresión en aras de proteger el honor. Examinar si esta limitación es excesiva o si por el contrario debería ser extendida a más ámbitos.

1.2 ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Para un correcto desarrollo del trabajo, este se dividirá en varios bloques donde primeramente se delimitará y se expondrá cuál es el objeto de estudio, en este caso con una doble vertiente: la libertad de expresión y el derecho al honor. Y una vez se hayan analizado correctamente ambas figuras se pasarán a estudiar cuáles son los puntos más conflictivos al establecer un equilibrio entre ambas.

Para todo ello, comenzaremos delimitando la libertad de expresión y el derecho al honor, en qué consisten, cuál es su naturaleza, cuál es su alcance de cada una de estas figuras, con una evaluación de su reconocimiento actual tanto en la Constitución como en el derecho internacional en lo que concierne a España. Esto tiene un claro motivo y es la importancia de conocer aquello sobre lo que

se quiere hacer una exposición, y no solo conocerlo sino esclarecer cada extremo del concepto ya que estamos ante dos figuras que colisionan entre sí y cuya línea divisoria acostumbra a ser muy delgada.

El siguiente bloque, se abordarán de una manera más detallada las infracciones penales previstas para los casos en los que se trasgreda el uso reconocido a la libertad de expresión, implicando dicha trasgresión un agravio contra el honor. Se hará una breve definición de cada figura, analizando su tipo penal y su puesta en práctica por los tribunales. De igual manera se hará una reflexión sobre su introducción en el ordenamiento y cuál es el fundamento de cada una de estas figuras.

El propósito de este bloque es entender cuáles son aquellas conductas que el legislador considera más graves (recordemos que estamos hablando de la jurisdicción penal) y por qué, así como delimitar estas situaciones en la medida de lo posible, puesto que la casuística es infinita y los matices pueden determinar encontrarse a un lado o al otro de la línea entre la libertad de expresión y el delito.

Ya en el último apartado antes de las conclusiones, examinaremos cuál es la incidencia de dotar a los individuos de una libertad mayor al momento de expresarse, cómo esto condiciona la propia libertad de pensamiento y cómo puede determinar la prosperidad de una sociedad. Todo ello partiendo de una ponderación con el derecho al honor, si verdaderamente es tan fundamental como para gozar de la protección que hoy en día recibe, o sí incluso debería recibir una mayor cobertura.

El último punto del trabajo serán las conclusiones donde expondré mi valoración final a la vista de lo expuesto en el trabajo acerca de la libertad de expresión y su intersección con el derecho al honor.

1.3 METODOLOGÍA

Tomando en cuenta los puntos que se van a abordar en el trabajo, el método de investigación y desarrollo del mismo no puede ser otro que consultar los textos legales de nuestro ordenamiento jurídico (principalmente la Constitución y el Código Penal), incluida la regulación internacional, la jurisprudencia que moldee y matice lo necesario para adaptar estas figuras y para mantenerla apegadas y actualizadas con respecto a la realidad social e indagar en toda clase de literatura jurídica y filosófica acerca de la evolución de la libertad de expresión y el derecho al honor (incluyendo los tipos penales), los límites de ambas figuras y la motivación para su regulación actual. Todo esto se acompañará también de la búsqueda de artículos periodísticos para ver su calado en la sociedad y cómo las filias y fobias de esta hayan podido contribuir a su evolución.

Todo este se desglosará y redactará de la manera más clara y directa posible para esclarecer todo lo relativo a lo comentado en los anteriores apartados y extraer las conclusiones que se presenten oportunamente.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2.1 CONCEPTO Y NATURALEZA

El propio concepto de libertad de expresión incluye en su seno el propio concepto de libertad. Consiste en articular la libertad de un individuo a través de la capacidad de expresión que este mismo tiene como ser humano. Esto nos lleva inevitablemente a la necesidad de dar una primera definición sobre la misma libertad, pues de otra manera no podríamos entender cuál debería ser su relación con esa mencionada capacidad de expresión. Claro está, explayarse sobre la idea de libertad convertiría en interminable este trabajo, por lo que, de una manera sucinta, paso a recoger y analizar alguno de las exposiciones a mi juicio más interesantes para entender la esencia de este concepto.

2.1.1 Rousseau

Distinguía Rousseau entre la libertad natural y la libertad civil. La natural consistiría en hacer todo aquello que uno desea, sin restricciones, viéndose únicamente limitado por la fuerza individual (entendiendo esa fuerza individual no solo como fuerza física, sino cualquier habilidad o destreza que uno tenga). Este es el concepto más amplio de libertad que uno puede imaginar y que pueda ser concedido a cada ser humano por igual, a raíz del cual están llamadas a surgir desigualdades materiales determinadas por causas que podríamos reputar injustas.

Como freno a esta primacía de la fuerza, aparece la denominada por Rousseau como libertad civil, circunscrita a la voluntad general. Esta ata la voluntad del individuo no a la capacidad individual, sino a un título, al derecho positivo. El límite a la voluntad del fuerte pasa a ser la ley, que a su vez se convierte fundamento para el deseo del débil. Rousseau entiende que la libertad es el sometimiento a la ley, la aceptación de las reglas impuestas por

la voluntad general y la eliminación del sometimiento a los instintos de cada uno.¹

Respecto de esta concepción de la libertad se pueden hacer varias críticas. La primera de ellas es que ese estado natural donde se impone el más fuerte, es el punto de partida de cualquier estado. Un estado no deja de ser una mafia que se ha impuesto sobre el resto y se hace con el control de un territorio y una población, por lo menos en origen. Y a pesar de que una vez establecido puede surgir esa libertad civil entendida como derecho positivo que regula la relación entre individuos y entre el individuo y el estado, en tanto ese estado no permita la escisión voluntaria de cada miembro de la comunidad sobre la que se sitúa, no dejará de estar actuando bajo las normas de la libertad natural. Es decir, si un ciudadano explicita su voluntad de desistir en su relación con un estado y manifiesta que, por tanto, no quiere que se le apliquen las normas fiscales del mismo (renunciando consecuentemente a recibir toda prestación del estado), el estado aplicará la fuerza sobre ese ciudadano para seguir recaudando. La única escapatoria sería irse del territorio controlado por ese estado, pero claro, entrarías entonces en el territorio controlado por otro estado.

El problema en esencia del contractualismo social es que, si asumimos la validez de un contrato tácito entre el ciudadano y el estado acordando la sumisión del primero al segundo (podría fundamentarse en que al momento de nacer, e incluso hasta la mayoría de edad, uno no tiene capacidad suficiente para tomar dicha decisión, y por tanto se delega dicha tarea en los padres), se ha de permitir, por lo menos y en todo caso, el disenso explícito. De lo contrario, no cabría entender la validez del contrato, pues una de las partes no ha tenido la oportunidad en ningún momento de manifestar su voluntad, llegando a la conclusión de que no es más que una mera imposición propia de la libertad natural.

En relación con la idea de que la obediencia a la ley es la libertad, es fundamental entender que la voluntad general puede tornarse en la mayor de

¹Rousseau, J. J. (1999). *El Contrato Social*. Elaleph.com.

las tiranías si no se establecen contrapesos que precisamente bloqueen los deseos de la mayoría, que siempre tenderá a imponerse sobre las minorías, siendo el individuo la más irreductible de esas minorías. El principal problema del contractualismo de Rousseau es encontrar la manera de articular esa voluntad general para transformarla en ley sin aplastar a las minorías, y es aquí donde topamos con el Teorema de la imposibilidad de Arrow. Esta teoría plantea que cuando se tienen tres o más alternativas para que un cierto número de personas vote por ellas no es posible diseñar un sistema de elección que permita garantizar que el resultado de la votación refleje una preferencia general. No me voy a extender en ello pues no es el objeto de este capítulo, pero esta paradoja dificulta, por no decir que imposibilita, defender la existencia de una voluntad o un interés general.

Por tanto, la idea de libertad civil que propone Rousseau presenta ciertos problemas, y, por los motivos ya explicados, no deja de ser una omnipotencia de la voluntad general (voluntad de la mayoría, más acertadamente) lo que el autor suizo identifica con la libertad.

Esta idea del contractualismo que defiende Rousseau también está presente en otros autores, de entre los cuales podemos destacar a John Locke o Thomas Hobbes, aunque con ciertas diferencias entre ellos en cuanto al punto de partida.

2.1.2 Locke

Para Locke existe un estado prepolítico, un estado de naturaleza donde el hombre vive en libertad e igualdad. En este estado y por concesión divina el ser humano tiene tres derechos inalienables, como son la vida, la libertad y la propiedad privada, siempre vinculado a ellos el derecho a defender cada uno de los tres². El derecho a la vida no requiere de mucha explicación y el

²Godoy Arcaya, O. (2004). *Libertad y consentimiento en el pensamiento político de John Locke*. Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile.

derecho de propiedad para Locke se encuentra vinculado al trabajo que uno pone en aquello que en origen es de todos. A pesar de lo interesante que es esta idea, vamos a dejarla a un lado pues excede el objeto de esta redacción.

En cuanto a la libertad, esta se ve limitada por los otros dos derechos, es decir, eres libre de actuar como desees siempre que respetes las leyes de la naturaleza: la vida, la libertad y la propiedad privada del resto de individuos. Para Locke uno es libre en tanto no se vea sometido a la voluntad arbitraria de otros, mientras vea salvaguardados sus derechos naturales podemos decir que el ser humano es libre.

La idea misma de que existen unos derechos naturales previos a la constitución de un ente político resulta bastante atractiva si partimos de la idea de la moral como fuente de esos derechos. Se podría defender que esos derechos a la vida, la libertad y la propiedad privada no son más que un reflejo de la valoración que una sociedad hace de una acción, si está bien o está mal. Con base en esto podemos determinar qué conductas son legítimas y cuáles no: matar es ilegítimo porque atenta contra la moral de un pueblo, está percibido como algo malo, y por ende queda reconocido el derecho a la vida sin necesidad de un ente político que lo determine. El problema surge si queremos aplicar estas mismas reglas universalmente, en diferentes comunidades, con diferentes costumbres y diferentes visiones del mundo, la respuesta que obtendríamos sería distintas normas para cada comunidad.

La transición desde el estado de naturaleza al estado civil viene dada, según Locke, por la necesidad de defender los derechos que el ser humano tiene en el estado natural. De esta manera, el ser humano lo que cede a la comunidad al momento de constituir el estado no es otra cosa que el derecho de proteger la vida, la libertad y la propiedad privada. Ante la incapacidad de ser defendidos en el estado natural surge la comunidad política como garante de los derechos naturales, monopolizando el ejercicio de la violencia para poder defender esos derechos. Y para ello requiere precisamente de la renuncia por parte de las personas de su derecho a defenderse. Esta idea acerca del surgimiento del estado es esencialmente común entre los autores citados, en

cuanto a su nacimiento como herramienta para garantizar los derechos de los individuos, planteando los mismos problemas entorno al contractualismo.

En síntesis, la idea de libertad de Locke se basa en el respeto a la vida, la propiedad privada y la propia libertad del resto de individuos. Mientras no se vulneren estos derechos uno estará actuando en su campo legítimo de acción.

2.1.3 Hobbes

La visión de Hobbes se podría catalogar como más pragmática, menos idealista que las anteriores. Para el filósofo inglés la libertad se encuentra en la ausencia de obstáculos externos, en la carencia de impedimentos externos que obstaculicen el cumplimiento de tu voluntad. En un estado de naturaleza regido por esta libertad irrestricta, el ser humano es miserable, pues se encuentra a merced de la brutalidad del ajeno. Y es en este momento donde surge la necesidad de un soberano a quien cederle parte de esa libertad en aras de obtener una cierta seguridad³.

En ese paso de ceder derechos a cambio de una protección por parte del soberano, entiende Hobbes que uno adquiere una clase diferente de libertad, que en este caso consistiría en la ausencia del miedo. El ser humano abandona el temor al conflicto y a la guerra constantes, renuncia a esa libertad irrestricta justamente por otorgar más valor a esa seguridad y a la sensación de estar seguro.

De nuevo, la idea del contractualismo plantea los mismos problemas ya mencionados, acrecentados en este caso por ser partidario Thomas Hobbes de un sistema absolutista, siendo ese mismo soberano encargado de velar por la seguridad de sus súbditos el único que no renuncia a su libertad natural.

³HobbesT. (2018). *Leviatán*. Deusto.

2.1.4 La libertad aplicada a la capacidad de expresión

Como ha quedado patente, el concepto de libertad admite múltiples lecturas que amplían y reducen el campo de acción del ser humano según se pondere la propia libertad con la voluntad general, la moral, los derechos naturales, la seguridad... O también se puede optar por llamar libertad a la ausencia de cualquier restricción, lo cual nos dejaría una vacante en el término que utilizamos a día de hoy para referirnos a libertad.

Y precisamente por eso me parece fundamental hacer este pequeño repaso, porque con el transcurrir del tiempo y la ganancia de peso del estado sobre nuestras vidas, se van produciendo poco a poco cesiones hacia el estado de espacios que antes pertenecían a la sociedad civil y a la vida privada de cada persona. Áreas que antes se entendían de plena disposición para los individuos pasan a verse intervenidas por la administración de un estado. Y esto puede generar con el devenir de los años que a lo que antes llamábamos censura hoy le llamemos libertad.

Creo firmemente que no resulta conveniente rebajar el listón de un término con tanto peso como es el de “libertad de expresión”, y que se debe fijar de una manera clara y lo más firme posible cuál es su alcance, para que, en el momento en que la misma se vea mermada, emplear el término adecuado, y decir sin reparo que no hay libertad de expresión. Y no se requiere para poder afirmarlo la imposibilidad de expresar cualquier idea, pues la censura no consiste en secuestrar todos los libros que salgan al mercado, la censura es por definición selectiva, y, por tanto, con que se proceda a la censura de determinados discursos ya no estamos en posición de hablar de libertad de para difundir ideas. La libertad de expresión es binaria, o hay o no hay. En el momento en que la expresión de determinadas ideas se ve coartada sistemáticamente, la libertad desaparece.

En esencia, la libertad de expresión es, en mi opinión, la facultad de articular libremente el pensamiento y las ideas a través de los canales de

comunicación de los que uno dispone, sin más restricciones que la calumnia y la incitación directa a la comisión de un delito, y de la primera no estoy seguro.

2.2 RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN

Al momento de determinar qué reconocimiento tiene la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde atender a la jerarquía normativa del mismo, por lo que el primer paso es acudir a la Constitución Española, que si bien no profundiza ni delimita exhaustivamente dicha figura, es el punto de partida que determina hasta dónde puede llegar el legislador en su desarrollo posterior.

En el caso de la CE, es en el artículo 20 donde encontramos una definición de diversos conceptos ligados con la libertad de expresión:

«Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*
- c) A la libertad de cátedra.*
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.»⁴*

De este artículo 20 el apartado d) hace referencia a la libertad de comunicación, tanto por parte del medio que provee la información como del receptor de esta. El apartado c) se encuentra más ligado con la libertad de los docentes para impartir una materia dentro de su ámbito profesional, siendo esta libertad de cátedra una prerrogativa en el ejercicio de su labor. Con el

⁴Constitución Española de 1978. Artículo 20.

apartado b) ya podríamos hablar más *stricto sensu* de libertad de expresión tal, pero siempre tomando en cuenta que para el caso de expresiones artísticas se procura mantener unos límites más flexibles que con las manifestaciones que pueda hacer un ciudadano fuera de estas creaciones artísticas. Por último, el apartado a) es el que realmente recoge la esencia misma de aquello que la CE entiende por libertad de expresión. Se trata pues de la facultad de difundir ideas a través de cualquier medio que uno tenga a su disposición.

A partir de este precepto no se ha desarrollado por el poder legislativo ningún tipo de norma que específicamente desarrolle y profundice sobre esta figura, sino que a través de la numerosa normativa del ordenamiento jurídico junto con la jurisprudencia que la interpreta se han ido perfilando los límites a la misma. De esta manera, partimos de una disposición muy amplia recogida en el artículo 20 de la CE que se va viendo restringida por las normas de distintos órdenes, con especial referencia al penal, en aras de dar forma a esa manifestación tan genérica de la carta magna.

Es en este caso resulta muy relevante que se encuentre recogido en el artículo 20 porque esto mismo, el encontrarse en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I, determina cuál es su nivel de protección ante los Tribunales y frente a los poderes públicos en su desarrollo legislativo. De esta manera, el artículo 53.2 de la CE señala una protección especial para una serie de artículos entre los que se encuentra el art. 20, consistente dicha protección en la posibilidad de acudir a los Tribunales ordinarios para recabar la tutela de la libertad de expresión por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Igualmente, habilita a cualquier ciudadano que haya visto vulnerado su derecho a la libertad de expresión para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En este mismo sentido, el artículo 81 determina que, si el legislador quiere desarrollar normativamente un derecho fundamental, y la libertad de expresión está entre los reconocidos como derechos fundamentales por la CE, debe hacerlo, además de respetando el contenido esencial del derecho, a

través de una ley orgánica. Esto implica que se requiere de una mayoría absoluta en las Cortes Generales para desarrollar normativa que afecte a la libertad de expresión.

Como vemos, la libertad de expresión se encuentra en el escalón de derechos que más cobertura recibe dentro de la jerarquía que establece la Constitución, lo que supone una gran barrera a la hora de limitarlo y una importante protección en caso de verse trasgredido.

2.3 RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el mismo sentido que el artículo 20 de la CE encontramos varias exposiciones en los articulados más notorios a nivel internacional, como puede ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 19 dice: *«Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»*⁵. De igual forma, el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000: *«Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras»*⁶.

Como vemos, son definiciones bastante generales, simplemente establecen un primer marco muy amplio dentro del cual ha de encuadrarse el ordenamiento jurídico de cada uno de los estados, precisamente por la generalidad de los artículos, diferentes propuestas en cuanto a la regulación de este derecho.

⁵Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 19.

⁶Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000. Artículo 11.

Cuando acudimos al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, encontramos una definición similar a las anteriores, pero señalando de una manera más clara en qué casos el ejercicio de la libertad de expresión puede verse limitado: *«podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial»*⁷.

Si bien sigue siendo una aproximación general, encontramos ciertas notas interesantes, pues recoge como limitadores de la libertad de expresión la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la moral y la protección de la reputación, entre otros. Esto mismo puede encauzar bastante el reconocimiento del derecho al honor en el plano internacional y el encaje de los tipos delictivos que más adelante analizaremos.

Una definición muy similar a las anteriores recoge el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando de nuevo como límite *«asegurar el respeto a la reputación de los demás»*⁸. En cualquier caso, en el siguiente epígrafe relativo al derecho al honor analizaremos más detalladamente las distintas limitaciones que se dibujan.

Estos son solo algunos de los más relevantes textos a nivel interestatal en lo relativo a la libertad de expresión, puesto que la defensa de este derecho es una constante en tratados y convenios tanto de carácter global como regional, recogiendo todos ellos descripciones muy similares entre sí a la vez que con la presente en nuestra carta magna.

Y si bien es cierto que se puede criticar la libertad de interpretaciones que estas redacciones permiten, no podría ser de otra manera habida cuenta que

⁷Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Artículo 10.

⁸Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Artículo 19.

la realidad es compleja y cambiante, requiriendo definiciones flexibles que se puedan adaptar a la multitud de conflictos que puedan presentarse.

3. DERECHO AL HONOR

3.1 CONCEPTO Y NATURALEZA

A diferencia de la libertad, el honor no ha tenido un protagonismo destacable en la obra de tantos y tan influyentes filósofos y escritores. A pesar de ello, ha sido un tema abordado desde diferentes perspectivas a lo largo de los años, con nombres de gran relevancia estudiando esta figura que nos pueden ayudar hoy a dibujar y entender las características esenciales del honor.

El término «*honor*» es complejo, variado en cuanto a los usos que se le puede dar, es flexible, y precisamente por ello complicado de definir. Aúna en una sola palabra diferentes ideas y situaciones a las que uno se puede referir cuando la emplea. Es más, si acudimos al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española nos encontramos con un total de diez acepciones, sin contar las propias de expresiones formadas a partir de «*honor*». De todas las acepciones son dos las que mejor encajan en el uso que aquí le damos, y por consiguiente son las dos que vamos a comentar.

La primera define el honor como «*cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo*»⁹. Esta consideración del honor lo plantea como algo más ligado al interior de cada persona, a la capacidad de obligarse a hacer lo correcto. Se entiende como una exigencia que nace de uno para consigo mismo y para con los demás de actuar con virtud.

Esta definición, si bien está orientada en la dirección correcta, le falta alguna nota que nos aporta la segunda acepción del término: «*Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea*»¹⁰. La diferencia principal se encuentra respecto de la repercusión exterior que refleja esta segunda definición. Aquí se pone de manifiesto que el

^{9y 10} Diccionario de la Lengua Española RAE. 2023.

honor entra en relación directa con la imagen que el resto de personas tienen de uno. Esta concepción del honor tomando en cuenta la reputación como elemento fundamental viene a completar la primera acepción que planteaba la rectitud moral como esencia del honor.

3.1.1 Aristóteles

En este sentido, Aristóteles señala al honor como la justa recompensa del magnánimo, recompensa que considera el mayor de todos los bienes y que reconoce así: *«el mayor de todos estos bienes debe ser a nuestros ojos el que atribuimos a los dioses; el mismo que por encima de todos los demás ambicionan los hombres revestidos de las más altas dignidades, y que es también la recompensa de las acciones más brillantes; este bien no es otro que el honor»*¹¹. El honor se configura como el reconocimiento externo, la valía que los demás ven en la conducta propia, lo que termina por convertirlo en una manifestación de la virtud: aquel que tiene honor, que le precede su buena reputación, no puede ser sino como consecuencia de su excelencia moral, de la grandeza de su alma. El honor es el reconocimiento de los demás como premio a las acciones más brillantes.

Con esta consideración, Aristóteles reserva el honor a un grupo selecto de personas, pues la excelencia moral no es algo al alcance de todos. Sin embargo, ceñirse únicamente a esa excelencia al momento de definir el honor nos hace alejarnos de la noción común de esta figura como algo propio e inherente a todos los seres humanos que viven en sociedad.

3.1.1 Schopenhauer

En un plano más mundano, Schopenhauer analiza de una manera más extensa el honor en todas sus expresiones en la obra *El arte de hacerse*

¹¹ Aristóteles. (2014). *Ética a Nicómaco*. Gredos.

respetar. En esta define el honor como «la opinión que tienen los demás acerca de nosotros, y en especial la opinión general de quienes saben algo de nosotros»¹². Es decir, la opinión, siempre y cuando se manifieste, de la gente que nos conoce lo suficiente como para tener información sobre nosotros es la que configura esa percepción general que podemos de “honor”. Ahora bien, hay datos personales que difícilmente pueden tener un impacto en la imagen que la gente perciba de nosotros, por ejemplo, el hecho de que tu color favorito sea el azul o el rojo no tiene la relevancia suficiente como para mermar o acrecentar nuestro honor. Así matiza seguidamente este punto: “Y más específicamente aún: es la opinión general de quienes están calificados para opinar acerca de nosotros, conocen nuestro valor en cualquier aspecto digno de consideración, aspecto que va a determinar la respectiva especie del honor”. Estos aspectos dignos de consideración son aquellos que de una u otra forma determinan nuestro valor a ojos de los demás. Es precisamente por derivar el honor de estos aspectos cruciales, por entenderse el honor como el reflejo del valor propio, que resulta una cualidad de especial importancia.

Si bien podríamos pensar que la opinión del ajeno acerca de uno mismo es irrelevante, y en cierta manera así es, esta se muestra de una gran importancia cuando influye o incluso determina el trato que recibimos por parte de los demás. Tal y como señala Schopenhauer, “la opinión de los demás posee valor sólo en cuanto determina, o puede determinar, cómo estos actúan respecto a mi persona”.

Podemos afirmar que el honor no tiene un valor intrínseco. Que el resto de individuos tengan una opinión mejor o peor acerca de nosotros no tiene un valor per se. Nos puede agradar más o menos, puede aumentar o mermar nuestra autoestima, pero esos no dejan de ser factores que se encuentran dentro de nuestra esfera de acción, controlar cómo nos afectan las opiniones externas. La defensa del honor se vuelve relevante en el momento en que hay cuestiones que quedan fuera de nuestro alcance.

¹²Arthur Schopenhauer (2015). *El arte de hacerse respetar*. Titivillus.

En este sentido, y como ya se ha mencionado, el honor condiciona la manera en la que los demás nos tratan, y este trato tiene como fuente una opinión externa, la cual escapa a nuestro control. Desde ese momento, las opiniones que un tercero vierta acerca de nuestra persona y que afecten a nuestra reputación pueden tener efectos sociales, en cuanto a perder lazos o amistades; efectos familiares, pues puede causar desconfianza incluso entre los más allegados; efectos económicos, pudiendo perder trabajos presentes y futuros; o efectos en nuestro día a día, pues, según el caso, incluso gente que ni siquiera conocemos ni nos conocía con anterioridad a la expresión de esas opiniones podría sentir un rechazo hacia nosotros y manifestarlo en cualquier mínima interacción. Esto, claro está cuando la opinión es negativa, pues cuando es positiva el sentido de estos efectos es el contrario.

De igual manera que podemos entender irremediable, y en cierto sentido de justicia, que estos efectos adversos sean sufridos por malhechores, delincuentes o directamente gente irrespetuosa y maleducada, no parece de recibo que también sean padecidos por gente de buen hacer, inocentes y personas que no ocasionan un mal a terceros. Es en este punto donde entra en juego la defensa del derecho al honor por parte del Estado, llegando incluso a prever, tal y como veremos más adelante, sanciones penales para los infractores.

3.1.3 El honor y la dignidad

Quiero dedicar unas pocas líneas a explicar la relación entre el honor, que sería el concepto y derecho que en este trabajo estamos tratando, y la dignidad, pues suelen aparecer como conceptos separados y si bien pueden atesorar matices que los separan ligeramente, forman parte de la misma idea.

Si hacemos el mismo ejercicio que hemos hecho con el honor de buscar en el Diccionario de la Lengua Española su significado, encontramos que en su primera acepción, sin duda la más relevante para este caso, es la de

«*Cualidad de digno*»¹³. Si bien esta definición no arroja demasiada información, justo debajo aparece una lista de sinónimos para esa acepción de dignidad, que son los siguientes: «*honradez, respetabilidad, nobleza, honestidad, honorabilidad, integridad, probidad, rectitud, decencia, seriedad, decoro*»¹⁴. Estas cualidades son verdaderamente cercanas a la definición que hemos tenido a bien hacer del honor, como la reputación, la opinión que el resto tiene de nosotros.

Y si bien podemos entender que el honor es una cualidad más externa (dado que para lesionar el honor se requiere una cierta publicidad en la conducta) y la dignidad más interna, las conductas que son lesivas de un derecho rara vez no lo son del otro.

Esta pequeña explicación sirve simplemente para explicar por qué en delitos como los que a continuación analizaremos, generalmente se mencionan conjuntamente el honor y la dignidad como los derechos lesionados por las conductas tipificadas.

3.2 RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN

Igual que hemos hecho con la libertad de expresión, el primer paso para conocer el reconocimiento jurídico otorgado al derecho al honor en nuestro ordenamiento jurídico es acudir a la Constitución española.

En el caso de la CE, es en el artículo 18 donde encontramos una mención directa al derecho al honor:

«1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

[...]

^{13y14} Diccionario de la Lengua Española RAE. 2023.

4.La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»¹⁵.

Esta es la única mención que se hace en la carta magna respecto al derecho al honor, dejando completamente abierto para el legislador, jueces y tribunales, y, en última instancia, el Tribunal Constitucional determinar el contenido, extensión y límites de este derecho. Únicamente señala la limitación por ley del uso de la informática al objeto de proteger este derecho.

Al igual que el derecho a la libertad de expresión, y esto es muy relevante de cara a la ponderación de ambos derechos en sede judicial, se encuentra en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I, por lo que cabe la posibilidad de acudir a los Tribunales ordinarios para recabar la tutela de la libertad de expresión por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. De igual manera, cualquier ciudadano se encuentra legitimado para acudir al Tribunal Constitucional y plantear un recurso de amparo en caso de considerar vulnerado su derecho al honor.

De la misma manera que sucede con el derecho a la libertad de expresión, el artículo 81 de la Constitución señala como la forma que ha de revestir la norma que regule el derecho al honor la ley orgánica. En consecuencia, el legislador elaboró la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Esta norma, no muy extensa, no proporciona una mejor idea sobre las conductas que podrían acarrear una responsabilidad civil por indemnización del daño causado al lesionar los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.

Es concretamente en el artículo séptimo apartados 3 y 7 que se recogen las conductas que por lesivas del derecho al honor acarrearán una responsabilidad civil:

«3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

¹⁵ Constitución Española de 1978. Artículo 18.

[...]

7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación»¹⁶.

El primer apartado hace referencia a la revelación de datos privados, que por el contenido íntimo de los mismos puedan afectar a la reputación de la persona o de la familia. Es una previsión que se encuentra más en línea con la protección de la intimidad, pero añadiendo el matiz de la reputación, es decir, la revelación de esos datos ha de afectar al honor. La inclusión de los familiares responde que en muchas ocasiones esos datos relativos a la vida privada no se van a circunscribir a una única persona, sino que según su carácter pueden afectar al entorno familiar.

El segundo de los apartados no encuentra tanta relación con la intimidad, por lo menos no de manera directa, sino que recoge casi cualquier manifestación que menoscabe la dignidad de una persona. Es una previsión muy similar a la que señala nuestro Código Penal en el artículo 208 cuando dice «*Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*»¹⁷. Claro está que la herramienta penal habrá de reservarse para aquellos casos de injurias de mayor gravedad, restando la acción civil recogida en esta ley orgánica para aquellas manifestaciones que no alcancen dichas cotas de gravedad.

3.3 RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Haciendo un pequeño repaso al igual que con el derecho a la libertad de expresión, encontramos que el derecho al honor se encuentra recogido en los textos normativos internacionales de mayor calado, aunque no se le otorga el mismo peso, así la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,

¹⁶Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Artículo 7.

¹⁷Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 208.

que en su artículo 12 dice: «*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*»¹⁸. En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 si bien no encontramos una referencia expresa al honor, el artículo 7 engloba todo aquello relativo al respeto de la vida privada, y aunque no sean conceptos coincidentes, dada la redacción del artículo y en consonancia con el resto de textos internacionales no cabe sino pensar que el derecho al honor se encuentra igualmente amparado en dicha carta: «*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*».

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, encontramos la ya mencionada limitación del artículo 10 que señala como una de las situaciones limitantes de la libertad de expresión «*la protección de la reputación*»¹⁹. En este caso no recoge el texto una alusión por separado al derecho al honor, no le concede un artículo específico para hablar de su reconocimiento, sino que se encuentra implícito en la restricción comentada.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge la misma mención respecto a la honra y la reputación que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así que en este sentido no aporta nada distinto ni destacable.

De igual manera que con la libertad de expresión, estos son algunos de los textos en el ámbito del derecho internacional de mayor relevancia, que recogen todos ellos, de una manera algo más indirecta de lo que sucedía con la libertad de expresión, el derecho al honor. De esta manera adquirimos una cierta perspectiva respecto al trato en el ámbito internacional de estos derechos y sus similitudes con nuestro ordenamiento interno.

Como resulta evidente, nuestra carta magna es algo más clara y explícita al momento de tratar el derecho al honor, y si bien no se tratad de una definición

¹⁸Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 12.

¹⁹Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Artículo 7.

extensa del contenido de dicho derecho, sí que sitúa el foco y le otorga una mayor atención a la cuestión de la honra y la reputación, situándolo incluso antes en cuanto al orden de redacción de la norma frente al derecho a la libertad de expresión, lo cual no tiene relevancia en cuanto a su protección, pero sí que ayuda a situar el honor como uno de los bienes jurídicos de mayor relevancia en nuestra normativa interna. Es más dentro de la propia redacción del artículo 18 de la Constitución, la mención al honor es la primera de todas, por delante de la intimidad y la propia imagen. Que si bien, de nuevo, no tiene una relevancia jurídica, ayuda a entender la importancia primordial que para el legislador tenía esta figura.

Con todo ello, pasamos a analizar algunos de los tipos penales que recoge nuestro ordenamiento interno que sitúan cara a cara el derecho a la libertad de expresión con el derecho al honor.

4. DELITOS CONTRA EL HONOR COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La herramienta normativa de mayor coerción de la que dispone nuestro Estado es el Código Penal, norma reservada para las conductas más graves y peligrosas previstas en el ordenamiento jurídico, llegando al punto de habilitar para la sanción penal la privación de libertad durante décadas para los delitos más graves.

Dentro de este marco, se encuentran tipificadas conductas como las injurias o las calumnias, figuras que no vamos a analizar en el presente trabajo, pues son las más conocidas y las más tradicionales dentro de cualquier ordenamiento jurídico. Si bien son figuras interesantes, considero que por una cuestión de actualidad y de mero interés personal resulta más apropiado tratar otros tipos recogidos en el Código Penal como lo son los delitos de odio y el enaltecimiento del terrorismo.

En el caso de estos dos tipos penales, el bien jurídico protegido no resulta tan evidente, pues castigan conductas que en muchas ocasiones no van dirigidas contra un individuo, por lo que puede ser discutible incluso que el bien protegido sea el honor puesto que este tiene un componente individual claramente marcado. De igual forma, lo veremos más adelante, el tipo penal del delito de odio, tal y como se encuentra redactado, no hace mención expresa ni al honor ni a la dignidad (solo en su segundo apartado) ni a figuras asimilables. Sin embargo, no dejan de ser en cierta manera injurias dirigidas hacia un colectivo o hacia personas individualmente consideradas por razón de pertenencia a un colectivo concreto.

Desde este punto, es defendible la existencia de un honor o dignidad colectiva, por lo menos en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de odio y el enaltecimiento del terrorismo. Y si bien este honor colectivo no dispone de un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico, resulta fácil entenderlo como una extensión del artículo 18 de la Constitución,

que en su redacción no establece ninguna alusión a que el mismo debe ser considerado únicamente de manera individual.

Aclarado lo anterior, analizaremos en primer lugar el delito de odio por ser un tipo más amplio que el de enaltecimiento del terrorismo.

4.1 DELITOS DE ODIO

4.1.1 Código penal

Los llamados delitos de odio se encuentran recogidos en el artículo 510 y siguientes, siendo el mencionado art. 510 el punto de partida del que se desprenden el resto, y, por tanto, el que vamos a tratar en este apartado. Lo primero de todo es analizar la descripción de la conducta punible contenida en el precepto:

«a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad»²⁰.

Lo primero a destacar son las tres acciones tipificadas: fomentar, promover e incitar. En el caso de la incitación acoge tanto la forma directa como la indirecta. Además, esas acciones se han de realizar de una públicamente, luego se puede entender descartado cualquier mensaje que pudiese verse comprendido dentro de este tipo pero que se produzca en el seno de una conversación privada. Esto nos da una primera noción de que la conducta

²⁰Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 510.

punible no es la mera expresión de una idea, sino que requiere de un contexto específico que genere un especial desvalor en el bien jurídico protegido.

Dentro de este contexto específico es donde encontramos la publicidad de la idea. El desvalor del bien no se produce tanto por la expresión de esa idea como por el alcance de la misma, es decir, que esas palabras tengan un receptor fuera del entorno privado. De esta manera, la redacción apunta a que el verdadero peligro reside en que una serie de ideas que uno puede tener legítimamente y expresar legítimamente en la esfera privada trasciendan al ámbito público. Es esta publicidad una de las patas que sostienen la ilegitimidad de la conducta.

Esto entra en relación con los tres verbos ya mencionados que se emplean en la redacción del precepto: fomentar, promover e incitar. Estos verbos definen una acción en la que un individuo, en este caso a través de palabras, expresa una idea con la intención de calar en el ajeno, de convencer al tercero que la escucha. No se trata solo de la expresión de una idea, sino que llevan implícitos una intencionalidad, la de que la idea expresada prospere, que se reproduzca.

Ya no se trata solo pues de expresar una idea y de que esa misma alcance a terceros emitiéndose fuera del ámbito privado, sino que ha de ir dirigida con una intención de impulsar la proliferación de esa idea, o por lo menos que esta proliferación sea un resultado de la conducta, aunque pueda no ser el objetivo del emisor, pues uno puede trasladar una idea y que la misma convenza a alguien aún sin ser esta consecuencia el objetivo de dicha manifestación.

En el caso de la incitación se puede entender que va un paso más allá, pues no se trata solo de expresar una idea que tenga un efecto o pretenda tener un efecto en cuanto al pensamiento de otra persona, sino que se identifica mejor con la acción de compeler a un tercero para actuar de una determinada manera. En este caso trasciende de una manera mucho más directa el ámbito del pensamiento, provocando que el receptor del mensaje, o al menos pretendiéndolo, actúe en consecuencia a la idea recibida.

Seguidamente señala que ese fomento, promoción o incitación ha de realizarse sobre el «*odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel*». Los conceptos de odio, hostilidad, discriminación o violencia son ciertamente ambiguos, habilitando un amplio margen de interpretación para que sea la jurisprudencia la encargada de completar y puntualizar qué acciones concretas se pueden enmarcar en los mencionados comportamientos. Esto lo analizaremos cuando nos adentremos en el análisis de la jurisprudencia sobre este tipo penal.

Especifica el precepto en su redacción que dicho odio ha de dirigirse contra un grupo o contra una persona por razón de pertenencia a ese grupo. Este punto enlaza con lo mencionado en la introducción de este cuarto apartado respecto del honor colectivo. No se trata pues, el bien jurídico protegido, de una figura individual, sino que es en cierta forma compartida por una serie de individuos que tienen en común alguna característica. De esta manera, lo que se está protegiendo es la dignidad y el buen nombre del grupo, incluso aunque la expresión sea dirigida contra un individuo, pues solo podrá ser tipificada como delito de odio si no se hace a título personal, sino que se “ataca” a dicho individuo por poseer una serie de características que lo hacen pertenecer a un determinado grupo. Es precisamente este grupo a quien le podríamos atribuir la titularidad del bien jurídico protegido.

El artículo 510 contiene una enumeración extensa intentando abarcar todos aquellos grupos cuyos individuos han sufrido tradicionalmente discriminación por su pertenencia a dichos colectivos. Extrañamente, esta enumeración no cuenta con una fórmula al final de la misma que permita incluir otros grupos no mencionados expresamente, como si que tiene el artículo 14 de la Constitución: «*o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*»²¹. Si bien es cierto que la enumeración es extensa, deja fuera expresiones que se podrían considerar discriminatorias, por ejemplo, por edad. Un mensaje de odio dirigido contra las personas de la tercera edad en los mismos términos en los que se pudiera dirigir contra, por ejemplo, los judíos, quedaría excluido de

²¹ Constitución Española de 1978. Artículo 14

este tipo penal por no hallarse el grupo atacado entre los mencionados expresamente. Esto resulta más extraño dada la extensión de la enumeración, que hace pensar que el legislador ha querido hacer mención expresa a cada uno de los colectivos que merecen especial protección.

Misma pena de uno a cuatro años de prisión y de seis a doce meses de multarecibirán:

«b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad»²².

Este subtipo tiene un elemento añadido con respecto al anterior apartado, como es la función de producir, elaborar, distribuir, difundir, vender o facilitar el acceso a escritos u otro soporte que contengan expresiones que sean en sí mismas constitutivas de un delito de odio tal y como se ha configurado en el apartado a). Esto significa que no solo se castigará al emisor del mensaje, a quién crea el mismo, sino también a quien contribuya con su difusión.

De nuevo queda patente que no se trata de perseguir de una manera tan directa la expresión de la idea, sino la publicidad de la misma, imponiendo la misma pena para quien exprese el mensaje original y para aquel que se haga eco del mismo. En este caso ni siquiera hace falta que uno haga suyo el mensaje, sino que la mera colaboración en la difusión de este se equipara a la conducta del creador del mensaje. El resto de elementos son idénticos al epígrafe anterior.

²²Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 510.

El último de estos primeros tres apartados recoge, con la misma pena, las siguientes conductas:

«c) Quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos»²³.

Las conductas que en este apartado se recogen parten de un hecho material como es la existencia de delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre y cuando estos delitos se hayan cometido contra un grupo o contra un individuo por su pertenencia a un grupo racial, étnico, ideológico, etc. Este punto de partida ya implica un debate sobre la verdad histórica, pues determinar la existencia o la calificación que se le debe dar a ciertos acontecimientos que tienen lugar durante un conflicto bélico ni es imparcial ni es desinteresado.

Como se suele decir, la verdad la escriben los vencedores, y en numerosas ocasiones es complicado hacer aflorar la verdad cuando hay fuertes intereses de potencias y organismos internacionales de por medio. El ejemplo más claro puede ser el conflicto entre Israel y Palestina. Conflicto permanente a lo largo de casi un siglo donde son diversas las posturas sostenidas por ya no solo las propias partes, sino por los diferentes actores internacionales, muchos de ellos (o más bien todos) con intereses particulares.

El ejemplo del conflicto mencionado sirve para ilustrar la falta de consenso que muchas veces ha lugar en esta clase de disputas. Tomando esto en cuenta, si

²³Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 510.

en algún momento se reproducen una serie de mensajes que nieguen un genocidio, unos delitos de lesa humanidad o cualquier delito contra personas y bienes protegidos en un conflicto armado y se quisiese catalogar ese discurso como delito de odio, el tribunal habría de determinar, en primer lugar, si efectivamente han existido esos mencionados delitos. Irremediablemente, no parece que un tribunal de justicia español sea el foro indicado para debatir sobre la certeza acerca de la comisión de una serie de crímenes en Armenia, Sudáfrica o Haití. Esto dejaría como única vía confiar en las resoluciones de la Corte Penal Internacional, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (para los casos bajo su jurisdicción) y los tribunales internos del país competente.

La Corte Penal Internacional, por la naturaleza de las controversias que ante el mismo se someten, es un órgano lento y que no brinda alcance suficiente para la cantidad de crímenes que en este apartado del art. 510 del CP se incluyen, pues en cualquier conflicto armado están a la orden del día la comisión de delitos cuando no hay una cámara que lo documente. El TEDH tiene únicamente jurisdicción entre los países miembros del Consejo de Europa, con la evidente limitación en cuanto a sus competencias que ello implica. Y respecto de los tribunales nacionales de países extranjeros, plantean un claro problema en cuanto al reconocimiento de la validez de las resoluciones emitidas por órganos jurisdiccionales de estados que en muchas ocasiones gozan de unas paupérrimas instituciones judiciales.

Incluso aún admitiendo la validez de una sentencia judicial como aval de la concurrencia de un suceso histórico, persiste el problema en cuanto a acontecimientos pasados que hayan quedado huérfanos de una sentencia judicial, aún si hubiese un consenso absoluto entre los historiadores de ese ámbito.

Sumado a esto, y precisamente por el carácter de los delitos que menciona este apartado, hay que recordar lo cambiante de la realidad histórica y la complejidad de los conflictos armados por la opacidad por parte de los estados beligerantes (lógico al estar en guerra) y la encarnizada batalla mediática que se vive a diario para construir un relato y desvirtuar la realidad en aras de

conseguir el apoyo internacional. Todo esto dificulta enormemente la fijación fehaciente de unos hechos que puedan catalogarse de indiscutibles, incluso siendo objeto de estudio por el más experto de los tribunales.

En el segundo punto del artículo 510 se establece una pena de prisión de seis meses a dos años, justo la mitad de la del anterior punto, y multa de seis a doce meses para:

«a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos»²⁴.

En este apartado ya encontramos una mención directa a la dignidad, protegiendo la misma de acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito, añadiendo la coletilla habitual en este artículo de la pertenencia a un grupo por razones de raza, etnia, etc. E igual que en el apartado b) del punto anterior, se menciona la difusión de estos mensajes como una conducta equiparable a quien los emite.

Se puede entender este apartado como una mezcla entre las conductas recogidas en los apartados a) y b) del punto anterior, con la diferencia en la naturaleza de la expresión castigada. En el punto anterior se señalaba la promoción y fomento de odio, y en este segundo punto se pone el foco sobre

²⁴Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 510.

los mensajes que entrañen humillación, menosprecio o descrédito. Encierra este subtipo, esencialmente, los mismos problemas que los anteriores, con la diferencia de que las figuras para describir el carácter que ha de contener el mensaje son, si cabe, más ambiguos y flexibles.

Por último, el apartado b) de este segundo punto castiga a:

«b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución»²⁵.

De nuevo encontramos expresiones muy ambiguas y con un amplio margen para la interpretación, como es el caso de enaltecer y justificar. En este caso parte de un presupuesto fáctico: la comisión un delito previo cometido un colectivo o persona por razón de pertenencia a ese colectivo racial, étnico, etc.

Resulta deducible de la redacción, en consonancia con el principio de seguridad jurídica, que se requiere de una sentencia previa condenatoria y firme sobre el delincuente cuyos actos se estén enaltecendo. Es decir, no cabrá enaltecimiento de un delito mientras ese delito no se haya catalogado como tal por un tribunal, aunque los hechos materiales tengan lugar mucho antes en el tiempo.

Por tanto, la conducta típica sería aprobar o ensalzar públicamente unos hechos que han sido previamente desaprobados jurídicamente, y por tanto condenados, por un órgano judicial.

De igual manera que con tipos anteriores, plantea problemas en cuanto al ensalzamiento de delitos juzgados por tribunales extranjeros. Esto obligaría al

²⁵Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 510.

juez que quiera aplicar este tipo al enaltecimiento de un delito que cumpla con los requisitos de este art. 510.2.b) y que se hubiese producido en Chicago a validar la sentencia emitida por ese tribunal extranjero condenando el delito enaltecido. Debería hacer en todo caso un estudio de compatibilidad entre el tipo penal recogido en la norma extranjera y el tipo penal de la norma nacional para averiguar si el mismo pudiera ser subsumido en el tipo delictivo español.

En cualquier caso, corresponde ahora, tras haber examinado la redacción legal y haber planteado qué problemas pueden surgir en aplicación de preceptos analizados, acudir a la jurisprudencia para averiguar qué respuesta da a los vacíos interpretativos del artículo 510.

4.1.2 Bien jurídico protegido

En este punto resulta pertinente a la par que necesario explicar cuál es la incidencia del derecho al honor en cuanto al bien jurídico protegido en los delitos de odio, explicación que será igualmente aplicable al subtipo de enaltecimiento del terrorismo como más adelante veremos.

Tras analizar el artículo 510, podemos observar que hay un factor común en las conductas recogidas en este tipo: la publicidad. Este elemento resulta crucial para entender la confluencia de las acciones tipificadas como delito en este precepto y el derecho al honor tal y como lo hemos estudiado en su correspondiente sección.

Partiendo de la conducta recogida en el apartado 1.a) del artículo 510 cuando habla del fomentar el odio, dicho fomento requiere de una expresión pública, no basta con un simple mensaje privado con un contenido de menosprecio hacia esa persona, sino que el componente clave es que dicho mensaje se emita públicamente.

Aquí es donde se da a entender que el desvalor no se produce meramente por el desprecio emitido, sino por el impacto que pueda tener al emitirse de manera pública. Al exponer a terceros ese mensaje con odio se genera un

peligro. Se corre el riesgo de que esas opiniones calen en el receptor del mensaje, generándose entonces el desvalor del bien jurídico. Y aquí es donde debemos hacernos la pregunta: ¿cuál es ese bien jurídico?

Pues bien, el peligro que supone la promoción del odio es, precisamente, generar odio en un tercero. Esto se traduce en que la persona a la que se le ha infundido ese odio va a sufrir un cambio en la percepción que tiene respecto de la persona o grupo odiado. Ese odio implica que su forma de ver y por tanto de actuar con respecto a ese grupo va a ser diferente debido a la información negativa que ha recibido en forma de mensaje de odio. Desde ese momento y para esa persona receptora del mensaje, la reputación del grupo sobre el que se ha fomentado el odio ha sufrido un importante desvalor.

La opinión negativa de quien promueve el odio se ha convertido en la opinión de quien recibe ese mensaje. Y esa opinión agregada de terceros respecto de una persona es lo que conforma la reputación, el honor.

Por tanto, el artículo 510 castiga el fomento del odio expresado públicamente (no podría fomentarlo si no se expusiese públicamente) por el riesgo de que esas opiniones negativas calen en el receptor, provocando que este haga suyas dichas ideas. De esta forma y tal y como se ha explicado en su correspondiente apartado, la opinión que un tercero tiene de nosotros determina el modo de actuar para con nosotros, siendo que si la opinión es negativa esta se traducirá en una mala conducta hacia nosotros. La proliferación de esa mala opinión supone una merma en la reputación del grupo y de cada uno de sus individuos, una merma en el honor.

Respecto a la posible dimensión colectiva del derecho al honor, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 214/1991 del 11 de noviembre establecía lo siguiente: *«Ahora bien, lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o*

menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad»²⁶.

De esta manera queda claro que un ataque dirigido a un colectivo puede ser lesivo del derecho al honor en tanto tenga trascendencia a los individuos que conforman dicho grupo. En este caso es evidente que tiene trascendencia en tanto el ataque al grupo se ve motivado por características individuales de cada uno de los integrantes del grupo.

Por lo explicado, resulta patente que el principal bien jurídico protegido en los llamados delitos de odio es el derecho al honor, siendo precisamente la lesión de este derecho la que pueda llevar al menoscabo futuro de otros bienes como son la paz social o la integridad física.

4.1.3 Jurisprudencia

Por lo visto al analizar el artículo 510 del Código Penal, la redacción del mismo deja un importante margen a los tribunales para definir y delimitar ciertos conceptos fundamentales para entender el alcance del delito tipificado. De igual manera queda a su arbitrio la ponderación entre los derechos enfrentados en las conductas recogidas.

En este sentido, en cuanto a la ponderación del derecho a la libertad de expresión en los casos de delitos de odio, dice la STS 259/2011: *«La restricción del derecho, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, requiere de una justificación que sólo se encuentra, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no sólo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal»²⁷*. Es decir, ya desde un primer momento es menester tomar en cuenta que la intervención penal es

²⁶Tribunal Constitucional. Sentencia del 11 de noviembre de 1991.

²⁷Tribunal Supremo. Sentencia del 12 de abril de 2011.

una herramienta que ha de reservarse para aquellos casos donde se vulnere un bien jurídico protegido de una manera especialmente grave, pues es la más dura de las respuestas que puede adoptar la administración de justicia de un Estado. Esto deja claro que no toda vulneración del honor en el ejercicio a priori legítimo de la libertad de expresión debe llevar aparejada la sanción penal, sino únicamente aquellos casos que revistan especial gravedad.

Agrega la citada sentencia: *«La Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los dos extremos del espectro político, tradicionalmente, y aún hoy, identificados como izquierda y derecha. [...] Pero, en cualquier caso, no se encuentran bajo la protección constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de aquellas ideologías, vulneren otros derechos constitucionales. Incluso, cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede establecer sanciones penales para aquellos hechos que supongan la causación de un resultado de lesión o la creación de un peligro, que aunque abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos»*²⁸. Tal y como relata esta sentencia, y como hemos analizado previamente en el artículo 510, no se encuentra tipificada como conducta el tener una determinada ideología ni el hecho de expresarla, salvo en aquellos casos donde dicha expresión suponga un resultado lesivo o pueda generar un peligro para otro bien jurídico, como sería en este caso la promoción del odio.

En la línea de lo antes señalado, la STS 185/2019 dice lo siguiente: *«No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto que abarca el artículo 578 del Código penal. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal»*²⁹.

A esta puntualización que el Tribunal Supremo hace respecto de las herramientas del sistema jurídico frente a los excesos verbales al margen de la incriminación penal, puntualización que seguramente hace pensando en la

²⁸ Tribunal Supremo. Sentencia del 12 de abril de 2011.

^{29y27} Tribunal Supremo. Sentencia del 2 de abril de 2019.

jurisdicción civil, he de añadir que no solo existen herramientas jurídicas. La sociedad civil acostumbra a tener buenas armas para combatir actitudes que considera moralmente reprochables, como son el descrédito profesional o personal, la deshonra, el aislamiento, etc. Que si bien pueden sonar medievales, es la manera que una comunidad tiene de protegerse y de rechazar actitudes repudiadas moralmente pero que no producen un desvalor suficiente como para ameritar una sanción por parte del Estado. El ejemplo más evidente es el adulterio, conducta que carece de sanción jurídica, pero que recibe un fuerte reproche social.

A continuación, esta misma sentencia apunta una graduación según la gravedad de la expresión de odio, señalando que no todo odio expresado es meritorio de un reproche penal: *«Entre el odio que incita la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogido en que la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo»*³⁰.

Esta es la cuestión que mayor arbitrariedad presenta al momento de analizar los delitos de odio: determinar qué expresiones de odio encuentran cabida en la libertad de expresión, cuáles trasgreden la misma y constituyen un ilícito civil, y cuales, por la especial gravedad que revisten, merecen una sanción penal. Y por la variedad en la casuística y la complejidad de cada caso con los múltiples factores a tener en cuenta (el tono con el que se dice, el medio en el que se expresa, radio, televisión, prensa, redes sociales, en qué contexto, dirigido a qué público, etc.) resulta verdaderamente complicado, por no decir imposible, crear una especie de fórmula dispuesta para ser aplicada a cada conflicto que se presente. De esta forma, la única herramienta de la que termina disponiendo un juez es fijar un umbral a partir de un ejemplo concreto y a base de comparaciones entre unos casos y otros valorando todas las circunstancias pertinentes, determinar en cuál de los dos lados del umbral se sitúa la situación que se les presente: si contiene lo suficiente para catalogarse

³⁰ Tribunal Supremo. Sentencia del 2 de abril de 2019.

como ilícito penal o si, por el contrario, no alcanza los requisitos mínimos exigidos para castigar la conducta.

La mencionada STS 185/2018 recoge jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los casos Garaudy contra Francia, de 24 julio 2003; Norwood contra el Reino Unido, de 16 noviembre 2004; Alinak contra Turquía, de 29 marzo 2005; Feret contra Bélgica, de 16 julio 2009 y Vejdeland y otros contra Suecia del 9 febrero 2012. Señala que *«Esta jurisprudencia parte de la afirmación de que la libertad de expresión admite las limitaciones proporcionadas sobre toda forma de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia»*³¹. La idea de esta jurisprudencia, tal y como condensa el Tribunal Supremo, es que los mensajes de odio no se encuentran amparados por la libertad de expresión, no se debe tolerar la intolerancia.

Continúa el Tribunal Supremo recogiendo esta jurisprudencia: *«El tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente un llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo»*³². Queda claro que por delito de odio no se debe entender exclusivamente la incitación directa a la violencia, sino que basta con propagar mensajes de odio proveyendo que eventualmente puedan desembocar en actos de violencia o en un quebrantamiento de la paz y la cohesión social.

El ATS del 16 de noviembre de 2020 establece en cuanto a los requisitos del tipo recogido en el artículo 510 del Código penal lo siguiente: *«En este sentido debe exigirse para considerar legítima la sanción penal, además de la difusión de ideas, que ello implique una incitación o una provocación al odio a determinados grupos que se detallan en el precepto, de manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales»*³³. Esta creación de un peligro cierto abre todo un mar de posibilidades en cuanto a la interpretación,

^{31y 30} Tribunal Supremo. Sentencia del 2 de abril de 2019

^{33y 32} Tribunal Supremo. Auto del 16 de noviembre de 2020.

pudiendo ser defendibles dentro de dicho marco desde las posiciones más restrictivas hasta las más permisivas; desde considerar delito de odio un mensaje que rece «los judíos son unos ladrones», hasta una jurisprudencia que tan solo considere ajustada al tipo delictivo la incitación directa a la comisión del delito. En medio de esas dos posturas encontramos un amplio espectro de grises donde la valoración del mensaje emitido queda al prudente arbitrio de juez, que eso sí, deberá curar su juicio con la razonabilidad que cada caso concreto requiera y con las pautas que vaya dictando el Tribunal Supremo.

En este mismo auto en el que se inadmite a trámite la querella presentada, termina su exposición el Tribunal Supremo remarcando que *«esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión , lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático»*³⁴.

Esta reflexión se vuelve crucial toda vez que resulta evidente el poderoso efecto disuasorio de la norma penal, más aún cuando el infractor es una persona legítima en derecho, con desconocimiento de la norma y que la única información que recibe es a través de los medios de comunicación donde reseñan que se encierra a «tuiteros» por mensajes en redes sociales. Es fundamental tener siempre en cuenta que donde no llega la porra llega el miedo a la porra, y si se genera un miedo en la ciudadanía a expresar opiniones por la falta de seguridad jurídica al no quedar claro a partir de qué punto uno está incurriendo en un delito de odio, las consecuencias pueden ser muy perniciosas en tanto sea la propia ciudadanía la que por temor cercene su propia libertad.

4.2 ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO

³⁴ Tribunal Supremo. Auto del 16 de noviembre de 2020.

4.2.1 Código Penal

Del tipo genérico que se podría considerar el delito de odio del artículo 510 surge como un tipo especial el enaltecimiento del terrorismo recogido en el artículo 578 del Código Penal.

Este precepto contempla una mezcla entre las conductas recogidas en el artículo 510.2.a) y 510.2.b), en tanto abarca las conductas de enaltecimiento o justificación y lo relativo al descrédito y humillación. Así, el artículo 578 se encuentra redactado de la siguiente manera:

«1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57»³⁵.

Tal y como indica la redacción del precepto, entre los artículos 572 y 577 se encuentran recogidas las conductas tipificadas como delitos de terrorismo. El presente artículo castiga, por una parte, enaltecer o justificar públicamente los delitos de terrorismo, lo que nos remite al problema de determinar cuál es el alcance que ha de tener la manifestación de una idea para ser considerado pública, o cuál ha de ser su contexto. Igualmente podemos imaginar una amplia gama de grises entre la reprobación de un acto catalogado como terrorista y el enaltecimiento del mismo. Existen una infinidad de expresiones que se pueden emplear para valorar un acto terrorista, cada una de ellas con un grado de simpatía mayor o menor que la anterior. Determinar a partir de qué punto se considera enaltecimiento o justificación parece una tarea irremediabilmente delegada a los tribunales.

³⁵Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 578.

En cuanto al descrédito, menosprecio y humillación de las víctimas, no arroja el precepto mucha más luz que con la conducta anterior, quedando la fijación de los límites al prudente arbitrio de los tribunales. Si bien términos como el de «humillación» son algo más contundentes, otros como “menosprecio” rebajan considerablemente la gravedad de los comentarios susceptibles de encajar en este tipo penal. En cualquier caso, esa humillación o menosprecio no ha de ser dirigida, por lo menos atendiendo al tenor literal de la redacción, directamente a las víctimas del acto terroristas (recordemos que el concepto de víctimas es más amplio que el de sujeto pasivo), sino que basta con que el acto en sí entrañe ese descrédito, menosprecio o humillación.

De igual manera, en esta segunda conducta descrita, no encontramos el elemento de la publicidad, siendo que, aun produciéndose estas manifestaciones en la esfera privada, podrían ser subsumibles igualmente en el tipo del artículo 578.

4.2.2 Jurisprudencia

El artículo 578 al completo, incluyendo el enaltecimiento del terrorismo y la humillación de las víctimas, ha sido tratado en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo. Precisamente por ser un tema con un margen de interpretación tan amplio no es extraño encontrar diferentes criterios entre cada tribunal, que, sumado a la variedad de manifestaciones y de canales de expresión existentes, vuelve este tipo penal en carne de cañón para el alto tribunal.

Así, encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 354/2017 de 17 de mayo una enumeración de los elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo:

«1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer

como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal.

2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosa concurrencia y hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de internet»³⁶.

Esta enumeración arroja algo más de luz en cuanto al contenido del enaltecimiento y de la justificación: elogios, alabanzas, ensalzar méritos... Aunque, a fin de cuentas, estas palabras siguen admitiendo múltiples interpretaciones, lo cual en parte es necesario. Si fuesen conceptos más cerrados, correríamos el riesgo de dejar fuera del tipo conductas que claramente se enmarcan en la voluntad de tipificación del legislador.

El Tribunal Supremo en la sentencia nº 106/2015 del 19 de febrero al establecer una separación entre el art. 18 y el art. 578, ambos del Código Penal, decía lo siguiente: *«Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron»³⁷.*

Sin embargo, esta postura ha sido corregida por el propio Tribunal Supremo a la luz de las posteriores sentencias del Tribunal Constitucional. Así, no toda

³⁶Tribunal Supremo. Sentencia del 17 de mayo de 2017.

³⁷Tribunal Supremo. Sentencia del 19 de febrero de 2015.

manifestación que muestre una simpatía con los actos descritos en el precepto se encuentra incluida en el tipo penal, sino que el tribunal, que resuelva sobre el hecho enjuiciado ha de hacerlo motivadamente, debiendo determinar si la conducta del acusado implica una incitación a la violencia, siendo este un elemento crucial para la constitucionalidad del castigo. Así lo indica la Sentencia del TS nº 185/2019 del 2 de abril: *«de donde resulta exigible, concluye la referida STC 112/2016 (EDJ 2016/112594), como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, que previamente a la imposición de una condena por el art. 578 CP (EDL 1995/16398), se pondere en la resolución judicial, si la conducta desarrollada por el acusado, integra una manifestación del discurso del odio, que incita a la violencia»*³⁸.

Por tanto, para entender justificada la limitación del derecho a la libertad de expresión en aplicación del artículo 578 del Código Penal, resulta necesario que la manifestación que se pretende castigar no solo encaje con el hecho descrito en el referido precepto, sino que comporte una incitación (aunque sea de manera indirecta, tal y como matiza la propia sentencia más adelante) a la violencia, debiendo ser todo ello motivado por el juez o tribunal correspondiente.

A modo de reflexión, en la citada STS de 19 de febrero de 2015, que versa sobre el caso del rapero Pablo Hasel, hace el tribunal mención a la facilidad de las redes sociales y de las plataformas de reproducción de vídeo como herramientas para difundir ideas, y su equiparación a lo que podía ser un *meeting* con miles de personas, por tener los vídeos que se analizaban en dicho caso miles de reproducciones. Es pertinente remarcar que no tiene el mismo calado un receptor presencial que uno online, igual que no es lo mismo una visualización en Youtube que en Twitter. No son números intercambiables entre sí, puesto que la influencia que se pueda alcanzar en una u otra plataforma (incluyendo televisión, radio y periódicos) no es el mismo, y ni de lejos es equiparable a la influencia que pueda ser ejercida comunicando ese mismo mensaje en persona.

³⁸ Tribunal Supremo. Sentencia del 2 de abril de 2019.

Por eso mismo creo necesario evitar hacer una traslación directa entre el impacto de un mensaje en una cuenta de Twitter de 200 seguidores a lo que podría suponer ese mismo mensaje en una plaza con 200 personas. En resumen, es importante no sobredimensionar el alcance cualitativo de las redes sociales, por más que cuantitativamente pueda ser muy numeroso.

En cuanto al descrédito, menosprecio y humillación de las víctimas de terrorismo, es un tipo esencialmente idéntico al contenido en el art. 510.2.a), con la diferencia ya comentada en cuanto al sujeto pasivo de esta conducta.

5. EN DEFENSA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

5.1 LA SUBJETIVIDAD DEL HONOR Y CRÍTICA A SU IRRENUNCIABILIDAD

Una de las particularidades que tiene el derecho al honor es que las acciones legales mediante las cuales uno puede defenderse de la lesión de este han de ser ejercitadas por el propio perjudicado. Bien en el ámbito civil por ser el mismo de carácter privado, bien en el ámbito penal, puesto que los únicos delitos con carácter privado que existen en nuestro ordenamiento jurídico son aquellos lesivos del derecho al honor, lo cual implica que la acción pública no tiene fuerza por sí sola para iniciar un procedimiento de defensa del honor de un particular.

Esto es aplicable a las injurias y las calumnias, que son los únicos delitos que el código penal reconoce como privados, requiriendo querrela de la persona afectada para iniciar el procedimiento. No obstante, existen otros delitos que podríamos catalogar como semiprivados, pues si bien no requieren querrela del afectado, sí que es necesaria la presentación de denuncia por parte de la víctima.

Centrándonos en los delitos privados, como ya se ha argumentado, los delitos de odio suponen, tal y como están redactados, un ataque contra el honor de la persona o grupo que recibe el mensaje de odio (incluyo en el nombre genérico “delito de odio” tanto las conductas del art. 510 como las recogidas en el art. 578 por ser este una variante del primero, compartiendo las características esenciales).

Sin embargo, el Código Penal no configura los delitos de odio como delitos privados, sino que atribuye a las conductas recogidas una trascendencia, a mi juicio, desmedida en cuanto al peligro que suponen las mismas para la paz social. Si bien estoy de acuerdo en que la cohesión social es la base de la convivencia pacífica en un determinado territorio, no creo pertinente entender que el llamado discurso de odio tenga un impacto suficiente, pues estamos hablando de un peligro abstracto cuyos efectos son casi imposibles de medir.

En este sentido, resulta mucho más acorde con la conducta tipificada señalar como el bien jurídico protegido el derecho al honor, no siendo la trascendencia sobre la sociedad suficiente como para disputar su naturaleza privada, de igual forma que no se discute dicha naturaleza cuando la injurias se vierten sobre cualquier otro colectivo excluido de la enumeración de los artículos 510 y 578. Aclarado esto, pasamos a analizar los problemas de la configuración actual del tipo en relación a su verdadera naturaleza.

En cuanto a las conductas respecto de las cuales se pueda considerar sujeto pasivo a un grupo, no a un individuo concreto, habría de ser cada uno de los individuos relativos a ese grupo quien presentase la querrela correspondiente siempre que hubiese sentido lesionado su honor. No podemos en este caso aceptar que una persona que forme parte del grupo atacado se arroge la legitimidad para litigar en nombre del resto o en nombre del grupo, puesto que carece dicho colectivo de personalidad jurídica.

Esta ausencia de personalidad se debe a que estos grupos que podemos entender como víctimas de un delito de odio se conforman al compartir entre ellos una serie de características físicas o ideológicas. Sin embargo, el mero hecho de tener en común la altura, el peso, la raza, la etnia o la ideología no implica que exista una estructura que aúne a los individuos que conforman ese grupo a la que se pueda atribuir personalidad jurídica.

El grupo de «personas rubias» no es ni puede ser una persona jurídica, pues al margen de no cumplir los requisitos legales, no existe una voluntad expresada de cada uno de los supuestos miembros de formar parte de dicha persona jurídica.

Si no se entendiese de la manera expuesta, se estaría legitimando a un individuo que tenga una característica común con nosotros arbitrariamente determinada a ejercer acciones legales en defensa de nuestro derecho al honor aun cuando nosotros mismos no lo sentimos lesionado, o cuando aun sintiéndolo lesionado decidamos no emprender acciones legales.

Esto supondría, y supone a día de hoy, una tutela sobre los ciudadanos en cuanto a la disposición de su honor. No se nos permite renunciar al mismo cuando el ataque tiene un cariz colectivo, sino que es el Ministerio Fiscal quien toma la iniciativa en representación de dicho grupo, aun y cuando ningún individuo de los que integran el grupo discriminado hubiese entendido lastimado su honor o, aun viéndolo lastimado no quisiese reprender el ataque legalmente.

Más notoria es la disonancia cuando las conductas castigadas en los arts. 510 y 578 van dirigidas contra un solo individuo, como pueda ser el caso de la humillación de víctimas de terrorismo o de personas por su pertenencia a un grupo. Ni siquiera en este caso donde el ataque es individualizado se permite al agraviado renunciar a las acciones legales que el ordenamiento le brinda, sino que es el procedimiento iniciado por el Ministerio Fiscal y finalizado por un juez o tribunal, con ajenidad de la víctima en todo momento (si bien puede personarse en el procedimiento no es necesario para su impulso), quienes deciden si su honor o dignidad han sido lastimados.

La cuestión de fondo es que el valor del honor (y la dignidad) es una cuestión subjetiva, pudiendo ser que lo que para una persona es un grave ataque contra su honor, decidiendo poner el hecho en conocimiento de los tribunales, para otra persona sea una nimiedad. Puede ser incluso que ese mismo ataque alguien lo entienda lesivo, y sin embargo estime carente de valor su propio honor, a pesar de lo cual se le priva de la decisión de no iniciar un procedimiento legal para defenderse.

Al final estas conductas descritas no dejan de ser injurias vertidas sobre un aspecto concreto de una persona. Que el legislador quiera darle una especial protección no puede implicar arrebatar al ciudadano su derecho al honor, pues no se puede entender como propio sin la posibilidad de disponer libremente del mismo. Si no se permite al ciudadano renunciar a un derecho que le es propio, dicho derecho en puridad no es más que una prerrogativa del Estado para sancionar a quien agravie a quien no se ha sentido agraviado.

5.2 CÓMO EL LENGUAJE CONDICIONA NUESTRA VISIÓN DEL MUNDO

Carlomagno decía que tener una segunda lengua es como tener una segunda alma, y como acostumbran estas citas célebres, hay mucha verdad en sus palabras.

En el mundo existen aproximadamente 7.000 lenguas distintas, cada una con su propia estructura, vocablos, sonidos y demás herramientas para convertir un pensamiento en un sonido, gesto, dibujo, etc. que pueda ser interpretado por otra persona recibiendo el pensamiento que antes existía únicamente en la mente del ahora emisor.

Cada lengua tiene una forma de describir la misma realidad, y las herramientas que te brinda te permiten hacerlo de una manera o de otra, lo cual conlleva una irremediable diferencia en los matices al momento de interiorizar cada acontecimiento entre los hablantes de diferentes lenguas.

Por ejemplo, el género de cada idea, masculino o femenino (o neutro según el idioma), influye en cómo procesamos dicha idea. Tendemos a extender cualidades que entendemos masculinas en lo referido a los seres humanos a los objetos o ideas que tienen género masculino, y lo mismo sucede con el femenino.

Lera Boroditsky, profesora de la Universidad de California en el campo de la ciencia cognitiva pone de manifiesto el siguiente ejemplo. «Puente» es una palabra gramaticalmente masculina en español y femenina en alemán. Esto lleva a que, al momento de describir un puente, quien sea hispanoparlante tenderá a realzar cualidades con un mayor componente masculino, como pueda ser la robustez, las dimensiones, etc.; mientras que el germanoparlante remarcará cualidades más vinculadas socialmente con lo femenino, la elegancia, la belleza, etc.

De igual manera, la ausencia de palabras para describir determinados conceptos de una forma exacta vuelve menos eficaces las comunicaciones,

pudiendo faltar herramientas para trasladar un pensamiento complejo de manera precisa.

Y no solo las herramientas que tengamos para trasladar un mensaje influyen en el presente, sino que las ideas que asociamos a cada palabra o a cada expresión vienen determinadas por las experiencias pasadas, por aquellos acontecimientos que hemos catalogado de una manera o de otra, a los que les hemos atribuido unas cualidades determinadas. El lenguaje funciona por asociación, asociación de ideas y palabras. Si pensamos en un coche grande, cada uno pensará en un coche distinto, de diferente tamaño. Esto genera ineficiencias en la comunicación, ya que dificulta trasladar con exactitud ciertas ideas, sobre todo cuanto más complejas son.

Precisamente por esto, entre otras cosas, resulta muy peligroso jugar con la prohibición de la libertad de expresión. Impedir la transmisión de determinadas ideas tiene repercusiones profundas en la manera que tenemos de procesar la realidad. Pensamos con palabras, y si la expresión de esas palabras se encuentra prohibida tenderemos a modificar nuestra forma de expresarnos para ajustarnos a esas restricciones (no resultaría eficiente tener una forma de pensar diferente a la forma de hablar), lo cual repercute en las expresiones con las cuales pensamos. Al vernos forzados a utilizar unas expresiones y no otras, los pensamientos que expresemos perderán sus matices originales, esos adquiridos por el empleo de una determinada palabra o un determinado tono. Y serán los matices asociados a las nuevas palabras los que modifiquen nuestro pensamiento y nuestra percepción de la realidad.

Hay que ser muy cuidadoso con cada paso que se da en la dirección de restringir la libertad de expresión, pues hay efectos que a simple vista pueden parecer intrascendentes porque sus consecuencias solo son observables a largo plazo, pero que con la acumulación del paso del tiempo pueden ir modificando el discurso de una sociedad. Y el principal problema no es que el discurso sufra cambios aleatorios, sino que sean intencionados por parte de quien tiene la potestad para censurar.

5.3 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO BASE DEL PROGRESO

No ha nacido ni nacerá un ser humano racional que no haya cambiado en algún momento de opinión sobre una cuestión que creía ver cristalina como el agua de un manantial. Ni el más necio podría sostener que nunca ha tenido que rectificar en una opinión. Encontrar que estabas equivocado es un regalo de quien te saca de tu error, y como tal hay que apreciarlo. No hay que verlo como una ofensa ni como una humillación, sino agradecerlo con la humildad propia de quien se sabe falible.

La prohibición de expresar ciertas ideas supone la prohibición de esas ideas, pues la única manera de que existan al margen de la mente propia es expresarlas, y entender que la prohibición de una idea solo tiene lugar cuando lo que se prohíbe es pensarla resulta del todo absurdo, pues es algo irrealizable que nos impediría hablar nunca de ideas prohibidas, aun cuando la realidad puede reflejar que están vetadas del mercado de ideas (entendido como un lugar para el intercambio de estas).

Así pues, el principal damnificado con la prohibición de determinados pensamientos es la propia humanidad, que ve frenado su progreso moral y material al impedirse el debate y la confrontación entre las diferentes ideas. No han sido pocos los periodos de la historia donde se ha pecado de censor con las ideas contrarias a la moral o ideología mayoritaria de la época, siendo el tiempo quien le otorgase la razón a los censurados.

De hecho, el mayor perjuicio ni siquiera es para aquel que ve censurados sus pensamientos, sino para aquel que tiene la opinión contraria, pues la censura de la opinión ajena solo le dificulta el acercamiento a la verdad de las cosas. Si resulta que estaba en un error y la nueva idea se revela verdadera, habrá podido salir de su equivocación y será mejor conocedor de la realidad que le rodea; y si la idea del ajeno es falsa, es un embuste, le servirá para reforzar su creencia, pues la habrá contrastado con la opinión de aquellos que la reputan falsa.

El razonamiento humano es falible, y por ello lo son las ideas. Impedir la contradicción de aquellos pensamientos que se creen ciertos solo tendría fundamento respecto de una idea cierta sin ningún tipo de objeción posible, aquella idea que no admita discusión y sea veraz en cualquier contexto. El problema con este planteamiento es que tal idea no existe, y de existir no necesita de la censura para defenderse de aquellas ideas que la pongan en duda, sino que se impondrá por sí misma y se demostrará verdadera. La verdad se defiende mucho más fácil que la mentira, y aún con el peligro de que proliferen ideas falsas, merece la pena correr el riesgo, pues de lo contrario podríamos haber asumido como cierta una idea que no lo es e impedir su falsación.

Se podría argumentar en contra de esto que en el propio actuar del ser humano se necesita usar como referencia ideas y valores, y desde ese momento las estás asumiendo como ciertas. Si no pudieses hacerlo, si no pudieses guiarte por aquello que crees correcto, quedarías condenado a la inacción. Todos actuamos conforme a aquello que creemos cierto, el hecho de que las ideas sean falibles no puede suponer un obstáculo a la toma de decisiones pues esta es fundamento de la acción humana.

Ahora bien, existe una gran diferencia entre presumir la certeza de una idea porque no ha sido refutada, y presumir su certeza para no permitir que se refute, blindando dicha opinión mediante la censura de todo aquel que la cuestione. Ser consciente de la falibilidad del razonamiento humano, de las ideas, no implica un deber de no actuar, sino de permitir que se muestren los errores en la actuación.

Otro problema que suele aparecer cuando se adoptan posiciones censoras es que resulta ser la mayoría quien censura a la minoría. Entender que este debe ser el proceder normal de las cosas sería aceptar como válida una falacia *ad populum*, creyendo que por ser la opinión mayoritaria goza de veracidad. Desmentida esta falacia, tan ilegítimo resulta que toda la sociedad imponga su idea sobre un solo individuo, como que sea ese individuo quien imponga su idea sobre toda la sociedad, si es que pudiese.

Paralelamente al comienzo de este apartado es menester decir que ningún sabio nació nunca a raíz de no discutir sus ideas.

Si bien no hay ningún extracto literal de ningún texto, estas ideas están esencialmente fundamentadas en el libro *Sobre la Libertad*, de John Stuart Mill. El libro lo leí hace varios años, y si bien son ideas que se encontraban en mi mente antes de leerlo, yacían en un estado primitivo que este ensayo ayudó a dar forma, en especial el capítulo segundo *De la libertad de pensamiento y de discusión*.

5.4 PARADOJA DE LA INTOLERANCIA

Cada vez que se mencionan los peligros de poner obstáculos a la libertad de expresión, el argumento de vuelta suele ser la conocida como “paradoja de la tolerancia”, desarrollada por Karl Popper en su libro *La sociedad abierta y sus enemigos*.

Se responde al planteamiento de quienes piden un mayor marco para la libertad de expresión con la manida idea de que no se debe tolerar al intolerante, eso sí, sin entrar a definir con mucho detalle quién sería el intolerante. Y cuando se entra a desarrollarlo, salta la sorpresa al ver que el intolerante no es más que aquel que no comparte sus ideas, mereciendo por ello la etiqueta de intolerante, al ser las consecuencias de esos planteamientos contrarios a los suyos. Complementariamente se dibuja un futuro muy incierto donde las ideas del contrario han conducido a la destrucción de la sociedad.

Normalmente se presenta este argumento acompañado de una infografía que explica de forma clara y sucinta el peligro que supone el intolerante para la sociedad, para lo cual se ilustra el intolerante como un seguidor de las ideas del nazismo. El giro de los acontecimientos se produce cuando acudimos a la redacción original de la mencionada paradoja para observar cómo Karl Popper, en el libro antes citado, enuncia la paradoja de la intolerancia:

«Menos conocida es la paradoja de la tolerancia: La tolerancia ilimitada debe conducir a la desaparición de la tolerancia. Si extendemos la tolerancia ilimitada aun a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y, junto con ellos, de la tolerancia. Con este planteamiento no queremos, significar, por ejemplo, que siempre debamos impedir la expresión de concepciones filosóficas intolerantes; mientras podamos contrarrestarlas mediante argumentos racionales y mantenerlas en jaque ante la opinión pública, su prohibición sería, por cierto, poco prudente. Pero debemos reclamar el derecho de prohibirlas, si es necesario por la fuerza, pues bien puede suceder que no estén destinadas a imponérsenos en el plano de los argumentos racionales, acusándolos de engañosos, y que les enseñen a responder a los argumentos mediante el uso de los puños o las armas deberemos reclamar entonces, en nombre de la tolerancia, el derecho a no tolerar a los intolerantes. Deberemos exigir que todo movimiento que predique la intolerancia quede al margen de la ley y que se considere criminal cualquier incitación a la intolerancia y a la persecución, de la misma manera que en el caso de la incitación al homicidio, al secuestro o al tráfico de esclavos.»³⁹.

Expuesto esto queda claro que ni siquiera era la intención de Popper trasladar la idea de que todo pensamiento que en su enunciación implique consecuencias intolerantes, si es que se llegase a hacer efectiva tal idea, ha de prohibirse. El verdadero peligro para Popper lo representa aquel no dispuesto a debatir las ideas, aquel que quiere imponerse por la fuerza y mediante la violencia acabar con el disidente.

Esta descripción del intolerante encaja mucho mejor con aquel que, erigiéndose como defensor de la libertad, censura mediante la fuerza a quien tacha de intolerante, que no es otro que quien expresa ideas que contradicen las suyas.

³⁹Popper, K. R. (1945). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Titivillus.

De esta manera, a través de una malinterpretación de la redacción original, y ya al margen de la misma, se trata de justificar no en pocas ocasiones la censura de ideas por la preservación de la paz social. Esta trampa parte de sobredimensionar los efectos que de un mensaje en el receptor, adelantarse exageradamente a los acontecimientos para tratar de prevenir un suceso rechazable y condenable por más improbable que sea, valiéndose de las herramientas coercitivas de mayor poder que ostenta un estado.

No es esto otra cosa más que un ejemplo del lobo revistiendo el pelaje de la oveja, alzándose como adalid de la libertad cuando sibilinaamente representa a mayor amenaza para esta.

No resulta difícil imaginar periodos históricos donde la defensa de una idea hoy día cabal e incuestionada era en su momento un ataque flagrante contra la moral mayoritaria. Ejemplo de ello es la abolición de la esclavitud en Estados Unidos. Si no se hubiese permitido catalogar de inhumana la conducta de los esclavistas, no se habría liberado a los esclavos de sus cadenas. Y es en especial remarcable este caso dado que la confrontación de estas ideas fue el principal detonante de la Guerra de Secesión estadounidense, un conflicto armado saldado con la muerte de más de un millón de personas. A pesar de ello, no se defiende que habría sido mejor no incomodar a la opinión establecida por evitar el conflicto en el cual derivó.

La mejor medicina contra las ideas intolerantes es rebatirlas, exponer sus vergüenzas argumentativas, dejar en evidencia que su fundamento no tiene anclaje en la verdad. De otro modo, se corre el riesgo de darle mayor fuerza, de formar adeptos que, al ver martirizada por la opinión pública una determinada idea, acudan a la misma pensando que encierra verdades que se quieren sepultar. Censurar las ideas del intolerante, mientras este no recurra a la fuerza física, implica la imposibilidad de rebatirlas, genera una atracción por lo prohibido y confiere a sus partidarios el estatus de víctimas.

Por ello, y ante todo, la libertad es la mejor herramienta para alcanzar la virtud.

6. CONCLUSIONES

Tras el análisis efectuado, estoy más convencido de la posición de bien jurídico protegido del honor en los delitos de odio de lo que estaba antes de realizar el trabajo. Las dudas se han ido despejando conforme avanzaba en el esclarecimiento de los conceptos y en el estudio de la legislación y jurisprudencia.

A mi parecer, la configuración actual de los tipos penales analizados responde al miedo del legislador a una sociedad inmadura e intolerante en su esencia. El problema hipotético no es el daño que puedan ocasionar unas declaraciones que podamos tildar de intolerantes per se, sino la incapacidad de gestionar emocionalmente y dar respuesta racionalmente a estas por parte del resto de la ciudadanía.

Una sociedad con falta de espíritu crítico, atrapada en cámaras de eco por su voluntad de escuchar únicamente opiniones que den la razón a los de su bando, sin intención de abrir las puertas a un debate honesto. En un contexto donde la gente quiere firmeza en su pensamiento y no está dispuesta a admitir un error no resulta sencillo expresar ideas que remuevan conciencias. Y es entendible, todos queremos seguridad. Replantearse ideas, cuando estas alcanzan una determinada dimensión, deriva en replantearse tu concepción del mundo, y esto entronca con quien tú eres. Estos cambios generan una crisis emocional cuando no aceptas el error. Implican la necesidad de un cambio, el cual en ocasiones no es pequeño ni sencillo.

Mientras se siga viendo el error como una derrota, por haber estado equivocado, y no como una victoria, por dejar de estarlo, seguirá resultando muy difícil debatir opiniones de manera sincera con el objetivo de acrecentar tu conocimiento de la realidad.

En este contexto es donde triunfa la voluntad de prohibir la opinión ajena, proliferan la demagogia y el populismo por sobre el debate intelectual. Se etiquetan de nocivas ideas que no son más que eso, ideas, muy lejos aún de concretarse en un mal futuro del todo incierto. Se ponen en una balanza el

daño potencial a la paz social por los discursos de odio y el daño real actual por el cercenamiento de la libertad de expresión, en suma al daño futuro por la censura de determinados discursos, y sorpresivamente vence el primer bien.

Esto no se explica si no se añade a esa protección de la paz social la lesión de los sentimientos que comportan los delitos de odio. Porque no nos engañemos, la lesión del honor es otra cuestión que tampoco deja ver sus efectos de manera inmediata ni directa, sino que requiere de un desarrollo en el tiempo para observar un perjuicio, en cualquier caso, no mayor al que supone la falta de libertad de expresión.

Quien recibe un ataque de odio se siente víctima de la misma manera cualitativamente que quien recibe un insulto cualquiera. Siente un daño emocional, el cual sostiene en el fondo la exigencia de responsabilidad a quien vierte esa expresión.

A fin de cuentas, las ideas con las que todo el mundo está de acuerdo, que a nadie molestan, que no escuecen no requieren de protección alguna, pues no hay quien pretenda lapidarlas. Sin embargo, son aquellas ideas incómodas, desagradables, que generan tensión las que vuelven valiosa la protección de la libertad de expresión, porque es ahí donde se intenta abrir paso la censura, y es ahí donde uno demuestra la estima en la que tiene la libertad de expresión, cuando le toca defender la libertad de quien está en las antípodas de su pensamiento.

La libertad de expresión debe ser libertad para ofender, pues en el ejercicio del libre pensamiento es normal caer en expresiones que molesten, que dañen y que ofendan. Es un sacrificio necesario en favor del libre pensamiento y de la libertad para construir una moral. Cuando se exploran nuevas ideas se corre el riesgo de que esas ideas sean incluso perjudiciales para ciertos grupos, pero mantener el *estatus quo* o la indemnidad sentimental nunca pueden ser excusas para privar a la humanidad de nuevas ideas.

Al otro lado de la libertad solo aguarda la oscuridad moral e intelectual.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Rousseau, J. J. (1999). El Contrato Social. Elaleph.com.
- Godoy Arcaya, O. (2004). Libertad y consentimiento en el pensamiento político de John Locke. Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Hobbes T. (2018). Leviatán. Deusto.
- Aristóteles. (2014). Ética a Nicómaco. Gredos.
- Arthur Schopenhauer (2015). El arte de hacerse respetar. Titivillus.
- Popper, K. R. (1945). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Titivillus
- Diccionario de la Lengua Española RAE. 2023.

LEGISLACIÓN

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional. Sentencia del 11 de noviembre de 1991.
- Tribunal Supremo. Sentencia del 12 de abril de 2011.
- Tribunal Supremo. Sentencia del 2 de abril de 2019.
- Tribunal Supremo. Auto del 16 de noviembre de 2020

- Tribunal Supremo. Sentencia del 17 de mayo de 2017
- Tribunal Supremo. Sentencia del 19 de febrero de 2015